

A. DERECHO CIVIL	OBLIGACIONES Y CONTRATOS (ARTS. 1.091 Y SS. CC) CONTRATO DE OBRA Y SERVICIOS (ART. 1.544 CC)	Núm. 91/2001
-----------------------------	---	-------------------------

Miguel Ángel TOLEDANO JIMÉNEZ
Abogado

• **ENUNCIADO:**

La entidad mercantil «RESA» interpone demanda de juicio declarativo en reclamación de la cantidad de 300.000 ptas., cantidad que resta por abonar con motivo de la instalación de un ascensor en una vivienda.

En síntesis los hechos son los siguientes:

1.º La entidad mercantil «RESA», dedicada a la reparación, mantenimiento e instalación de ascensores acuerda mediante contrato suscrito el 1 de noviembre de 1995, con el señor T la instalación de una plataforma hidráulica en su vivienda.

2.º A medida que se van realizando los trabajos de instalación, la entidad RESA fue emitiendo al cobro las diferentes facturas, las cuales fueron todas abonadas puntualmente. Al terminar la instalación en enero de 1996, se emitió al cobro la última de las facturas, la cual se negó a abonar el señor T, alegando que la instalación no estaba terminada y que adolecía de importantes defectos de acabado y presentación.

3.º El señor T en ese momento decide terminar la obra por su cuenta, con la ayuda de familiares y amigos y sin encargarle el trabajo a un profesional. Una vez efectuados los trabajos que consideró necesarios acude a un perito a fin de que redacte un informe que recoja el estado de la plataforma hidráulica y hace venir también a su vivienda a un notario para que dé fe del estado de la plataforma. El informe pericial y el acta notarial son del mes de marzo de 1997, es decir, 14 meses después de que la instalación quedara terminada según defendía la empresa instaladora.

4.º La entidad «RESA» demanda al señor T por el impago de la última factura, reclamándole la cantidad de 300.000 ptas. El señor T se opone a la demanda y reconviene por las cantidades que abonó al perito y al notario, en total, reconviene por 80.000 ptas.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- 1.ª Argumentos de ambas partes.
- 2.ª Resolución judicial y comentario.

• **SOLUCIÓN:**

1.ª La entidad demandante alegaba en síntesis que había existido un incumplimiento por parte del señor T de sus obligaciones contractuales, puesto que había suscrito un contrato con el deman-

dado para la instalación de una plataforma hidráulica y una vez terminada dicha instalación, en enero de 1996, pasaron al cobro la última factura por importe de 300.000 pesetas, y el señor T se negó a abonarla, alegando que dicha instalación era incompleta y tenía importantes defectos. La entidad RESA aporta como documental unida a su demanda el contrato suscrito entre las partes y la factura impagada por importe de 300.000 pesetas. Alega que ha existido una vulneración de los artículos 1.091, 1.100, 1.108, 1.124, 1.157, 1.162, 1.254, 1.255, 1.256 y 1.258 del Código Civil (CC).

Por su parte, el señor T se opone a la demanda y formula reconvenición por la cantidad de 80.000 pesetas, importe de los honorarios de perito y notario, tal y como hemos expuesto. Admite el señor T el contrato firmado entre las partes para la instalación de la plataforma hidráulica en su vivienda, pero discrepa del hecho que alega la actora referente a que se emite la última factura cuando «la instalación de la plataforma ha terminado», en enero de 1996, puesto que entiende que, en ningún momento, dicha instalación terminó, está inacabada y, por lo tanto, se niega a pagar el último importe de la factura. Basa fundamentalmente su oposición el señor T en dos documentos que aporta a los autos y que le sirven de base también para su reconvenición: el informe pericial y el acta notarial donde se da fe del estado de la plataforma, ambos documentos fueron elaborados en marzo de 1997. El informe pericial recoge que ha observado deficiencias en la instalación que permiten enjuiciar que la ejecución material de la plataforma elevadora ha sido incorrecta en cuanto presenta importantes deficiencias de acabado y presentación.

En cuanto a la fundamentación jurídica, la demandada entiende que son de aplicación los mismos argumentos expresados de contrario, con la distinción de que es la parte actora la que ha incumplido lo que le incumbe y no ellos. Expone sucintamente que la actora se comprometió a realizar una obra, y la demandada a abonar un precio cuando dicha obra estuviera finalizada, y precisamente porque entiende que la demandante no ha cumplido con su parte del trato, entiende la demandada que ella tampoco debe cumplir y, por lo tanto, no tiene obligación de pagar el resto del precio convenido. Defiende, entre otros, la aplicación del artículo 1.124 del CC cuando dice: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible».

Son varias las cuestiones suscitadas, por un lado se trata de ver si efectivamente ha existido un incumplimiento contractual y por parte de quién; por otro lado, se trata de interpretar adecuadamente los artículos invocados por las partes (arts. 1.091 y ss., 1.124 y 1.544 y ss. CC).

2.^a La resolución judicial recaída en primera instancia fue estimatoria de la demanda y desestimatoria de la oposición presentada, así como de la reconvenición. Los argumentos que utiliza la sentencia dictada en primera instancia son realmente escuetos, ya que se limita a decir que en base al *onus probandi*, consagrado en el artículo 1.214 del CC (hoy en día derogado por la LEC 1/2000 y consagrado por el art. 217 LEC), la parte actora acredita con suficiencia que el demandado le adeuda 300.000 pesetas -hecho admitido por el propio demandado-, mientras que la parte demandada no acredita en modo alguno qué gastos le ha supuesto la correcta ejecución o puesta en marcha del aparato elevador, por lo que se estima que no existe causa justa acreditada por el demandado para justificar su incumplimiento, todo ello sobre la base de que el demandado no contrató a profesionales para terminar la instalación, sino que recurrió a la ayuda de familiares y amigos. Entiende la sentencia dic-

tada en primera instancia que las «supuestas» irregularidades deben tener un trasunto económico y los gastos que sirven para reconvenir son gastos unilateralmente decididos por el demandado, sin consecuencia anudada a la oposición al pago, por lo que debe desestimarse la demanda reconvenzional.

La parte demandada vencida interpuso recurso de apelación, manifestando su discrepancia con determinadas afirmaciones efectuadas en la sentencia de primera instancia e invocaba la infracción en la sentencia recurrida de los requisitos de la responsabilidad contractual y de los principios rectores sobre la prueba y error en la valoración de la misma, reproduciendo en síntesis el contenido de su contestación a la demanda y de la acción reconvenzional.

En segunda instancia, la Audiencia Provincial (AP) confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, eso sí, con una fundamentación jurídica más extensa y convincente que la dada por el Juzgado.

En primer lugar y en cuanto a la denuncia formulada en el recurso de apelación de infracción de normas jurídicas, entiende la Audiencia que la Sala Primera del Tribunal Supremo viene declarando en prolongada línea jurisprudencial que los recursos no se dan contra los fundamentos de derecho de las resoluciones judiciales, sino en la medida en que sean determinantes, directa y decisivamente, del fallo o premisa obligada de la parte dispositiva de aquéllas -*v.gr.*, SSTS, Sala Primera, de 8 de marzo de 1941, 5 de enero y 21 de mayo de 1942, 6 de marzo de 1943, 1 de junio de 1944, 28 de junio de 1974, 28 de abril de 1981, 15 y 23 de febrero y 20 de mayo de 1982, 24 de enero de 1983, 22 de mayo y 4 de julio de 1984, 21 de abril, 7 de mayo, 5 de octubre y 23 de diciembre de 1987, 25 de febrero, 28 de abril, 21 de noviembre y 20 de diciembre de 1988, 24 de febrero, 8 de marzo, 14 de julio, 30 de noviembre y 13 y 22 de diciembre de 1989, 16 y 23 de octubre de 1990, 10 de junio, 20 de octubre y 18 de diciembre de 1997, 23 de enero y 24 de julio de 1998, entre otras-.

En cuanto al trasunto económico del que habla la sentencia dictada en primera instancia, la Audiencia vuelve a incidir en la extrañeza que produce al juzgador el hecho de que se reclamen gastos por un informe pericial y la adveración de unas fotografías (acta notarial) y, sin embargo, no se reclame por el valor pecuniario de los trabajos efectuados por el demandado, familiares y amigos del mismo. Todo ello abunda en la apreciación de la falta de prueba por el demandado que sostiene una incorrecta ejecución imputada a la actora principal, entendemos que esa falta de prueba viene dada fundamentalmente por el hecho de que la instalación termina en enero de 1996 y el informe pericial y el acta notarial son de 14 meses después, es decir, de marzo de 1997, evidentemente en ese período de tiempo pudo modificarse el estado final de la instalación, y, aunque no se hubiera hecho, la demandada no probó, o al menos no lo hizo a juicio del juzgador, que el estado del ascensor fuera el mismo en enero de 1996 que en marzo de 1997, hecha la salvedad de las pequeñas reparaciones o «lavado de cara» que hizo el demandado por su cuenta.

En cuanto a la correcta interpretación del artículo 1.544 del CC, tenemos que decir que este artículo define el contrato de obra o servicios como el concierto y convenio por el que una parte se compromete a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto. Entiende la sentencia que se dictó en segunda instancia por la AP, que el contrato de obra, celebrado en octubre de 1996 y vinculante para las partes litigantes, regulado en los artículos 1.544 y 1.588 y siguientes del CC se caracteriza por ser de carácter consensual, oneroso, conmutativo y bilateral con obligaciones recíprocas, del que se deriva para el contratista el derecho de obtener el cobro del precio, pero a título de contraprestación, esto es, a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada, y, por ello, el comitente puede rehusar el pago del precio que se reclama si -y sólo si- el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposi-

ción *-exceptio non adimpleti contractus-*, pues si solamente ha cumplido en parte o de modo defectuoso su obligación de entrega en relación a las circunstancias de cantidad, calidad, manera o tiempo *-exceptio no rite adimpleti contractus-* (STS, Sala Primera, de 1 de junio de 1980), como constituyen hipótesis de mero cumplimiento irregular, no goza el comitente de la misma facultad sino únicamente de abonar el justo valor de lo realmente ejecutado. Es evidente que sobre la base del artículo 1.258 del CC los contratos obligan no sólo al cumplimiento 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, y es incuestionable que el contratista debe realizar la obra en las debidas condiciones, ya que si no es así no cumple estrictamente el contrato, extremo este que trató de probar en balde el demandado, estando quizá el problema en aportar un informe pericial efectuado 14 meses después de haber finalizado la instalación, cuando, en realidad, seguramente le habría ido mejor al demandado si justo en el momento en que la entidad mercantil instaladora da por terminadas sus obras y emite la última factura, hubiera solicitado la presencia del perito y el notario; la inmediatez en el tiempo, en este caso, fue fundamental.

Entiende la sentencia dictada por la Audiencia que «no se trata de que el comitente deba el precio a todo trance ni de que cualquier irregularidad le exonere de realizar su prestación, sino que ante el incumplimiento pleno queda facultada, en principio, para no cumplir su prestación; no así cuando lo mal realizado y omitido carece de suficiente entidad en relación a lo ejecutado, ya que entonces, resultaría contrario a la equidad y a la buena fe el facultar al comitente para retener su total contraprestación, o el resto de ella que tuviere pendiente de cumplir cuando con sólo una pequeña parte puede resarcirse de las imperfecciones de la obra mandada ejecutar, en cuyo caso, debe, pues, efectuar el pago de lo que dentro del mismo juicio acredite menor valor de lo recibido o bien satisfacer el precio y por vía de reconvencción o en Juicio ulterior con ese objeto, pedir la integridad de la obra o la reposición de la parte mal hecha (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1986 y de la Audiencia Provincial de Lleida de 27 de abril de 1985)».

Dicho de otro modo, aun dando por supuesto que las irregularidades observadas por el perito en marzo de 1997 fueran las mismas que las que existían en enero de 1996 (cuando la empresa RESA dio por terminada la instalación del ascensor), dichas irregularidades no tienen la entidad suficiente como para dejar de cumplir con el último pago de la obra. Diferencia la sentencia entre un contrato no cumplido *-exceptio non adimpleti contractus-* y un contrato no cumplido adecuadamente, en cantidad, calidad, tiempo o manera *-exceptio no rite adimpleti contractus-*, excepciones estas no reguladas en el ordenamiento jurídico pero cuya existencia está implícitamente admitida en varios preceptos (arts. 1.110 ó 1.124 CC). Concluye la sentencia que se dictó diciendo que «la excepción de contrato no cumplido adecuadamente sólo puede triunfar cuando el defecto en la prestación realizada por el actor es de cierta importancia en relación con la finalidad perseguida por las partes al perfeccionar el contrato y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del demandado por lo que no puede prosperar cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés de aquel que opone la excepción quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1991)».

En el caso que nos ocupa y por el distanciamiento en el tiempo entre la finalización de las obras y el informe pericial no quedó debidamente acreditado que las deficiencias constatadas en marzo de

1997 se encontraran presentes en la instalación al finalizar la misma en enero de 1996, siendo éste el elemento que falló en el presente caso, y siendo obligación de la demandada en virtud del *onus probandi*, consagrado en el artículo 1.214 del CC (hoy derogado por la LEC 1/2000 y consagrado en el art. 217 LEC), acreditar el incumplimiento de la actora.

Entendemos, pues, que los argumentos jurídicos expuestos en la sentencia son válidos, toda vez que si una parte no cumple no puede obligar a la otra parte a cumplir, pero debe tratarse de un incumplimiento pleno, en lo esencial de la prestación y no en sus fases accesorias; debe tratarse de la totalidad de la prestación y no de una mínima parte.

En el presente caso la Audiencia hace tanto referencia a la excepción de contrato incumplido como a la excepción de cumplimiento defectuoso (*exceptio non adimpleti contractus* y *exceptio non rite adimpleti contractus*), sin que sea aplicable ninguna de ellas al caso que nos ocupa puesto que la demandada no probó el incumplimiento de la actora, ni siquiera el cumplimiento defectuoso.

En el caso que nos ocupa debió el demandado, en enero de 1996, cuando la empresa RESA le comunicó que había terminado la instalación y le remitió la última factura, haber constituido la prueba necesaria a fin de acreditar la deficiente instalación existente en ese momento y, asimismo, entiendo que las reparaciones que hizo por su cuenta debió encargárselas a un profesional, a fin de poder luego reconvenir convenientemente por los gastos ocasionados y a fin de demostrar la importancia de los defectos hallados en la plataforma, demostrar en definitiva que esos defectos eran esenciales y trascendentes, entiendo que si en este caso se hubiera actuado así en enero de 1996, el resultado del procedimiento hubiera sido diferente.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Civil, arts. 1.091, 1.108, 1.110, 1.124, 1.157, 1.162, 1.254, 1.255, 1.256, 1.258, 1.278, 1.543, 1.544, 1.555, 1.588, etc.**
- **SSTS de 1 de junio de 1980, 24 de octubre de 1986, 27 de marzo de 1991, 10 de junio, 20 de octubre y 18 de diciembre de 1997 y 23 de enero y 24 de julio de 1998.**