

# Acuerdo de terminación de obras: demanda reconvencional de una promotora inmobiliaria frente a la acción de incumplimiento de acuerdo presentado por la constructora



[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)  
casosreales@difusionjuridica.es

- 1. El Caso**
  - 1.1. Supuesto de hecho
  - 1.2. Objetivo. Cuestión planteada
  - 1.3. La estrategia. Solución propuesta
- 2. El Procedimiento Judicial**
  - 2.1. Partes
  - 2.2. Peticiones realizadas
  - 2.3. Documentación aportada
  - 2.4. Prueba
  - 2.5. Resolución judicial
  - 2.6. Fundamentos jurídicos
- 3. Jurisprudencia relacionada con el caso
- 4. Documentos Jurídicos
- 5. Biblioteca
- 6. Casos relacionados
- 7. Formulario

## El caso

### Supuesto de hecho

Estepa, 06-08-2008

JAZMÍN S.L y MONTAÑAS S.L son dos entidades mercantiles que acostumbran a colaborar y cooperar en la realización y promoción de viviendas y complejos turísticos.

El día arriba referenciado ambas mercantiles firman un acuerdo tendente a liquidar ciertas relaciones y, principalmente a dejar constancia de una serie de obligaciones entre ambas sociedades debiendo destacar que, la constructora JAZMÍN S.L se obliga a reparar las goteras de ciertas viviendas ya entregadas a la promotora para su venta, así como a terminar unas obras pendientes de acabado dentro una fase objeto de promoción de MONTAÑAS S.L.

En relación con el acabado de las obras pactadas, el acuerdo incluye no sólo la terminación de las obras en el interior de las viviendas sino del acerado y saneamiento de la urbanización en el que las viviendas están sitas. Igualmente, JAZMÍN S.L adquiere la obligación de solicitar y obtener las licencias de primera ocupación y habitabilidad.

De este modo, se da un plazo de dos meses para que JAZMÍN S.L lleve a cabo los cometidos mencionados pactándose que, de no haber procedido a la entrega con los requisitos pactados el 10 de octubre de 2.008 nacerá una obligación de pago de 300 € diarios en concepto de penalización.

Como contraprestación por la realización de estas actividades MONTAÑAS S.L se comprometía a abonar a la constructora 50. 000 € que fueron depositados en manos de PEPE.

Así, ocurre que, llegado septiembre -y estando cerca el plazo convenido para la entrega- JAZMÍN S.L no había realizado ningún tipo de operación en relación a la reparación de las goteras por lo que fue requerida amistosamente por la mercantil promotora.

Finalmente, el 11 de octubre de 2011, ante el incumplimiento de la constructora, MONTAÑAS S.L se pone en contacto con PEPE dándole orden de que no entregue los 50 000 € depositados al haber el otro parte incumplido. Debe señalarse que, ante la inactividad de JAZMÍN S.L, la promotora tuvo que contratar a CHAPUZAS S.A para que reparara los defectos existentes en las obras y terminara el trabajo que, a tenor del pacto de 6 de agosto de 2008, debía correr a cuenta de JAZMÍN S.L.

Frente a la negativa de pago de la promotora, JAZMÍN S.L interpone una demanda ante los juzgados de Estepa reclamando dicha cantidad, y, para su sorpresa, al recibir contestación se encuentra con que MONTAÑAS S.L ha decidido reconvenir y poner en manos de los tribunales una pretensión consistente en ser resarcida por las cantidades invertidas en la reparación, así como por los daños y perjuicios sufridos.

Se inicia de este modo un largo proceso en el cual las partes están totalmente encerradas de suerte que, JAZMÍN S.L se niega a pagar imputando los desperfectos al director facultativo de la obra y dónde MONTAÑAS S.L mantiene que el incumplimiento es imputable a la constructora y no al director del proyecto por lo que la misma debe responder.

### **Objetivo. Cuestión planteada**

MONTAÑAS S.L tiene un doble objetivo; de una mano que se declare que no se le puede obligar a abonar los 50 000 € reclamados en tanto la demandante nunca finalizó el trabajo objeto de remuneración y, de otra mano ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos por la inactividad y mala praxis de JAZMÍN S.L

### **La estrategia. Solución propuesta**

La defensa letrada de MONTAÑAS S.L lo que hace es probar -mediante los medios admitidos en derecho- el incumplimiento contractual de JAZMÍN S.L con objeto de desvirtuar su demanda al, no poder exigir una obligación derivada de un pacto que ha sido previamente incumplido por la demandante.

De otra mano, la estrategia de la reconvenCIÓN radica en probar que se dan los elementos exigidos jurisprudencialmente para conceder una indemnización por daños y perjuicios. De este modo, el abogado de la mercantil lleva a cabo la labor intelectiva de desengranar el hecho dañoso, el daño y la relación de causalidad entre el evento y el resultado perjudicial.

### **El procedimiento judicial**

**Orden Jurisdiccional:** Civil

**Juzgado de inicio del procedimiento:**  
Juzgado de Primera Instancia de Estepa

**Tipo de procedimiento:** Procedimiento Ordinario

**Fecha de inicio del procedimiento:**  
16-03-2009

**Partes**

- Parte demandante / demandada reconvencional: JAZMÍN S.L
- Parte demandada / demandante reconvencional: MONTAÑAS
- Parte demandada reconvencional: JOSE (administrador de JAZMÍN S.L)

**Peticiones realizadas**

La parte demandante y posteriormente demandada reconvencional suplica al juzgado en su contestación a la reconvenCIÓN que, teniendo por presentado su escrito y por contestada la reconvenCIÓN de contrario se estime la excepción de legitimación pasiva alegada absolviendo a JAZMÍN S.L de las pretensiones deducidas de contrario y, alternativamente -y para el caso hipotético que no se estimase la excepción articulada- se absuelva igualmente a JAZMÍN S.L de las pretensiones formuladas por la parte demandada con expresa imposición de las costas procesales. En segunda instancia, JAZMÍN solicita a la Audiencia Provincial que estime íntegramente el recurso planteado con expresa imposición de costas para la parte demandada.

La parte demandada y posteriormente demandante reconvencional suplica al juzgado en su oposición a la demanda que, teniendo por presentado el escrito con sus documentos y copias se admita teniendo el juzgador por contestada la demanda de JAZMÍN S.L y, tras los trámites correspondientes se dicte sentencia desestimando la demanda de la actora declarando que no ha lugar a la reclamación efectuada imponiendo expresamente las costas al demandante. Mediante un otrosí, mediante el mismo escrito, en virtud de lo dispuestos en los artículos 406 y ss. de la LECiv, formula demanda reconvencional contra JAZMÍN S.L ejercitando una acción solidaria de responsabilidad contra JOSE (se administrador) en reclamación de los daños y perjuicios generados como consecuencia del incumplimiento tasada en 147.840,83 € más 13.800, 00 € todo ello con los intereses que sean legales y pertinentes. Por último, solicita

la consigna judicial de los 50.000 € que obran en poder de PEPE. En segunda instancia suplica al juzgado que, se tenga por interpuesto recurso de apelación y se dicte sentencia por la que se estime íntegramente su recurso y se revoque la sentencia de instancia estimándose en su totalidad la demanda reconvencional y condenándose a las contrapartes al pago de 161.640,83 € más las costas.

JOSE, como demandado reconvencional solicita ser apartado del caso por falta de legitimación pasiva.

**Argumentos**

JAZMÍN S.L fundamenta su demanda en los siguientes argumentos:

- Los 50 000 € que solicita le son debidos por haber cumplido todo a salvedad de las reparaciones de las goteras al no serle imputables. Las humedades de las viviendas son responsabilidad de la dirección facultativa por lo que debería de haberse puesto la demanda reconvencional contra los mismos.
- Las humedades están ocasionadas por la utilización de una pintura impermeabilizarle que se ordenaba en los tres proyectos de obra. Se trata de un problema masivo por lo que debe responder la empresa aplicador del producto.
- Los desperfectos de las escaleras tampoco le son imputables ya que aparecieron por el producto empleado y no por el actuar de sus trabajadores.
- El administrador de MONTAÑAS S.L tiene una gran animadversión contra JARDINES a raíz de la denuncia presentada por el presunto hurto de un acuerdo que rompía las relaciones entre las partes.
- Existe connivencia entre la Dirección facultativa y montes a la hora de im-

- putar la responsabilidad de las humedades existente en las viviendas.
- La demandante reconvierte quiere hacer ver un abandono de la obra que es totalmente incierto. Además, la parte contraria había cambiado las cerraduras para impedir el acceso de la constructora.
  - En caso de estimarse la pretensión indemnizatoria existiría un enriquecimiento injusto por parte de promociones MONTAÑAS S.L al ganar una gran cantidad de dinero junto con la ejecución de otras partidas distintas a las goteras respecto de las cuales no se ha puesto objeción alguna.
  - En el recurso de apelación la mercantil señala que la juzgadora debe tener en cuenta el 1103 del Código Civil para moderar la cuantía de la indemnización.
- MONTAÑAS S.L fundamenta sus pretensiones en los siguientes argumentos:
- No procede la entrega de los 50 000 € ya que éstos estaban condicionados al cumplimiento de una serie de requisitos. Resulta muy sorprendente ejercitar una acción de cumplimiento contractual sin acreditar haber cumplido con todas sus obligaciones.
  - Los trabajadores de la constructora no actuaron con la debida diligencia.
  - La indemnización solicitada tiene como principal el reembolso de la cantidad que se invirtió al contratar a otra constructora para que reparara los defectos existentes en las viviendas y terminara el trabajo que la demandante no había hecho.
  - JAZMÍN S.L abandonó las obras sin estar debidamente finalizadas.
  - La certificación de obras, aunque venga de tercero (en este caso Dirección facultativa) es preceptiva y válida;
  - JAZMÍN S.L aceptó que la finalización de las obras se produciría con la emisión del certificado final de obra, lo que ha de completarse con el hecho de que el espíritu y finalidad del contrato era, indudablemente, reparar los defectos que existían y terminar las obras para poner fin definitivamente a sus relaciones comerciales, razón por la que se supeditó la finalización completa de la obra con dicha certificación.
  - JOSE debe responder solidariamente a tenor de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley de Sociedades anónimas; no hay que olvidar que rubricó el acuerdo del 21 de agosto de 2008.
  - Los 13.800 € reclamados derivan de la estipulación del pacto consistente de sumar 300 € por cada día de retraso en la entrega de las obras.

JOSE, como parte demandada reconvenional se fundamenta en lo siguiente:

- Falta de legitimación pasiva
- El litisconsorcio pasivo necesario únicamente ha de entrar en juego y producir sus efectos con respecto a aquellas personas que verdaderamente hubieran tenido intervención en la relación contractual o jurídica objeto de litigio.

## Normativa

- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
- Código Civil. Artículo 1088., Artículo 1254.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley de 22 de diciembre de 1989, de sociedades anónimas
- CAPÍTULO III Agentes de la edificación LEY 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

### **Documental aportado**

• JAZMÍN S.L en su demanda aporta:

- Poder para representar en pleitos
- Acuerdo pactado 6 de agosto de 2008 y firmado el 21 de agosto de 2008
- Contestación a la carta de 23 de agosto de 2013
- Carta dando por resuelto del acuerdo de 21 de agosto de 2008
- Parte del proyecto de obra
- Denuncia de una presunta sustracción de un documento que recogía el cese de relaciones contractuales entre las dos sociedades.
- Emails con el fabricante del material aplicado a las escaleras

• MONTAÑAS S.L aporta en su oposición a la demanda:

- Poder para representar en pleitos
- Proyecto de promoción inmobiliaria contratada en 2005 con JAZMÍN S.L
- Actas notariales y requerimientos a JAZMÍN S.L por obras anteriores a la del objeto del litigio para mostrar sus incumplimientos precedentes
- Acta de presencia notarial incluyendo 81 fotografías el 14 de Octubre de 2008
- Informe de la dirección facultativa de obras fechado el 10 de Octubre de 2008
- Informe de arquitecto técnico de fecha 15 de Octubre de 2008
- Eurofax fechado el 31 de Octubre de 2008
- Informe de la Dirección facultativa de obras fechado el 20 de Noviembre de 2008

- Acta de presencia notarial incluyendo 14 fotografías el 20 de Noviembre de 2008
- Acta de presencia notarial de 2 de Diciembre de 2008
- Factura de CHAPUZAS S.A de 24 de Marzo de 2009 por importe de 147.840,83 €)
- Certificación final de obras fechada 4 de Febrero de 2009
- Declaraciones de los propietarios mostrando su conformidad con las obras llevadas a cabo por CHAPUZAS S.A

### **Prueba**

Ambas partes coinciden en que se tenga por aportada la documental aportada junto con sus escritos, así como la testifical y la pericial.

### **Resolución Judicial**

**Fecha de la resolución judicial:** 07-01-2010

**Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial:**

El Juzgado de Estepa dictó sentencia por la cual acordó desestimar la demanda planteada por JAZMÍN S.L. contra MONTAÑAS S.L, con imposición de las costas procesales a la parte actora.

Además estimó parcialmente la demanda planteada por MONTAÑAS S.L contra JAZMÍN S.L. y, en consecuencia, condenó a esta última a que abonara a la actora la suma de 147.840,83 € e intereses legales de demora devengados desde la fecha de presentación de la demanda.

Por última, el juzgado absolió al demandado JOSE de las peticiones formuladas en su contra, con expresa imposición a la actora reconvencional de las costas causadas a este último.

## **Fundamentos jurídicos de la resolución judicial:**

La Sentencia basa sus pronunciamientos en los siguientes fundamentos:

Respecto a la desestimación de las pretensiones de JAZMÍN S.L se concluye que la demandante no cumplió con todas las obligaciones a las que se comprometió al firmar el acuerdo, frustrando la finalidad del contrato y no pudiendo, en consecuencia, obligar a MONTAÑAS S.L a que cumpla con su obligación. Ha quedado probado que la demandante abandonó las obras sin terminar y sin reparar las humedades existentes en las viviendas.

Respecto a la estimación parcial de la demanda reconvencional de MONTAÑAS S.L no procede por los 13.800 € pero sí por los 147.840,83 €, que se incrementará con los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, de conforme con los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, en relación a JOSE, éste no tiene legitimación pasiva y de sus costas va a responder la demandante reconvencional. El litisconsorcio pasivo necesario únicamente ha de entrar en juego y producir sus efectos con respecto a aquellas personas que verdaderamente hubieran tenido intervención en la relación contractual o jurídica objeto de litigio.

Respecto al resto de costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, en este caso la parte actora.

## **Segunda instancia**

**Tipo de recurso:** Recurso de apelación

**Recurrente:** Ambas partes

**Fecha del recurso:** 08-04-2011

**Tribunal:** Audiencia Provincial de Sevilla

## **Prueba**

La aportada junto con los escritos de la presente causa.

## **Documentación**

La aportada junto con los escritos de la presente causa.

## **Resolución judicial del recurso**

**Fecha de la resolución judicial:** 26-09-2011

## **Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial:**

La Audiencia Provincial de Sevilla dictó Sentencia por la cual procedió a estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por JAZMÍN S.L desestimando el de MONTAÑAS S.L contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Estepa con fecha 7/01/10, revocando parcialmente dicha resolución en el único sentido de reducir la cantidad a la que se condena A JAZMÍN S.L a pagar a MONTAÑAS S.L fijándola en 97.840,83 € manteniendo íntegros el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida, todo ello sin hacer condena de las costas causadas en esta alzada.

## **Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial:**

La Audiencia basa la modulación de la cuantía de la indemnización en que no se puede producir un enriquecimiento injusto a su costa ya que, si se mantiene la condena íntegra frente a la constructora MONTAÑAS S.L habría obtenido el beneficio de ver terminada totalmente su promoción sin pagar nada a cambio por dichas obras, aspecto que excede de una indemnización por daños y perjuicios.

Por ello hay que descontar los 50 000 € que le hubieran costado dichos trabajos si la constructora reconvenida hubiera cumplido con sus obligaciones por lo que, de los daños y perjuicios reales que se le han producido han sido la diferencia de coste, esto es 97.840,83 € que es lo que realmente ha tenido que desembolsar de más para obtener el resultado frustrado.

## Jurisprudencia

Audiencia Provincial de León, núm. 94/2006, de 02-05-2006. **CasosReales.**

**Jurisprudencia. Marginal: 273191**

contra sentencia desestimatoria de las pretensiones invocadas

Tribunal Supremo, núm. 549/2004, de 23-06-2004. **CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 164437**

## Biblioteca

Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 187/2004, de 23-04-2004. **CasosReales. Jurisprudencia. Marginal: 249558**

## Libros

- La responsabilidad civil por vicios de la construcción
- Sabelotodo Contratación Civil y Mercantil

Audiencia Provincial de Valencia, núm. 90/2004, de 16-02-2004. **CasosReales. Jurisprudencia. Marginal: 250265**

## Artículos jurídicos

Audiencia Provincial de Castellón/Castelló, núm. 241/2003, de 15-09-2003. **CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 190740**

- El promotor y la LOE tres años después. El promotor y la Ley de ordenación de la edificación (julio/agosto 2003)
- Responsabilidad de aparejadores, arquitectos técnicos de obra y promotores (septiembre 2014)
- ¡Atención! Nuevas obligaciones para los constructores (junio 2007)
- Contrato entre promotor y constructor con pago del precio con una parte fija y otra variable (marzo 2005)

Audiencia Provincial de Madrid, núm. 111/2008, de 29-01-2008. **CasosReales. Jurisprudencia. Marginal: 183074**

Audiencia Provincial de Asturias, núm. 210/2007, de 04-05-2007. **CasosReales. Jurisprudencia. Marginal: 154807**

## Casos relacionados

1. acuerdo del 6 de agosto de 2008
2. contestación de jazmín a la oposición de montañas
3. oposición-demanda reconvencional montañas
4. sentencia de primera instancia
5. recurso apelación jazmín
6. recurso de apelación montañas
7. sentencia audiencia provincial

- Conflicto con material entre constructor y promotor.
- Reclamación de la obligación de reparar defectos constructivos
- Incumplimiento en el plazo de entrega de un piso en construcción.
- Contrato de compraventa de bien inmueble. Reclamación de indemnización por unos propietarios contra la constructora por el retraso injustificado en la entrega de la vivienda.
- Reclamación de cantidad por incumplimiento de contrato de prestación de servicios frente a la acción de incumplimiento de acuerdo presentado por la constructora

## Formularios jurídicos relacionados con este caso

- -Modelo de recurso de apelación

Juzgado de Primera Instancia nº XX

Procedimiento Ordinario nº XX

**AL JUZGADO PARA ANTE LA ILMA. SALA DE LO CIVIL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL**

D.... , Procurador de los Tribunales y de la mercantil según tengo acreditado en el procedimiento arriba referenciado, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que mediante Diligencia de Ordenación de fecha 24 de enero de 2011, notificada a esta parte el siguiente día 31 del mismo mes y año, se ha acordado tener por preparado el recurso de apelación formulado por esta parte frente a la sentencia de 7 de enero de 2011, emplazando a la misma por término de 20 días al objeto de que procedamos a la interposición del referido recurso.

Que mediante el presente escrito y en la indicada representación, formalizo, en el plazo conferido al efecto, la interposición del RECURSO DE APELACIÓN en virtud de los siguientes

**MOTIVOS**

**PRIMERO.-** El Recurso de Apelación que ahora se plantea y expone, lo es contra la citada sentencia de 7 de enero de 2011, pero exclusivamente, por un lado, contra la decisión de estimar parcialmente la demanda reconvencional, al denegarse la condena a las contrapartes por 13.800 euros, relativa a la penalización por retraso pactado en su momento.

Y por otro, igualmente se recurre la absolución del demandado D.... quien ostentó esa condición procesal como consecuencia de la acción por responsabilidad del administrador ejercitada por esta representación.

Considerando que el *petitum* realizado por esta parte en el seno de la presente causa, debería haber sido totalmente estimado, comenzaremos entrando en el primero de los motivos que fundamentan el presente recurso.

**SEGUNDO.- DE LA RECLAMACIÓN POR 13.800,00 EUROS EN CONCEPTO DE PENALIZACIÓN POR RETRASO, SEGÚN CONTRATO DE 21 DE AGOSTO DE 2009.**

Como se pone de manifiesto en la Sentencia ahora parcialmente combatida, esta representación, a través de su demanda reconvencional, solicitaba no solo la condena al abono del importe que se vio obligada nuestra mandante a abonar a un tercero (147.840,83€), para que finalizaran las obras a que se comprometieron las contrapartes a través del acuerdo de 21 de agosto de 2008; sino que también solicitábamos se efectuara pronunciamiento condenatorio por importe de 13.800,00 euros, cantidad a que ascendía la penalización diaria por retraso en la entrega de la obra, al amparo de lo dispuesto del citado acuerdo de 21 de agosto de 2008.

Sin embargo y estimándose la primera de las peticiones, la Sra. Juzgadora entiende que no procede entregar cantidad alguna en tal concepto, argumentando que “se trata de una cláusula prevista para descontar 300 € por cada día de retraso de la suma depositada en el Letrado, 50.000 €, considerando que no cabe

*su aplicación al caso presente, ya que la suma depositada permanece hoy día en poder de la demandada y sin que el presente procedimiento exista pronunciamiento de condena a la entrega de dicha cantidad..."*

- I. Pues bien, el pronunciamiento denegatorio de la pretensión de esta parte, resulta objetivamente erróneo, en primer lugar, porque parte de una consideración incorrecta, cual es la de afirmar que la suma depositada permanecería a día de hoy en poder de la demandada, esto es, en poder de nuestra mandante, cuando lo cierto es que el Letrado depositario ingresó, por orden de ese Juzgado, tal cantidad en la cuenta bancaria judicial afecta al presente procedimiento.

Así, por Auto de 6 de mayo de 2009, notificado a esta parte el siguiente día 11 del mismo mes y año, entre otros extremos, se requirió al Letrado Sr....., para que procediera a consignar la cantidad de 50.000 € que obraban en su poder en relación con el presente procedimiento, en la correspondiente cuenta expediente.

En atención a ese requerimiento, por Providencia del siguiente 22 de junio de 2009, se tuvo por consignada por el Letrado Sr. ...., la cantidad de 50.000 €, en la correspondiente cuenta expediente, evacuándose tal requerimiento en fecha 17 de junio de 2009.

De esta forma y en contra de lo manifestado en la Sentencia, desde el día 21 de agosto de 2008, la cantidad de 50.000 € se encontraba en poder del Letrado Sr...., según lo establecido en el acuerdo suscrito en aquella fecha; hasta el 17 de junio de 2009, momento en que tal importe se ingresa en la cuenta expediente de ese Juzgado, a resultas de la presente causa.

En definitiva, los 50.000,00 € ni están en poder de nuestra mandante, ni lo han estado desde el 21 de agosto de 2008, por lo que resulta imposible argumentar algo que no es cierto para denegar el abono solicitado por penalización diaria por retraso en el cumplimiento.

- II. Por otro lado, tampoco sabemos el motivo por el que la Juzgadora, además del anterior argumento erróneo, pone de manifiesto que no existiría, en el presente procedimiento, pronunciamiento de condena a la entrega de dicha cantidad de 50.000€, cuando lo cierto es que ese es precisamente el contenido de la demanda interpuesta por ..... reclamando a nuestra mandante la cantidad de 46.675,50 euros, y advirtiendo en su "Tercer otrosí digo", que tal cantidad dineraria cuya entrega se solicita estaba depositada en la persona del Letrado Sr. .... .

Por lo tanto, la Juzgadora, al desestimar la meritada demanda de la contraparte, por su probado incumplimiento, está ordenando obviamente que la cantidad dineraria consignada judicialmente, sea devuelta íntegramente a nuestra patrocinada, que fue quien la entregó al depositario para el abono de unas obras que nunca fueron realizadas.

Los 50.000 euros que obran en poder de ese Juzgado, deberán ser reintegrados a quien los desembolsó (nuestra mandante) para una obra que no se ha realizado, independientemente de que, del mismo modo, debe declararse procedente la concurrencia de la penalización por demora.

- III. Segundo se pone de manifiesto en la Sentencia ahora parcialmente recurrida, ambas partes suscribieron el acuerdo de 21 de agosto de 2008 con el propósito de poner fin a las obras encomendadas por nuestra mandante y reparar los desperfectos existentes en las viviendas ya construidas, todo lo cual se valoró en 50.000 euros, cantidad que, como hemos dicho, fue entregada al Letrado Sr. D..... . Una vez que se cumpliera el repetido acuerdo, ese importe sería entregado a D.....

Igualmente (véase la página 4 de la Sentencia), las partes acordaron en la estipulación cuarta, que el plazo de finalización de las obras sería el día 10 de octubre de 2008, con **una penalización diaria de 300 € por cada día de retraso**, entendiéndose finalizadas tales obras cuando la Dirección Facultativa emitiera el certificado final de obras.

Pues bien, llegado el día en que finalizaba el plazo de terminación de las obras, la empresa constructora había hecho una dejación absoluta de sus obligaciones, abandonando la obra, a pesar de lo cual, nuestra mandante, el siguiente día 31 de octubre siguiente (documento no 19 del escrito de demanda de ..... concedió un plazo adicional de DIEZ DIAS, para que procediera a ejecutar correctamente y a finalizar las obras.

Huelga decir que la ampliación del plazo (no sólo en 10 días más, sino que hay que sumar los 21 que habían transcurridos desde el citado 10 de octubre de 2008), no suponía en absoluto que nuestra mandante renunciara a las penalizaciones diarias establecidas en el acuerdo de 21 de agosto de 2008, ni a las indemnizaciones y reclamaciones a las que, en su caso, pudieran tener derecho, y así se le hizo saber a la demandante en reiteradas ocasiones.

Según se declara en la Sentencia ahora recurrida, definitivamente la demandante no cumplió debidamente con las obligaciones a las que se comprometió al firmar el acuerdo de 21 de agosto de 2008, hecho que motivó que el 25 de noviembre de 2008, a través de comunicación fehaciente (documento no 23 del escrito de demanda de la contraparte), se diera por resuelto el citado acuerdo de 21 de agosto de 2008, resolviéndose las relaciones jurídicas entre ambas partes y haciendo expresa reserva de las acciones que en Derecho amparaban a nuestra mandante.

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 955/2006, de 11 octubre, la resolución por incumplimiento de la parte contraria no requiere «una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991), sino la concurrencia de una situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991), por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó ( SSTS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991, y 17 mayo y 2 de julio de 1994 , entre otras muy numerosas)».

Ni la Sentencia de instancia, ni las contrapartes ha puesto en duda la legalidad de la resolución contractual operada, dándose la razón a nuestra mandante cuando adujo el incumplimiento de .....

Al amparo de la doctrina emanada de nuestro Tribunal Supremo (véase por todas la Sentencia de 19 de febrero de 2010), la estipulación cuya aplicación se solicita, es una cláusula de carácter especial prevista para el retraso en el cumplimiento de las obligaciones fundamentales del contrato, sin perjuicio de poder también exigir la indemnización por daños y perjuicios que proceda.

La pacífica y reciente jurisprudencia emanada al respecto reitera una y otra vez que el definitivo y completo incumplimiento de las obligaciones por una de las partes vinculadas contractualmente hace que, además de la resolución del negocio jurídico, deban resarcirse los daños y perjuicios ocasionados, y la mora penalmente acordada, al no ser posible satisfacer el interés contractual lesionado.

No podemos resistirnos a traer al presente escrito, por su enorme similitud al caso que ahora nos ocupa, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de enero de 2010, cuando señala que:

*“Según contrato, la obra debía entregarse el 3 de mayo de 2.007 (hecho segundo de la demanda y hecho segundo de la contestación). El 23 de mayo se otorgó acta de recepción de la obra con reservas (doc. núm. 15) con la presencia del promotor, detallando los defectos para ser subsanados en 7 días.*

*En la cláusula 5.3 del contrato consta que para garantizar el programa de la obra se establecía una penalización por retraso parcial y final sin perjuicio del derecho del promotor de resolver contrato. Se pactó el presupuesto de la penalización en función del precio de la obra y el promotor debía comprobar las unidades de obra realizadas y determinar si se ajustaban al programa, devolviéndose la penalización al constructor si el retraso se recuperaba. Se añadió que las penalizaciones se deberían ir cuantificando si se producía el retraso, debiendo ser notificadas formalmente al constructor. Es decir, si bien en la cláusula consta que la penalización no cobrada no suponía renuncia al cobro, pudiéndose compensar con las certificaciones de obra presentadas por el constructor, las partes pactaron (art.1.258 CC) que el retraso debía ser notificado y cuantificado.*

*Respecto a la cláusula penal, y a los efectos debatidos es de tener en cuenta, como declara la STS núm. 39/08 de 25 de enero, que los efectos de la cláusula depende del supuesto de hecho previsto, de modo que “quien invoca la aplicación de una cláusula penal debe probar los hechos que autorizan a formular su pretensión, y corresponde al que niega su virtualidad la de los impeditivos de la misma”. Ha de ser la parte que interesa su cumplimiento la que tiene la carga de probar la realidad de ese retraso y que el mismo es imputable exclusivamente a la conducta de la contraparte, correspondiendo al constructor probar que no hubo retraso respecto de la fecha pactada, o que si lo hubo fue consentido por el acreedor, o ajeno al deudor, al traer causa de una aumento de obra, -realización de obras no incluidas ni previstas en el contrato-, únicos supuestos en que la pena no puede exigirse. Si bien, en este último supuesto también se ha admitido, como indica la STS núm. 1293/2007 de 5 de diciembre, que “siendo cierto que toda modificación o adición de obra suponen variación del proyecto inicial, y ello da lugar a que no pueda aplicarse la cláusula penal prevista para el retraso en la ejecución de dicho proyecto, esto sólo es así en la hipótesis de que por la misma naturaleza de la nueva obra o por pacto de las partes no pueda llevarse a cabo en el plazo previsto en el contrato para la terminación de la total”, pues de lo contrario se estaría legitimando al contratista para eludir la cláusula penal por cualquier modificación del proyecto.”*

Por lo tanto, resulta evidente la procedencia de la penalización por retraso que esta parte reclama a ....., al cumplirse todos y cada uno de los requisitos exigidos para entender su concurrencia, tanto desde el marco normativo, como jurisprudencialmente.

Así, haciendo un simple cálculo matemático de los días de demora hasta el citado día 25 de noviembre de 2008 (fecha en que se dieron por resueltas las relaciones contractuales después del incumplimiento definitivo de la actora), desde el día 10 de octubre de ese mismo año, habrían transcurrido 46 días, a razón de 300€ diarios, según lo acordado, supondría una penalización por demora que ascendería a 13.800,00 euros.

En consecuencia, y habiendo lugar al presente primer motivo de apelación, la Sentencia de 7 de enero de 2011 debe de revocarse en lo que a la estimación parcial de nuestra demanda reconvencional se refiere, estimándose en su totalidad y condenando a ..... (y a ....., como luego se expondrá), al abono a nuestra mandante, además de los 147.840,83 euros, de los 13.800 euros reclamados como penalización pactada por demora.

**TERCERO.- DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ADMINISTRADOR**  
DE....., D.....

- I. En el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia de 7 de enero de 2011, que ahora recurrimos parcialmente, se entra a analizar y resolver la solicitud planteada por esta parte relativa a la declaración de responsabilidad directa del Administrador de la mercantil ....., D.....

Así, después de reproducirse lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, la Sentencia pone de manifiesto que “*se infiere que para que el demandado, como administrador de la sociedad, responda directamente frente a terceros, es preciso que haya realizado algún acto u omisión contraria a ley, a los estatutos o por incumplimiento de sus deberes inherentes al cargo, lo que no ocurre en el caso de autos.*”

Además, se nos dice que el Letrado que abajo suscribe no habría dado “*una explicación convincente para considerar que el demandado actuó de forma contraria a la ley al no finalizar correctamente las obras, lo que no puede admitirse por cuanto nos encontramos ante un incumplimiento contractual de un arrendamiento de obra de la sociedad actora de la que es administrador, sin que conste que en modo alguno haya actuado contrario a ley o con negligencia en sus deberes como administrador.*”

- II. Pues bien, yerra claramente la Sra. Juzgadora en su Sentencia ahora combatida al desestimar la declaración de responsabilidad solidaria del administrador, por cuanto, en el supuesto de autos, concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para estimar tal acción de responsabilidad contra el Administrador, D..... .

Como ha recogido esa Ilma. Sala en reiterados pronunciamientos (entre otras, la significativa Sentencia no 532/2008, de 18 de noviembre, recurso no 4054/2008), en relación a la responsabilidad de los administradores, la actual regulación distingue entre la que exige una conducta culposa o negligente que viene regulada en los artículos 127, 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, y la responsabilidad objetiva que se contempla en el artículo 262-5º de la Ley de Sociedades Anónima.

En el primer supuesto, que es el que aquí nos contrae, el artículo 133 determina que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

Para que proceda la declaración de esta responsabilidad, se exigirá, nos dice esa Ilma. Sala en aquella resolución de 18 de noviembre de 2008, la concurrencia de determinados requisitos que la jurisprudencia ampliamente ha señalado.

En concreto, la Sentencia de 29 de abril de 1.999 declara que es necesario una: “1) conducta ilícita, el acto, la voluntad de la conducta, la ilicitud, la transgresión por cada una de las tres causas (o la subsunción del “facere”), en la Ley, en los Estatutos o en la falta de diligencia; 2) la producción del daño y naturalmente; 3) el nexo causal que se sobreentiende”.

**Esta responsabilidad del administrador** frente a la propia sociedad, a los socios y a los acreedores sociales **tendrá lugar siempre y cuando realice actos contrarios a la ley, a los estatutos o sin la diligencia debida, por razón del cargo.**

Como señala la Sentencia de 19 de mayo de 2.003, el estándar, o patrón de comportamiento, será el que debe observar un ordenado empresario en los términos que establece el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, y añade: “que exige una conducta o actitud - hechos, actos u omisiones- de los administradores contraria a la Ley o a los Estatutos, o carente de la diligencia de un ordenado comerciante - bastando la negligencia simple-, que dé lugar a un daño, de tal modo que el accionante perjudicado ha de probar (SS. 21 septiembre 1999, 30 marzo y 27 julio 2001; 25 febrero 2002) que el acto se ha realizado en concepto de administrador y existe un nexo causal entre los actos u omisiones de éste y el daño producido al actor (SS. 17 julio, 26 octubre y 19 noviembre 2001 y 14 noviembre 2002)”.

Se nos recuerda por esa Ilma. Sala, que, “en idéntico sentido, y como síntesis de la doctrina jurisprudencial, la Sentencia de 30 de enero de 2.001 declara que: “La Sala sobre responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima, reproduce como criterio doctrinal su jurisprudencia, entre otras, en Sentencia de 29 de diciembre de 2000, cuando se decía que: “En la regulación de la L.S.A., de la Responsabilidad de los Administradores, es preciso distinguir dos clases de la misma: A) Responsabilidad por daño: “El art. 133 de la L.S.A. vigente de 22-12-89, determina que “responderán los Administradores, frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia debida con la que deben desempeñar el cargo”; este tríptico de causas determinantes, requiere a su vez: 1) conducta ilícita, el acto, la voluntad de la conducta, la ilicitud, la transgresión por cada una de las tres causas (o la subsunción del “facere”), en la Ley, en los Estatutos o en la falta de diligencia; 2) la producción del daño y naturalmente 3) el nexo causal que claro es, habrá de acreditarse...”.

Se subraya que con ello se ha rectificado, y se ha corregido la anterior Ley de Sociedades Anónimas, porque, entonces se respondía por los Administradores cuando sus conductas hubiesen incurrido en malicia, abuso de funciones o negligencia grave, con lo que la diferencia es notable; al punto, se agrega que hoy la tutela del perjudicado frente a las actuaciones de los Administradores o Consejeros, es mucho más fornida que la Ley precedente, **ya que en la actualidad, prácticamente, dentro de la praxis judicial, se está casi en el umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, porque, en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del Administrador o el Consejero, será inevitable.**

Dicho todo lo anterior, en la repetida Sentencia de 18 de noviembre de 2008, la Sección 5a de esa Ilma. Sala de lo Civil de Sevilla, deja sentado que “el acto negligente ha de entenderse en el sentido que dispone con carácter general en el Código Civil, como ha establecido una reiterada y consolidada jurisprudencia entre las que se puede destacar las Sentencias 26 de noviembre de 1990, 11 de octubre de 1991 y 28 de febrero de 1996 y 15 de noviembre de 2.001, entre otras.”

Para esa Ilma. Sala, se requiere un actuar carente de las habituales diligencias, provocando un daño como consecuencia de una causa que se pudo prever o evitar, y según señala la STS de 24 de septiembre de 2.002, la culpa no solo consiste en la omisión de normas aconsejadas por la más elemental experiencia, sino que abarca el actuar no ajustado a la diligencia exigible en cada caso concreto en atención a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, determinando la producción de un resultado socialmente reprochable.

La conducta culposa, como se dejó sentado en la Sentencia de 13 de julio de 1.989, supone la no actuación con la reflexión necesaria, con vista a evitar el perjuicio de los bienes jurídicos protegidos, contemplando no solo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social. Esta diligencia, como señala la Sentencia de 5 de mayo de 1.998, no se elimina ni siquiera con el pun-

tual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, erigiéndose como canon la exigencia de agotar la diligencia.

No debe olvidarse que para la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos, “estas conductas de los miembros del órgano de administración, también pueden obedecer a patrones dolosos, cuando son claramente voluntarias, conscientes y dirigidas explícitamente a incumplir las obligaciones asumidas.”

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2003, estimó ajustada a Derecho la declaración de instancia de responsabilidad del administrador de una empresa constructora, al considerar que estaba obligado a velar tanto por los intereses de su compañía, como del cumplimiento de las obligaciones sociales, que en el caso allí resuelto, consistían en entregar unos inmuebles o devolver las cantidades entregadas por los pisos que estaban rehabilitando.

Por otro lado, igualmente esencial se considera la acreditación de la existencia del nexo causal entre la conducta y el daño producido: “Como señala la Sentencia de 31 de diciembre de 2.002 la necesaria relación causal entre el acto ilícito que se imputa y el resultado dañoso, es decir, que los actos que se dicen realizados por los administradores sean los que han lesionado directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de los terceros. En resumen, como señala la Sentencia de 27 de mayo de 2.004 es necesario: “probar, para que prospere la acción de que se trata, la existencia de la conducta negligente, el daño y la relación causal entre el acto ilícito que se imputa y el resultado dañoso, de tal modo que si por el accionante no se prueba la concurrencia de los mismos (SS. 21 de septiembre de 1998, 30 de marzo y 20 de julio de 2001 y 25 de febrero de 2002), y concretamente el de la relación de causalidad (SS. 19 de noviembre de 2001, 10 de mayo y 5 de junio de 2003).”

III. D. ...., en su propio nombre y en el de rubricó el Acuerdo de 21 de agosto de 2008, a través del cual, a cambio de un precio, se obligaba a la realización de una serie de trabajos para nuestra mandante, tendentes a liquidar las relaciones comerciales entre ambas partes por la construcción de unas concretas viviendas.

Sin embargo, el administrador único y propietario al 100% de la mercantil, decidió no poner fin a las obras de construcción de las citadas viviendas, no reparar los daños, desperfectos y defectos en las mismas, y no proceder a la limpieza de todas las viviendas.

D. .... decidió asumir las obras de construcción de las viviendas de las tres fases de la urbanización y solo él rubricó, incluso a título personal, el acuerdo de 21 de agosto de 2008, comprometiéndose frente a nuestra mandante, a hacer lo que no se había realizado y a reparar lo que estaba mal hecho.

De hecho, cuando el día 31 de octubre de 2008 (21 días después del vencimiento del plazo para cumplir con lo pactado) se concede un plazo adicional de 10 días para dar fin a todas sus obligaciones, es el mismo Sr..... quien toma la decisión definitiva de no enviar a las obras a ninguno de sus obreros.

Todo ello tiene un claro reflejo en la Sentencia que ahora combatimos, cuando se declara que “*de la valoración individual y conjunta de la prueba practicada se concluye que la demandante no cumplió con todas las obligaciones a las que se comprometió al firmar el acuerdo.*”, o cuando nos dice que de las Actas Notariales de Presencia, se desprende que “*desde el mes de julio de 2008 la demandante había abandonado las obras sin terminar y sin reparar las humedades existentes en las viviendas.*”

Igualmente, la Sra. Juzgadora nos recuerda que “*el propio demandante viene a reconocer su inactividad en este aspecto admitiendo que no realizó ningún trabajo encaminado a reparar dichos defectos*”, a lo que debemos añadir nosotros que quien admite no llevar a cabo trabajo alguno de reparación, fue D.....

Más aún, la Sentencia recoge que el arquitecto D. ...., afirma “*que la obra ya se encontraba abandonada desde hace tiempo, sin haber hecho nada desde la firma del acuerdo*”. Quien decide abandonar la obra tiempo atrás es D.....

Revelador es la conclusión a que se llega en este punto: “*...lo que queda constatado, en definitiva, es que la demandante no cumplió su obligación de reparar las humedades existentes en ese momento (...) resultando plenamente probado la existencia de tales daños, y su inactividad total en este aspecto, es más, ni siquiera hicieron alguna prueba encaminada a detectar el origen del problema, fuera de contactar con el fabricante del producto, cuando en el mes de agosto se había comprometido a ello.*”

Del mismo modo, resulta acreditado para la Sra. Juzgadora que “*la demandante no cumplió con su obligación de entregar limpia la obra (...) lo que admite el propio demandante.*”

En definitiva, concluye la repetida Sentencia, “*se considera acreditado que la parte actora no cumplió debidamente con las obligaciones a que se comprometió, las cuales se encontraban presididas por la idea de poner fin a la construcción de las obras encomendadas, lo que no fue así, obligando a la demandada a contratar a otra constructora para que terminara su trabajo.*”

Llegados a este punto, resulta más que evidente que la Sentencia recoge un flagrante y manifiesto incumplimiento contractual, motivado por un abandono absoluto de las obligaciones a las que D. .... se había comprometido a través de su mercantil, .....

Nuestra mandante y la Dirección Facultativa hicieron todo lo que estaba en sus manos para que el Acuerdo de 21 de agosto de 2008 se cumpliera en sus debidos términos, como lo considera probado la Sra. Juzgadora, al señalar que consta en el libro de ordenes como el arquitecto D. ...., “*el día 9 de octubre ordenó a la constructora para que arreglaran las filtraciones de agua existentes sin que se hiciera nada al respecto.*” Huelga decir que las ordenes se dieron a D....., el mismo que decidió mantener su inactividad constructiva.

Lapidaria es la manifestación de la Sra. Juzgadora cuando afirma que “*concurren, por tanto, los presupuestos para generar la responsabilidad contractual de la constructora, dado que tanto los defectos, como los daños por ellos generados, no son sino consecuencia de una actuación que no se ha ajustado en los términos exigibles a la lex artis que debe guiar la actuación de la constructora.*”

De esta forma, no sólo se ha entendido probado la absoluta inactividad para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sino que, además, los daños y defectos que debían repararse y que no se repararon, vinieron motivados por un negligente actuar y por una mala praxis constructiva previa desplegada.

#### IV. CONCLUSIÓN.

En atención a todo lo expuesto, debe estimarse este segundo motivo de apelación, revocándose la Sentencia de 7 de enero de 2011, declarándose la responsabilidad solidaria del Administrador de ..... D..... y condenándole a que abone a nuestra mandante por importe de 161.640,83 euros.

En su virtud,

**SUPlico AL JUZGADO**, que teniendo por presentado este escrito, lo admita y tenga por interpuesto, en tiempo y forma, RECURSO DE APELACIÓN en su día preparado, contra la Sentencia de 7 de enero de 2011 y previos los trámites legales oportunos, acuerde la remisión de los autos a la superioridad, para que por la ILMA. SALA DE LO CIVIL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, siguiendo el recurso por sus trámites, en su día dicte Sentencia mediante la que se estime íntegramente el presente recurso y se revoque la Sentencia de Instancia, estimándose en su totalidad la demanda reconvencional, condenándose a las contrapartes (con declaración de responsabilidad solidaria del administrador Sr. ..... al pago de la suma de total de 161.640,83 euros.

Todo ello, por ser de Justicia que, respetuosamente, pido en Estepa para Sevilla, a 11 de febrero de 2011.

Fdo. Letrado

Fdo. Procurador