



H

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª).
Sentencia núm. 123/2012 de 8 marzo

[JUR\2012\150503](#)

COMPRAVENTA CIVIL: RESOLUCION: estimación: incumplimiento del vendedor: entrega de cosa diferente a lo convenido o con defectos con trascendencia resolutoria: fabricación, suministro, transporte, montar y poner en marcha cuatro bio-reactores rotativos completos para la biofermentación y tratamiento de residuos orgánicos e inorgánicos: incumplimiento esencial: acreditación que los bio-reactores rotativos no funcionan adecuadamente en el modo, plazos y con la duración prevista en el contrato.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 285/2011

Ponente: Illma. Sra. maría del carmen vidal martínez

SENTENCIA N. 123/2012

Barcelona, ocho de marzo dos mil doce

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Catorce

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez

María del Carmen Vidal Martínez (Ponente)

Marta Font Marquina

Rollo n.:285/2011

Juicio ordinario n.: 1018/2009

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia n. 31 de Barcelona

Objeto del juicio: reclamación de cantidades impagadas por fabricación y suministro de cuatro bioestabilizadores y demás derivadas del contrato; reconvenición: reclamación de cantidad por daños y perjuicios derivados de incumplimiento como compensación de importe adeudado a la actora

Motivos del recurso: Ute Ecoparc errónea valoración de la prueba; A.S.W.S. Italiana, S.R.L. errónea valoración de la prueba e incongruencia extrapetita

Apelante actora: A.S.W.S. Italiana, S.R.L.

Abogada: M. Jane Casas

Procurador: I. López Chocarro

Apelante demandada: Ute Ecoparc

Abogado: J. Calvo Costa

Procurador: X. Ranera Cahis

ANTECEDENTES DE HECHO

1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 1 de julio de 2009 la parte actora presentó demanda en la que solicitaba que se dicte sentencia "por la que, con estimación de la presente demanda, se condene a la entidad demandada Ute Ecoparc al pago de la cantidad reclamada de dos millones seiscientos treinta y tres euros con sesenta y tres céntimos (2.000.633'63 euros), en concepto de principal, gratificación y extra costes, los intereses de demora devengados sobre dicha suma desde la fecha de vencimiento de la obligación de pago de la misma, así como al pago de las costas del presente procedimiento".

La actora, empresa italiana dedicada al diseño y construcción de sistemas de tratamiento de residuos, relata, en síntesis, que en fecha 2 de noviembre de 2006 suscribió con la demandada el contrato que aporta como documento número 1 por el que se obligó a fabricar, suministrar, transportar, montar y poner en marcha cuatro bio-reactores rotativos completos (en adelante BRS), para la biofermentación y tratamiento de residuos orgánicos e inorgánicos por un precio total de 4.920.000 euros. Afirma que la ley aplicable es la italiana, de conformidad con el Convenio de Roma de 1980. Sostiene que ha cumplido sus obligaciones contractuales (admite que quedaron pendientes las pruebas en vacío de dos de los cuatro BRS y las prueba de carga de los cuatro, pero sostiene que la causa es imputable a la demandada). Reclama el resto del precio pactado (1.353.000 euros), los costes extra (583.633,63) y la gratificación pactada por importe de 64.000 euros.

La parte demandada contesta (folios 438 y siguientes) y alega, en síntesis, que de conformidad con lo convenido el contrato era de resultado y que la actora era la única responsable de la correcta ejecución de los trabajos encomendados. Defiende que la actora, desde el inicio, incumplió con sus obligaciones (falta de entrega de la documentación técnica preliminar y de la ingeniería de detalle, prevista para el 10 de diciembre de 2006) y que en ningún caso aceptó o validó el trabajo efectuado. En cuanto a las modificaciones, sólo acepta la relativa a la pintura pero sostiene que el valor acordado fue de 7.375 euros. Niega que proceda la gratificación de 64.000 euros toda vez que en la fecha pactada (30 de septiembre de 2007) no estaban montados todos los equipos. Cita y reproduce distintas comunicaciones cruzadas entre las partes, sostiene que ante el flagrante incumplimiento de la actora resolvió el contrato en fecha 3 de marzo de 2008 y relata las reuniones y conversaciones que se produjeron con posterioridad. Defiende la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento de la actora. Admite adeudar la cantidad total de 253.375 euros, pero afirma que los daños y perjuicios sufridos (1.202.111,40 euros aproximadamente) deben compensarse con la cantidad adeudada. Formula demanda reconvenzional en reclamación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y reitera que los fija en 1.202.111,40 euros, sin perjuicio de que dicha cantidad sea modificada al alza o a la baja en virtud de los dictámenes periciales. Sostiene que debe aplicarse la legislación nacional pero indica que la italiana ofrece un resultado similar.

El demandado en reconvección se opone y esgrime la excepción de defecto legal en el modo de proponerla. De forma subsidiaria niega los hechos en que se sustenta. Afirma que actualmente los BRS están en perfecto estado y funcionan. Niega que haya existido un incumplimiento esencial del contrato que justifique su resolución, así como la existencia de daños y perjuicios. Estima improcedente la compensación de créditos solicitada por la contraria.

La sentencia recurrida, de fecha 26 de noviembre de 2010 contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "[e]stimo en parte la demanda formulada por ASWS, Italiana SRL, contra Ute Ecopark, condenando a esta pagar a ASWS la cantidad de 692.352 euros.

Y estimo en parte la demanda reconvenzional formulada por Ute Ecopark contra ASWS Italiana SRL, y declarando que esta incumplió el contrato, la condeno a abonar a Ute, la cantidad de 414.911'40 euros.

En aplicación de las reglas de la compensación, por tanto Ute deberá pagar a ASWS, la cantidad de 277.440'60, quedando compensado el resto.

Sin hacer especial condena en costas".

La juzgadora de instancia declara aplicable la ley española. Considera que el montaje se efectuó y que por ello debe abonarse la cantidad de 369.000 euros. También la de 246.000 euros por las pruebas en vacío de los BRS 1 y 2. En cuanto a los costes extras concede 10.000 euros por el cambio de pintura, 66.120 euros por las modificaciones en los cuadros eléctricos, 1.232 euros por el desmontaje y reensamblaje de la tolva de descarga del BRS 1. Desestima las demás peticiones así como la relativa a la gratificación.

En cuanto a la reconvección estima acreditado el incumplimiento de la actora (demandada en

reconvencción) y declara que el daño deriva del retraso en la puesta en marcha de los equipos y de los defectos que estos han presentado. Considera improcedente que la cuantificación se efectúe con remisión a los dictámenes periciales, al argumentar que se exige una petición precisa de conformidad con el [artículo 399 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) . En atención a los distintos conceptos reclamados, concede lo solicitado (410.000 euros) por los gastos de reparaciones y adecuaciones y no lo indicado por el perito (765.243,80 euros) al argumentar que en caso contrario existiría incongruencia extrapetita

. Por la misma razón fija los gastos de los avales en 4.911,40 euros. Desestima la petición relativa a 492.000 euros con el argumento que la parte, de forma implícita, acepta no reclamarlos al ser su petición final la de las cantidades establecidas en la prueba pericial. Considera que los 295.200 euros reclamados en concepto de retraso no son procedentes. Condena a la demandada reconvenional al pago de 414.911,40 euros y aplica la compensación.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandado recurrente sostiene que no debe abonar la cantidad de 369.000 euros por el montaje de los BRS 3 y 4, toda vez que no pasaron las pruebas en vacío porque el montaje no estaba concluido. Defiende que la partida relativa a la pintura debe rebajarse a los 7.375 euros reconocidos (documentos 34 y 35 de la contestación). En cuanto a la cantidad concedida por las modificaciones en los cuadros eléctricos, defiende que estaban incluidas en el contrato y alude a la cláusula general quinta. Niega haber aceptado el sobre coste por el desmontaje y reensamblaje de la tolva de descarga del BRS 1 (documentos 232 a 236 de contestación a la demanda reconvenional). Reitera que sólo adeuda la cantidad de 246.000 euros por las pruebas en vacío de los BRS 1 y 2 y la de 7.375 euros por el cambio de pintura.

En cuanto a su reconvencción afirma que en la misma ya indicó que las cantidades reclamadas podían ser modificadas al alza o a la baja a resultas de los dictámenes encargados. Resalta que en la Audiencia previa especificó que los daños y perjuicios, fijados inicialmente en 1.202.111,40 euros se reducían a 1.071.001,56 euros de conformidad con las pruebas periciales y que nadie se opuso. Invoca el [artículo 253.2 LEC](#) y defiende que a pesar que los peritos modificaran los conceptos y cuantías, que él aceptó, la reclamación debe resolverse en base a los dictámenes y no, como efectúa la sentencia apelada, que tiene en consideración lo postulado en el escrito de demanda reconvenional. Añade que el suplico es global y que por ello no existiría incongruencia extrapetita

alguna. Defiende que también procede la penalización por retraso (295.000 euros). En cuanto a los intereses sostiene que proceden los del [artículo 1100 del Código civil \(LEG 1889, 27 \)](#) .

La contraria se opone, reitera que debe aplicarse el Convenio de Viena y en lo no previsto la legislación italiana. En cuanto al concepto relativo al montaje, defiende que es debido toda vez que el contrato distingue entre el montaje y la posterior realización satisfactoria de las pruebas en vacío (afirma que no se trata de un incumplimiento esencial del contrato al que se refieren los artículos 49.1 a), 25 y 51 del Convenio de Viena) y sostiene que se les impidió el acceso a las instalaciones y por ello el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Reitera que la resolución instada por la contraria el 3 de marzo de 2008 fue improcedente. En relación con la partida de pintura defiende que su coste es de 10.000 euros. En cuando a las modificaciones de los cuadros eléctricos (66.100 euros) y al desmontaje y reensamblaje de la tolva de descarga del BRS 1 (1.232 euros) también sostiene su procedencia.

Niega el incumplimiento contractual que justifique la petición de daños y perjuicios contenida en la demanda reconvenional. Afirma que las averías detectadas en los BRS con posterioridad a que fuera apartada de la obra, derivan de los errores y falta de pericia del personal de la contraria. Defiende que la referencia genérica, en la audiencia previa, a las cantidades fijadas en el dictamen pericial, sin aclarar ni precisar los distintos conceptos y cantidades, divergentes a los contenidos en su reconvencción, es totalmente insuficiente. Sostiene que la partida relativa a "gastos de reparaciones y adecuaciones" es improcedente y debe ser rechazada, al igual que la partida relativa a los avales. En cuanto a la penalización de 295.000 euros que no ha sido concedida por la sentencia apelada, reitera que no existió un retraso que le pueda ser imputado (las instalaciones no estaban en condiciones y existían obras de otras empresas que entorpecían los trabajos). Coincide con la sentencia apelada al afirmar que las penalizaciones pactadas no resultan de aplicación a los supuestos de resolución del contrato. Por último indica que el artículo 78 del Convenio de Viena excluye los intereses en la reclamación de daños y perjuicios.

La parte actora, mediante su recurso (folios 2.204 y siguientes), defiende que debe aplicarse el Convenio de Viena y en lo no previsto la legislación italiana al sostener que el contrato presenta los

vínculos más estrechos con dicho país. Afirma que al ser apartada de la obra en enero de 2008, el único defecto detectado, que no comprometía el funcionamiento del equipo, era la alineación de los BRS 3 y 4. Defiende que al habersele impedido la subsanación no puede sostenerse que exista incumplimiento por su parte, toda vez que no es esencial. Por ello denuncia que la sentencia apelada ha valorado con error la prueba practicada al declarar que en marzo de 2008 ya había incumplido con sus obligaciones y que no se ha probado que las instalaciones no estuvieran en condiciones. Defiende que procede el pago del precio de las pruebas en vacío de los BRS 3 y 4, toda vez que fue la demandada quien las impidió (246.000 euros). Argumenta que proceden los extra costes derivados del transporte (34.756 euros), por el hecho que las instalaciones no estaban preparadas para recibir la mercancía, así como por la estancia adicional de los técnicos (78.545,63 euros). Sostiene que procede la cantidad de 21.150 euros como extra coste derivado del ensamblaje del BRS para proceder a la prueba en vacío en Italia (dice que en el contrato el ensamblaje debía realizarse en Barcelona). Reitera que se le debe abonar el importe del material sustraído o desaparecido en las instalaciones de la demandada (19.122 euros), toda vez que tenía un deber de custodia. Defiende que procede el extra coste derivado de la realización y montaje de embridamiento a tornillo para ensamblaje de los cuatro BRS, por importe de 109.920 euros (afirma que en el contrato las piezas eran atornilladas y soldadas, mientras que la demandada solicitó que pudieran ser desensambladas mediante embridamiento a tornillo). Indica que procede el pago de la gratificación de 64.000 euros por haber entregado los equipos en el plazo convenido. No reclama el resto de extra costes relacionados en su escrito de demanda al admitir que no han podido ser adecuadamente acreditados. En conclusión, pide la condena al pago de la cantidad de 1.350.000 euros del precio pendiente, 340.845,63 por los extra costes y la gratificación de 64.000 euros.

Solicita la íntegra desestimación de la reconvencción al argumentar, en síntesis, que no ha existido negligencia por su parte y que los daños y perjuicios reclamados son improcedentes.

Pide el pago de los intereses desde la fecha de vencimiento de cada una de las facturas, al amparo del artículo 78 del Convenio de Viena .

El demandado se opone, defiende que debe aplicarse el Código civil y ratificar el incumplimiento del actor, como razona la sentencia apelada. Destaca que el contrato es de resultado y que no resulta aceptable que el actor pretenda dividirlo en partes. Sostiene que el incumplimiento de la contraria es esencial y que por ello puede resolver el contrato y reclamar los daños y perjuicios. Impugna las concretas cuantías reclamadas. En cuanto a su reconvencción defiende que ha existido una clara falta de diligencia y pericia por parte de la contraria que es lo que motivó la resolución contractual y legitima su reclamación de daños y perjuicios (cita los informes de Jesus Miguel y Ángel).

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de fecha 22 de marzo de 2012. No se ha practicado prueba ni se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala se ha llevado a cabo en fecha 16 de febrero de 2012. Esta resolución no se ha dictado en el término previsto en el [artículo 465.1](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil debido a causas estructurales, circunstancia que se hace constar a los efectos del [artículo 211.2](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1

LEGISLACIÓN APLICABLE

La norma que da respuesta a los conflictos de leyes es,
ratione temporis

, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980.

Al no haber elegido las partes la legislación aplicable al contrato, el artículo 4 del Convenio señala que será aplicable al contrato la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Seguidamente, en el apartado segundo, señala que se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante el párrafo 5º de dicho precepto establece que dicha presunción debe descartarse "cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país".

Admitido finalmente por la parte actora (en trámite de conclusiones) que el contrato era de resultado, el

tribunal aceptará los argumentos de la sentencia apelada en cuanto declara que resulta de aplicación la legislación española, toda vez que toda la actividad desplegada estaba encaminada a conseguir el funcionamiento de los BRS en la planta instalada en Barcelona.

No obstante cabe añadir que dada la similitud de la regulación en ambos países la respuesta a la cuestión debatida sería la misma, al igual que se si aplicaran las cuestiones previstas en el Convenio de Viena, contrariamente a lo que argumenta la parte actora en su escrito de recurso y como se analizará posteriormente.

2

EL PAGO DEL PRECIO PENDIENTE

Como ya se adelantó, la actora principal reclama la cantidad de 1.353.000# en concepto de resto del precio pendiente pactado en el contrato.

Afirma que fue la demandada quien incumplió y que los problemas se iniciaron con la llegada de los equipos a Barcelona. Afirma que las instalaciones no estaban preparadas para el montaje y que por ello, de mutuo acuerdo, en agosto de 2007, se amplió el plazo para la finalización del ensamblaje de los 4 BRS.

Admite que las primeras pruebas en vacío de los 4 BRS se efectuaron los días 28 y 29 de noviembre de 2007. Tras realizar operaciones correctoras se efectuó una segunda prueba en vacío el día 9 de enero de 2008. Afirma que dos BRS estaban preparados para una prueba con carga pero que persistía el problema de alineación en los otros dos (documentos 33 a 36).

Sostiene que pudo descubrir la causa de dicho problema pero que la demandada le impidió el acceso a las instalaciones, contrató a terceros que realizaron trabajos incorrectos y que causaron daños en los cuatro BRS.

En definitiva, sostiene que el problema de alineación no era "esencial" y que por ello la demandada no podía resolver el contrato, al amparo del artículo 49.1 del Convenio de Viena. Defiende que tampoco puede reducir el precio, toda vez que se ha ofrecido a reparar las deficiencias y se le ha impedido (artículos 50 y 51 del Convenio de Viena). Admite que no ha efectuado las pruebas en carga.

3

VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

Tras el visionado de los 5 CD relativos al extenso juicio, el tribunal deberá ratificar los correctos argumentos y conclusiones de la sentencia apelada en cuanto declara que del precio convenido resulta debida la cantidad admitida en el escrito de contestación, es decir, la de 246.000 euros, equivalentes al 50% del importe pactado para las pruebas en vacío, que se corresponden con los BRS 1 y 2. Nótese que dichos BRS hubieron de pasar dos pruebas en vacío, la primera negativa y la segunda fue superada.

Los BRS 3 y 4 no superaron dichas pruebas en vacío en ninguna de las dos ocasiones.

También resulta debida la cantidad de 369.000 euros relativa al montaje. En línea con lo correctamente razonado en la sentencia apelada es de afirmar que el montaje es un concepto claramente especificado en el contrato. Resulta claro que las pruebas en vacío sólo podían efectuarse cuando el equipo estuviera montado, por lo que con independencia del resultado de dichas pruebas, debe estimarse que dicho trabajo se efectuó y por ello debe mantenerse que del precio pendiente la demandada sólo adeuda a la actora la cantidad de 615.000 euros.

El resto de trabajos no fueron realizados y por ello la actora recurrente no puede pretender su abono con la excusa de que no le permitieron finalizarlos.

Alude a que sólo existía un problema de alineación y de hecho esta circunstancia la pone de relieve su perito (CD 4 y 5 del juicio). Indicó que un error en la cimentación o un incorrecto secado "pueden" ser la causa de la mala nivelación del cilindro. Frente a ello cabe oponer los dictámenes periciales de la demandada y el propio contenido del contrato. El perito que declaró en juicio (Ángel) indicó (minutos 22:55 y siguientes del cuarto CD del juicio) que todos los defectos eran de diseño, salvo el relativo a la alineación. Expuso el ejemplo gráfico de una lavadora, al ser por todos conocido que dichos elementos cuentan con sus propios componentes para conseguir la perfecta nivelación que no proporciona el hormigón. Por otra parte en el contrato consta que la actora conoce el lugar de "emplazamiento de la maquinaria y que éste es válido para realizar la implantación de la misma" (folio 78). En el folio 93 se indica que "previo al comienzo de los trabajos de montaje" la actora "debe asegurarse de que las

medidas y nivelación de las cimentaciones son correctas, e igualmente, una vez montados los equipos antes de realizar la puesta en marcha". También "debe realizar la nivelación de la máquina para su correcto funcionamiento".

Con estos antecedentes no cabe sostener que no ha incumplido de forma "esencial" el contrato. El retraso era evidente. No solventó los problemas de nivelación, las pruebas en vacío no se superaron (en dos BRS) y la planta no funciona con el rendimiento previsto. La pérdida de confianza y la resolución aparecen como plenamente justificadas. En definitiva, el tribunal acepta las conclusiones de la sentencia apelada en el sentido que el informe del perito Ángel, debidamente ratificado en juicio y el informe escrito del perito Jesus Miguel, acreditan los defectos de diseño, avalados por prueba testifical. El incumplimiento esencial del contrato faculta a la demandada a no abonar la parte del contrato no ejecutada.

Como señala el Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de octubre de 2006, la conclusión anterior sería la misma de aplicar el [Código civil \(LEG 1889, 27\)](#) español o el Convenio de Viena. El Alto Tribunal indica: "[p]ara que se produzca el supuesto de la resolución del [artículo 1124](#) CC, además de que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, es preciso que se produzca un incumplimiento grave de la obligación. La parte recurrente niega la concurrencia de este segundo elemento en el supuesto examinado.

Esta Sala había venido manteniendo que sólo existía incumplimiento resolutorio cuando concurre una voluntad deliberadamente rebelde del deudor (SSTS de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986, 18 de noviembre de 1994 y 5 de diciembre de 2002, entre muchas otras).

Algunas sentencias han introducido matizaciones en este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización [...] según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002).

Esta tendencia, como declara la STS de 5 de abril de 2006, se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990), cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.». En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y de motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.»

El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria*

[ley comercial] comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretende ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el [artículo 1124](#) CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica".

En el supuesto enjuiciado y como ya se adelantó, el incumplimiento ha sido esencial toda vez que no

se ha conseguido el resultado pactado, es decir, que los BRS funcionasen adecuadamente, en el modo, plazos y con la duración prevista en el contrato.

4

LOS EXTRA COSTES

En este motivo el actor recurrente sostiene que procede la inclusión de los derivados del transporte, así como por la estancia adicional de sus técnicos en esta ciudad.

El tribunal, revisadas las actuaciones, ratificará las conclusiones de la sentencia apelada en cuanto estima que dichos costes no han sido justificados.

El recurrente sostiene que el testigo Joaquín es parcial, en contra de lo argumentado en la sentencia apelada. No obstante tras el visionado de su declaración (minutos 24:42 y siguientes del segundo CD del juicio) cabe precisar que a preguntas del recurrente precisó que ya no trabajaba para el promotor, sino que estaba en una empresa privada, y su titulación, Dr. en químicas, ofrece credibilidad a la versión de los hechos relatada. Indicó que para montar el último BRS, con mucho menos espacio, se tardó sólo un día y medio, mientras que para el primero fue preciso casi un mes. En términos similares se pronunció el jefe de montaje, Pio (minutos 4:40 y siguientes del tercer CD del juicio).

Frente a dichas declaraciones, claras y coincidentes, la del testigo propuesto por la recurrente, es decir, la del responsable del montaje (minutos 7:53 y siguientes del segundo CD del juicio) no desvirtúa las conclusiones de la sentencia apelada. No pudo precisar los días extras de estancia y fue contradictorio respecto de las bancadas.

A mayor abundamiento de la documentación que consta al folio 841 resulta que en fecha 22 de junio de 2007 la actora recurrente aún no había designado a la persona responsable del montaje de los BRS.

En definitiva, no se acredita que el retraso sea imputable a la demandada y el motivo no puede prosperar.

En cuanto al extra coste derivado del ensamblaje del BRS para la prueba en vacío que se efectuó en Italia, el recurrente sostiene que la prueba de "rodadura en vacío", prevista en el contrato, no incluía el ensamblaje del BRS sino que se efectuaría en los diversos tramos o piezas separadas que componen el BRS.

El motivo está destinado al fracaso, no sólo no se impugna el argumento de la sentencia apelada en el sentido que los testigos Juan Pablo y Artemio afirmaron que la prueba estaba prevista, sino que la argumentación aparece como contraria a cualquier lógica. Por otra parte en el anexo VI del contrato (folio 138) consta como pruebas en fábrica del constructor el "funcionamiento mecánico en vacío (bridado de los tramos)", es decir, los tramos debían ensamblarse y por ello no procede la reclamación efectuada.

El apelante también reitera que procede el extra coste derivado del material sustraído/desaparecido de la planta de la demandada, pero en línea con lo correctamente razonado en la sentencia apelada es de afirmar que no existe prueba objetiva que lo acredite.

El último de los extra costes reclamado por la actora recurrente es el relativo a la realización y montaje de embridamiento a tornillo para ensamblaje de los cuatro BRS, por importe de 109.920 euros (afirma que en el contrato las piezas eran atornilladas y soldadas, mientras que la demandada solicitó que pudieran ser desensambladas mediante embridamiento a tornillo).

En el anexo II del contrato consta que el cilindro está constituido por "3 piezas atornilladas y soldadas entre sí tras el montaje" (folio 104).

Si se tiene en cuenta que piezas atornilladas equivale a embridamiento a tornillo el motivo no podrá prosperar. A mayor abundamiento también aparece como contrario a toda lógica que la demandada pretendiera desensamblar las piezas de los cilindros, dadas sus dimensiones, para proceder a su limpieza y ninguna de las partes cuestiona que las piezas fueron finalmente soldadas.

5

LA GRATIFICACIÓN

La actora recurrente reitera que procede la gratificación de 64.000 euros. Dicha gratificación estaba prevista si se reducía de 15 a 30 días el plazo pactado para la finalización del montaje.

En línea con lo correctamente razonado por la juzgadora de instancia es de afirmar que dichos plazos, ni tan sólo prorrogados, se cumplieron, por lo que decae cualquier pretensión en tal sentido. Además no debe olvidarse que el contrato era de resultado y como anteriormente se razonó éste no se ha conseguido.

6

CONCLUSIÓN RESPECTO DE LA DEMANDA PRINCIPAL

De lo hasta aquí expuesto y a resultas de lo que pueda determinarse al examinar el recurso de la demandada, ésta adeuda a la actora la cantidad de 615.000 euros, como resto del precio pendiente y la de 77.352 euros por extra costes, es decir, un total de 692.352 euros.

7

RECURSO DE LA DEMANDADA

Razones sistemáticas aconsejan examinar, a continuación, el recurso de la demandada en relación con la demanda principal.

En cuanto a la cantidad de 369.000 euros por el montaje de los BRS 3 y 4 ya se ha razonado con anterioridad que procede su inclusión. El montaje se efectuó y debe pagarse, a pesar que no superaran las pruebas en vacío. Otra cuestión es la relativa a los daños y perjuicios que se examinará con el estudio de la reconvencción.

Respecto de la pintura, la sentencia apelada concede un extra coste de 10.000 euros mientras que la recurrente reitera que sólo procede el pago de 7.375 euros. Alude al documento 34 de la contestación (folio 695) en el que la actora indicó que el importe era de 7.375 euros.

No obstante, del examen de dicho documento así como del número 35 (folio 697) resulta que los 7.375 euros se referían a los gastos soportados para la adquisición de la nueva pintura, pero no a los gastos habidos en la compra de la inicial. De hecho en el documento 35 se propone utilizarla como una capa más para alcanzar el grosor mínimo. En definitiva y como declara la sentencia apelada, la factura (folio 181) acredita el coste real y el motivo no puede prosperar.

En cuanto a las modificaciones en los cuadros eléctricos, la sentencia apelada reconoce un extra coste de 66.120 euros frente a los 73.200 euros solicitados.

El tribunal, revisadas las actuaciones, no puede alcanzar otra conclusión que la contenida en la resolución recurrida. Era al demandado al que incumbía probar que los cuadros eléctricos no cumplían la normativa y los correos cruzados entre las partes no lo acreditan. Las pruebas periciales no se pronuncian sobre la cuestión.

Para finalizar con los extra costes, resta por examinar la partida relativa al desmontaje y reensamblaje de la tolva de descarga del BRS 1, por un importe de 1.232 euros, que concede la sentencia apelada.

El demandado recurrente invoca el contenido de los documentos 232 a 236 (folios 1.571 y siguientes), pero del examen de los mismos resulta que se solicita la retirada de la tolva una vez colocada, pero se ignora si existió una comunicación previa al respecto antes de su colocación y por ello deben ratificarse las correctas conclusiones de la sentencia apelada.

En definitiva no procede ninguna deducción del importe concedido en relación con la demanda principal.

8

LA RECONVENCIÓN

Como ya se adelantó, la sentencia apelada estima que el daño deriva del retraso en la puesta en marcha de los equipos y de los defectos que han presentado. Concede 414.911,40 euros.

El actor, mediante su recurso solicita la íntegra desestimación de la reconvencción al argumentar, en síntesis, que no ha existido negligencia por su parte y que los daños y perjuicios reclamados son improcedentes.

En este punto el tribunal se remite a lo razonado con anterioridad en el sentido que el incumplimiento de la actora fue esencial y por ello el demandado puede solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

La invocación del artículo 77 del Convenio de Viena, en el sentido que la contraria no puede solicitar indemnización por haberle impedido solucionar las anomalías detectadas está destinada al fracaso.

El plazo se había excedido y los BRS 3 y 4 ni tan sólo habían superado las pruebas en vacío. Los problemas surgidos en la fase de montaje fueron numerosos. Se estima que la actora reconvenzional, cuando apartó a la actora de la obra ya había agotado todas las posibilidades para intentar el cumplimiento del contrato y no le era exigible otorgar mayores concesiones a la ahora recurrente para que pudiera obtener un resultado que se había revelado como totalmente incierto.

En cuanto a los importes reclamados, la juzgadora de instancia argumenta que se ajustará a lo argumentado en el escrito de demanda reconvenzional, a fin de no incurrir en incongruencia extra petita.

Revisadas las actuaciones, el tribunal no puede aceptar dicha conclusión. En dicho escrito ya se indicó que las cantidades podían revisarse al alza o a la baja según el informe pericial que se encontraba en curso.

En la audiencia previa al juicio se modificó el importe global inicialmente reclamado de forma aproximada y se ajustó al resultado de la prueba pericial sin que existiera objeción por parte de la actora ni del juzgado. La cantidad finalmente reclamada es inferior y por ello se estima que el examen de las distintas partidas recogidas en el dictamen pericial no constituye incongruencia extra petita

Es doctrina jurisprudencial constante del Tribunal Supremo (sentencias de 11 de febrero de 2010 y 21 de enero de 2010), que "el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicios de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad, antes del [artículo 359](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), y hoy del 218 de la LEC 2000, la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión. De lo expuesto se deduce que para determinar la incongruencia se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido, estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer el referido ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la causa petendi

[causa de pedir], que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras. En consecuencia, la incongruencia, en la modalidad extra petita

[fuera de lo pedido], solo se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa de pedir (entendida como conjunto de hechos decisivos y concretos, en suma relevantes, que fundamenta la pretensión y es susceptible, por tanto, de recibir por parte del órgano jurisdiccional competente la tutela jurídica solicitada".

Cabe añadir que la demandada reconvenzional tampoco puede alegar indefensión alguna. Ha dispuesto del dictamen pericial con anterioridad a la audiencia previa y en el escrito de oposición al recurso, además de negar la procedencia de la indemnización, cuestiona varias partidas de las admitidas por el perito.

En cuanto a los gastos de reparaciones y adecuaciones la sentencia apelada concede los 410.000# inicialmente reclamados, mientras que la recurrente sostiene que proceden los 765.243,80# que indica el perito contable.

La apelada defiende que no procede la cantidad de 314.540#, es decir, la factura de fecha 10 de febrero de 2010, pero de su examen (consta sin numerar en la caja que contiene los dictámenes periciales, en las últimas cuatro hojas), resulta que no se trata propiamente de una factura por trabajos realizados en dicha fecha, sino que incluye una relación de todas las actuaciones realizadas entre el 16 de junio de 2008 y el 31 de julio de 2009. A mayor abundamiento las conclusiones del perito no han sido desvirtuadas por prueba alguna.

No obstante sí que deberá prosperar la impugnación de las cinco facturas que se detallan por la actora principal en los folios 2.291 y 2.292. Corresponden a asesoramiento jurídico, gastos de hoteles, desplazamientos y limpieza de las instalaciones, cuya relación con los gastos reclamados no ha sido acreditada ni resulta de las propias facturas. Su importe total asciende a 33.547,02#. En consecuencia por este concepto la indemnización se fija en 731.696,78#.

En cuanto a los gastos de avales, por los mismos motivos deberá fijarse la cantidad indicada por el perito, es decir, en 10.557,76 #.

Por último, en cuanto a la penalización de 295.000#, el tribunal, al igual que la juzgadora de instancia, estima que no es procedente. Es cierto que la cláusula novena del contrato regula las penalizaciones, pero también lo es que en su párrafo 2º, para el caso de sucesivos retrasos o de alguno que durara más de 12 semanas, autoriza a la demandada a rescindir el contrato con abono de los daños y perjuicios. Esto es lo que se ha efectuado en el supuesto enjuiciado y el motivo no puede prosperar, máxime teniendo en cuenta que no se reclaman plazos atrasados, en una perspectiva de cumplimiento del contrato, sino que se ha instado la resolución.

En definitiva, los daños y perjuicios acreditados ascienden a la cantidad total de 742.254,54#.

Debe aplicarse la compensación con las cantidades adeudadas a la actora principal (692.352 euros), de lo que resulta que dicha parte habrá de pagar a la demandada y actora principal la diferencia, que asciende a 49.902,54 euros, con los intereses legales desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

9

LAS COSTAS

La estimación parcial de ambos recursos determina que no se efectúe una especial imposición, conforme a los [artículos 398.1 y 394](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) .

FALLO

1

Estimamos en parte los recursos de apelación.

2

Fijamos la cantidad adeudada por la demandada en 692.352 euros y la adeudada por la actora en 742.254,54#.

3

En virtud de la compensación la actora principal deberá abonar a la demandada y actora reconvenzional la cantidad de 49.902,54 euros, con los intereses legales desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

Se ordena la devolución de los depósitos constituidos para recurrir. Contra esta sentencia cabe recurso de casación siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, mediante escrito presentado ante este tribunal dentro del plazo de veinte días siguientes a su notificación. Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

