

## EDJ 1985/7258

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 28-3-1985, nº 205/1985

Pte: Casares Córdoba, Rafael

### Resumen

*Se opone el recurrente a la consideración que hace la instancia de que la responsabilidad del contratista y arquitecto tiene carácter solidario. Declara el recurrente la responsabilidad de otro arquitecto. La Sala lo rechaza y entiende que lo que quiere el recurrente es desviar la responsabilidad hacia una tercera persona no participante en el litigio, cuya actuación figura por primera vez planteada en un intento de introducir una cuestión enteramente nueva no discutida en la instancia y, por tanto, rechazable en casación.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1591

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### RECURSOS

##### CASACIÓN

Interdicción de cuestiones nuevas

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

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

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

Cita Ley 49/1960 de 21 julio 1960. Propiedad Horizontal

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Madrid, a veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y cinco; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Gijón y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, por la Comunidad de Propietarios de la Casa núm. ... de la Prolongación de la calle ... de Gijón, contra "E. H., S.A.", con domicilio en Gijón, y "Construcciones M., S.A.", domiciliada en Gijón, sobre ejecución de obras; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la parte demandada representada por el Procurador D. Federico Olivares Santiago y defendida por el Letrado D. Eusebio Aparicio Auñón, habiendo comparecido la parte recurrida, representada por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén y defendida por el Letrado D. Juan Ignacio Alvarez Peón.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Gijón, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, seguidos a instancia de la Comunidad de Propietarios de la casa número ... de la prolongación de la calle ... de Gijón, contra "E. H., S.A." y "Construcciones M., S.A.", sobre ejecución de obras. Que la representación actora formuló demanda, basándola en los siguientes hechos:

Primero.- Que "E. H., S.A." promovió la construcción de un conjunto de tres edificaciones emplazadas entre las calles ... Gijón, construida al amparo y con los beneficios de la Propiedad Oficial. Que esta Sociedad encargó los trabajos concretos de edificación a la Empresa "Construcciones M., S.A.", la cual las llevó a cabo hasta su término.

Segundo.- Que de los tres edificios el del número ... de la Prolongación de la calle ... fue sometido al régimen establecido en la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55 , estableciéndose el correspondiente Régimen de Comunidad por escritura de Obra nueva y División Horizontal y otra de modificación y complementaria de dicha Obra nueva.

Tercero.- Que ya inmediatamente de entregadas las viviendas al caer las primeras lluvias se fueron observando múltiples infiltraciones de agua. Que hoy día en la práctica totalidad de las viviendas del edificio se han abierto paso las aguas pluviales a través de las fisuras que se producen en todas las ventanas entre el paramento de los muros de las fachadas y los marcos de madera, al no existir entre ambos elementos, de muy diferentes características y naturaleza, un sellado adecuado que tapone las fisuras.

Cuarto.- Que la fachada del fondo del edificio destinada a servir de medianera con la edificación del solar colindante, deja pasar a través y en toda su extensión enormes cantidades de agua como consecuencia de su muy deficiente construcción que tolera el paso de la lluvia al interior de la cámara de aire y al insuficiente revestimiento exterior de los elementos estructurales. De esta forma las ocho viviendas de la letra "A", que son las que se encuentran en los siete pisos y ático en la vertical limitada por dicha fachada, en los tres huecos que tiene la misma, dos habitaciones y baño, son víctimas de una invasión continua de humedades y goteras que hacen totalmente insalubres e inhabitables los tres huecos afectados.

Quinto.- Que igualmente ocurre con la fachada de la derecha del edificio fachada norte, que da a la vía del ferrocarril, ocasionando humedades en todas las viviendas que dan a esa fachada, las de la letra "C".

Sexto.- Que la terraza del edificio que ocupa el retranqueo de la planta octava y cubre la vivienda del piso séptimo C, por carecer de impermeabilidad también deja pasar el agua. Y lo mismo ocurre con la cubierta o tejado sobre las viviendas de la planta octava.

Séptimo.- Que la cubierta del casetón del ascensor, sito al nivel de la cubierta del edificio también es víctima de defectos en su construcción que se materializan en una deficiente impermeabilización y como consecuencia en la existencia de humedades en el interior del mismo, que por acoger mecanismos de funcionamiento eléctrico suponen un especial peligro.

Octavo.- Que después de requerimientos y reclamaciones, sólo el acto de conciliación dio lugar a que "E. H., S.A." reconociera la existencia de las humedades abriendo paso a un proceso extrajudicial, comprometiéndose la promotora a realizar las reparaciones necesarias en los elementos comunes afectados por las deficiencias constructivas. Que el tiempo dejó en evidencia la intención meramente dilatoria de la demandada. Que nuevamente, después de algunos trabajos sin resultado. Se celebró acto de conciliación con las dos demandadas, que alegaron inaceptables excusas y luego dilaciones que ya han hecho inaplazable la presente demanda. Alegó los fundamentos de derecho y suplica se dicte sentencia en la que estimando la demanda íntegramente, condene solidariamente a ambos demandados a realizar en el edificio que tiene el número ... de la Prolongación de la calle ... de Gijón todas las obras que resulten necesarias en la cubierta, medianera, fachada, terraza, casetón de ascensores y demás elementos comunes del inmueble afectado de vicios constructivos hasta lograr la total impermeabilización de los mismos y la evitación de cualquier clase de filtraciones y humedades en el interior de todas las viviendas del inmueble dejando aquellos en el estado de servir para el que fueron construidos, con el abono además de todos los daños y perjuicios ocasionados a la Comunidad de Propietarios de la cuantía que resulte concretada en trámite de ejecución de sentencia y también al pago de la totalidad de las costas.

SEGUNDO.- Que admitida la demanda y dado traslado a los demandados, contestaron la misma basándose en los siguientes hechos:

Primero.- Que en realidad lo construido, como acredita el mismo demandante, es un edificio compuesto por tres bloques o casas, constitutivo de una sola finca o propiedad dividida luego horizontalmente, compuesto de ciento ochenta y seis viviendas y locales comerciales, protegida en un único y solo expediente.

Segundo.- No es cierto. Que lo que se sometió a división horizontal y consiguiente régimen, no fue la casa número ... de la calle ..., sino el edificio totalmente integrado por los tres bloques o casas, una de las cuales es la citada en el correlativo de contrario, sin que, por tanto, tenga existencia jurídica la que se pretende sobre una facción de su total. De lo que resulta que el poderdante no ostenta la Presidencia que se atribuye, por no existir la Comunidad supuesta ni haber sido elegido por los miembros de la verdaderamente existente. Sin que, por añadidura, aparezca autorizado por Comunidad alguna para el ejercicio de las acciones que deduce, ni poder por los propietarios de las viviendas que se dicen afectadas por humedades.

Tercero.- Que no descartan la existencia de algunas humedades, nunca de la gravedad que se pretende, ni por las causas que se dicen. Negando la narración contenida en los hechos tercero a séptimo.

Cuarto.- Que "E. H., S.A.", sin obligación suya alguna, atendió liberalmente a los vecinos de la casa, inspeccionándola e incluso procediendo a realizar algunas operaciones de mejora que, tras innumerables intentos, hubo de suspender finalmente sin complementarla, por la obstrucción de unos y otros de los interesados, que impedían la entrada a los obreros a sus domicilios con diversas excusas. Que "E. H., S.A." no se comprometió, ni aun en forma verbal, a realizar reparación alguna por sí misma. Antes al contrario, puede verse por el acto de conciliación de tres de mayo de mil novecientos setenta y ocho, que dicha demandada ofreció únicamente pagar el importe de las reparaciones que pericialmente se estimaron precisas, lo que sí fue rechazado por el conciliante en dicha acta, se reconoce posteriormente su aceptación.

Quinto.- Que de los documentos de contrario reconocen únicamente los testimonios de las actas de las conciliaciones celebradas, la copia de la cédula de calificación definitiva y la escritura de compraventa y los testimonios unidos a ella por el propio Notarioautorizante, desconociendo expresamente los restantes y haciendo las mismas acotaciones que el adverso, a efectos de prueba y para en su día. Alegó los fundamentos de derecho y suplica se dicte sentencia por la que, con acogimiento de la demanda, absolviendo a las demandadas de sus peticiones, con imposición de las costas al demandante.

TERCERO.- Que evacuado por las partes el trámite de réplica y dúplica fue recibido el pleito a prueba, uniéndose a los autos las practicadas y evacuado el trámite de conclusiones, el Juez de Primera Instancia número dos de Gijón dictó sentencia con fecha catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y uno, cuya parte dispositiva es como sigue: Fallo.-Que al estimar parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Larrauri Lagarreta en representación de la Comunidad de Propietarios de la casa número ... de la Prolongación de la calle ... de Gijón, debo condenar y condeno a los demandados "E. H., S.A." y "Construcciones M., S.A.", a que solidariamente realicen en el edificio del que la actora representa las obras precisas para evitar filtraciones y humedades en el interior de las viviendas afectadas y cubiertas, medianera, fachada, terraza y casetón del ascensor así como en los restantes elementos comunes, los que quedaran en estado de servir al destinado para que fueron construidos, y sin que sea de hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

CUARTO.- Que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación demandada recurso de apelación que fue admitido y sustanciada la alzada la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, dictó sentencia con fecha once de enero de mil novecientos ochenta y tres, cuya parte dispositiva es como sigue: Fallamos que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de "E. H., S.A." y "Construcciones M., S.A." contra la sentencia dictada en este juicio por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia número Dos de Gijón, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución. Sin especial pronunciamiento sobre costas.

QUINTO.- Que el Procurador D. Federico Olivares Santiago, en nombre de "E. H., S.A." y "Construcciones M., S.A.", formalizó recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal que funda en los siguientes motivos:

Primero.- Se interpone al amparo del número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, consistiendo la infracción en violación del párrafo primero del artículo 1591 del Código Civil EDL 1889/1. Dicho precepto establece que el contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responderá de los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años contados desde que se concluyó la construcción, igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el Arquitecto que la dirigiere si se debe la ruina a vicios del suelo o de la dirección. El fallo recurrido entiende que la responsabilidad que establece este precepto sobre el contratista y el arquitecto es una responsabilidad de carácter solidario. Sin embargo, éste no es el alcance dado al precepto por la doctrina legal de esta Sala, contenida, entre otras, en las sentencias de diecinueve de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, cinco de mayo de mil novecientos setenta y uno y diecisiete de mayo de mil novecientos sesenta y siete.

Segundo.- Se interpone al amparo del número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, consistiendo la infracción en interpretación errónea de la doctrina legal contenida en las sentencias de once y diecisiete de octubre de mil novecientos setenta y cuatro. El fallo recurrido invoca como fundamento legal la doctrina contenida en los dos fallos mencionados, citando también las Sentencias de trece de marzo de mil novecientos veintinueve y diez de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, en cuya mención debe existir algún error, ya que no aparecen en el Repertorio de Jurisprudencia. Si examinamos los fallos de esta Sala de once y diecisiete de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, observamos que la primera de dichas sentencias resuelve en sentido afirmativo la responsabilidad de un promotor que era al mismo tiempo constructor o ejecutor de la obra. Y sienta la doctrina que para la responsabilidad de este promotor constructor "no es obstáculo su carácter de propietario, que no le puede inculpar ni liberar de la responsabilidad que establece el artículo 1591 del Código Civil EDL 1889/1". Por otra parte, la sentencia de diecisiete de octubre de mil novecientos setenta y cuatro contempla el caso de un promotor que emplea en la construcción no a un contratista único, sino a una serie de operarios que él coordina. Y en relación con este supuesto sienta la doctrina de que "háyase realizado la obra por medio de un contratista único que haya pactado con el propietario del terreno, o háyase ejecutado con éste mediante contratos separados con los distintos gremios que intervienen en la construcción, el adquirente de los pisos y locales del edificio tiene a su favor las acciones de resarcimiento que específicamente señala el artículo 1591 del Código Civil EDL 1889/1, bien contra el contratista único -si ha existido-, bien contra el propio dueño del edificio que realizó la construcción coordinando los diferentes gremios que en ella intervinieron".

Tercero.- Que se interpone al amparo del número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, consistiendo la infracción en violación del artículo 4, párrafo Lo, del Código Civil EDL 1889/1. Dicho precepto, que por no haber sido aplicado en el fallo recurrido resulta violado, establece el supuesto en que procede la aplicación analógica de una norma. Y dice que la misma es aplicable cuando la norma no contempla un supuesto específico, pero regula otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón. Aplicando este criterio la doctrina legal repetida en las sentencias de once y diecisiete de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, hace extensivo el artículo 1591 al promotor que interviene en la construcción, bien sea construyendo por sí solo, bien sea contratando al efecto los operarios necesarios, y asumiendo la coordinación de sus respectivas tareas, Es palmario que existe una identidad de razón entre este caso y el caso del constructor a que se refiere el artículo 1591. De hecho se trata de la misma cosa. El promotor es un constructor, y su condición de propietario del suelo no le redime de la obligación que tiene como constructor.

Cuarto.- Se interpone al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, consistiendo la infracción en violación de la norma contenida en el párrafo 1.º del artículo 12 de la Ley 49/1960, de veintiuno de julio EDL 1960/55. El precepto infringido establece que la representación en juicio y fuera de él de la Comunidad de propietarios horizontal, corresponde al Presidente de la misma. En el presente litigio se acciona en virtud de un poder otorgado por D. José, interviniendo, según dice, "como Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa núm. ... de la calle ... de esta Villa de Gijón". Sin embargo, está acreditado en autos (por la escritura pública aportada con la demanda como documento número nueve, y por la certificación registral obrante en el ramo de prueba de la parte actora) y recoge la propia sentencia recurrida en su segundo Considerando, que la Comunidad de Propietarios que en realidad existe no es la del citado bloque aislado número ... de la calle ..., sino una Comunidad que abarca y engloba a tres bloques uno de los cuales es el mentado.

SEXTO.- Que admitido el recurso, instruida la parte recurrente, compareció el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén en representación de la Comunidad de Propietarios de la casa número ... de la Prolongación de la calle ..., a quien se le tiene por recurrido declarándose conclusos los autos.

VISTO siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que frente a la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Oviedo de once de enero de mil novecientos ochenta y tres que condenó, solidariamente, a las sociedades demandadas, promotora-vendedora y ejecutora material del edificio número ... de la calle ... de Gijón, a realizar, en el edificio de la Comunidad demandante "las obras precisas para evitar filtraciones y humedades en el

interior de las viviendas afectadas y cubiertas, medianera, fachada, terraza y casetón del ascensor así como en los restantes elementos comunes los que quedarán en estado de servir al destino para que fueron construidos", se alza el presente recurso, articulando al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 cuatro motivos de casación por, respectivamente, violación del párrafo primero del artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil EDL 1889/1, interpretación errónea de la doctrina legal contenida en las sentencias de once y diecisiete de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, violación del artículo cuatro párrafo primero del Código Civil EDL 1889/1 y por último violación también del párrafo primero del artículo doce de la Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta el cuarto motivo de casación.

SEGUNDO.- Que el primer motivo del recurso desarrolla la pretendida violación por la Sala de instancia del artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil EDL 1889/1, sobre la base de afirmar que "el fallo recurrido entiende que la responsabilidad que establece este precepto sobre el contratista y el arquitecto es una responsabilidad de carácter solidario", sentando así, el recurrente, un punto de partida en su razonamiento discordante de la cuestión debatida en el pleito y resuelta en la sentencia, en la que para nada contó la eventual responsabilidad del arquitecto no demandado en autos ni mencionado siquiera en la resolución que se combate, que fuerza el perecimiento del motivo que tan ostensible como reiteradamente se aparta de la cuestión debatida al concluir terminantemente que "no se trata de una viciosa ejecución de un proyecto concreto, sino de una fiel ejecución de un proyecto defectuoso" con el designio de desviar la responsabilidad hacia una tercera persona no participante en el litigio, cuya actuación figura por primera vez planteada en un intento de introducir una cuestión enteramente nueva no discutida en la instancia y, por tanto, rechazable en casación.

TERCERO.- Que en el segundo motivo del recurso en el que se denuncia la interpretación errónea de la doctrina legal contenida en las sentencias de once y diecisiete de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, se trata de salvar la responsabilidad que la sentencia combatida atribuye a la recurrente "E. H., S.A.", argumentando que la doctrina de estas resoluciones condiciona la responsabilidad del promotor a que ostente, a la vez, el carácter de constructor insistiendo en el desarrollo del motivo en que tal responsabilidad sólo le es exigible "en tanto que constructor", tesis que, manifiestamente, no se corresponde con la doctrina legal que cita, posteriormente ratificada en las sentencias de uno de marzo y trece de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, en su propio sentido, esto es en el de que a la moderna figura del promotor de viviendas que actúa por su cuenta y en su beneficio, le alcanza la responsabilidad que por viciosa construcción -que es el caso presente- establece el artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil EDL 1889/1 aunque sea otra persona física o jurídica la que materialmente y por su encargo ejecutó el proyecto, doctrina "bien distinta de la en que la tesis del recurrente dice encontrar apoyo".

CUARTO.- Que el tercer motivo del recurso en el que se denuncia la violación por inaplicación del artículo cuatro párrafo primero del Código Civil EDL 1889/1 ha de perecer no sólo en cuanto es simple reiteración del intento de exonerar de la responsabilidad del artículo mil quinientos noventa y uno del Código al promotor que encarga la realización de la obra a otros, utilizando ahora el mecanismo de la analogía que aquel precepto consagra, pretendiendo la aplicación, por esta otra vía, de la propia doctrina jurisprudencial citada más arriba entendida, como se ha dicho, no en su propio sentido sino en el que erróneamente le atribuye el recurrente, sino por la no menos importante razón de que la aplicación analógica prevista en el artículo del Código Civil EDL 1889/1 que se dice conculcado está claramente referida a las normas legales llamadas a llenar el vacío de un caso similar, función que, en modo alguno, corresponde a la jurisprudencia que tiene el cometido meramente complementario que le asigna, en este sentido, el artículo uno-seis del propio Código Civil EDL 1889/1.

QUINTO.- Que el cuarto motivo del recurso en que se acusa la violación del párrafo primero del artículo doce de la Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta que establece que la representación en juicio y fuera de él de la comunidad de propietarios corresponde a su presidente, igualmente ha de claudicar, atendidos, de una parte, a la intacta afirmación hecha en la instancia, de que el edificio de autos constituye "una comunidad comprendida en el artículo trescientos noventa y seis del Código Civil EDL 1889/1", que aparece en el litigio representada por su presidente, carácter que la recurrente "E. H., S.A." le reconoció en la conciliación celebrada el tres de mayo de mil novecientos setenta y ocho y en el documento suscrito el diez de julio siguiente, en cuyos dos actos quedó exteriorizada una conducta de inequívoca significación y eficacia jurídica (Sentencias ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, treinta de enero de mil novecientos sesenta y tres y veintiuno de abril de mil novecientos ochenta y cuatro) y de otra en la consideración de que el que actúa como tal presidente ostenta la cualidad, afirmada sin contradicción, de copropietario del inmueble, lo que le confiere, sin más, legítima aptitud para comparecer en juicio y fuera de él en asuntos que afecten al condominio en el que está integrado (Sentencias siete de febrero de mil novecientos ochenta y uno, tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, treinta de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro).

SEXTO.- Que la desestimación de los motivos del recurso lleva consigo la de éste con los efectos en cuanto a costas y pérdida del depósito constituido que prevé el artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por "E. H., S.A." y "Construcciones M., S.A." contra la sentencia que en once de enero de mil novecientos ochenta y tres dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal, y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de Sala que ha remitido.

ASI por esta nuestra sentencia que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCION LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Manuel González Alegre.- Antonio Sánchez.- Rafael Casares.- Rafael Pérez.- José Luis Albar. Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, 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. Juan José Vizcaíno. Rubricado.