

## EDJ 2009/208423

AP Girona, sec. 1ª, S 19-5-2009, nº 223/2009, rec. 92/2009

Pte: Ferrero Hidalgo, Fernando

Comentada en "La reforma de la prueba pericial en el proceso civil en la Ley 13/2009"

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ARRENDAMIENTO DE OBRA

##### INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

Obra no ajustada

Obligación de reparar

#### PERITOS

##### FUERZA PROBATORIA

#### PROCESO CIVIL

##### PRUEBA

Valoración de la prueba

Reglas de la sana crítica

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Bibliografía

Comentada en "La reforma de la prueba pericial en el proceso civil en la Ley 13/2009"

Citada en "Cuestiones prácticas que suscita el juicio declarativo posterior al proceso moritorio"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 3 La Bisbal d'Empordà, en los autos núm. 369/2008, seguidos a instancias de D. Geronimo, representado por el Procurador D. Montse Cabello Paneque y bajo la dirección del Letrado D. Josep Toledo Artacho, contra D. Jon, representado por el Procurador D. Lluís Vergara Colomer, bajo la dirección del Letrado D. Laura Galiana García, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por Geronimo, representado por la Procuradora Sra. Cabello y asistido de Letrado Sr. Toledo, contra Jon, representado por el procurador Sr. Vergara y asistido de la Letrada Sra. Galiana, debo condenar y condeno a éste último a abonar a la actora la cantidad de 1.262'60 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Que estimando la demanda reconventional interpuesta por Jon, representado por el procurador Sr. Vergara y asistido de la Letrao Sr. Galiana contra Geronimo, representado por la procurador Sra. Cabello y asistido de Letraado Sr. Toledo, debo condenar y condeno a éste último a abonar a la actora reconventional la cantidad de 2.337 euros, ma's IVA correspondiente y los intereses legales desde la interpelación judicial. Todo ello con expresa imposición en costas a la demandada reconventional".

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 25 de julio de 2008, se recurrió en apelación por la parte demandant principal, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC. EDL 2000/77463

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Se interpuso recurso de apelación por D. Geronimo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de La Bisbal d'Empordà de fecha 25 de julio del 2.008, en la que se estimó la demanda interpuesta por dicha parte contra D. Jon y se estimó la reconvencción formulada por éste contra aquél.

D. Geronimo instó solicitud de juicio monitorio en reclamación de la cantidad de 1.262,60 euros, correspondiente al resto del precio que le falta por percibir por la ejecución de unas obras consistentes en la colocación de unas puertas basculantes y automáticas en la vivienda de D. Jon . Éste se opuso al juicio monitorio, pero no negó ni los trabajos realizados, ni el impago de dicha cantidad, sino que opuso la existencia de defectos en la obras, lo que motivó que, tras la conclusión del juicio monitorio, se formulara reconvencción en reclamación de la cantidad de 2.709,97 euros, correspondiente al coste que supone acabar correctamente la obra y corregir los defectos y daños ocasionados.

TERCERO.- Es la parte demandante y reconvenida la que impugna la sentencia por considerar, a parte de la existencia de infracciones procesales, la improcedencia de la estimación de la reconvencción.

En primer lugar se alega la infracción de los artículos 437 y siguientes de la L.E.C EDL 2000/77463 . por falta de claridad y precisión de la demanda reconvenccional en la determinación de las pretensiones deducidas. Tal alegación no puede ser compartida, pues aunque es cierto que en la reconvencción no se precisan cuales son los defectos de la obra y los desperfectos ocasionados, se remite a un presupuesto en el que se detallan los mismos, siendo irrelevante a tales efectos que no se detallara el importe de reparación de cada unos de ellos. Por otro lado, también resulta irrelevante a los mismos efectos que el presupuesto que se acompaña no esté firmado o que su emisor no lo ratificara en juicio, pues lo importante es conocer si el reconvenido podía saber por los defectos por los que era demandado, y a la vista de dicho presupuesto, lo podía saber perfectamente, y como veremos, podía haber acudido al juicio preparado para defenderse de todo ello. Y si bien, lo más correcto hubiera sido que se hubiera relatado en la reconvencción cada uno de los defectos que constan en dicho presupuesto, ello en absoluto produce un defecto en la proposición de la reconvencción como para desestimarla.

CUARTO.- En segundo lugar se solicita la nulidad de la sentencia por inobservancia de las normas esenciales del procedimiento, al denegarse de forma arbitraria la realización de alegaciones; por modificación indebida en el acto del juicio de la cuantía objeto de reclamación; por desigualdad de armas y por aportación extemporánea de documentación.

En cuanto a la primera cuestión, tiene razón el recurrente que habiéndose iniciado el procedimiento mediante la petición inicial del juicio monitorio, si se transforma en el juicio verbal, debe dársele la oportunidad al demandante a fin de que pueda concretar su pretensión, pues generalmente la petición inicial es una petición muy concisa (artículo 443.1 de la L.E.C EDL 2000/77463 .). Ahora bien, no se aprecia que con ello se haya producido indefensión, pues la reclamación que realizó no fue discutida, incluso se ha estimado íntegramente la demanda, y lo que se discutía era la reconvencción, frente a la cual si se le dio la oportunidad de defenderse plenamente.

En cuanto a la segunda cuestión, no se aprecia infracción alguna, pues en la demanda reconvenccional claramente se reclama la cantidad de 2.709,97 euros, no siendo cierto que en la misma se pidiera la condena a reparar los vicios constructivos existentes o a que terminara bien el trabajo. Por lo tanto, que por el Juez se pidiera o se aclarara que lo que se pretendía era una compensación, no se aprecia que ello signifique absolutamente nada, a parte de que realmente en ese momento no estábamos ante un problema de compensación, pues ésta se producirá como consecuencia de la estimación de la reclamación dinerarias por vicios y defectos en las obras ejecutadas.

Por lo que se refiere a la valoración del coste de la obra que realiza el perito, visto el escrito en virtud del cual se acompaña la pericial y documentos complementarios de tal pericial, se desprende que se encuentra unido al mismo y que es donde se encuentra la firma del perito, por lo que parece obvio que si en su momento no se acompañó con el peritaje fue por un error, no apreciándose que con ello se produzca indefensión alguna, desde el momento en que la valoración coincide con el presupuesto inicialmente acompañado y sobre el cual se sustentaba la demanda.

Y por último, en cuanto a la inadmisión de las pruebas testificales, teniendo en cuenta que ello no es causa de nulidad y que tales pruebas se han admitido en esta instancia, nada más hay que decir.

QUINTO.- En el siguiente motivo se imputa a la sentencia falta de congruencia y de motivación, a cuyos argumentos debe decirse que si lo que se oponía por el demandado era una defectuosa ejecución de la obra, cierto es que se estaba oponiendo la excepción de contrato defectuosamente cumplido (no de contrato no cumplido) y tal excepción no significa que la demanda principal deba desestimarse, pues tal excepción lo que conlleva es que la pretensión principal se estima, pero también se estima la pretensión de la parte contraria, la cual puede consistir, bien en una rebaja del precio, o bien en una pretensión autónoma de indemnización de daños y perjuicios, compensándose los importes concurrentes, pudiendo también pretenderse que se cumpla correctamente la obra contratada.

Por otro lado, en la oposición al monitorio nada se pretendía, simplemente se anunciaba una reconvencción y en esta con claridad se solicita una indemnización de daños y perjuicios, correspondiente al coste de reparación de los defectos y daños existentes.

En cuanto a la falta de motivación, debe decirse, por un lado, que mal podía acordarse una reparación in natura, cuando no se había pedido, por lo que la condena al importe fijado en la reconvencción supone claramente la desestimación de la reparación in natura que pretendía el recurrente; en segundo lugar, cierto es que nada se motivó sobre la caducidad de la acción y que debió hacerse, pero ello no supone la nulidad de todo lo actuado y simplemente se resolverá en esta resolución.

SEXTO.- Se impugna la sentencia por infracción de las normas esenciales del juicio al fundarse la sentencia recurrida, esencialmente, en una prueba pericial que no puede ser tenida en cuenta.

En primer lugar, no puede aceptarse en absoluto que el dictamen pericial tuviera que aportarse con el escrito de oposición al juicio monitorio, pues tal oposición es simplemente esto, pero no es una contestación. Por el contrario, si existe reconvencción en el juicio verbal, la regla general es la aportación con la misma del dictamen pericial, pero no debe olvidarse que no es una regla absoluto, pues basta con anunciarlo si no se ha podido aportar como dispone el artículo 337 de la L.E.C EDL 2000/77463 ., debiendo aportarlo antes

de la audiencia previa o antes del juicio en el proceso verbal. Es cierto que en la reconvencción nada se dijo sobre la imposibilidad de aportar el dictamen pericial, aunque se había dicho el escrito de oposición. Ciertamente es que tal actuar no podría aceptarse si realmente hubiere indefensión para la otra parte. Y ello es lo que no se aprecia, pues a pesar de tal irregularidad, el recurrente sabía claramente, por un lado, que el importe de su reclamación no era discutida, y que lo único que se discutía era si la obra estaba bien o mal acaba y el importe de la misma, como así se desprende claramente de la reconvencción y del presupuesto y fotografías que se acompañaban con la misma, por lo que, si en el escrito de oposición ya había anunciado que aportaría un dictamen pericial, debería el recurrente haber estado preparado y acudir al juicio con algún perito por el designado o haber pedido un dictamen pericial judicial.

En cuanto al cambio de la especialidad técnica del perito, anunciado en su momento y la del que realizó el peritaje, no se estima que ello tenga especial trascendencia por similares motivos, esto es, no existe indefensión y si el recurrente consideraba que su obra debía ser peritada por un perito arquitecto técnico, bien pudo haberlo nombrado o solicitar del Juzgado que lo hiciera. Además, tratándose de la colocación de unas puertas basculante y automáticas, no se aprecia razón para que un ingeniero industrial no pueda dictaminar sobre el funcionamiento de las mismas y sobre cuestiones accesorias a su colocación.

**SÉPTIMO.-** En el siguiente motivo del recurso se impugna la sentencia por error en la apreciación de la prueba, empezando por una serie de consideraciones jurídicas sobre el alcance de apelación, respecto de las cuales nada debemos decir, porque, por un lado, son correctas y, por otro lado, no se dirigen a impugnar la sentencia. Ahora bien, sí se impugna la sentencia por error en la valoración de la prueba, deben explicarse las razones de dicho error, no bastando que se diga de forma genérica que se ha incurrido en tal error, limitándose a realizar consideraciones genéricas y solicitando que el Tribunal de apelación revise toda la prueba practicada.

En cuanto a la valoración de la prueba pericial, cierto es que debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en atención a la fundamentación y razón de ciencia del perito, pero ello no quiere decir sin más que un dictamen pericial tenga un superior valor por el hecho de que el perito haya dado muchas explicaciones frente a otro que no haya dado tantas, sino que debe estar a la naturaleza de la cuestión objeto de pericia. Y dicha cuestión es lo que en la mayoría de las veces debe regir la sana crítica que debe guiar al Juzgador. Encontrándonos muchas veces con cuestiones que por muy sana crítica que se utilice, al Juez le resultará imposible contradecir el criterio del perito, frente a otras que si podrá contradecirlas o aceptarlas, a la vista del resto de las pruebas practicadas. Así, y en el presente caso, no es lo mismo valorar si un determinado vicio constructivo denunciado lo es o no lo es, en cuyo caso el Juez puede llegar a determinar una cosa u otra, que valorar el importe de la reparación del mismo, en cuyo caso, el Juez queda prácticamente vinculado al criterio pericial, por ello, no se estima del todo relevante que no se valore el importe de cada una de las reparaciones a realizar, teniendo ello solo relevancia si se excluyera algún vicio constructivo. Con relación a esto debe nuevamente decirse que en la reconvencción se fijaba una cantidad en concepto de reparación, se aportaba un presupuesto, en el que si bien no se detallaban los importes de cada una de las reparaciones, si se detallaban éstas, y se había anunciado la aportación de un dictamen pericial, por lo que bien pudo la recurrente haber presentado un dictamen pericial que contradijera dichas pretensiones.

El recurrente se limita con relación al dictamen pericial aportado por la adversa que no está fundamentado técnicamente, ni se da ninguna explicación técnica o rigurosa, pero no concreta los motivos por lo que no deben considerarse vicios o defectos los que dice el perito, solamente en otro motivo se refiere al forrado de los pilares. Pues bien, el perito indica que ha realizado una inspección ocular, ha examinado el presupuesto de los trabajos y el presupuesto de reparación efectuado por la empresa Jaume Jué Motos y ha tenido en cuenta su experiencia en siniestros similares, considerándose que a la vista de la naturaleza del litigio, es correcto acudir a tales criterios. A continuación relata los trabajos mal ejecutados y vemos que explica el por que de los mismos, documentándolos con fotografías, apreciándose y comprendiéndose perfectamente los criterios utilizados por el perito para considerar como defectos los que relata. Sin que el recurrente argumente nada sobre los motivos por los que considera que no lo son, salvo el relativo al forrado de los pilares, que lo hace en un motivo a parte. Pues bien, visto lo que argumento en el juicio sobre tal cuestión, estaríamos, en este caso, en valorar si el Juzgador ha utilizado los criterios de la sana crítica y la interpretación correcta del contrato para considerar que los pilares debían estar forrados. Y si tenemos en cuenta que el artículo 1258 del Código civil EDL 1889/1 establece la obligación de las partes al cumplimiento no solo de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, no puede más que concluirse que una buena técnica constructiva de las puertas encargadas conllevaba el forrado de los pilares a los cuales están enganchadas las puertas colocadas, por mucho que en el presupuesto no se concretara tal forrado.

En esta alzada se ha referido también al montaje y desmontaje superior e inferior de la chapa, a la vista de la prueba testifical admitida en esta alzada, cuestión a la que para nada se refirió en el recurso. En todo caso sorprende que el recurrente argumente en su recurso que la prueba testifical debe ser valorada con cautela, pero pretende que las declaraciones de los testigos por él aportados tengan plena eficacia probatoria.

En definitiva, vista toda la prueba practicada y la realizada en esta alzada, ni se aprecia error alguno en la valoración de la prueba, ni infracción en la interpretación del contrato.

**OCTAVO.-** A continuación se impugna la sentencia por no haber aplicado las reglas del artículo 17 de la LOE sobre la caducidad de la acción, motivo que carece del mínimo soporte jurídico, pues la aplicación de la analogía sólo cabe cuando existe una laguna legal (artículo 4.1 del Código civil EDL 1889/1), y esta no existe, pues el Código civil EDL 1889/1 tiene normas generales sobre la prescripción de las acciones, por lo que no es dable acudir al artículo 17 de dicha Ley, que está destinada a regular los vicios constructivos de edificaciones.

**NOVENO.-** Por último se alega la infracción de la doctrina y la jurisprudencial sobre el cumplimiento por equivalencia, argumentado que el mismo tiene carácter subsidiario frente a la reparación in natura. Motivo que tampoco puede prosperar, pues frente a una acción de cumplimiento de contrato, en este caso de obra, el demandado puede alegar la excepción de contrato no cumplido o cumplido defectuosamente. En este último caso, dado que la acción principal debe prosperar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acepta varias alternativas, así acepta que se condene al ejecutante a cumplir correctamente el contrato, a la rebaja en el precio en atención al coste

que suponga la reparación de lo mal ejecutado o a una indemnización de daños y perjuicios. Por lo tanto, la pretensión formulada por el demandado y por vía reconvenzional se estima correcta.

DÉCIMO.- Por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , procede imponer las costas del recurso al recurrente.

DECIMOPRIMERO.- En los procedimientos seguidos por razón de una reclamación de cantidad inferior a ciento cincuenta mil euros, no se puede interponer recurso de casación, ni por interés casacional, según lo que ha venido reiterando el Tribunal Supremo en los autos de fechas 26.2.02, de 5.2.02 (tres de la misma fecha) y de 12.2.02 (siete de la misma fecha). Considera el Tribunal Supremo que las vías procesales del artículo 477.2 de la L.E.C EDL 2000/77463 . son distintas y excluyentes y, por este motivo, los asuntos por razón de la cuantía no pueden usar la vía del interés casacional (artículo 477.2.3) que queda reservada únicamente a los procedimientos seguidos por razón de la materia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación del apelante D. Geronimo, contra la resolución de fecha 25 de julio de 2008, dictada por el Juzgado Primera Instancia 3 La Bisbal d'Empordà, en los autos de núm. Juicio verbal, de los que este Rollo dimana, y CONFIRMAMOS íntegramente el Fallo de la misma, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

No procede interponer recurso alguno contra la presente resolución.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente D. Fernando Ferrero Hidalgo, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 17079370012009100225