

## EDJ 2005/215329

AP Ciudad Real, sec. 1ª, S 8-11-2005, nº 288/2005, rec. 1019/2005

Pte: Casero Linares, Luis

### Resumen

Acoge la Sala en parte los recursos interpuestos por ambas partes procesales -en el extremo de acordar un 5% de descuento sobre la retención que se practicó al precio de construcción- contra sentencia que condenó solidariamente a los demandados a efectuar la reparación de las lesiones existentes en la construcción de sus viviendas. Manifiesta la AP que los daños aunque se centran muy especialmente en las humedades por falta de impermeabilización se extienden a otros muchos defectos, tal como destacan los informes periciales realizados que resaltan una multitud de problemas asociados a defectos constructivos verdaderamente graves.

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 38/1999 de 5 noviembre 1999. Ordenación de la Edificación  
art.12 , art.17

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### CONTRATO DE OBRA

##### INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

- Obra no ajustada
- Obligación de reparar
- Indemnización de daños y perjuicios
- Responsables
  - Otras personas

#### RESPONSABILIDAD DECENAL

##### ACCIÓN DECENAL

- Reparación de los daños
- Legitimación activa
  - Adquirentes posteriores
- Legitimación pasiva
  - Responsabilidad individual o solidaria
  - De otras personas

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Adquirente; Desfavorable a: Arquitecto, Constructor

Procedimiento: Apelación, Juicio Ordinario

#### Legislación

Aplica art.12, art.17 de Ley 38/1999 de 5 noviembre 1999. Ordenación de la Edificación

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de esta ciudad se dictó sentencia en los referidos autos, de fecha veintisiete de septiembre de dos mil cuatro cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda formulada por la Procuradora Dª Nuria Turrillo Laguna, en nombre y representación de D. Juan Alberto, Dª Juana, D. Eusebio, Dª María Virtudes, D. Pedro, Dª Gabriela, D. Luis Miguel, Dª María Luisa, D. Bruno, Dª Esther, D. Jaime, Dª Verónica, D. José Daniel, Dª Francisca, Dª Susana, D. Blas, Dª Estela, D. Lorenzo, Dª Victoria, D. Carlos Alberto, Dª Esperanza, D. Ángel, D. Gustavo, D. Rosendo y Dª María Inmaculada, contra JEFERCONSA, S.A., D. Rodrigo, D. Gregorio y D. Benjamín: 1º.- Condeno a la entidad demandada JEFERCONSA,S.A., al pago a los actores del 5% del importe de la obra por el concepto de mora en la terminación

de las obras y que asciende a la cantidad de 30.077 euros; 2º.- Condeno conjunta y solidariamente a todos los demandados a que abonen a los actores la cantidad de 90.941,85 euros, más los intereses legales que devengue dicha cantidad desde la fecha de interposición judicial hasta la de su completo pago; y a que efectúen la reparación de las lesiones existentes en la construcción de sus viviendas, conforme a las recomendaciones constructivas para la reparación de las lesiones encontradas descritas por el Arquitecto D. Lucio en su informe, en el plazo máximo de seis meses; y subsidiariamente para el caso de que tales reparaciones no se realicen totalmente en el plazo determinado, o se realizasen de forma defectuosa por no ajustarse a dicho informe, los demandados deberán abonar una indemnización por importe de 240.912,23 euros; condenando por último a los demandados al pago de las costas procesales causadas.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, se interpuso contra la misma recurso de apelación en tiempo y forma por la parte demandada, admitiéndose el recurso y dándole el trámite correspondiente, las partes hicieron las alegaciones que estimaron conveniente en apoyo de sus respectivos intereses, elevándose los autos a la Audiencia y correspondiendo a esta Sección por turno de reparto, se formó el correspondiente rollo y se turnó Ponencia, señalándose para la votación y fallo el día tres de noviembre del año actual.

TERCERO.- En la tramitación de esta apelación se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en primera instancia se presentan dos recursos por parte de los demandados: el primero conjuntamente por los demandados salvo la mercantil JEFERCONSA y el segundo por ésta sociedad, aunque este segundo recurso realmente no viene a ser sino una adhesión al primero, en cuanto que se limita a tener por reproducidos los argumentos de aquél recurso, con la salvedad de que, en último extremo, entiende que la responsabilidad debe ser de la dirección facultativa y no de la constructora.

Cabe, por tanto, un análisis conjunto de ambos recursos, que es lo que se aborda a continuación.

El primer motivo que se esgrime es la concesión a los actores de 5% del importe de la obra que habían excluido expresamente en su suplico. Se afirma que no puede asegurarse que ese 5% fuera invertido efectivamente en obras en beneficio precisamente de los demandantes, cuando junto con ellos existen otros 124 propietarios en la urbanización, siendo que el hecho de excluir esa cantidad en el suplico de la demanda supone una confesión de que efectivamente no se realizaron obras en sus propiedades con cargo a ese porcentaje de retención del precio de la obra al constructor. La concesión de esta cantidad se debió a la petición expresa de la parte demandante, cambiando el suplico de su demanda en la fase de conclusiones, cuando tras la prueba practicada uno de los testigos, concretamente el representante de Teyde Gestión, S.L., afirmó de forma genérica que ese dinero se había invertido en obras tratando de paliar los defectos constructivos observados.

Los términos del debate sobre este punto concreto no son propiamente los planteados por la parte recurrente, pues con independencia de lo afirmado por los testigos o la acreditación del destino dado a esa cantidad, lo cierto es que el principio de justicia rogada que establece nuestra ley procesal civil EDL 2000/77463, obliga al juez a dar respuesta a las pretensiones de las partes dentro de los límites por ellas fijados que, en lo que se refiere a la parte demandante, se concretan en el suplico de su demanda; suplico que enmarca la pretensión de la parte y que no puede alterarse, salvo en la audiencia previa y dentro de los límites muy restringidos establecidos en el art. 426.1, pero desde luego no en la fase de conclusiones tras la prueba practicada, tal como hace la parte demandante, por prohibirlo expresamente el art. 433.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463.

Este motivo del recurso, por tanto, debe ser estimado, ya que la juez a quo no puede extralimitarse del contenido del suplico de la demanda por peticiones posteriores de la parte ampliando el mismo.

SEGUNDO.- El resto del recurso aborda la responsabilidad de la dirección facultativa, abordando de forma muy concreta la concesión de 90.941,85 € pedidos por los demandantes al entender injustificada la misma.

Debe decirse que en todo el recurso subyace un cierto lamento sobre lo inútil del procedimiento pues finalmente se concede todo lo pedido por los actores, lamento al que habría que responder que la evidencia de la gravedad y generalidad de los daños hacía fácil presuponer ese resultado final, más cuando la demanda está fundamentada en una correcta y detallada prueba pericial, que tampoco se ha desmentido esencialmente por el resto de periciales, por lo que estaba en manos de los demandados haber evitado el mismo asumiendo, sin necesidad de una decisión judicial con los gastos de tiempo y dinero que ello conlleva, su clara responsabilidad.

Como decíamos el recurso señala que no puede imputarse a los técnicos un defecto de control conforme a la buena práctica constructiva, señalando las múltiples ordenes dadas a la constructora, así como las reuniones con los propietarios, resaltando el acta de rechazo de las obras.

Debe decirse al respecto que partiendo de que nos encontramos con la imputación de responsabilidad recíproca por parte de la constructora y la dirección técnica, las razones dadas por las partes demandadas no pueden ser asumidas por este Tribunal, pues las mismas no parten del análisis de sus respectivas funciones en el proceso constructivo sino simplemente de reprocharse, una, que solo siguió los dictados del equipo técnico y, los otros, que no se siguieron tales dictados.

Cierto es que en el libro de ordenes se reflejan numeras quejas, tanto relativas a normas de seguridad en el trabajo como al retraso de la obra, así como instrucciones, incluso específicamente sobre la ejecución de los muros, pero también que en el mismo no se recogen las malas ejecuciones, ordenando su nueva realización, y que el resultado de esa dirección, por parte de arquitecto y aparejadores, y ejecución, por parte de la constructora, es una construcción gravemente defectuosa de las viviendas, tal como relatan todos los informes periciales realizados. Luego no cabe escudarse en el número de actuaciones realizadas, sino en la calidad de las mismas para evitar tan funesto resultado. Cierto es que la dirección técnica no tiene que ponerse el mono de trabajo y efectuar por sí las obras, pero puede adoptar medidas para evitar tan mala ejecución, recogiendo, al menos, en el libro de órdenes esas incorrecciones.

No debe olvidarse, ya que los recurrentes apelan a la Ley de Ordenación de la Edificación para señalar que están obligados a la emisión del certificado final de obra, que esa misma Ley, por otro lado en consonancia con la Legislación anterior, señala entre otras obligaciones, para el arquitecto director de la obra "Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno" (art. 12), lo que supone no solo proyectar o indicar en el libro de órdenes la forma de realización de los muros, sino verificar, es decir comprobar, que efectivamente las obras se realizan según sus instrucciones, y eso solo con relación a parte de las humedades aparecidas. Y lo mismo cabe decir con relación a los aparejadores, en cuanto está entre sus obligaciones la más directa comprobación de la buena ejecución de las obras. Pero tal dirección no actuó con la diligencia requerida pues el resultado es claro al respecto, con la multiplicidad de defectos constructivos que se aprecian y que lleva, inevitablemente, a declarar la responsabilidad de todos los demandados, tal como acertadamente se concluye en la sentencia.

Se dice en el recurso que la Ley de Ordenación de la Edificación obliga a emitir el certificado final de obra, y eso no es correcto. Ciertamente que entre las obligaciones de la dirección técnica está la emisión de ese certificado, pero el mismo implica, tal como establece el art. 17.7 de esa misma Ley, responder de la veracidad y exactitud de ese documento, y para ello, es evidente, que el arquitecto debe mostrar su conformidad con la obra realizada, con independencia de que pueda haber algún pequeño defecto subsanable, que fácilmente puede salvarse con los instrumentos que la propia Ley permite, pero que no es el caso, ya que estamos ante daños graves y generalizados que incluso afectan a la propia estructura de las viviendas, y basta para ello el propio informe técnico que realiza el arquitecto demandado para orientar las obras tras el acta de rechazo de la propiedad. Daños que aunque se centran muy especialmente en las humedades por falta de impermeabilización se extienden a otros muchos defectos, tal como destacan los informes periciales realizados, y especialmente el muy detenido de la parte demandante, aunque también es de destacar el del perito nombrado en el procedimiento, que igualmente resalta una multitud de problemas asociados a defectos constructivos verdaderamente graves.

Lo cierto es que el arquitecto emite el certificado poco después de que se comprobara la mala ejecución de la obra a través del acta de rechazo que realiza la propiedad y que es firmada también por la dirección facultativa, sin que se subsanaran los graves defectos existentes en las viviendas; y no se trata de derivar la responsabilidad solo de ese acto, que también, sino de comprobar esa mala dirección, a la vez que ejecución, que tiene ese remate final.

TERCERO.- Por último, se centra el recurso en la cantidad de 90.941,85 € otorgada por las obras realizadas por los propietarios para paliar los daños en sus viviendas. Los recurrentes critican la concesión de esa cantidad señalando que no existe prueba que las sustente, y para ello tratan de contrastar determinadas declaraciones de los demandantes con los datos que se reflejan en el informe pericial por ellos presentados y que ha servido para estimar también en este punto la demanda.

No es cierto que no exista prueba al respecto, pues tal prueba está constituida por la inspección realizada por el perito Sr. Lucio, que constata en cada vivienda los defectos que presenta y las obras realizadas para tratar de paliarlos, es por ello que este informe pericial tiene ese valor preponderante sobre el resto, pues realmente recoge de forma pormenorizada todos los problemas constructivos y tampoco encuentra otras posiciones periciales diametralmente opuestas a los postulados que defiende y para ello no hay sino que leer el informe del perito pericial. El que parte de esas obras a su vez tengan un efecto estético en nada priva al hecho de que se trate de obras que han tratado de paliar de una u otra forma los desperfectos, de ahí que a pesar de la diferenciación que se hace por el perito judicial entre las obras realmente necesarias para paliar los problemas y las acometidas por los propietarios, en muchos casos más de ocultación que de solución de los problemas, éstas no dejen de ser soluciones ante la falta de actuación de los demandados que deben ser soportadas por éstos.

CUARTO.- Dada la estimación parcial de los recursos no se hace especial pronunciamiento sobre las costas en esta alzada, tal como establece el art. 398 de la L.E.C. EDL 2000/77463

Con relación a las costas de primera instancia, dado que lo que se hace es corregir el exceso de la sentencia, acomodando el fallo de la misma al suplico de la demanda, estando en cualquier caso ante una estimación sustancial de la misma, se debe mantener el fallo condenatorio recogido en la sentencia.

QUINTO.- En materia de recursos, contra la presente cabe interponer el de casación conforme al art. 477.2.2º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, al ser la cuantía del procedimiento superior a 150.000 euros.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución de la Nación Española,

## FALLO

Por unanimidad,

Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora D<sup>a</sup> Julia Pintor Peromingo, en nombre y representación de JEFERCONSA y por los Procuradores D<sup>a</sup> Ana Julia Sanz Tejedor y D. Jorge Martínez Navas, en nombre y representación de D. Rodrigo, D. Benjamín y D. Gregorio, contra la sentencia núm. 119/04 de 27 de septiembre, dictada en el Juzgado núm. 3 de Ciudad Real, Procedimiento Ordinario núm. 336/03, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución acordando que a las cantidades a las que son condenados los demandados se descontará el 5% de retención que se practicó del precio de la construcción y que asciende a un total de 30.077 €, manteniendo el resto de la resolución, sin hacer expreso pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación explicitado en el Fundamento de Derecho Quinto.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución a los oportunos efectos.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de su fecha que certifico.- Ciudad Real, a ocho de noviembre de dos mil cinco.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 13034370012005100407