

Roj: **STS 1317/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1317**Id Cendoj: **28079110012011100131**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/03/2011**Nº de Recurso: **1524/2007**Nº de Resolución: **145/2011**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP IB 623/2007,**  
**STS 1317/2011**

### **SENTENCIA Nº 145/2011**

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil ATALAYA DE CANYAMEL S.A., representada ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Marta Azpeitia Bello, contra la sentencia dictada con fecha 17 de abril de 2007 por la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de las Illes Balears en el recurso de apelación nº 97/07 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 577/05 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Palma de Mallorca, sobre reclamaciones de cantidad por contrato de obra. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil CONSTRUCCIONES, EXCAVACIONES I ASFALTS S.A. (COEXA S.A.), representada ante esta Sala por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 23 de septiembre de 2004 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil CONSTRUCCIONES, EXCAVACIONES I ASFALTS S.A. (COEXA) contra la compañía mercantil ATALAYA DE CANYAMEL S.A. solicitando se dictara sentencia por la que: "1º.- Se declare que la cantidad de 61.674.900,- Ptas., ahora 370.673,61 Euros más el impuesto sobre el valor añadido por importe de 59.307,77, que constituyen el precio convenido entre ATALAYA DE CANYAMEL, S.A. y COEXA, SA. por la transmisión del solar nº 31 de la Urbanización Canyamel, quedaron compensadas con la cantidad que esta debía a aquella con motivo de la realización de las obras relacionadas en las facturas presentadas con esta demanda, quedando un saldo a favor de la actora y con cargo a la demandada por importe de 4.643,09 euros.

2º.- Se condene a ATALAYA DE CANYAMEL, S.A. al pago de la expresada cantidad de 4.643,09 euros más los intereses legales que se devenguen desde la presentación de la demanda, y al otorgamiento de escritura pública a favor de COEXA, S.A. del solar número 31 de la urbanización Atalaya de Canyamel, en las condiciones pactadas en el contrato de fecha 29 de Diciembre de 1999, haciendo constar en la misma que el precio y el impuesto sobre el valor añadido han sido ya satisfechos por la entidad adquirente y que el pago del impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, es de cuenta de ambas partes al 50 por 100. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

**SEGUNDO.-** Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Manacor, dando lugar a las actuaciones nº 564/04 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, ésta compareció en las actuaciones y propuso declinatoria por falta de competencia territorial de los juzgados de Manacor por corresponder dicha competencia a los de Palma de Mallorca.



**TERCERO.-** Por auto de 5 de mayo de 2005 la juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Manacor declaró su falta de competencia territorial para conocer del asunto por corresponder a los juzgados de Palma de Mallorca, acordando su inhibición a favor de estos con emplazamiento de las partes.

**CUARTO.-** Repartido el asunto al Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Palma de Mallorca, que lo registró con el nº 577/05 y personadas ante el mismo ambas partes, la demandada ATALAYA DE CANYAMEL S.A. presentó escrito de contestación a la demanda pidiendo su desestimación con expresa imposición de costas a la parte demandante. Además formuló reconvenición contra la demandante inicial COEXA y contra D. Antonio y la compañía mercantil GEMA, GESTIÓN Y ESTUDIOS DEL MEDIO AMBIENTE S.A., pidiendo se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: " **PRIMERO.-** Que SE DECLARE que los tres demandados, por no haber cumplido sus obligaciones debidamente, son frente a Atalaya de Canyamel, S.A. responsables solidarios -o mancomunados en la proporción que determine el órgano juzgador según su cuota de responsabilidad- de los defectos y deficiencias a que se refiere el hecho cuarto de la contestación y tercero de la demanda reconvenicional

CONDENANDO a los tres demandados a estar y pasar por dicha declaración y

CONDENANDO a los tres demandados a abonar a Atalaya de Canyamel, S.A. solidariamente -o mancomunadamente en la proporción que determine el órgano juzgador según su cuota de responsabilidad - todos los costes de reponer la urbanización al estado que hubiera tenido si los demandados hubieran cumplido con sus obligaciones debidamente y en consecuencia

CONDENANDO a los tres demandados a abonar, a Atalaya de Canyamel, SA., solidariamente -o mancomunadamente en la proporción que determine el órgano juzgador según su cuota de responsabilidad - la cantidad de CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS EUROS CON SESENTA Y UNO (434.756,61 euros) o SUBSIDIARIAMENTE se les condene a pagar la cantidad que determine el órgano juzgador.

**SEGUNDO.-** Que con independencia de lo anterior, se DECLARE que COEXA ha incurrido en demora en la realización de las obras a que se refiere el contrato que Coexa acompañó en su demanda como documento nº 12, y se le CONDENE a abonar a Atalaya de Canyamel, S.A., una indemnización por demora por un importe de UN MILLÓN QUINIENTOS CINCUENTA MIL SEISCIENTOS CINCO CON OCHENTA EUROS, o subsidiariamente el importe que determine el órgano juzgador según los criterios señalados o los que estime S.S<sup>a</sup>

**TERCERO.-** Que con independencia de lo anterior, se DECLARE que Coexa por no haber cumplido sus obligaciones debidamente es responsable de los defectos y deficiencias a que se refiere el documento nº 60 acompañado con esta demanda y se CONDENE a Coexa a pagar a Atalaya De Canyamel, S.A. la cantidad de 27.625,87 euros, resultantes de los daños y perjuicios ocasionados a mi principal por la deficiente ejecución de los trabajos en el campo de golf.

Y a todas las cantidades señaladas, o las que finalmente resulten, con los intereses legales correspondientes desde la interposición de la demanda.

**CUARTO.-** Que SE DECLARE que de la suma de las cantidades a que sea condenada Coexa a abonar a mi principal como consecuencia de los pronunciamientos anteriores, deberá ser descontada la cantidad de 4.643,09 euros, con sus intereses legales, cantidad que no deberá ser efectivamente pagada por Coexa a mi principal en virtud de la compensación.

Que se DECLARE que en el momento en que Coexa pague las cantidades que resulten del cálculo aritmético derivado de lo anterior, Atalaya de Canyamel, S.A. está obligada a otorgar la escritura pública del solar a que se refiere el segundo punto del suplico de la demanda y en consecuencia SE CONDENE A Atalaya de Canyamel, S.A. a otorgar dicha escritura pública en el momento y simultáneamente al pago de las cantidades que resulten del párrafo anterior.

**QUINTO.-** Que se condene a los demandados a abonar a mi principal las costas de este procedimiento. "

**QUINTO.-** La demandante inicial CONSTRUCCIONES, EXCAVACIONES I ASFALTS S.L. (COEXA) contestó a la reconvenición pidiendo su desestimación con imposición de costas a la demandada-reconveniente, aunque también alegó una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal porque junto con el facultativo reconvenido, D. Antonio , en la dirección de las obras había intervenido otro facultativo, el ingeniero técnico de obras públicas D. Fructuoso .

**SEXTO.-** Por su parte D. Antonio contestó a la reconvenición alegando defecto legal en el modo de proponerla, su propia falta de legitimación pasiva y prescripción de la acción, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando su absolución de la reconvenición con imposición de costas a la parte reconveniente. Y la compañía mercantil GEMA, GESTIÓN Y ESTUDIOS DEL MEDIO AMBIENTE S.A. contestó también a la reconvenición pidiendo se la absolviera de la misma.

**SÉPTIMO.-** En el acto de la audiencia previa se estimó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y se acordó emplazar como reconvenido a D. Fructuoso , el cual compareció en las actuaciones y contestó a la reconvenición pidiendo su desestimación con imposición de costas a la parte reconveniente.

**OCTAVO.-** Convocadas ya todas las partes personadas a una nueva audiencia previa, la demandada-reconveniente alegó la aparición de nuevos daños en la urbanización y el incremento de los daños en el campo de golf, sustituyendo su reclamación de cantidad en relación con los daños del campo de golf por una petición de condena a efectuar las reparaciones necesarias.

**NOVENO.-** Seguido el juicio y practicada prueba, la magistrada-juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Palma de Mallorca dictó sentencia el 17 de noviembre de 2006 con el siguiente fallo: "SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda formulada por el Procurador D. ANTONIO COLOM en nombre y representación de CONSTRUCCIONS EXCAVACIONES I ASFALTS, S.A. contra ATALAYA DE CANYAMEL S.A. y:

1.- Se DECLARA que la cantidad de 61.674.900 ptas. (370.673'61€) más el iva de 59.307'77, que constituye el precio convenido entre Atalaya de Canyamel SA y COEXA por la transmisión del solar nº 31 de la Urbanización de Canyamel, quedaron compensadas con la cantidad que ésta debía a aquella con motivo de la realización de las obras relacionadas en las facturas presentadas con esta demanda, quedando un saldo a favor de la actora y con cargo a la demandada por importe de 4.643'09€.

2.- Se CONDENA a Atalaya de Canyamel, SA al pago de la expresada cantidad de 4.543'09€ más los intereses legales que se devenguen desde la presentación de la demanda, y al otorgamiento de escritura pública a favor de Coexa, SA del solar nº 31 de la Urbanización de Atalaya de Canyamel, haciendo constar en la misma que el precio y el iva han sido ya satisfechos por la entidad adquirente y que el pago del impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, es de cuenta de ambas partes al 50%, una vez se hayan arreglado las deficiencias del campo de golf.

Todo ello sin efectuar expreso pronunciamiento en materia de costas.

SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda reconvenicional interpuesta por el procurador D. FRANCISCO ARBONA en nombre y representación de ATALAYA DE CANYAMEL contra COEXA, D. Antonio , GESTIÓN Y ESTUDIOS DEL MEDIO AMBIENTE (GEMA) y contra Fructuoso y:

PRIMERO:

A-Se DECLARA que los tres demandados, son frente a Atalaya de Canyamel, SA responsables o mancomunados en la proporción de 60% el Sr. Antonio solidariamente con Gema, el 30% el Sr. Fructuoso y el 10% Coexa de los defectos y deficiencias a que se refiere el hecho cuarto de la sentencia.

Se condena a los tres demandados a estar y pasar por esta declaración.

B.- Se CONDENA a los demandados, a abonar a Atalaya de Canyamel, SA mancomunadamente en la proporción antes recogida la cantidad de en total 341.254'68€ con los intereses legales desde la interposición de la demanda:

Sr. Antonio y Gema: 204.752'8€, Sr. Fructuoso : 102.376'4€ Coexa: 37.479'32€.

SEGUNDO .- Se ABSUELVE a Coexa de la pretensión en su contra referida a la demora en la realización de las obras a que se refiere el contrato de 21.02.1997.

TERCERO .- Se DECLARA que Coexa es responsable de los defectos y deficiencias a que se refiere la pericial judicial relativo a los defectos del campo de golf relacionados en el fundamento de derecho sexto de la sentencia y se la CONDENA a reparar las deficiencias en el plazo de un mes a contar de la firmeza de la sentencia, con el apercibimiento de que se hará a su costa en caso de incumplimiento de la obligación.

CUARTO .- Se DECLARA que de la suma de las cantidades a la que es condenada COEXA a abonar a Atalaya como consecuencia de los pronunciamientos anteriores, se deberá descontar la cantidad de 4.643 '09€, con sus intereses legales, cantidad que no deberá ser efectivamente pagada por Coexa a Atalaya en virtud de compensación.

Se DECLARA que en el momento que Coexa ejecute las obras del campo de golf, y estén finalizadas, Atalaya de Canyamel SA está obligada a otorgar la escritura pública del Solar nº 31 según contrato de 29.12.1999 y en consecuencia se CONDENA a Atalaya de Canyamel SA a otorgar dicha escritura pública cuando conste el fin de las obras en el golf.

QUINTO .- Se condena a Gema, Sr. Antonio y Sr. Fructuoso al pago de las costas procesales, no se efectúa especial pronunciamiento respecto de la entidad Coexa."



**DÉCIMO.-** Recurrida dicha sentencia en apelación por ATALAYA DE CANYAMEL S.A., GEMA GESTIÓN Y ESTUDIOS DEL MEDIO AMBIENTE S.A., D. Antonio y D. Fructuoso , correspondiendo el asunto a la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de las Illes Balears, con nº de registro 97/07, esta dictó sentencia el 17 de abril de 2007 con el siguiente fallo: "1) *ESTIMANDO PARCIALMENTE los RECURSOS DE APELACION interpuestos por los Procuradores D. Francisco Arbona Casanovas, en nombre y representación de ATALAYA DE CANYAMEL, S.A., Dña. Montserrat Montane Ponce, en nombre y representación de GEMA GESTION Y ESTUDIOS DEL MEDIO AMBIENTE, S.A. y D. Miguel Ferragut Rosselló, en nombre y representación de D. Antonio y D. Fructuoso , contra la sentencia de fecha 17 de Noviembre de 2006, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Palma, en los autos Juicio ordinario, de los que trae causa el presente Rollo, DEBEMOS REVOCARLA y la REVOCAMOS PARCIALMENTE, y en los únicos extremos de condenar solidariamente a los demandados reconvenionales Construccions, Excavacions i Asfalts, S.A. (COEXA), don Antonio , Gema Gestión y Estudios del Medio Ambiente, S.A. (GEMA) y don Fructuoso a abonar a Atalaya de Canyamel, S. A. la cantidad de 341.254,68 euros, y a COEXA también la de 3.353,85 euros, todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas de la primera instancia derivadas de la demanda reconvenional; CONFIRMANDO los restantes pronunciamientos del fallo.*"

**UNDÉCIMO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de casación la reconvenida GEMA GESTIÓN Y ESTUDIOS DEL MEDIO AMBIENTE S.A. y recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la demandada-reconveniente ATALAYA DE CANYAMEL S.A., pero tras tenerlos por preparados el tribunal de apelación, solo esta última los interpuso ante el mismo, ya que la referida mercantil reconvenida desistió de su recurso de casación.

**DUODÉCIMO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma la demandante inicial CONSTRUCCIONS, EXCAVACIONS I ASFALTS S.A. (COEXA), como recurrida, y la demandada-reconveniente ATALAYA DE CANYAMEL S.A., como recurrente, por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto el 6 de octubre de 2009 no admitiendo el recurso extraordinario por infracción procesal y admitiendo el de casación.

**DECIMOTERCERO.-** El recurso de casación admitido se estructura en tres apartados de los que, a su vez, el tercero se divide en cinco subapartados, fundándose en conjunto en infracción de los arts. 1091, 1124, 1152, 1153, 1154, 1100, 1101, 1102, 1103, 1104 y 1258 CC, de la doctrina legal sobre la *exceptio non adimpleti contractus* y de la jurisprudencia sobre obligaciones bilaterales y cláusula penal.

**DECIMOCUARTO.-** La única parte personada ante esta Sala como recurrida presentó escrito de oposición al recurso alegando que no era admisible por no respetar los hechos que la sentencia recurrida declara probados y por hacer supuesto de la cuestión, impugnando a continuación los distintos apartados del escrito de interposición del recurso y solicitando la desestimación de este con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

**DECIMOQUINTO .-** Por providencia de 3 de noviembre de 2010 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 24 de febrero de 2011, pero por otra providencia de 18 de enero de 2011 se suspendió dicho señalamiento por necesidades del servicio y se señaló de nuevo la votación y fallo del recurso para el 22 de febrero de 2011, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Pese a haber sido varias las cuestiones objeto del litigio, como se desprende de los antecedentes de hecho, el presente recurso de casación, interpuesto por la parte inicialmente demandada que a su vez formuló reconvenición no solo contra la demandante inicial sino también contra dos ingenieros y una sociedad anónima, se circunscribe a si procede o no condenar a dicha demandante inicial a pagar la cantidad resultante de aplicar la cláusula penal por retraso pactada en el contrato de ejecución de obra celebrado el 21 de diciembre de 1997 entre esa misma demandante y la hoy recurrente, únicas partes litigantes interesadas ya en este recurso.

La sentencia de primera instancia desestimó la referida pretensión de la hoy recurrente considerando, con base en la prueba practicada, que la obra se había finalizado, como muy tarde, en noviembre de 1998, y no el 4 de abril de 2005, como alegaba la hoy recurrente con carácter principal, ni el 22 de agosto de 2000, como alegaba con carácter subsidiario pero siempre interesando que en cualquier caso se aplicara la cantidad de 100.000 ptas. por día de retraso estipulada en el contrato de ejecución de obra.

La sentencia de segunda instancia confirmó este pronunciamiento desestimatorio por las razones que se contienen en su fundamento jurídico cuarto. Comienza este por puntualizar que la hoy recurrente había





rebajado su reclamación inicial de 1.556.605'80 euros a 543.314'95 euros o a la cantidad que el tribunal estimara adecuada ejerciendo su facultad moderadora. A continuación destaca lo pactado por las partes en el contrato de 1997 acerca del plazo de ejecución de la obra, la cual debía comenzar el séptimo día posterior a la suscripción del acta de replanteo por los facultativos y terminar en el plazo de un año a partir del inicio de los trabajos, con certificación del final de obra por la dirección facultativa. Acto seguido hace constar que *"no aparece en los autos el acta de replanteo de la obra, documento esencial para determinar el inicio del plazo y la existencia de demora en la finalización de las obras, así como tampoco la certificación de la dirección facultativa de la fecha de terminación de la obra, distinta de la de recepción que se llevó a cabo el 22 de agosto de 2000"*. Luego valora un posterior contrato de 29 de diciembre de 1999 entre ambas partes por el que estas intentaban liquidar sus relaciones, y destaca que en este contrato se dice *"que las obras se hallaban finalizadas y recibidas por la propiedad, estando solo pendientes de liquidación final y reconociendo la promotora [la hoy recurrente] adeudar a la constructora [la hoy recurrida] la cantidad de 43.045.096 pesetas, sin la menor referencia a la demora en la finalización de la obra, y, por otra parte, en el acta de recepción se dice que se hallan finalizadas con el informe favorable del ingeniero director y se formaliza su recepción totalmente de acuerdo con el proyecto y modificaciones introducidas en el mismo y solicitadas por la propiedad, nuevamente sin hacer referencia alguna al incumplimiento del plazo de entrega, sin que sea de recibo la afirmación de la promotora que se firmó a los únicos efectos de presentarlo ante el Ayuntamiento para evitar la paralización de las licencias de obra durante cinco años e incluso la desclasificación por la inminente entrada en vigor de un nuevo plan territorial, ya que para ello resultaba innecesario hacer especial referencia al contrato de ejecución de obra suscrito por las partes el día 21 de febrero de 1997 y modificaciones introducidas en su ejecución, lo que acredita que las partes daban por finalizadas las obras dimanantes de dicho contrato, sin perjuicio de posibles deficiencias imputables a la constructora y que pudieran detectarse por parte de los servicios técnicos del Ayuntamiento de Capdepera, y sin que quepa confundir el la finalización de la obra con la subsanación de los defectos a fin de determinar el día final"*. Hechas las anteriores consideraciones, esencialmente probatorias, en el mismo fundamento se razona, tras un punto y aparte, que no procede aplicar la cláusula penal dado el incumplimiento de la hoy recurrente consistente en no haber pagado una parte del precio, puesto que la cláusula penal pactada tiene una función liquidatoria y, además, se trata de una típica cláusula penal moratoria.

**SEGUNDO** .- Contra la sentencia de segunda instancia la parte recurrente interpuso, además del presente recurso de casación, un recurso extraordinario por infracción procesal especialmente centrado en la carga de la prueba sobre la fecha de inicio de las obras, la fecha de su finalización, las modificaciones introducidas y la existencia o inexistencia de retraso, pero este recurso extraordinario no fue admitido por esta Sala, que en cambio sí admitió el de casación.

El recurso de casación admitido, que la parte recurrente consideraba viable por sí solo aunque eventualmente no se admitiera su recurso extraordinario por infracción procesal, se compone de tres apartados de los que el tercero se divide a su vez en cinco subapartados. El apartado primero del recurso, además de justificar por qué es viable el recurso de casación con independencia del extraordinario por infracción procesal, cita como infringidos los arts. 1091, 1124, 1152, 1153, 1154, 1155, 1100, 1101, 1102, 1103, 1104 y 1258 CC, la doctrina legal sobre la *exceptio non adimpleti contractus* y la jurisprudencia sobre obligaciones bilaterales y cláusula penal. El apartado segundo, remitiéndose al recurso extraordinario por infracción procesal, compara *"el coste en la demora"* para la constructora hoy recurrida, 11.763'57 euros, frente a la penalización que debería imponérsele, *"543.314'95 euros, 420.107'47 euros o 164.677'32 euros"*. El apartado tercero se titula *"Indebida aplicación de la exceptio non adimpleti contractus. Se debería haber aplicado a lo sumo la exceptio non rite adimpleti contractus. Infracción de los artículos 1100, 1124 y 1158 del Código Civil"*, y tras esta especie de introducción general se exponen sus cinco subapartados: el primero trata de la inaplicabilidad al caso de la sentencia de esta Sala de 4 de abril de 2003 citada por la sentencia impugnada en el pasaje de su fundamento jurídico cuarto dedicado a justificar que la cláusula penal no se aplica dado el incumplimiento de la hoy recurrente; el subapartado segundo rebate la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*; el tercero se dedica a razonar sobre la infracción del art. 1154 CC; el cuarto trata de la infracción del art. 1091 del mismo cuerpo legal; y el quinto y último impugna la sentencia recurrida por haber atribuido al contrato de 29 de diciembre de 1999 un carácter de acto propio de la hoy recurrente del que carece.

A este planteamiento ha respondido la parte recurrida, en su escrito de oposición, alegando con carácter previo, al amparo del art. 485 LEC, que el recurso no es admisible por apartarse completamente de los hechos que la sentencia impugnada declara probados, por tergiversarla y por hacer supuesto de la cuestión, ya que, contra lo argüido en el recurso, la sentencia de apelación no considera probado el retraso en la finalización de las obras y, en cambio, sí declara probado que una vez finalizadas la hoy recurrente debía la cantidad de 43.045.096 ptas., no la que se afirma en el recurso, y que en la ejecución de las obras se introdujeron modificaciones solicitadas por la propiedad. En virtud de todo ello la parte recurrida niega que el recurso de casación sea autónomo o independiente del extraordinario por infracción procesal, *"pues la mera inexistencia de demora en*





la finalización de la obra, o la ausencia de prueba del número de días de retraso, hace absolutamente inviable la aplicación de una cláusula penal prevista solamente para el caso de demora", de modo que no es que la razón principal del tribunal sentenciador para rechazar la aplicación de la cláusula penal fuese la contenida al final de su fundamento jurídico cuarto, como sostiene la parte recurrente para poder independizar su recurso de casación del extraordinario por infracción procesal sino que, muy al contrario, la razón principal es la falta de prueba del retraso, justificada en la primera parte de ese mismo fundamento jurídico, y el incumplimiento de la hoy recurrente solo sería un razón o argumento complementario. En demostración de su tesis, la parte recurrida alega que las propias peticiones del recurso tienen como presupuesto que las obras finalizaron el 22 de agosto de 2000 y, sin embargo, para afirmar esto habría que hacer una nueva valoración de la prueba. Por último, a modo de conclusión, puntualiza que todo el planteamiento del recurso impugnando la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* y de la doctrina de los actos propios adolece del mismo vicio de eludir la verdadera razón causal del fallo, "que no es otra que la total ausencia de prueba de la demora en la finalización de las obras y, en cualquier caso, ausencia de prueba de cualquier juego de fechas que permitiera cuantificar el número de días de una hipotética demora, en la eventualidad de que esta se hubiera producido".

**TERCERO** .- Tiene razón la parte recurrida al plantear las referidas objeciones a la admisibilidad del recurso.

Como se desprende del fundamento jurídico cuarto de la sentencia impugnada, resumido en el fundamento jurídico primero de la presente sentencia, lo primordialmente apreciado por el tribunal de apelación para desestimar la reclamación de cantidad de la hoy recurrente fundada en la cláusula penal es la propia inexistencia de retraso en la finalización de las obras o, al menos, la falta de prueba de dicho retraso, de modo que la segunda parte de ese mismo fundamento de derecho de la sentencia recurrida tiene que interpretarse como un argumento de refuerzo orientado a justificar que también procedería desestimar la pretensión de que se trata aunque hubiera existido el retraso penalizado. Precisamente la especial atención que el tribunal sentenciador presta al documento contractual de 29 de diciembre de 1999, muy anterior al 22 de agosto de 2000 y en el que ninguna reserva manifestó la hoy recurrente por razón de un retraso en la finalización de las obras, pese a ser finalidad principal de dicho contrato la liquidación de las relaciones entre las partes, demuestra que la razón principal por la que la sentencia impugnada rechaza la pretensión de la hoy recurrente es la falta de prueba del retraso mismo, cuya falta de mención en el referido documento es ciertamente harto significativa si se pone en relación con la falta de constancia en las actuaciones tanto del acta de replanteo como de la certificación de la dirección facultativa de la fecha de terminación de la obra.

En consecuencia el recurso, al tener como punto de partida que la razón principal de la sentencia impugnada para desestimar la pretensión de la hoy recurrente no es la inexistencia de retraso sino el incumplimiento de sus propias obligaciones, única forma de plantear el recurso de casación con independencia del extraordinario por infracción procesal, efectivamente elude la verdadera razón causal del fallo impugnado, como alega la parte recurrida, e inevitablemente acaba incurriendo en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, puesto que da por sentado que hubo retraso en la terminación de las obras, y ello no sin unas vacilaciones sobre las fechas muy poco explicables en quien era dueña de la obra, frente a la apreciación del tribunal sentenciador, fundada en su valoración conjunta de la prueba, de que no se ha probado tal retraso, de modo que, pese a no haberse advertido el referido vicio casacional en la fase de admisión, procede valorarlo ahora como razón para desestimar el recurso.

**CUARTO** .- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la compañía mercantil ATALAYA DE CANYAMEL S.A., representada ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Marta Azpeitia Bello, contra la sentencia dictada con fecha 17 de abril de 2004 por la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de las Illes Balears en el recurso de apelación nº 97/07

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-**Juan Antonio Xiol Rios**.-**Francisco Marin Castan**.-**Jose Antonio Seijas Quintana**.-**Rafael Gimeno-Bayon Cobos**.-**FIRMADA Y RUBRICADA**. PUBLICACIÓN.- Leída





y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

