

**RESUMEN**

*Estima la AP el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra sentencia que acogió las pretensiones de los actores en reclamación sobre defectos constructivos. Indica la Sala que en los supuestos de intervención provocada de un tercero, cual es el caso de los arquitectos, las declaraciones que se hagan en la sentencia les pueden vincular en un posterior proceso. Si bien la acción frente a los aparejadores está prescrita, en aras de la responsabilidad solidaria cabe condenar a los aparejadores al abono de la mitad de una tercera parte de los costes de reparación.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 38/1999 de 5 noviembre 1999. Ordenación de la Edificación  
 art.7 art.18 dad.7  
 RD de 24 julio 1889. Código Civil  
 art.1591

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS****LITISCONSORCIO****INTERVENCIÓN PROCESAL**

Provocada

**OBLIGACIONES****MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS**

En general

Obligaciones solidarias

Efectos frente a terceros

Efectos entre los obligados

Supuestos diversos

**PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD****CUESTIONES GENERALES****DE ACCIONES PERSONALES**

Cuestiones generales

Acciones derivadas de contratos mercantiles

**EL PLAZO Y SU CÓMPUTO**

Plazo prescriptivo en general

Inicio del cómputo

En general

**FICHA TÉCNICA**

Favorable a: *Aparejador, Arquitecto*; Desfavorable a: *Lesionado, Promotor*

Procedimiento: *Apelación, Juicio Ordinario*

**Legislación**

Aplica art.7, art.18, dad.7 de Ley 38/1999 de 5 noviembre 1999. Ordenación de la Edificación

Aplica art.1591 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.394.1, art.398.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

**Jurisprudencia**

Cita en el mismo sentido sobre OBLIGACIONES - MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS - En general SAP Valladolid de 3 febrero 2003 (J2003/11074)

Cita en el mismo sentido sobre LITISCONSORCIO - INTERVENCIÓN PROCESAL - Provocada SAP Valladolid de 18 septiembre 2002 (J2002/60949)

Cita en el mismo sentido sobre OBLIGACIONES - MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS - Obligaciones solidarias - Supuestos diversos STS Sala 1ª de 6 junio 1986 (J1986/3862)

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 4 de noviembre de 2.008, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Se estima la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Aurora Palomera Ruiz en nombre y representación de D. Rogelio y D<sup>a</sup> Carmen, D. Juan Ramón y D<sup>a</sup> Maribel, D. Clemente y D<sup>a</sup> Ana María, D. Imanol y D<sup>a</sup> Frida, D. Roque y D<sup>a</sup> Soledad, D. Pedro Antonio y D<sup>a</sup> Coro, D<sup>a</sup> Antonieta, D. Santiago y D<sup>a</sup> Justa, contra Beto Estudios Inmobiliarios S.L. representada por D<sup>a</sup> Ana Isabel Escudero Esteban, D. Adolfo y D. Simón, representados por D<sup>a</sup> María José Velloso Mata, D. Alexander, representado por D<sup>a</sup> Eva Foronda Rodríguez, D. Higinio, representado por D<sup>a</sup> María del Carmen Martínez Bragado y PROVICAL S.L. representada por D. Carlos Muñoz Santos. Se declara la responsabilidad de los expresados demandado en la deficiencias expuestas en el F.J.2º de la presente resolución y en la forma expuesta en el F.J.5º, condenando a todos ellos a su reparación o subsanación conforme a su responsabilidad, y en el plazo máximo de dos meses. Las costas causadas a los actores han de ser abonadas por la condenada Beto Estudios Inmobiliarios, S.L., sin expresa condena en cuanto a las causadas por los demás intervinientes".

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la Procuradora Sra. Martínez Bragado en representación del demandado D. Higinio y por la Procuradora Sra. Velloso Mata en representación de los demandados D. Simón y d. Adolfo se preparó recurso de apelación que fue interpuesto dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por las representaciones procesales de "Beto estudios Inmobiliarios S.L" y por la de los demandantes D. Rogelio y otros se presentaron escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, excepto el demandado D. Alexander, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 23 de junio pasado, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO SALINERO ROMAN.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Las dos partes que recurren coinciden en un motivo que consiste en su petición de absolución porque nadie ha pedido su condena y no se puede condenar a quien no ha sido demandado ni a ninguna persona para la que no se ha solicitado pronunciamiento de condena, habida cuenta que la sentencia ha de ser congruente con la demanda. Si examinamos las actuaciones y la grabación del juicio apreciamos que esto es así. La parte actora en su demanda solo dirige sus pretensiones frente a la entidad promotora de la edificación litigiosa. Cuando esta entidad pide la entrada en el procedimiento de arquitectos, aparejadores y constructora, la actora expresamente, en escrito de 10 de julio de 2007 (folio 424 de las actuaciones), considera innecesario traerlos al procedimiento. En el acto de la audiencia previa, en su comienzo, cuando es invitada por el Juzgador a que ratifique o mate su demanda se ratifica en la misma. Finalmente tras la práctica de la prueba en el juicio y en sus conclusiones vuelve a manifestar abiertamente, lo dice literalmente, que "no vamos a entrar en si los defectos son achacables a los arquitectos o a los aparejadores porque hemos reclamado y la demanda es contra Beto". En otro alegato de su intervención de esta fase conclusiva, a propósito de las humedades, el letrado de la parte actora vuelve a manifestar que "debe responder la promotora contra la que hemos reclamado". A mayor abundamiento en el acto de la audiencia previa el propio letrado de la promotora a cuya instancia se trajo al procedimiento a los apelantes interviene para justificar esa petición y alega claramente que no entiende que sean parte como tal y que los trae como terceros para que se determine su responsabilidad pero sin la calidad de demandados, argumentando que solo tendrían tal condición si la actora ampliase la demanda frente a ellos. Las intervenciones de la parte actora antes resaltadas evidencian que no se ha producido esa ampliación.

La audiencia Provincial de Valladolid en las sentencias dictadas por la Sección Tercera de fechas 18 de septiembre de 2002 y de 27 de octubre de 2008, que se citan en los recursos, han mantenido la teoría que es la de esta Sala de que en los supuestos de intervención provocada el tercero llamado al proceso no ostenta la condición de demandado y por consiguiente no cabe que el fallo de la sentencia contenga ningún pronunciamiento ni condenatorio ni absolutorio aunque las declaraciones que se hagan en la sentencia dictada en el proceso en el que ha intervenido defendiendo sus intereses le puedan vincular en un posterior proceso dejando establecidas en el presente proceso las responsabilidades de los agentes que intervinieron en el proceso constructivo. Por lo argumentado debemos absolver a los recurrentes de los pronunciamientos condenatorios que se hacen en la sentencia apelada, máxime en el supuesto enjuiciado, que la parte actora ha mantenido de manera homogénea y continúa una postura rotunda y terminante de no dirigir su demanda contra los recurrentes e insistir que solo reclama frente a la promotora.

SEGUNDO.- A los efectos de esa fijación de las responsabilidades de los apelantes que pudieran tener trascendencia en un proceso ulterior y que constituyen el objetivo de la llamada al proceso de los agentes constructivos en virtud de la disposición Adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación, debemos diferenciar y examinar por separado el recurso de los arquitectos y el del aparejador recurrente.

Comenzando por el recurso de los arquitectos la sentencia solo les impone y atribuye responsabilidad por las humedades por filtración en los muros de cerramiento lateral de los garajes.

Respecto de este defecto, como de los restantes que pudieran consistir en daños en el edificio, que son los que cubre la Ley de Ordenación de la Edificación, el letrado de los recurrentes alegó en su momento y ahora lo vuelve a hacer respecto a este único daño que se pone a su cargo, que las acciones frente a dichos profesionales estarían prescritas en aplicación del art. 18 de la Ley de Ordenación de la Edificación por haber transcurrido más de los dos años que establece el precepto desde que aparecieron los daños que lo fueron en el 2004 o a lo más a principios del 2005 hasta el mes de septiembre de 2007 en que se dio traslado de la demanda a los recurrentes frente a los cuales la parte actora no había formulado ninguna reclamación en todo ese tiempo. La sentencia arguye que respecto a las humedades el plazo de garantía de tres años no había transcurrido y por tanto no se podía computar el plazo de prescripción de las acciones. Debemos reconocer lo acertado de los argumentos de los recurrentes, pues de la propia demanda, (hecho II) resulta que los defectos por los que reclaman los actores se manifestaron desde el mismo momento de entrega de las llaves y desde esta recepción estuvieron reclamando el arreglo de las deficiencias existentes. Los documentos de reclamación aportados (folios 535 a 567) con su contestación por uno de los aparejadores comparecidos evidencian que los defectos que dieron lugar a las reclamaciones por los actores aparecieron o se produjeron a finales del año 2004 y enero del año 2005. Los documentos citados también aclaran que las reclamaciones lo fueron contra el aparejador aportante que los transmitió a la constructora. Ninguna constancia existe de reclamación dirigida contra los arquitectos. En consecuencia la acción frente a ellos debe considerarse prescrita pues no se ha producido ningún acto interruptivo y el plazo de prescripción de los dos años debe contarse desde que se produce el daño y no desde el momento que finaliza el periodo de garantía . Por el motivo analizado surge el impedimento para poder achacar responsabilidad a los arquitectos.

Pero es que además por el defecto que la sentencia les hace soportar tampoco cabe atribuirles ninguna responsabilidad. Consta acreditado, así se reconoce en el Fundamento de Derecho 5º apartado B de la sentencia apelada, que los arquitectos en el libro de instrucciones dieron la orden de utilizar mortero hidrófugo y hacer otro tabique para que las humedades no se produjesen y que dicha orden no fue obedecida por la promotora. En el curso de la ejecución a veces se hace preciso adoptar soluciones que no constan en el proyecto. Eso fue lo que hicieron los arquitectos para remediar el problema relativo a las humedades. Si no se cumplió su orden no cabe atribuirles ninguna responsabilidad porque sí acordaron la solución técnica para evitar el problema que si no se llevó a cabo fue por decisión de la promotora. La responsabilidad de los agentes constructivos, al igual que lo era ya en la jurisprudencia interpretativa del artículo 1591 del Código Civil , es personal, individualizada y privativa por ser la solución acomodada a la diferenciación de las tareas profesionales en palabras de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1986 . Con iguales perfiles se establece en el artículo 17.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación acudiéndose al instituto de la solidaridad sólo en aquellos supuestos en que no pudiese individualizarse la causa de los daños materiales. La causa en el supuesto examinado no es otra que la omisión por la promotora de las órdenes cursadas por los arquitectos en relación al defecto de las humedades por filtración. Por tanto, estando detectada la causa y su autor, sólo a dicho agente debe exigírsele esa responsabilidad . De mantenerse la condena se daría la paradoja que los arquitectos contribuirían a reparar un daño en concurso con la entidad promotora que desobedeció sus órdenes haciéndoseles responsables del abono de unas cantidades que en su día se ahorró la promotora al no asumir el mayor gasto que suponía la realización de los muros de cerramiento lateral de los garajes en la forma dictaminada por los arquitectos para evitar la producción de las humedades que han provocado la reclamación de los actores.

En cuanto lo argumentado con anterioridad excluye la fijación de responsabilidad en la actuación profesional de los recurrentes carece de razón examinar el cuarto de los motivos de su desacuerdo con la sentencia relativo a la distribución de la responsabilidad solidaria que contiene por grupos de agentes intervinientes en el proceso constructivo cuando son condenados varios, tema del que nos ocuparemos sólo a propósito del recurso formulado por el aparejador apelante que también plantea esta cuestión .

TERCERO.- Finalmente los arquitectos apelantes solicitan la imposición de las costas correspondientes a su intervención procesal caso de ser absueltos a la promotora en virtud de cuya solicitud fueron traídos al proceso. Dicha petición debe ser estimada pues su entrada en el procedimiento lo fue a instancias de dicha promotora que en otros procesos similares no había efectuado dicha llamada y pese a que los actores, como ya hemos resaltado, han mantenido durante todo el proceso una posición uniforme y constante de no demandar a los arquitectos por no considerarles responsables de los defectos objeto de su demanda. La postura de la promotora encajaría por tanto en el principio general previsto en el art. 394.1 de la L.E. Civil , de imponer las costas a la parte que ve rechazadas sus pretensiones, principio aplicable al presente supuesto, puesto que si bien la promotora no ha sido actora ni ha formulado reconvención frente a los arquitectos, sí que su intención al llamarlos al procedimiento contenía una evidente pretensión de que los consideraba responsables de algunos de los defectos que los actores atribuían a la promotora, y al rechazarse cualquier viso de responsabilidad en el cometido profesional de los arquitectos es patente para la Sala que en dicho sentido las pretensiones de la promotora demandada han sido rechazadas. Pero también encuentra acomodo en la regla de la temeridad prevista en el mismo artículo 394.2, ya que como ha quedado de manifiesto en el procedimiento han existido otros relativos al plan parcial El Arenal de Cabezón de Pisuerga en que la promotora ha sido condenada por similares defectos sin provocar la intervención de los citados profesionales y alguno que ha transigido directamente la promotora con los afectados (lo reconoce la promotora en su escrito de contestación a la demanda) sin efectuar llamada ninguna en clara prueba de que a dicha responsabilidad eran ajenos los arquitectos por lo que su llamada en el presente proceso no puede considerarse ni útil ni justificada.

CUARTO.- Procede examinar en este fundamento el recurso del aparejador apelante. Plantea al igual que los arquitectos que no puede ser condenado pues no ha sido demandado y la solución ha de ser la misma que hemos adoptado anteriormente . Pero respecto de dicho profesional sí que puede

quedar establecido en este proceso su grado de responsabilidad tal como se ha solucionado la problemática cuestión de la intervención provocada en las dos sentencias de la Sección 3ª antes citadas, cuyos argumentos asumimos, la segunda de las cuales ha sido objeto de cita expresa por dicho apelante.

Crítica el recurrente que no es responsable por los defectos que le imputa la sentencia atinentes a las humedades por condensación y a la colocación del alcatado. Se trata de claros defectos de ejecución y la solución adoptada en la sentencia de atribuirle responsabilidad por tales defectos es irreprochable. Sobre los primeros porque debió prestar una especial atención a la debida y correcta ejecución de los aislamientos al tratarse de un elemento constructivo que afecta notablemente a las condiciones de habitabilidad de una vivienda y es causa frecuente de defectos como el de humedades por condensación existentes en las viviendas de los actores. Los segundos por su evidencia, fácilmente apreciables a simple vista y respecto de los cuales debió dar las oportunas órdenes de subsanación.

Sí debemos atender su último motivo de impugnación consistente en que su responsabilidad solidaria con promotora y constructora en los defectos que le achaca la sentencia (los de los apartados A y D del fundamento de Derecho V) se determine por grupos de profesiones y dentro de cada grupo profesional entre los agentes que lo integran. En consecuencia los dos aparejadores responderán de una tercera parte de los costes de reparación de los defectos referidos, y dentro de esa tercera parte el recurrente sólo responderá de la mitad. Este es el criterio reiterado mantenido en supuestos similares por las dos Secciones de esta Audiencia en numerosas sentencias. Por todas la de la Sección 3ª de 3 de febrero de 2003 o la de la Sección 1ª de 3 de noviembre de 2003 .

En cuanto que, pese a absolver al apelante Sr. Higinio, sí establecemos su responsabilidad a los efectos de la intervención provocada no hacemos expresa imposición de las costas de la primera instancia referidas a dicho profesional.

QUINTO.- Al estimar en su totalidad el recurso de los arquitectos y en forma parcial el del aparejador no hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada por disponerlo así el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## **FALLO**

QUE ESTIMANDO TOTALMENTE el recurso de apelación interpuesto en nombre de D. Simón y de D. Adolfo y en parte el formulado a nombre de D. Higinio contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valladolid, en fecha 4 de noviembre del 2008, en los autos a que se refiere este rollo, debemos REVOCAR PARCIALMENTE la aludida resolución en los siguientes particulares:

1.- ABSOLVEMOS a los apelantes D. Simón, D. Adolfo y D. Higinio de las condenas que les impone la sentencia apelada.

2.- Declaramos que en la actuación profesional de D. Simón y de D. Adolfo no concurre ninguna responsabilidad por la reclamación deducida en la demanda.

3.- La responsabilidad profesional de D. Higinio es la fijada en el Fundamento de Derecho V, apartados A y D, de la sentencia apelada pero con la salvedad establecida en el Fundamento de Derecho IV de la presente resolución, esto es que responderá solo de la mitad de la tercera parte de los defectos constructivos reseñados en los apartados A y D antes citados.

4.- Imponemos las costas de la primera instancia correspondientes a la intervención procesal de D. Simón y de D. Adolfo a la entidad BETO ESTUDIOS INMOBILIARIOS S.L.

Confirmamos el resto de los extremos del fallo recurrido que no se opongan a lo ahora resuelto y no hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Seguidamente ha sido leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que se indica en la misma, estando constituida en audiencia pública esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, lo que como Secretario certifico.

**Número CENDOJ:47186370012009100191**