



Roj: **STS 3336/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3336**

Id Cendoj: **28079110012018100532**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2018**

Nº de Recurso: **226/2016**

Nº de Resolución: **542/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 542/2018**

Fecha de sentencia: 03/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 226/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE GRANADA SECCIÓN N. 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: 226/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 542/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 3 de octubre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Eremere, S.L, representado por la procuradora doña Matilde Marín Pérez, bajo la dirección letrada de don Antonio Moreno Moreno, contra la sentencia dictada con fecha 6 de noviembre de 2015 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada en los autos de juicio ordinario n.º 1283/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Granada. Ha sido parte recurrida Farecor Morteros, S.L representado por la procuradora doña Isabel Aguayo López, bajo la dirección letrada de Juan Dueñas Ruat.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.º-** La procuradora doña Isabel Aguayo López, en nombre y representación de Farecor Morteros, S.L, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Eremere, S.L., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«se condene a la demandada a abonar a mi mandante la cantidad de 6.473,30 euros, más los intereses y costas».

**2.º-** La procuradora doña Rocío Raya Titos, en nombre y representación de Eremere, S.L., contestó a la demanda y formuló reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«estimando la reconvencción:

»declare que Farecor Morteros, S.L. incumplió con sus obligaciones derivadas del contrato de suministro continuado de mortero concertado con mi representada.

»condene a Farecor Morteros, S.L. a indemnizar a mi representada, por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, en la cantidad, de ocho mil quinientos sesenta y cinco euros con ochenta céntimos (8.565,80 euros) en concepto de daños y perjuicios causados.

»Imponga a Farecor Morteros, S.L. las costas de la reconvencción».

La procuradora doña Isabel Aguayo López, en nombre y representación de Fercor Nirteros S.L, contesto a la reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se desestime íntegramente la misma, con imposición de las costas a la demandante en reconvencción por su temeridad y mala fe.

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Granada, dictó sentencia con fecha 18 de junio de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Farecor Morteos SL, representado por el procuradora doña Isabel Aguayo López y asistido por el Letrado don Juan Pedro Dueñas Ruat contra Ereme S.L. representado por el procurador doña Rocia raya Titos y asistido por el letrado don Antonio Moreno Moreno debo condenar y condeno a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 2.839,68 euros más el interés legal.

»No se efectúa pronunciamiento sobre costas».

»Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Eremere SL representado por la procuradora Dña Rocío Raya Titos y asistido por el letrado don Antonio Moreno Moreno contra Farecor Morteros SL., representado por la procuradora Dña Isabel Aguayo López y asistido por el letrado D. Juan Pedro Dueñas Ruat, debo DECLARAR Y DECLARO que Farecor Morteros SL., incumplió sus obligaciones contractuales derivadas del contrato de suministro continuado de mortero concertado entre las partes y la CONDENO a pagar a la actora reconvenccional la cantidad de; 7.839,8 €, más el interés legal.

»No se efectúa pronunciamiento sobre costas».

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal Farecor Morteros S.L. La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 6 de noviembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«La Sala ha decidido, con estimación del recurso formulado, revocar la sentencia, dictada en 18-6-15 por el Juzgado de 1.ª Instancia Número 2 de Granada , y en su virtud, estimar la demanda formulada por Farecor Morteros S.L. frente a Eremere S.L., a la que condenamos a abonar a la actora la suma de 6.473,30 €,



con más intereses legales y costas de la primera instancia, sin efectuar condena en las de esta alzada, y desestimar la reconvencción formulada por Eremere S.L. frente a Farecor Morteros S.L. a la que absolvemos de los pedimentos en su contra deducidos, con imposición a la accionante de las costas causadas».

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de Eremere, S.L. con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Indebida aplicación de los artículos 1484 y 1490 CC , en relación con los artículos 336 y 342 del Código de Comercio . Segundo.- Inaplicación de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil , en relación con la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* establecida en la sentencia de la sala primera del TS de 5 de noviembre de 1993 y reiterada, entre otras, en las STS de 15 de noviembre de 2005 y 6 de noviembre de 2006 , así como del artículo 1964 del Código Civil .

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 21 de febrero de 2018 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Isabel Aguayo López, en nombre y representación de Farecor Morteros, S.L., presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.** - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2018, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Farecor Morteros SL solicitó la condena de Eremere SL, en concepto de pago de la obligación derivada del suministro de materiales de construcción (mortero monocapa de color azul tipo Fare Rev raspado para utilizarlo en ejecución de los revestimientos exteriores de una edificación), a lo que no solo se opuso de la demandada sino que reconvino reclamando a la actora la cantidad de 8.565,80 euros por considerar que el mortero suministrado era defectuoso y no sirvió para el fin para el que se contrató, y su estado le obligó a incurrir en gastos para poder cumplir en plazo con las obligaciones correspondientes frente a un tercero, invocando en apoyo de sus pretensiones el artículo 1101, en relación con el 1124, ambos del Código Civil , por el incumplimiento del contrato de suministro de mortero suscrito entre las partes de forme verbal, sustentando sus pretensiones en la entrega de « *aliud pro alio* », causante de los perjuicios que reclama.

La sentencia del juzgado estimó en parte la demanda y la reconvencción de tal forma que condenó a la demandada a pagar a la actora la suma de 2.839,68 euros, y a la demandante-reconviniendo a pagar a la demandada la suma de 7.839,8 euros. Considera que estamos en presencia de entrega de cosa diversa, « *aliud pro alio* », lo que permite acudir a la protección de los artículos invocados en la demanda, en la parte que el material suministrado no sirvió realmente a lo contratado.

La sentencia de la Audiencia revocó la del juzgado y condenó a la demandada a pagar la suma de 6.473,30 euros. Tiene en cuenta para ello que el mortero servido debe ser encuadrado dentro del concepto de vicio, o defecto, pero no oculto o interno, lo que puede apreciarse a simple vista, sin que pueda calificarse de « *aliud pro alio* » lo servido, sino de vicio o defecto aparente y visible con corto plazo de caducidad para el ejercicio de la acción.

**SEGUNDO.-** En el recurso de casación se invoca la doctrina del « *aliud pro ali* », citando las sentencias de esta sala de 22/2009, de 23 de enero y 35/2010, de 17 de febrero , en cuanto a su aplicación a los contratos de suministro mercantil, y 783/1998, de 2 de septiembre, 218/2005 de 4 de abril y 127/2004, de 27 de febrero, en cuanto a la calificación del incumplimiento examinado, como vicio oculto o como prestación diversa, según la doctrina del « *aliud pro alio* ». Se citan, además, los artículos 1484 y 1490, en relación con los artículos 336 y 342 del Código de Comercio , y artículos 1101 y 1124 del CC .

Tiene en cuenta para ello que de los propios hechos que la sentencia declara probados resulta que existió un defecto sustancial en la prestación realizada por la suministradora y una insatisfacción objetiva del comprador, determinada por la divergencia entre el resultado específico esperado y el obtenido.

Se estima el recurso.

Sostiene la Audiencia, en contra del criterio mantenido en la sentencia de 1ª instancia, que el defecto de calidad del mortero suministrado debe ser encuadrado dentro del concepto de vicio, pero no oculto o interno, sino apreciable a simple vista, y que debió ser denunciado en el plazo del artículo 336 del Código de Comercio , añadiendo que, «en todo caso y de entenderlo oculto, a efectos dialécticos, el plazo de 30 días del artículo 342 C de c, debería estar fenecido, como también el del artículo 1490 Cc ».



Sin dejar de reconocerse las dificultades que ofrece en la realidad una distinción segura entre la prestación diversa y los vicios de la cosa entregada, se estará en la hipótesis de entrega de una cosa por otra, « *aliud pro alio* », cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y concurrido absoluta insatisfacción a la parte compradora.

En primer lugar, tratándose de la compraventa o suministro mercantil si el comprador, al recibir el género, lo examinó a su contento, no tiene acción de repetición contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o de calidad aparente o manifiesto ( art. 336.1 CCom ); si recibió las mercaderías envasadas o embaladas, sí tiene acción por defectos de cantidad o calidad aparentes o manifiestos, si la ejercita dentro de los 4 días siguientes a su recepción ( art. 336.2 CCom ); si los vicios son internos, debe efectuar la reclamación dentro de los 30 días siguientes a su entrega ( art. 342 CCom ). Pues bien, el defecto de mortero causado por un fraguado irregular no es un defecto aparente, que esté a la vista, sino que se manifestó, como se ha declarado probado, una vez que los operarios procedieron al raspado después haberlo aplicado sobre la superficie.

En segundo lugar, la doctrina « *aliud pro alio* », es aplicable a los contratos mercantiles de suministro ( sentencias 22/2009, de 23 de enero y 35/2010, de 17 de febrero ), en los casos en los que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de calidad de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato, pues en este supuesto no estamos en presencia de un vicio oculto en la cosa entregada, sino de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.

Tal distinción puede determinarse «partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la pretensión diversa como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción del comprador. El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo supuesto se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento» ( sentencias 1045/1993 de 5 noviembre ; 911/2005 de 15 noviembre ; 1149/2006 de 6 noviembre ); doctrina aplicable al supuesto enjuiciado en el que existe un defecto sustancial en la prestación realizada por la suministradora sin que quepa hablar de plazos perentorios de caducidad:

(i) una vez aplicado el mortero suministrado aparecieron manchas o eflorescencias extendidas de forma generalizada por todos los revestimientos del edificio, presentando diversas tonalidades blanco y azul.

(ii) tales patologías se debieron a la falta de homogeneidad del material en cuanto a la pigmentación y al fraguado y endurecimiento irregular del mortero aplicado.

(iii) el color que debía resultar de los revestimiento una vez aplicado el mortero, aun siendo un elemento decorativo, formaba parte de las órdenes recibidas del contratista principal, el cual requirió a la ahora recurrente para que reparase los daños, teniéndose que picar la mayoría de los paramentos y aplicar de nuevo el producto, lo que, añadido a los trabajos adicionales, implicó un sobre-coste de 7.839 euros, no cuestionado.

**TERCERO.-** La estimación del recurso determina casar la sentencia recurrida y desestimar el recurso de apelación, confirmando en sus propios términos la sentencia de primera instancia, cuyos razonamientos deben considerarse acertados en lo que a la estimación parcial de la demanda y de la reconvencción; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de 1ª instancia y casación, y con expresa imposición a la recurrente de las causadas en apelación; conforme a lo establecido en los arts. 394 y 398 LEC .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Eremere, SL, contra la sentencia de 6 de noviembre de 2015 dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada .

2.º- Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3.º- En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por las representación procesal de Farecor Morteros S.L., contra la sentencia de 18 de junio de 2015 dictada en el procedimiento ordinario n.º 1283/2014 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Granada y en su virtud, confirmamos la sentencia de primera instancia,



4.º- No se hace especial declaración en cuanto a las costas de 1.ª instancia y casación, y se condena a la recurrente en apelación en las costas causadas por dicho recurso.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ