



Roj: **SAP M 8707/2012 - ECLI:ES:APM:2012:8707**

Id Cendoj: **28079370182012100266**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **18**

Fecha: **25/05/2012**

Nº de Recurso: **112/2012**

Nº de Resolución: **289/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA GUADALUPE JESUS SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 18

MADRID

SENTENCIA: 00289/2012

Rollo: RECURSO DE APELACION 112 /2012

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 2063 /2009

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 81 de MADRID

PONENTE: ILMA. SRA. D^a GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ

APELANTE: CONSTRUCCIONES RUANO ZAPATA S.L.

PROCURADOR: PEDRO PEREZ MEDINA

APELADO: Secundino

PROCURADOR: JESUS IGLESIAS PEREZ

En MADRID, a veinticinco de mayo de dos mil doce.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

ILMA. SRA. D^a. GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ

ILMO. SR. D. LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO

ILMO. SR. D. PEDRO POZUELO PÉREZ

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre reclamación de cantidad por incumplimiento contractual, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandante CONSTRUCCIONES RUANO ZAPATA S.L. representada por el Procurador Sr. Pérez Medina y como apelado demandado impugnante D. Secundino representado por el Procurador Sr. Iglesias Pérez, seguidos por el trámite de Juicio Ordinario.

Visto, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid, en fecha 19 de septiembre de 2011, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Construcciones Ruano Zapata S.L. representado por el procurador D. Pedro Pérez Medina frente a D. Secundino debo absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos de la demanda.



Con expresa imposición de costas al actor.

Estimando parcialmente la demanda reconvenicional interpuesta por D. Secundino representado por el Procurador D. Jesús Iglesias Pérez frente a Construcciones Ruano Zapata, S.L. representado por el Procurador D. Pedro Pérez Medina debo declarar y declaro la resolución del contrato de ejecución de obra objeto del procedimiento, absolviendo del resto de pedimentos de la demanda al demandado reconvenicional.

Cada parta satisfará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Por la parte demandante se interpuso recurso de apelación y por la demandada impugnación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 21 de mayo de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución objeto de recurso.

SEGUNDO .- Alega la parte apelante CONSTRUCCIONES RUANO ZAPATA SL, como motivos en los que funda su recurso, en primer lugar el error en la valoración de la prueba y en la aplicación de la Ley y el Derecho, puesto que estima que el hecho de que originariamente las partes pactasen un precio alzado no impide la posibilidad de modificaciones ulteriores que alteren o aumenten la obra debiendo efectuarse el pago del precio de la obra, en todo caso según o conforme a la obra realmente ejecutada por el constructor. Resalta que a tenor de la prueba pericial judicial practicada, el Perito Sr. Baldomero , informó que las partidas y unidades de obra presupuestadas por las partes y ejecutadas por la empresa Construcciones Ruano Zapata SL a su juicio, ascendían a la cantidad de 347.243,89 euros IVA incluido, y que las partidas y unidades de obra ejecutada no presupuestadas por las partes, ascendía a la cantidad de 56.384,72 euros IVA incluido. En resumen el valor total de la obra ejecutada según dicho Perito ascendería a la cantidad de 403.628,61 euros IVA incluido, por lo que habiendo satisfecho el demandado a cuenta del importe final, la cifra de 323.262 euros, la deuda pendiente de pago por D. Secundino y a favor de esta parte ascendería a la cantidad al menos de 80.366,61 euros IVA incluido. Cantidad a cuyo pago se debía de haber condenado al demandado, puesto que caso contrario, se está incurriendo en un enriquecimiento injusto o sin causa a costa de esta parte. Por ello se habría cometido un error en la aplicación por la Juzgadora de Instancia de la excepción de contrato no cumplido, para desestimar la demanda interpuesta por la empresa actora y absolver al demandado. Lo alegado de contrario en la contestación no es la excepción de contrato no cumplido, sino la excepción de cumplimiento defectuoso, y resalta que en relación con el volumen real de la obra ejecutada, no es de aplicación la excepción de contrato no cumplido, sino en su caso, la de contrato defectuosamente cumplido. Reiterando además, que no existe ni se ha acreditado en autos incumplimiento contractual alguno imputable a la empresa actora, que justifique la aplicación a los hechos acreditados de la excepción de contrato no cumplido. Añade, que las humedades que se alegan por el demandado en su demanda reconvenicional para justificar su pretendida resolución contractual, obedecen y tienen su única causa, no en una mala construcción del pozo por esta parte, sino en el hecho de que la vivienda de propiedad del Sr. Secundino , carece de la necesaria conexión del sistema de saneamiento de dicha vivienda a la red municipal de saneamiento, lo cual es única responsabilidad del mismo. No pudiéndose ejercitar la acción resolutoria por quien como es el caso del demandado, se encuentra en situación de incumplimiento previo. Y acaba solicitando la revocación de la resolución de instancia para que en su lugar se dicte otra en la que se estime la demanda principal interpuesta por la empresa Construcciones Ruano Zapata SL contra D. Secundino y en consecuencia se condene al demandado a pagar a la entidad actora la cantidad de 84.084,23 euros de principal, más los intereses de mora desde la fecha en que fue formalmente requerido de pago el demandado, esto es desde el día 11 de Junio de 2009, o con carácter subsidiario, se estime parcialmente la demanda principal interpuesta por esta parte y se condene al demandado al pago de la cantidad de 80.366,60 euros de principal, más los intereses de mora desde la fecha en que fue formalmente requerido de pago, esto es, desde el día 11 de Junio de 2009 e imponiéndole en ambos casos las costas procesales. Solicitando en segundo lugar que se desestime en su integridad la demanda reconvenicional y se absuelva a esta parte de los pedimentos deducidos por la parte reconviniente, con expresa imposición de costas de dicha reconvenición a la parte reconviniente.



TERCERO .- Por la parte impugnante D. Secundino se alegaron como motivos de su recurso, que esta parte disponía de licencia de obra otorgada por el Excmo. Ayuntamiento de La Adrada en fecha de 28 de Octubre de 2004, acreditado este extremo, por la remisión del expediente a los autos que efectuó dicho Ayuntamiento. El informe emitido por el arquitecto municipal de fecha 12 de Mayo de 2006, no supuso que el Ayuntamiento tomara ninguna resolución, por lo que la actuación municipal no influyó en absoluto en el desarrollo de las obras. La situación actual es que la obra está ejecutada en un porcentaje del 61% según consta en el dictamen emitido por el perito judicial, y no se ha adoptado por la actora apelante ninguna medida de conservación en la obra hasta el punto de que la planta sótano se encuentra totalmente inundada alcanzando las aguas una altura de unos 30 cm, y habiéndose producido multitud de humedades en los paramentos de fachada. El Perito Judicial estableció que la valoración de la obra ejecutada según los precios de mercado del año 2005 sería de 222.260 euros más IVA, por lo que existe una diferencia en la valoración de la obra entre los normales precios de mercado y los precios establecidos en el presupuesto para esta partida inicial de unos 155.000 euros. Cuestión que fue ratificada por el Perito Judicial. Por ello, al haber abonado esta parte a la actora la suma de 323.262 euros, y haber tasado el Perito Judicial la obra ejecutada en la suma de 222.260 euros, esta parte habría abonado de más a la contraparte la cantidad de 101.002 euros. Además, el dicho Perito también hizo constar las lesiones actualmente existentes en la obra y su solución. Sobre la desestimación del apartado C) de la reconvencción, manifiesta que estima que se trata de un error en la valoración de la prueba, toda vez que esta parte no puede tener responsabilidad alguna en el hecho de que en la construcción del pozo no se hayan adoptado por el contratista las medidas adecuadas para que no rebose de forma tan abrumadora que inunde totalmente la planta sótano, alcanzando el agua un nivel de 30 cm y ello derive en humedades en los paramentos de fechada, así como perjuicio en los perfiles de la estructura como ha destacado la prueba practicada. Con carácter subsidiario, y para el caso de que se estime el recurso de apelación formulado de contrario, solicita que la liquidación económica de la obra realizada se realice con arreglo a los precios de mercado del año 2005. Liquidación que supondría que ascendiendo las obras ejecutadas a la suma de 222.260 euros más IVA al 8% es decir, 240.040,80 euros, y habiendo abonado esta parte la cantidad de 323.262 euros, habría un saldo a favor de esta parte de 83.221,20 euros. Y acaba solicitando la revocación parcial de la resolución de instancia para que en su lugar se dicte otra en la que se confirme la Sentencia dictada en Primera Instancia respecto de la desestimación de la demanda principal y Estimando la Impugnación formulada por esta parte, se declaren probados todos los hechos que constan en el presente escrito, y se estime el pedimento C) de la demanda reconvenccional y con carácter subsidiario y para el caso de que se estime el recurso de apelación declarando la procedencia de realizar la liquidación económica de la obra ejecutada objeto de autos, declare que el criterio para su realización debe corresponderse a los precios reales de mercado existentes en el momento de celebración del contrato (año 2005), de conformidad con las cantidades establecidas en el Dictamen elaborado por el Perito Don. Baldomero , condenando a la actora apelante Construcciones Ruano Zapata SL a que abone a esta parte la suma de 83.221,20 euros con los intereses legales correspondientes y con expresa imposición de costas a la parte apelante.

CUARTO .- Comenzando por el estudio de los motivos de recurso alegados por Construcciones Ruano Zapata SL, debe establecerse como efectivamente y como manifestaba dicha parte recurrente en su recurso, no cabe la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, o cumplido defectuosamente a los efectos de establecer que por dicha causa nada debe abonar el demandado principal Sr. Secundino , por la obra ejecutada y no abonada. Así, y si bien queda evidenciado en autos, que la causa de la paralización de la obra, no es atribuible a la suspensión de la misma por el Ayuntamiento de Adrada, dado que en modo alguno consta en autos, documento que ratifique dicha paralización por Acuerdo Municipal, la falta de continuación de la ejecución de lo en su día contratado, no puede oponerse a la acción ejercitada por la actora principal como causa que pueda conllevar la improcedencia del cobro pretendido de la obra que ejecutada no fue en su día abonada por el demandado. Siendo así, y partiendo del hecho de que en forma alguna podría considerarse viciadas de nulidad las valoraciones contenidas en el presupuesto-contrato de ejecución suscrito por las partes en fecha de 4 de Septiembre de 2005, puesto que no cabe apreciar base de prueba del error de consentimiento que se dice por el demandado vició su voluntad al momento de suscribir dicho contrato, habría de estarse en orden a la apreciación de la existencia y valoración de la obra efectivamente ejecutada por la parte actora principal, al informe emitido por el Perito Judicial tal y como obra en autos. Y a este respecto, también habría de señalarse, que siendo el contrato suscrito de fecha 4 de Septiembre de 2005, válido, habrán de ser los precios contenidos en dicho contrato, los que deban regir a los efectos de valoración de la obra ejecutada que constaba como presupuestada, y no ha sido abonada. El Perito Judicial, incluye en su Informe dos Capítulos, el Primero, analiza las partidas y unidades de obra presupuestadas por las partes, y ejecutadas, estimándose por el mismo que "según precios contradictorios firmados por las partes", el valor de dichas obras sería el de 324.527 euros, más IVA al 7%, que arrojaría la cifra de 347.243,89 euros IVA incluido. El segundo Capítulo, analiza las partidas y unidades de obra ejecutada no presupuestadas por las partes, y efectivamente ejecutadas, para cuya valoración ante la falta de precios contradictorios, el Perito acudió a los precios de mercado del momento



de su ejecución, resultando un importe por dicho capítulo de 52.696 euros más IVA al 7%, que arrojaría una cifra final de 56.384,72 euros. Dicha valoración en lo que respecta a las partidas y unidades de obra ejecutada no presupuestadas por las partes, y efectivamente ejecutadas, es la que debe tomarse como válida frente a la pretendida en base a los precios fijados en el contrato inicial, por la parte actora Construcciones Ruano Zapata SL. Dado, que aún cuando en el contrato se pactó la necesaria aceptación independiente de toda obra en demasía y la fijación por escrito de su coste, dicha prescripción no fue cumplida, no siendo dable el extender unos precios concretos pactados para obra concreta, a las unidades que después y como demasía de las primeramente contratadas, también se realizaron.

En consecuencia con lo expuesto, y como conclusión, debe determinarse que la suma económica de la obra presupuestada y ejecutada más la obra no presupuestada y ejecutada, arrojaría la cifra final IVA incluido de 403.628,61 euros. Siendo una cuestión aceptada que el demandado y actor reconvenional, tenía abonado a la actora principal la suma de 323.262 euros, la suma que habría de fijarse como debida y no abonada por el Sr. Secundino a la actora principal, ascendería a la cantidad de 80.366,61 euros IVA incluido. Sin que por el contrario resulte procedente la condena que se interesa al pago de los intereses correspondientes de dicha cantidad desde fecha de 11 de Junio de 2009, puesto que la cantidad adeudada ha sido fijada en esta instancia, y no se corresponde con la entonces reclamada por la actora. Con ello, procede estimar el recurso interpuesto por Construcciones Ruano Zapata SL en relación a la petición subsidiaria realizada, y por tanto la demanda principal parcialmente.

Ya en relación al recurso interpuesto por D. Secundino, debe reiterarse que los precios que deben servir para fijar las liquidaciones entre las partes, no pueden ser como pretende dicho recurrente en todos los casos los vigentes de mercado del año 2005. Dado que como se ha explicitado anteriormente, el contrato suscrito entre las partes y en concreto el presupuesto de precios de las diferentes partidas, aceptado, no puede ser declarado nulo, al no concurrir acreditado en autos, vicio alguno de nulidad. Por ello, debe aceptarse la valoración realizada por el Sr. Perito Judicial en atención a dichos precios fijados contractualmente para las obras presupuestas ejecutadas y no abonadas, y aceptarse para las obras no presupuestas y ejecutadas, los precios de mercado del año 2005, tal y como fueron determinados por dicho Perito. Máxime, cuando en modo alguno podría estimarse al contrario de lo alegado por el recurrente, que ya iniciada la obra, mediara acuerdo alguno entre los contratantes, en orden a dejar sin efecto, o rebajar los precios contractualmente fijados.

Sobre la cuestión del pozo realizado en el sótano del inmueble, que era objeto de la demanda reconvenional, y en concreto del apartado C) del suplico de la misma, y a tenor del Informe Pericial realizado por el Perito designado Judicialmente, no puede sino estimarse que el mismo ha de ser cerrado. A ello deriva las conclusiones efectuadas por el Sr. Perito Judicial, dado, que si debe tenerse como solución total al problema de desbordamiento de aguas habido, la conexión del pozo a la red de saneamiento general del Ayuntamiento, dicha conexión y su realización, excede de lo en su día contratado por el Sr. Secundino con la Constructora, no resultando la colocación de bombas de achique una medida que asegure la viabilidad de dicho pozo y la estanqueidad necesaria del mismo. Por ello, ante la evidencia, de que la obra de realización del pozo, no ha sido correctamente realizada en tanto los resultados de desbordamiento de agua son evidentes, es procedente la condena a la Constructora demandada en reconvenición, para que efectivamente proceda en el plazo que a tal efecto se establezca a cerrar dicho pozo. Y de igual forma, constanding en autos, en concreto en el documento nº 5 de los aportados por la actora Construcciones Ruano Zapata SL, que el precio abonado por el Sr. Secundino por la obra de realización de dicho pozo, fue la cantidad de 5000 euros, dicha cantidad habrá de ser devuelta por la Constructora Ruano Zapata al Sr. Secundino, puesto que la construcción realizada no ha tenido el fin para el que fue encargado. Procediendo así, la estimación parcial del recurso planteado por el Sr. Secundino, y la estimación parcial de la demanda reconvenional en su día planteada por el mismo.

Fijada la cantidad de 80.366,61 euros IVA incluido como la que debe abonar el Sr. Secundino a la Constructora, y debiendo reintegrar esta última al Sr. Secundino, la suma de 5000 euros, la cantidad final, que habrá de abonar el Sr. Secundino a Construcciones Ruano Zapata SL, será la de 75.366,61 euros.

QUINTO .- A tenor de lo previsto en el artículo 394 de la LEC, dada la estimación parcial tanto de la demanda principal como de la demanda reconvenional, no procede especial pronunciamiento sobre las costas procesales generadas en la primera instancia, no procediendo del mismo modo especial pronunciamiento sobre las costas procesales generadas en esta alzada, dada la estimación parcial de ambos recursos, según determina el artículo 398 del mismo texto legal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Por cuanto antecede en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

III.- FALLAMOS



ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por CONSTRUCCIONES RUANO ZAPATA SL representada por el Sr. Procurador D. Pedro Pérez Medina y ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación planteado por D. Secundino representado por el Sr. Procurador D. Jesús Iglesias Pérez, ambos recursos contra Sentencia de fecha 19 de Septiembre de 2011 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid en autos de Juicio Ordinario nº 2063/09 seguidos entre las citadas partes, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la citada resolución que queda sin efecto, y en su lugar, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda planteada por CONSTRUCCIONES RUANO ZAPATA SL contra D. Secundino y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda reconvenional planteada por D. Secundino contra CONSTRUCCIONES RUANO ZAPATA SL, **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Secundino a abonar a CONSTRUCCIONES RUANO ZAPATA SL, la cantidad de 75.366,61 euros**, Y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a CONSTRUCCIONES RUANO ZAPATA SL a realizar las obras precisas para cerrar el pozo realizado en el sótano de la vivienda del Sr. Secundino , en el plazo que se fije, con apercibimiento de realizarse a su costa en caso contrario. ABSOLVIENDO a D. Secundino y a CONSTRUCCIONES RUANO ZAPATA SL del resto de las pretensiones contra los mismos ejercitadas en los escritos de demanda y de demanda reconvenional. Cada parte abonará las costas procesales generadas a su instancia y las comunes por mitad de las causadas en primera instancia, sin que proceda especial pronunciamientos sobre las costas procesales causadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido.

CONTRA ESTA SENTENCIA NO CABE RECURSO ALGUNO POR RAZÓN DE LA CUANTÍA, PUDIENDO EN SU CASO INTERPONERSE RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL SI CONCURREN LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN EL ART. 477.2.3º Y 3 DE LA LEC, Y TAMBIÉN EN SU CASO, EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL EN LA FORMA PREVISTA EN LA DF.16º LEC , EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 469 LEC .

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Extendida y firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, e incorporada al libro de resoluciones definitivas, se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.