

## EDJ 2009/131120

Audiencia Provincial de Murcia, sec. 4ª, S 4-6-2009, nº 327/2009, rec. 321/2009

Pte: Moreno Millán, Carlos

### Resumen

*Frente a la resolución de instancia que desestimó la demanda, la AP estima el recurso de apelación formulado por el actor, revoca la misma y estima la demanda. Este Tribunal considera acreditado el cumplimiento defectuoso del contrato de ejecución de obra por parte de los co-demandados, y su responsabilidad por los defectos constructivos de la rampa litigiosa, de ahí su obligación de ejecutar a su costa las obras de reparación necesarias para eliminar los desperfectos constructivos.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.337 , art.338 , art.339 , art.460.2.1

Ley 38/1999 de 5 noviembre 1999. Ordenación de la Edificación  
art.17 , art.18

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1101 , art.1124 , art.1544 , art.1591 , art.1599 , art.1964 , art.1969

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO  
FUNDAMENTOS DE DERECHO  
FALLO

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARRENDAMIENTO DE OBRA  
INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO  
Obligación de reparar  
Responsables  
Contratista

OBLIGACIONES  
EFECTOS: CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO  
Consecuencias del incumplimiento  
Cumplimiento anormal o defectuoso

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Comitente; Desfavorable a: Constructor

Procedimiento:Apelación, Juicio Ordinario

#### Legislación

Aplica art.337, art.338, art.339, art.460.2.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.17, art.18 de Ley 38/1999 de 5 noviembre 1999. Ordenación de la Edificación

Aplica art.1101, art.1124, art.1544, art.1591, art.1599, art.1964, art.1969 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.1, art.394 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 24 diciembre 1999 (J1999/54070)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 8 abril 1999 (J1999/5410)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 12 junio 1989 (J1989/5940)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 11 mayo 1989 (J1989/4899)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 22 abril 1988 (J1988/3293)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 27 octubre 1987 (J1987/7737)

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Civil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 17 de diciembre de 2008 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: FALLO: "Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Señora Montalt en nombre y representación de D. Benigno, debo absolver y absuelvo a COMONTHI AGUILAR SL y D. Edmundo, con imposición de costas al actor".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora que basó en la inaplicación del instituto jurídico de la prescripción. Asimismo alegó la infracción de normas procesales y error en la valoración de la prueba. Solicitó a su vez el recibimiento a prueba. Se dio traslado a la otra parte que lo impugnó oponiéndose al mismo.

TERCERO.- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 321/09. Por auto de 4 de mayo de 2009 se desestimó el recibimiento a prueba y se señaló para votación y fallo el día 2 de junio de 2009.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al contenido de la sentencia de instancia que desestima, por aplicación del instituto jurídico de la prescripción, la acción ejercitada por el actor D. Benigno contra los co-demandados la constructora "Comonthi Aguilar" S.L. y D. Edmundo, al amparo de la Ley de Ordenación de la Edificación y del contrato de ejecución de obra convenido entre las partes, tendente a la reparación a su costa de las deficiencias constructivas existentes o alternativamente al pago de la cantidad equivalente al coste de las mismas, la citada parte actora, disconforme con el mencionado pronunciamiento judicial comparece en esta alzada interesando su revocación, por entender inaplicable la prescripción de referencia, así como por la existencia de infracción de normas procesales en relación con la prueba pericial solicitada. Finalmente alega la existencia de error en la valoración de la prueba con respecto a la cuestión de fondo objeto de la demanda.

SEGUNDO.- Concretadas en los indicados términos las distintas cuestiones impugnatorias suscitadas en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de todo lo actuado en estos autos, que, en efecto, asiste razón a la parte recurrente en las distintas pretensiones que plantea, a excepción de la referida a la infracción de normas procesales, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la revocación de la sentencia apelada.

La prescripción de la acción ejercitada, se fundamenta por la indicada sentencia, de un lado, en la caducidad del denominado plazo de garantía de tres años para denunciar los correspondientes defectos constructivos que ocasionan el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad de la construcción, conforme señala el art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación aplicable en este caso. Y de otra parte en el transcurso del plazo de dos años que señala el art. 18 de la citada ley para el ejercicio de la acción pertinente.

Pero es lo cierto, que en este caso, y conforme consta en el escrito de la demanda, la parte actora ejercita la correspondiente acción por vicios constructivos, al amparo de la Ley de Ordenación de la Edificación y a su vez la acción de incumplimiento contractual con respecto al contrato de ejecución de obra convenido, con fundamento en los artículos 1124 y 1101 del Código Civil EDL 1889/1. Es cierto que en relación con la primera, la acción efectivamente ha prescrito, pero no así con respecto a la segunda que se encuentra sometida al plazo de prescripción de quince años del art. 1964 del Código Civil EDL 1889/1 computados desde que la acción pudo ejercitarse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1969 del citado cuerpo legal.

Téngase en cuenta que al margen del carácter eminentemente restrictivo en la aplicación de la prescripción, constantemente proclamado por la jurisprudencia, el Tribunal Supremo viene afirmando como doctrina comúnmente admitida, así en las Sentencias de 8 de abril EDJ 1999/5410 y 24 de diciembre de 1999 EDJ 1999/54070, que de acuerdo con el principio de unidad de culpa civil, en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño, sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber de no causar daño a otro.

En estos casos de concurrencia de culpas por los mismos hechos, o de yuxtaposición de responsabilidades contractuales y extracontractuales, las acciones derivadas de una u otra, pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente optando por una u otra, o incluso de forma conjunta proporcionando al juzgador los hechos, para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, en orden al logro de un resarcimiento del daño, lo más completo posible. La acción por vicios ruinógenos al amparo del art. 1591 del Código Civil EDL 1889/1 (responsabilidad decenal), o al amparo de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, y la acción de incumplimiento contractual, son perfectamente compatibles entre sí.

En este sentido se pronunciaba el Tribunal Supremo en Sentencias de 22 de abril de 1988 EDJ 1988/3293 y 11 de mayo de 1989 EDJ 1989/4899, afirmando que no existía incongruencia en aquellos supuestos en que se condenaba ex artículo 1591 del Código Civil EDL 1889/1 cuando se había demandado por incumplimiento contractual en caso de vicios reinógenos. A su vez en las Sentencias de 27 de octubre de 1987 EDJ 1987/7737 y 12 de junio de 1989 EDJ 1989/5940, declaraba que la acción ex artículo 1591 del Código Civil EDL 1889/1, no excluye la posibilidad de exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados ex artículo 1.101 del Código Civil EDL 1889/1.

En definitiva, por tanto, la prescripción que acoge la sentencia de instancia afectaría como decimos a la acción por vicios constructivos, pero no a la de incumplimiento contractual.

Procede la estimación de este primer motivo de recurso.

TERCERO.- En distinto sentido hemos de pronunciarnos en relación con la pretendida infracción de normas procesales que se alega, y concretamente con respecto al art. 338 de la LEC EDL 2000/77463 ., sobre la aportación de dictámenes periciales.

Por tanto reproducimos ahora todo lo argumentado en el auto de 4 de mayo de 2009 por el que este Tribunal desestimaba la solicitud de recibimiento a prueba en esta alzada interesada por dicha parte recurrente.

En efecto tal petición probatoria no tenía encaje en el supuesto previsto en el art. 460.2º.1º de la LEC EDL 2000/77463 ., dado que en la instancia dicha prueba no fue denegada de forma indebida.

Obsérvese que en el escrito de demanda y conforme a lo dispuesto en el art. 337 de la LEC EDL 2000/77463 , se anunció la aportación de dictamen pericial que en ese momento procesal no podía incorporarse a los autos, y que de acuerdo con dicho precepto su aportación no podría demorarse más allá del trámite de la audiencia previa. Dicho dictamen no se aportó en tal momento procesal. A su vez en dicha audiencia previa no resultaba procesalmente viable petición alguna de prueba pericial. Ni al amparo de lo dispuesto en el art. 339 de la LEC EDL 2000/77463 , por cuanto dicha solicitud debió realizarse en el escrito de demanda conforme exige el citado artículo 339 en su número 2 apartado segundo. Y tampoco al amparo del art. 338 de la LEC EDL 2000/77463 ., ya que tal posibilidad procesal hace referencia a dictámenes periciales complementarios que exigen la existencia de nuevas alegaciones o de hechos o pretensiones respecto de las cuales, y por su carácter novedoso, no se pudieron pronunciar sobre ellos dictámenes anteriores.

En consecuencia y de conformidad con lo expuesto, procede la desestimación de este motivo de recurso.

CUARTO.- Finalmente y con respecto al siguiente motivo de recurso, referido al incumplimiento por los co-demandados de las obligaciones asumidas en el correspondiente contrato de ejecución de obra, este Tribunal, entiende, que tal pretensión debe encontrar acogida en esta apelación.

En este sentido, conviene traer a colación la naturaleza y características del contrato de referencia, el arrendamiento o ejecución de obra, que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.544 Código Civil EDL 1889/1 goza de un carácter bilateral generando obligaciones para ambos contratantes. Se trata de un contrato no de mera ejecución, sino de resultado, al que se encamina la actividad creadora del contratista o empresario, que asume los riesgos de su cometido, conforme a la regla "res perit domino". En definitiva el empresario promete el resultado del trabajo y su buena ejecución técnica, (opus consumatum et perfectum) a cambio de un precio que debe abonar el comitente o dueño de la obra en el momento de recibir el encargo encomendado o en el tiempo y forma convenidos (art. 1.599 C.C EDL 1889/1 ).

De conformidad con tal planteamiento, resulta evidente que el éxito de la obligación asumida por el contratista exige que haya cumplido con la ejecución de la obra que le incumbía en los términos acordados contractualmente.

Es decir la correcta y completa ejecución de la misma. Y ello, entiende este Tribunal, no consta acreditado.

Y es lo cierto, conforme a la prueba practicada, consistente en los documentos 8 y 9 de la demanda (Informe de Inspección realizado por el Sr. Edmundo), documento núm. 11 (reportaje fotográfico de los daños) y dictamen pericial aportado por el co-demandado Sr. Edmundo, que en efecto, la obra objeto de contratación no ha sido ejecutada correctamente, al presentar, prácticamente desde su conclusión, las deficiencias y descensos del terreno que se mencionan, localizados en la rampa de acceso a la nave industrial.

Estos desperfectos e irregularidades constructivas, fueron objeto de reparación por la constructora demandada, tras conocer la pretensión de la actora de proceder a su reclamación judicial, dada la pasividad de "Comonthi Aguilar" S.L., en su corrección. Consta asimismo acreditado que la reparación llevada a cabo resultó totalmente insatisfactoria, pues la misma, consistente en la colocación de una nueva capa o cubierta asfáltica, no subsanó los problemas constructivos detectados, pues la rampa continuó en su proceso de hundimiento, incrementando así los daños causados.

En definitiva constituye un hecho pacífico y aceptado por los co-demandados, la realidad de esos daños y desperfectos en la ejecución de las obras. Los documentos que hemos comentado así lo ponen claramente de manifiesto.

Por tanto nos encontramos jurídicamente ante la denominada "exceptio non rite adimpleti contractus" o cumplimiento defectuoso de la obligación asumida por el contratista, pues conforme a lo convenido contractualmente el contratista se compromete al resultado de su trabajo y a su buena ejecución técnica, o como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1984..."a una prestación de resultado íntimamente ligada con la finalidad deseada y prevista por los contratantes".

La pretensión actora, objeto de la demanda debe encontrar acogida y viabilidad.

Obsérvese que la obra está defectuosamente ejecutada. El actor conforme al art. 1544 del Código Civil EDL 1889/1 ha acreditado dichos defectos constructivos, al tiempo que los co-demandados no han conseguido contradecir fundadamente como les correspondía la corrección y buena ejecución técnica de los mismos.

El recurso de los mismos a que esos defectos de compactación del terreno y hundimiento progresivo de la rampa, tenga su causa en..."la fuga de humedades de una acequia entubada que atraviesa la parcela", en modo alguno permite excluir su responsabilidad e incumplimiento contractual.

Téngase en cuenta que el trabajo encomendado y asumido por el contratista lo fue en función de sus conocimientos técnicos, y su compromiso contractual, ex artículo 1544 del Código Civil EDL 1889/1 exigía un resultado acorde con lo convenido y una correcta ejecución técnica que en relación con la cuestionada rampa, no se ha producido.

Procede, en consecuencia, la estimación de este motivo de recurso, y por tanto del presente recurso de apelación.

QUINTO.- Dicha estimación, que conlleva a su vez la acogida de la demanda, determina que los co-demandados soporten las costas causadas en la instancia, por aplicación del principio objetivo del vencimiento que en materia de costas proclama el art. 394 de la LEC EDL 2000/77463 .

A su vez no procede efectuar declaración sobre las costas devengadas en esta alzada, en función de la estimación del recurso.  
Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Páez Navarro en representación de D. Benigno contra la sentencia dictada por el Juzgado Civil núm. 2 de Molina de Segura en el Juicio Ordinario núm. 88/07, debemos REVOCAR la misma y en su virtud y con inaplicación de la excepción de prescripción, debemos estimar la demanda objeto de estos autos, declarando el cumplimiento defectuoso del contrato de ejecución de obra de referencia por los co-demandados, D. Edmundo y la mercantil "Comonthi Aguilar" S.L., condenándoles a ejecutar a su costa las obras de reparación necesarias de los desperfectos constructivos de la rampa de referencia con imposición a los mismos de las costas de la instancia y sin efectuar declaración sobre las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 30030370042009100221