



Roj: **STS 1372/1983** - ECLI: **ES:TS:1983:1372**

Id Cendoj: **28079110011983100179**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/1983**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación por infracción de Ley**

Ponente: **CARLOS DE LA VEGA BENAYAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Núm. 349.-**

Sentencia de 16 de junio de 1983

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley.

RECURRENTE: Zapo, s. A.

DOCTRINA: No haber lugar al recurso contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, de 29 de noviembre de 1980 .

DOCTRINA: Cláusula "Rebus sic stantibus", su aplicación.

Aun con todos los reparos y cautelas que los tiempos, las circunstancias y los casos concretos imponen o aconsejan ponderar

al respecto de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", tanto los tribunales como esta Sala han admitido y admiten la

misma cosa como solución justa de los problemas planteados, si bien con la exigibilidad de ciertos presupuestos y requisitos,

entre ellos por lo que al caso importa el de la concurrencia de hechos o acontecimientos imprevisibles e imprevistos por las

partes, y de tal entidad o enjundia que puedan provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato como

fundamentos de la justa reciprocidad de los intereses en juego; pero cuando esas circunstancias no aparecen, bien porque la

desigualdad sobrevenida no traspasa los límites tolerables para la economía contractual, ora porque las partes previeron o

asumieron anticipadamente los riesgos, es evidente que los Tribunales han de sopesar e incluso respetar esa previsión como

integrante del negocio o contrato, como cláusula expresa que invalida la implícita "rebus sic stantibus" y que impide por ello

mismo a la parte contradiciéndose, impeterar su aplicación.

En la villa de Madrid, a dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y tres; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número tres de Gijón, y en grado de apelación, ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, por don

Juan , contra Zapo, S.A. sobre escisión de contrato de ejecución de obras; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Zapo, S., representado por el Procurador don Francisco de Alas Pumariño y defendido por el Letrado don Armando Caso de los Cobos, habiendo



comparecido la otra parte representada por el procurador don Juan Corujo López Vilamil y defendido por el Letrado don José Antuña Alonso.

## RESULTANDO

RESULTANDO que ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Gijón fueron vistos los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos entre partes, de una, como demandante don Juan , y de otra como demandando, Zapo, S.A., sobre escisión de contrato de ejecución de obras. Que la representación actora formuló demanda exponiendo en síntesis los siguientes hechos: Primero.- Con fecha catorce de abril de mil novecientos setenta y siete, la demandada y el actor suscribieron un contrato de ejecución de obra, por el que aquella primera como "contratista" se obligó a la construcción, con suministro de los materiales, de una vivienda unifamiliar o "chalet" para el actor señor Juan , en una finca propiedad de éste último, sita en Somió, barrio del Pisón, en el camino de las Beoginias. La firma de dicho contrato lo fue como consecuencia de la oferta presentada por la Contratista Zapo, S. A., en la que ésta delata valoración o precio de cada una de las unidades o partidas del proyecto, así como la Memoria de calidades o características, a todo lo cual había de ajustarse la realización de obra por dicha contratista. Del contrato mencionado es digno de destacarse las siguientes cláusulas: La segunda, referente a la valoración de las obras y que el contratista presentará bimensualmente a la Dirección Técnica la mediación de la obra, valorada a los precios unitarios del anexo dos, o sea, los ofertados por la demandada. De acuerdo con toda la documentación presentada, el precio total de la ejecución de la obra importaba la cantidad de once millones ochocientos ocho mil ciento cincuenta y cuatro pesetas, en cuya cantidad iba incluido el beneficio industrial del nueve por ciento, así como el impuesto de tráfico de las empresas al dos con setenta por ciento. La tercera, según la cual, la obra no tendrá revisión de precios. La quinta, relativa al plazo de la obra, que se estipuló en diez meses, contados a partir de la fecha del contrato, catorce de abril de mil novecientos setenta y siete. Segundo.- Al fin la demanda dio comienzo a las obras contratadas, pagando puntualmente el actor las certificaciones de obras presentadas por dicho contratista, pero pronto se pudo comprobar que por falta de recursos o créditos suficiente, así como falta de administración en la sociedad demandada, ésta no cumplía con las estipulaciones previstas en el contrato, pues no continuaba la obra, ni tampoco, entre otras cosas, efectuabas los acopios de materiales que ella había de hacer en la propia obra, a la vista de la Propiedad y de la Dirección Técnica, encontrándose, al procer, con dificultades con los proveedores o subcontratistas, se decidieron a abonar y retirar los materiales que habían llevado a la obra, ante el incumplimiento frente a ellos, por parte de la contratista demanda. Filo obligó posteriormente al demandante a suscribir con la demandada un documento complementario de fecha veinte de enero de mil novecientos setenta y ocho, en el que el actor propietario de la obra, se hacía cargo: de cuanto se expresaba en el mismo. Tercero.- No obstante, la actividad del contratista fue de mal en peor, y después de febrero de mil novecientos setenta y ocho, prácticamente no hizo más obra, dejando paralizada su actividad en la misma, so pretexto fútiles y abusivos. En los meses siguientes, su representado hizo reiteradas gestiones con la demandada, para que reanudara las obras sin poder conseguirlo, por lo que finalmente se vio en la necesidad de notificar notarialmente a la sociedad contratista que daba por rescindido el contrato de obra por incumplimiento del mismo, como así lo hizo en acta de fecha veintiocho de junio de mil novecientos setenta y ocho, ante el Notario de Gijón, don José Manuel Iglesias. Cuarto.- En vista de ello, el día treinta del mismo mes de junio, y a la fe del mismo notario señor Iglesias, se notificó a la demandada, que al próximo día cinco de julio se personarían los arquitectos en la obra para efectuar la mediación de los trabajos a efectos de la liquidación total. A este requerimiento contestó la sociedad demandada el día cuatro de julio. Y no sólo esto, sino que, además, anuncia la formulación de un acto de conciliación judicial, que en efecto se celebró el día diecinueve de julio de mil novecientos setenta y ocho, en el Juzgado de Distrito número tres de Gijón, y en cuyo apartado séptimo, le requería al pago en el mismo día, total de diez millones doscientas veintidós mil quinientas cincuenta y nueve con sesenta pesetas. Naturalmente, dado lo arbitrario de todo ello, el actor rechazó estas pretensiones, en la contestación del acto de conciliación citado. Asimismo queremos subrayar que la revisión de precios pretendida por la demanda no solamente estaba totalmente excluida por el contrato de catorce de abril de mil novecientos setenta y siete. Quinto-- Posteriormente, las cosas continuaron igual, negándose la demandada a devolver la obra que seguía totalmente paralizada, resultando inútiles las reiteradas gestiones hechas, para tratar de solucionarlo amistosamente, hasta que el día cinco de octubre de mil novecientos setenta y ocho, también por medio del notario señor Iglesias le ratificó nuevamente la rescisión final de las obras ejecutadas, confeccionada por los señores arquitectos directores, que arrojaba un saldo de setecientos diecisiete mil cuatrocientas ochenta y una con diecisiete pesetas a favor de la demandada, de la que deduciendo una orden de retención por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Gijón, por importe de seiscientos veintisiete mil seiscientas cuarenta y una pesetas, queda un resto de ochenta y nueve mil ochocientos cuarenta con diecisiete pesetas, que fueron ofrecidas a la demandada: Al día siguiente, cinco de octubre, también a la fe del mismo notario, mi representado intentó hacerse cargo de las obras, lo que no pudo



llevar a cabo por la oposición violenta del gerente de la demandada, señor Gerardo . Sexto.- Por todo ello, y en vista de la empecinada actitud de la demandada, nos vemos en la necesidad de promover esta demanda ante la injusta e irritante situación en que se encuentra la obra paralizada y abandonada desde hace más de nueve meses. Séptimo.- Posteriormente, los canteros, don Jose Carlos y don Carlos Daniel , que colocaron piedra en la obra, por encargo de la demandada, solicitaron de mi representado el pago de ciento doce mil pesetas que aquélla les adeudaba, notificando entonces mi mandante a la demandada que si no opone reparos les pagará hasta el tope del saldo antes dicho de ochenta y nueve mil ochocientos cuarenta con diecisiete pesetas, lo que así hizo por no haber oposición, y en consecuencia, en la actualidad y no adeuda cantidad alguna a la demandada, por razón de las obras ejecutadas por ella. Octavo.- Se celebró acto de conciliación sin avenencia. Alegó los fundamentos de derecho y en su día dicte sentencia, declarando rescindido y resuelto el contrato de arrendamiento o ejecución de obra de fecha catorce de abril de mil novecientos setenta y siete, otorgado entre el actor y la demandada que se expresa en el hecho primero de la demanda, en razón al incumplimiento contractual de esta última, y como consecuencia de tal declaración, condenar a la demandada a desalojar y entregar al demandante la obra que se expresa en el hecho primero de esta demanda, consistente en la vivienda unifamiliar en construcción allí citada, sita en Somió, barrio del Pisón, en el camino de las Begonias, así como a indemnizarle los daños y perjuicios causados al actor por su incumplimiento y la indebida retención de la obra, según se determinará en ejecución de sentencia, e imponiendo a dicha demandada las costas del juicio.

RESULTANDO que admitida la demanda y dado traslado a la representación demandada formuló su contestación oponiendo en síntesis los siguientes hechos: Que demandante y demandada suscribieron el contrato de arrendamiento de obra con suministro de materiales que el actor acompaña como documento número uno de su demanda, siendo objeto de dicho contrato la construcción por Zapo, S. A., para el señor Juan de un chalet de el Pisón, Somió, camino de Las Begonias. El proyecto de construcción fue redactada por los arquitectos señores Lucas , si bien, en el curso de la ejecución de las obras se produjeron infinidad de modificaciones, a petición del actor, que difícilmente permitirán afirmar que la realizada sea la misma que la proyectada. Del contrato entre estos extremos es preciso subrayar: a) que se contrataba en principio con sujeción a un proyecto definido, lo que permitía establecer un calendario verosímil de construcción, b) Que las modificaciones, aunque no se descartaban, tenían en la concepción del contrato un carácter excepcional, como se desprende de la cláusula segunda del mismo. Al siguiente día de la suscripción del contrato, que es de fecha catorce de abril de mil novecientos setenta y siete se inició la que ya por antonomasia se conoce como la huelga de la construcción, la más prolongada y grave conocida en los últimos cuarenta y tantos años. Este hecho originó un salto en los costes sin precedentes en dos generaciones, fue seguido de una nueva huelga, la de los transportes, de incidencia notabilísima sobre el sector de la construcción. Ya en fechas posteriores a la conclusión de la huelga se hizo saber al actor que un tan brusco e imprevisible cambio de las circunstancias bajo las que se había suscrito el contrato tenía necesariamente que influir en su contenido y ejecución, no obstante, se fueron realizando los trabajos, en el entendido de que habría de producirse una revisión, certificándose las obras por los precios pactados, pero con carácter de presupuesto o "a cuenta a la espera de una ulterior adaptación a las nuevas circunstancias en el curso de la ejecución se produjeron a instancia del señor Juan , como queda dicho infinidad de variaciones y modificaciones, fueran naturalmente de los precios inicialmente previstos para las obras ajustadas al proyecto. Naturalmente, tal cúmulo de cambios hizo imposible seguir el ritmo calculado en la ejecución de las obras. Todo repercutió asimismo en los costes: allí donde hay variaciones constantes hay demora y encarecimiento. Sin embargo, no llegó a producirse la paralización de los trabajos, hasta que, en trance de que el actor decidiera su postura sobre un conjunto de modificaciones encargadas por él, y sobre las que Zapo, S. A., había ofertado sus precios, el señor Juan no dio respuesta en uno u otro sentido, lo que hacía materialmente imposible la continuación de los trabajos. El veintiocho de junio de mil novecientos setenta y ocho, el actor comunicó la unilateral rescisión del contrato "por incumplimiento del mismo, tanto en plazos como en precios". Seguidamente se pactó nuevo requerimiento y respondiendo a ambos, Zapo, S. A., comunicó la inmediata presentación de papeleta conciliatoria, para exigir la revisión de los precios, entre otros extremos, contestando, asimismo, que "no se acepta ni se da valor alguno a la unilateral rescisión contractual pretendida por don Juan , habida cuenta de que sólo él ha incurrido en el incumplimiento contractual". A instancia de Zapo, S. A., se celebró acto de conciliación, en el que, se sostenían por la parte conciliante las pretensiones que en dicha papeleta se exponían. La postura del ahora demandante, al negarse a las justísimas pretensiones de Zapo, S. A. y al dar lugar con su comportamiento a la forzosa paralización de la obra, ha originado a la empresa gravísimos perjuicios. Por ello, como quiera que una correcta evaluación de los perjuicios realmente causados y que se causan resultaría imposible en este pleito, hacemos expresa reserva de acciones para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios en nuevo juicio que en su momento se plantea. En definitiva, nuestra posición litigiosa es la siguiente: a) No aceptamos en forma alguna la resolución contractual por incumplimiento de la empresa demandada, b) Exigimos el pago de las obras realizadas, tanto las ajustadas al proyecto como las ejecutadas fuera de él, solicitando la aplicación sobre el importe de las primeras de una revisión de precios que restablezca la equivalencia de



las prestaciones, c) Hacemos expresa reserva de daños y perjuicios. Alegaba los fundamentos de derecho y termina suplicando tenga por contestada en tiempo y forma la demanda y por formulada reconvenición dicte sentencia en la que se hagan los siguientes pronunciamientos: Primero.- Desestime en todas sus partes la demanda, declarando no haber lugar a la resolución contractual postulada por el actor (sin perjuicio de su derecho al desestimiento de la obra con abono de gastos, trabajo y utilidad). Segundo.- Declare que la cantidad que importan las obras realizadas con arreglo a proyecto es de seis millón seiscientos cincuenta y cinco mil cuarenta pesetas con ochenta y tres céntimos, obras realizadas aunque no previstas en el proyecto ascienden a cuatro millones ochocientos ochenta y nueve mil setecientos noventa y nueve pesetas con veintisiete céntimos, todo ello sin perjuicio de que se postulara en el apartado siguiente. Tercero.- Declare haber lugar a la aplicación de la cláusula sobreentendida "rebus sic stantibus", y a la doctrina del enriquecimiento injusto, debiendo restablecerse la equivalencia de las prestaciones mediante la aplicación, tanto sobre las obras realizadas con arreglo al proyecto como sobre las pendientes de ejecución con arreglo al mismo de una revisión de precios, aplicando un índice de incremento de 1,56256, a que se refiere el documento número tres de este escrito, o subsidiariamente el que pericialmente resulte, atendido el incremento experimentado por los costes; quedando sin efecto, en consecuencia, la cláusula contractual en virtud de la cual no habría revisión de precios. Cuarto.- Consiguientemente, declare la obligación en que se encuentra el reconvenido de abonar, sobre el importe de las obras realizadas, un incremento de tres millones setecientos cuarenta y cuatro mil ciento veintisiete pesetas con sesenta céntimos, que resulta de la apelación del citado índice de revisión. Quinto.- Condene al demandante y reconvenido don Juan a abonar a la reconviniente Zapo, S. A., la suma de diez millones seiscientos veintidós mil quinientas cincuenta y nueve pesetas, que resultan de adicionar a las cantidades del apartado segundo de esta suplica la derivada de la revisión a que se refiere el apartado cuarto, y deducir las sumas ya abonadas por el señor Juan . Sexto.- Subsidiariamente, le condene a abonar la suma que resulte del procedimiento para restablecer la equivalencia de las prestaciones que Su Señoría determine, y de la prueba pericial que se practique para valorar las obras realizadas. Séptimo.- Tenga por hecha la expresa reserva de acciones de Zapo, S. a., para exigir de don Juan el resarcimiento de daños y perjuicios. Octavo.- Imponga sobre el demandante y reconvenido totalidad de costas.

RESULTANDO que evacuado, por las partes, el trámite de réplica y duplica, fue recibido el pleito a prueba, uniéndose a los autos las practicadas y evacuando el trámite de conclusiones el Juez de Primera Instancia número tres de Gijón, dictó sentencia con fecha treinta de noviembre de mil novecientos setenta y nueve , cuya parte dispositiva dice: Fallo que estimando la demanda interpuesta por el Procurador don Abel Celemín Viñuela en nombre y representación de don Juan ; debo declarar y declaro resuelto el contrato de ejecución de obra de fecha catorce de abril de mil novecientos setenta y siete, otorgado entre el actor y la demandada, en razón de incumplimiento contractual de esta última, condenando a dicha demandada a que entregue la obra al demandante, así como a la indemnización de daños y perjuicios que se determinarán en ejecución de sentencia, y estimando en parte la reconvenición formulada por el Procurador don Jesús García Campos en representación de Construcciones Zapo, S. A., debo de condenar y condeno al actor a que abone a ésta la cantidad de seis millones cuarenta y siete mil quinientas setenta y dos con sesenta pesetas, importe de la obra realizada hasta el momento y las realizadas y no previstas en el proyecto, por importe de un millón novecientos noventa y seis mil doscientas setenta y nueve con treinta pesetas, descontando de estas cantidades las que ya había satisfecho a cuenta y teniendo en cuenta igualmente a los efectos de abono el documento de veinte de enero de mil novecientos setenta y ocho, sin haber expresa condena en costas.

RESULTANDO que contra la anterior sentencia se interpuso, por la representación de las partes demandante y demandada, recurso de apelación que fue admitido y sustanciada la alzada la Sala de lo Civil de la audiencia Territorial de Oviedo, dictó sentencia en veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta , cuyo fallo dice: Quedando lugar en parte a ambas apelaciones, confirmamos sustancialmente la sentencia recurrida, ampliándola y aclarándola en los términos que de lo razonado se deducen, en atención a los extremos que de ambos recursos se acogen y en su consecuencia estimando la demanda interpuesta por el señor Procurador don Abel Celemín Viñuela, actuando en nombre y representación de don Juan , contra Construcciones Zapo, S. A., representada por el señor Procurador don Jesús García Campos, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de ejecución de obra de fecha catorce de abril de mil novecientos setenta y siete, otorgado y suscrito por actor y demandado, por razón de incumplimiento contractual de la segunda, condenando a dicha demandada a estar y pasar por tal declarado y a entregar la obra al demandante, así como a indemnizar de los daños y perjuicios, consecuencia del incumplimiento, cuyo alcance será determinado en período de ejecución de sentencia; asimismo, estimando en parte la demanda reconvenicional, debemos de condenar y condenamos al actor reconvenido don Juan a que abone a la demandada reconviniente Construcciones Zapo, S. A., la cantidad de seis millones cuarenta y siete mil quinientas setenta dos pesetas con sesenta céntimos, importe de la obra realizada hasta el momento según contrato, más un millón novecientos noventa y seis mil doscientas setenta y nueve pesetas con treinta céntimos, importe de las ejecutadas y no previstas en el proyecto, incrementada esta última cantidad con el importe del impuesto de Tráfico de Empresas, que a la



misma corresponda, deduciéndose de dichas cantidades las que el actor ya había satisfecho a cuenta, en cuyo concepto habrán de ser incluidas el pago efectuado a los canteros señores Jose Carlos y Carlos Daniel y la retención de seiscientos veintisiete mil seiscientos cuarenta y una pesetas, judicialmente ordenada, teniendo igualmente en cuenta a los efectos de abono el documento de veinte de enero de mil novecientos setenta y ocho, sin costas de ambas instancias.

RESULTANDO que el Procurador don Francisco de las Pumariño, en representación de Zapo, S. A., interpuso recurso de casación por infracción de ley que fundó en los motivos siguientes:

Primero.- Por infracción de ley y de doctrina legal concordante, al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo mil doscientos ochenta y uno y siguientes del Código Civil, infringidos por el concepto de violación por inaplicación, ya que si los términos del contrato son claros se estará al sentido literal de sus cláusulas en relación el mil noventa y uno, según el cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos. La sentencia hoy recurrida de la audiencia Territorial de Oviedo condena a mi mandante a indemnizar de lo cuyo incumplimiento está basado en el contrato de obra que celebraron las partes para la construcción del chalet en catorce de abril de mil novecientos setenta y siete. Dicho contrato de obra establece ya la penalidad que las partes contrataron para el caso de incumplimiento en la cláusula quinta. Es indudable que las partes previeron en el contrato una sanción para el caso de incumplimiento en la cláusula quinta. Es indudable que las partes previeron en el contrato una sanción para el caso que exista un incumplimiento no por parte de la propiedad, sino por parte de la entidad contratista, y dicho incumplimiento, sin entrar dentro de los motivos por los que se produce, se ha producido, es decir, no se entrega la obra contratada en el plazo establecido y ello quiere decir que a tenor del artículo mil noventa y uno, el contrato debe cumplirse a tenor del mismo, y en él se establece no una indemnización de daño y perjuicios para ese incumplimiento, sino establecen una pérdida consistente en el depósito del cinco por ciento de la obra entregada que determinan en el propio contrato, en la cláusula cuarta y nadie puede ser condenado dos veces por la misma causa.

Segundo.- Por infracción de ley y de doctrina legal al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos número uno de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto que aparece establecida y determinada, entre otras sentencias, en la de veintitrés de marzo de mil novecientos sesenta y seis. La doctrina que no ha estimado y no ha aplicado por tanto en el fallo, el juzgador de instancia, al no aplicar la revisión de precios que se había ocasionado con motivo de unas causas de fuerza mayor, reconocida en los considerandos, ocasiona un enriquecimiento injusto de la propiedad y por consiguiente un empobrecimiento del contratista. Esta doctrina que comentamos en torno a la cláusula Rebus Sic Stantibus, establece unos requisitos para que se de la misma, los cuales se determinan, entre otras sentencias, en la de seis de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

Tercero.- Por infracción de ley y de doctrina legal al amparo del artículo mil quinientos noventa y cuatro del Código Civil, infringido por el concepto de violación por inaplicación. Y establecemos que no ha habido aplicación del artículo mil quinientos noventa y cuatro del Código Civil, ya que la resolución establecida en el fallo carece de la contraprestación total, aunque en este caso ha sido parcial, establecida en el mencionado artículo mil quinientos noventa y cuatro. La acción iniciada para la resolución del contrato por parte de la propiedad es un desestimiento del contrato establecido contra la manifiesta voluntad del contratista, que pretende continuar la obra con uno precios justos y equitativos y como establece la sentencia de veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, entre otras esta facultad de desistir no puede ejecutarse en perjuicio del contratista, al que hay que indemnizar de todos sus gastos, trabajo y utilidad o beneficio que pudiera obtener.

RESULTANDO que admitido el recurso, instruida la parte recurrente; no habiendo comparecido la contraparte se declararon conclusos los autos.

VISTO siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr don Carlos de la Vega Benayas.

## CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que en el primer motivo del recurso, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia recurrida de no haber aplicado el artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil al desconocer la clara literalidad del pacto contractual número quinto del contrato que establece que en "caso de incumplimiento del plazo se perderá el depósito", infracción que funda la sociedad recurrente en que la Sala sentenciadora no se atuvo a tal cláusula al conceder por la otra contratante un monto de indemnización de perjuicios -por la resolución contractual que decreta derivada del incumplimiento- superior y distinto al depósito constituido como cláusula penal resarcitoria.



CONSIDERANDO que en modo alguno puede estimarse viable el motivo reseñado por dos razones: una porque su formulación supone la entrada en esta fase especial y extraordinaria de la casación de un tema totalmente nuevo y ajeno a las pretensiones y objeciones recíprocas suscitadas en la fase expositiva del pleito (demanda, contestación, réplica y duplica), en la cual en ningún momento se alegó tal cuestión como defensa u objeción por la entonces demandada y hoy recurrente, lo cual impide, según notoria y reiteradísima doctrina de esta Sala, considerarlo o estudiarlo ahora, por no ser posible, sin merma del principio contradictorio, revisar un tema no propuesto ni discutido en las instancias, ya precluido y, por ende, ajeno a la casación ( artículo mil setecientos veintinueve, número quinto de la Ley de Enjuiciamiento Civil : causa de inadmisión, convertida en esta fase procesal nº desestimación); y otra porque, aun siguiéndose un criterio generosamente informalista, tampoco podría afirmarse que se hubiera inaplicado el artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil o que la Sala había interpretado incorrectamente la cláusula contractual transcrita, pues bien claro resulta de la sentencia impugnada, congruentemente con las alegaciones de los litigantes, que la resolución que decreta no la funda en el solo y único incumplimiento del plazo de entrega de la obra, sino en otros incumplimiento contractuales derivados de otras circunstancias y vicisitudes reprochables a la recurrente, tales las pretensiones de ésta relativas a revisiones de precios, modificaciones de obra, huelga del ramo de la construcción, no acopio de material a pie de obra, según la previsión contractual, mala administración, etc., es decir, a un cumplimiento más complejo y amplio que al simple retraso, único previsto en la cláusula que se dice no tenía en cuenta por mal interpretada, y que, como se ha visto, no se desconoció en verdad, pues de sus términos literales -como manda el artículo mil doscientos ochenta y uno en principio- no resulta otra cosa, ni a otra podría extenderse, justamente por prohibirlo el artículo mil doscientos ochenta y tres del propio Código Civil , que pueda atribuir a los contratantes voluntades no expresadas.

CONSIDERANDO que en el motivo segundo, que sigue la misma vía procesal que el anterior, se denuncia la inaplicación de la doctrina legal sobre el enriquecimiento injusto como base de la no aplicación por la Sala de instancia de la cláusula "rebus sic stantibus", al efecto de la revisión de precios motivada por la huelga de la construcción, causa de un perjuicio para el contratista recurrente y de un enriquecimiento del dueño de la obra, que el juzgador, se dice, debió tener en cuenta.

CONSIDERANDO que ciertamente, aun con todos los reparos y cautelas que los tiempos, las circunstancias y los casos concretos imponen o aconsejan ponderar al respecto de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", tanto los Tribunales como esta Sala han admitido y admiten la misma solución justa de los problemas planteados, si bien con la exigibilidad de ciertos presupuestos y requisitos, entre ellos -por lo que al caso importa- el de la concurrencia de hechos o acontecimientos imprevisibles e imprevistos por las partes, y de tal entidad o enjundia que puedan provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato como fundantes de la justa reciprocidad de los intereses en juego; pero cuando esas circunstancias no aparecen, bien porque la desigualdad sobrevenida no traspase los límites tolerables para la economía contractual, ora porque las partes previeron o asumieron anticipadamente los riesgos, es evidente que los tribunales han de sopesar e incluso respetar esa previsión como integrante del negocio o contrato, como cláusula expresa que invalida la implícita "rebus sic stantibus" y que impide por ello mismo la parte, contradiciéndose, impetrar su aplicación, supuesto que no es otro que el del recurso y el del caso sometido a la resolución que se impugna, que uno en cuenta esa voluntad contractual y esa previsión constatada en el documento o contrato -cláusula quinta - en la que se acordó que "no se consideraba como justificación de demora... las huelgas de los trabajadores del ramo de la construcción", hecho que fue el alegado por el contratista, no obstante haberlo ya tenido en cuenta, incluso para, después de la huelga, ciertamente habida, comenzar la construcción del chalet, circunstancia que reafirma su plena aceptación de esa vicisitud anormal como no invalidante del incumplimiento y que ahora no puede justificar la denuncia de un enriquecimiento de la contraparte sobre todo puesta aquélla cláusula en directa y concomitante relación con la tercera, que llanamente dice que "dicha obra no tendrá revisión de precios", datos todos que impiden que pueda estimarse infracción alguna cometida por la Sala sentenciadora, que así los tuvo en cuenta, por lo que el motivo debe ser también rechazado.

CONSIDERANDO que tampoco puede admitirse la tesis que se explaya y enuncia en el motivo tercero y último, que acusa la inaplicación del artículo mil quinientos noventa y cuatro del Código Civil , en su referencia de que el dueño de la obra puede desistir del contrato indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad, y ello por las siguientes razones: a) porque también constituye una cuestión nueva, aunque la mera alusión -sin desarrollo ni insistencia- al citado precepto que, si se hizo en la contestación a la demanda, permita ahora tratarla en casación, como se hace a renglón seguido; b) porque en el motivo no se hace sino establecer una presuposición de los hechos y del tema "diciendi", con la pretensión de establecerse por la parte que la conducta procedente de la otra era la del artículo mil quinientos noventa y cuatro y esa su "causa petendi", amén de insistir, contra los hechos probados, y ya incólumes en casación, en otra calificación de los mismos respecto a que no hubo incumplimiento, y c) porque, en fin, no puede exigirse ni imponerse a una parte contratante el ejercicio de una u otra acción, es decir, la resolutoria que ejercita o la del desestimiento, ya que a él corresponde



su elección y en este sentido, por tanto, se cometería incongruencia si se estimara infringido por el Juez el artículo mil quinientos noventa y cuatro del Código Civil por no aplicarlo, al entrañar ello un evidente cambio de la "causa petendi" y de la relativa libertad del juez para la aplicación de la norma, más allá de lo que autoriza el principio "iura novit curia", y en atención, se insiste, a la correcta compatibilidad de esas dos acciones, determinante del respeto judicial a la libertad de las partes.

CONSIDERANDO que, por lo expuesto, procede rechazar el recurso, con las prevenciones del artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en lo respectivo al depósito, cuya devolución procede al no ser exigible ante la disparidad de las sentencias de instancia.

### FALLAMOS

que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Zapo, s. A., contra la sentencia que en veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta dictó la sala de lo Civil de la audiencia Territorial de Oviedo; condenamos a dicho recurrente al pago de las costas y devuélvase el depósito indebidamente constituido y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos que ha remitido.

ASI por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Carlos de la Vega Benayas.- Antonio Sánchez.- Rafael Casares.- Cecilio Serena.- Rafael Pérez.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr don Carlos de la Vega Benayas, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico. José Dancausa.- Rubricado.

-