

# EDJ 2010/133398

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 14-6-2010, nº 376/2010, rec. 170/2006  
Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio

## Resumen

*El TS declara no haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia de apelación que, a instancia de la comunidad de propietarios actora, condenó a la entidad demandada a realizar las obras necesarias para la subsanación de los defectos de construcción existentes en el edificio de suerte que éste quede en un estado de habitabilidad y utilidad apropiados. El TS confirma la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba efectuada por el tribunal "a quo" y, en particular, declara que la indefensión alegada por la recurrente queda descartada dado que siempre fue conocedora de lo que era objeto del litigio, que se fijó definitivamente en la audiencia previa según las alegaciones de ambas partes, sin que la recurrente denunciara formalmente en ningún momento, ni siquiera en el acto del juicio, la modificación del objeto de la demanda.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.216 , art.217 , art.218  
RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1591

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	12
FALLO .....	15

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### CONTRATO DE OBRA

#### INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

- Obra no ajustada
- Responsables
- Contratista

### JURISPRUDENCIA

#### DEL TRIBUNAL SUPREMO

### PRUEBA

#### CARGA DE LA PRUEBA

- El artículo 217 de la nueva LEC
- Carga de probar lo pedido en la demanda
- Carga de probar los hechos impeditivos o excluyentes
- El artículo 1214 del Código Civil
- En general

### PERITOS

- Libre apreciación del juzgador
- Fuerza probatoria
- Supuestos diversos

### RECURSOS

#### EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

- Motivos
- Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia

### RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

#### CARGA DE LA PRUEBA

### RESPONSABILIDAD DECENAL

#### RUINA FUNCIONAL

En general

## SENTENCIA

### INCONGRUENCIA

Concepto y alcance

Sentencia congruente

Adecuación del fallo

A las pretensiones de las partes

Expresadas en el petitum de la demanda

Extra petitum

Fallo ajustado a la causa paetendi

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Comunidad de propietarios; Desfavorable a: Constructor

Procedimiento: Recurso extraordinario por infracción procesal

### Legislación

Aplica art.216, art.217, art.218 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

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 38/1999 de 5 noviembre 1999. Ordenación de la Edificación

Cita art.24.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 29 enero 2010 (J2010/9918)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 4 febrero 2010 (J2010/6386)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 29 diciembre 2009 (J2009/315052)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 17 diciembre 2009 (J2009/315049)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 8 julio 2009 (J2009/234618)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 30 junio 2009 (J2009/225070)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 8 julio 2009 (J2009/150911)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 29 abril 2009 (J2009/72792)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 2 marzo 2009 (J2009/19043)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 4 febrero 2009 (J2009/16816)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 15 abril 2008 (J2008/161756)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 14 diciembre 2007 (J2007/274856)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 24 septiembre 2007 (J2007/159286)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 27 mayo 2007 (J2007/80201)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 9 mayo 2007 (J2007/32760)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 31 enero 2007 (J2007/5365)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 6 febrero 2007 (J2007/5361)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Extra petitum - Fallo ajustado a la causa petendi, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Adecuación del fallo - A las pretensiones de las partes - Expresadas en el petitum de la demanda, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Concepto y alcance - Sentencia congruente STS Sala 1ª de 17 noviembre 2006 (J2006/331115)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Extra petitum - Fallo ajustado a la causa petendi, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Adecuación del fallo - A las pretensiones de las partes - Expresadas en el petitum de la demanda, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Concepto y alcance - Sentencia congruente STS Sala 1ª de 19 abril 2006 (J2006/71156)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 9 febrero 2006 (J2006/8420)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Extra petitum - Fallo ajustado a la causa petendi, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Adecuación del fallo - A las pretensiones de las partes - Expresadas en el petitum de la demanda, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Concepto y alcance - Sentencia congruente STS Sala 1ª de 18 julio 2005 (J2005/116826)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 9 junio 2004 (J2004/54953)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 31 marzo 2004 (J2004/12747)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 3 marzo 2004 (J2004/7009)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 13 diciembre 2003 (J2003/186194)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 10 julio 2003 (J2003/50739)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 28 febrero 2003 (J2003/6483)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 21 febrero 2003 (J2003/3196)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 19 julio 2002 (J2002/28343)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 19 junio 2002 (J2002/23883)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 8 febrero 2002 (J2002/1586)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 8 febrero 2002 (J2002/1075)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 18 diciembre 2001 (J2001/49211)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de

probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 20 septiembre 2001 (J2001/30992)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 29 junio 2001 (J2001/13860)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 28 junio 2001 (J2001/12644)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 24 octubre 2000 (J2000/41054)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 16 octubre 2000 (J2000/41052)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 217 de la nueva LEC, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - El artículo 1214 del Código Civil - En general, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar lo pedido en la demanda, PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - Carga de probar los hechos impositivos o excluyentes STS Sala 1ª de 5 diciembre 2000 (J2000/40715)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 marzo 1998 (J1998/9018)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 10 noviembre 1994 (J1994/8963)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Extra petitum - Fallo ajustado a la causa petendi, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Adecuación del fallo - A las pretensiones de las partes - Expresadas en el petitum de la demanda, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Concepto y alcance - Sentencia congruente STS Sala 1ª de 4 noviembre 1994 (J1994/8689)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Extra petitum - Fallo ajustado a la causa petendi, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Adecuación del fallo - A las pretensiones de las partes - Expresadas en el petitum de la demanda, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Concepto y alcance - Sentencia congruente STS Sala 1ª de 28 octubre 1994 (J1994/8290)

Cita en el mismo sentido sobre PRUEBA - PERITOS - Supuestos diversos, PRUEBA - PERITOS - Fuerza probatoria, PRUEBA - PERITOS - Libre apreciación del juzgador STS Sala 1ª de 20 febrero 1992 (J1992/1580)

## Bibliografía

Citada en "Respuestas ante los defectos de terminación o acabado en la ejecución de fincas urbanas"

ENCARNACION ROCA TRIAS

FRANCISCO MARIN CASTAN

JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

JUAN ANTONIO XIOL RIOS

RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS

ROMAN GARCIA VARELA

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de junio de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal que con el número 170/2006 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Acciona Infraestructuras, S. A., (antes Necso Entrecanales Cubiertas, S. A.) aquí representada por la procuradora D.ª Gloria Messa Teichman, contra la sentencia de 14 de noviembre de 2005, dictada en grado de apelación, rollo número 248/2005, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, dimanante del procedimiento ordinario número 205/2003, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Coslada. Habiendo comparecido en calidad de recurrida la procuradora D.ª María Jesús Pérez Arroyo, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de las Calles DIRECCION003, DIRECCION004 y DIRECCION005, de San Fernando de Henares.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Coslada, dictó sentencia de 8 de noviembre de 2004, en el juicio ordinario número 205/2003, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que, desestimando la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales D.<sup>a</sup> Paloma Sánchez Oliva, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de las calles DIRECCION003, DIRECCION004 y DIRECCION005 de San Fernando de Henares, absuelvo a la demandada Necso Entrecanales Cubiertas, S.A., de las peticiones formuladas contra ella, con imposición de las costas ocasionadas en el presente procedimiento a la parte actora».

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. La representación de la Comunidad de Propietarios de las calles DIRECCION003, DIRECCION004 y DIRECCION005, de San Fernando de Henares, ejercita dos acciones una derivada del artículo 1591 del Código Civil EDL 1889/1, y otra acción "ex contractu", fundada en los artículos 1091, 1101 y 1258 del mismo texto legal, basando ambas en la aparición en dicho inmueble de los defectos ya aludidos. La representación de Necso Entrecanales Cubiertas, S.A., se opone a la demanda alegando que la demandada carece de responsabilidad, toda vez que la obra se ejecutó conforme venía establecido en el proyecto de ejecución.

»Segundo. La cuestión debatida en el presente procedimiento es esencialmente técnica, por lo que, es la prueba pericial la que fundamentalmente se ha de analizar para poder llegar a una solución del problema. En este sentido, hay que señalar que constan en el procedimiento tres dictámenes, uno elaborado a instancia de la parte demandante, por el arquitecto D. Armando, y otros dos redactados por el doctor arquitecto D. David y por el ingeniero de caminos, canales y puertos D. Fructuoso, ambos peritos designados judicialmente, habiendo sido ratificado únicamente estos dos últimos informes en el acto del juicio. Pudiéndose dudar de la imparcialidad del primero, al haber sido realizado a instancia de parte, de los otros dos, el del Sr. David, es el más completo, habiendo visitado dicho perito el edificio seis días, e inspeccionando 60 viviendas, dos trasteros, la cubierta y las fachadas, los dos sótanos destinados a garaje, las construcciones existentes en el patio central abierto a la calle DIRECCION005, las zonas comunes (portales, escaleras y accesos a las casas), y comprobado el funcionamiento de los ascensores de los ocho portales. Mientras que el perito Sr. Fructuoso visitó el edificio un solo día, e inspeccionó seis viviendas y las zonas comunes del conjunto de las edificaciones.

»Tercero. Teniendo en cuenta todo esto, en primer lugar, habrá que determinar si los vicios alegados por la demandante, pueden ser calificados como ruínógenos, siendo aplicable en tal caso el artículo 1591 del Código Civil EDL 1889/1, como postula la actora. Tanto en la demanda, como en los informes de los dos peritos designados judicialmente, se hace referencia a la existencia de:

- »1.- Grietas y fisuras en tabiques y techos, tanto en las viviendas, como en los garajes y en los muretes del patio central.
- »2.- Ahuecamiento y/o levantamiento y/o rotura del pavimento.
- »3.- Deficiencias en los ascensores.
- »4.- Humedades en techo de trasteros y viviendas de planta 4.<sup>a</sup>.

»A parte de esto, en la demanda, recogiendo la relación de desperfectos redactada por D. Sebastián (Doc.núm. 12), se especifican también los siguientes:

»A) C/ DIRECCION005 NUM000.- NUM001.- en el cuarto de baño del fondo del pasillo, ocurre que cuando lleva saliendo agua del grifo del lavabo uno o dos minutos, empieza a salir agua por el desagüe de la bañera.

»C/ DIRECCION005 NUM000.- NUM002.- La caldera del agua caliente y la calefacción no funciona correctamente, se apaga sola con frecuencia, y sobre todo, cuando hace más viento del normal. A este respecto, señala el perito Sr. David en su informe que "me dicen" que la caldera de gas se apaga cuando hace viento.

»B) C/ DIRECCION005 NUM003.- NUM002.- La puerta del baño que está junto al dormitorio, desde que se levantó el pavimento de éste, no cierra bien. En cuanto al cerco de la puerta del cuarto de baño, junto al salón, el larguero que aloja el rebaje para el resbalón, está desmontado, porque al intentar abrir la puerta desde dentro, después de intentar abrirla muchas veces sin ningún éxito, ya que esta quedó encajada teniendo que ser forzada, según la versión de los propietarios.

»C) C/ DIRECCION005 NUM004.- DIRECCION006 y NUM005.- Goteo continuo en los dos cuartos de baño, después del desagüe de los lavabos, los bidés, las bañeras y las descargas de los inodoros.

»3º D.- Caldera de agua caliente y calefacción no funciona correctamente. Existen malos olores en el baño del pasillo, al igual que en el caso de la caldera, cuando hay mucho viento, produciéndose descargas del sifón del inodoro.

»D) C/ DIRECCION004 NUM006.- NUM007 NUM008.- Pared del trasdosado de la fachada, donde están situadas las ventanas, está manchada por tener entrada de aire. Desconchado en la pared donde está ubicada la puerta por la que se accede al pasillo distribuidor de los dormitorios y baños, en su ángulo superior derecho.

»Haciendo referencia el Sr. David en su informe a que en la vivienda NUM007 NUM008 de la calle DIRECCION005 nº NUM009, la puerta del dormitorio principal no cierra bien.

»De todos estos vicios, únicamente habrá que analizar las grietas y fisuras en los techos y el levantamiento de suelos, puesto que en el suplico de la demanda se solicita, tan solo, que se condene a la demandada en consonancia al informe facultativo aportado por la parte actora, y en dicho informe no se encuentra referencia alguna a los demás desperfectos enumerados en este fundamento de derecho.

Por tanto, dentro de este margen, es más que conocido el hecho de que la definición de ruina ha sido ampliamente elaborada por el Tribunal Supremo, evolucionando desde el concepto de ruina funcional, al señalar que el término de ruina que utiliza el artículo 1591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra (ruina física), sino que hay que extenderlo y ampliarlo a aquellos defectos que por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, viniendo a significar unos defectos constructivos determinantes del concepto de ruina funcional, al hacerse la edificación inútil para el fin que le es propio, en consecuencia con las exigencias del mundo de la construcción, en el que confluyen intereses y supuestos complejos, de no siempre fácil delimitación de las responsabilidades respectivas; y la sentencia de 21 de marzo de 1996, considera defectos graves todos aquellos vicios que impidan el disfrute, la normal utilización y habitabilidad, por representar riesgo potencial de llegar a hacer inútil la edificación, que acrecienta el transcurso del tiempo, sino se adoptan las medidas correctoras necesarias y efectivas (sentencias de 13 de octubre de 1994, 7 de febrero y 5 de mayo de 1995).

»En el caso de autos, ciertamente se observan una serie de imperfecciones, más no consta probado en lo que aquí se estudia, que dichas imperfecciones conlleven la inutilidad, presente o futura de la construcción para su destino. Así, las viviendas se encuentran habitadas, manifestando en el acto del juicio el perito Sr. David que se trataba de una incomodidad que no afectaba a la seguridad del edificio, y el perito Sr. Fructuoso, que era un perjuicio meramente estético. En definitiva, los vicios mencionados no afectan a elementos esenciales de la construcción, ni la hacen inservible para el uso a que está destinada, por lo que, por muy generoso que se quiera ser con el concepto de ruina, no podemos concluir que tales imperfecciones constituyan ni ruina física, ni funcional ni potencial.

»Cuarto. No siendo por tanto aplicable el artículo 1591 del Código Civil EDL 1889/1, se trata de determinar si puede tener éxito la acción "ex contractu" ejercitada por la demandante, es decir, si el constructor demandado incumplió su obligación de entregar el inmueble en perfectas condiciones. Para ello, habrá de averiguarse si la causa de los defectos alegados es o no atribuible a Necso Entrecanales Cubiertas, S.A.

»En este sentido, en el informe aportado con la demanda, realizado por el arquitecto D. Armando, se especifica que "la única vía de explicación que comprende el conjunto de las fisuras y daños, procede de una causa compleja, no única. A mi juicio, se han llevado las juntas de dilatación de la estructura a una separación que apuran arriesgadamente las exigencias de la norma NBE-AE-88... En cualquier caso, los problemas de dilatación-retracción de origen reológico y térmico, sumados a la excesiva distancia entre juntas, parecen ser la causa principal. Las roturas por comprensión en techos y suelos corroboran esta hipótesis".

»Por su parte, el doctor arquitecto Sr. David, determina en su informe que "los desperfectos existentes en el interior del edificio son causados exclusivamente por movimientos de origen térmico que no han tolerado los materiales afectados". Para concluir que "los grandes movimientos de origen térmico de la estructura del edificio puede estar originada por la gran separación de las juntas de dilatación de la misma, que está en el límite de la distancia considerada como correcta (entre 30 y 40 metros)".

»Mientras que el ingeniero de caminos, canales y puertos, Sr. Fructuoso, considera en su dictamen que "se concluye que la aparición de las fisuras en los paramentos interiores de las viviendas y el levantamiento del pavimento, se debe a una incorrecta ubicación en el Proyecto de las juntas estructurales de la edificación, habiendo sido ejecutadas éstas conforme a la distribución prevista en los planos del proyecto".

»En esta línea, hay que reseñar que en el pliego de condiciones firmado por los arquitectos autores del proyecto de ejecución de las viviendas, se hace constar que la junta estructural es la superficie de discontinuidad en la estructura de hormigón para evitar el desarrollo de fisuras incontroladas originadas por efectos térmicos y/o mecánicos. La apertura de la junta debe ser suficiente para absorber el aumento de dimensiones de los elementos estructurales que separa. Y que la separación entre caras de la junta figurará de forma expresa en los planos.

»Si bien el doctor arquitecto Sr. David, manifestó en el acto de la vista que los desperfectos se debían a la ejecución material de la obra, que el diseño era correcto y que el proyecto necesita un pliego de condiciones que lo desarrolle, lo cierto es que este perito, a preguntas del letrado de la parte demandada, afirmó que aunque haber llevado la junta de dilatación a una distancia menor no creía que hubiera paliado el problema, a 40 metros creía que sí. Este perito no ha visto los planos y el proyecto, documentos que si ha examinado el perito Sr. Fructuoso, quien mantiene que según lo comprobado en los planos del proyecto de los que se ha dispuesto, y durante la visita de reconocimiento, las juntas de dilatación de la edificación en forma de U, se han dispuesto a una distancia de 37,5 m. de las esquinas.

»Por lo que, es obligado concluir que si entre el proyecto y la obra realizada no existen diferencias, el constructor se ha limitado a seguir las instrucciones del proyecto, sin que por ello le sea imputable tipo alguno de responsabilidad en cuanto a las grietas y fisuras en tabiques y techos (tanto en las viviendas, como en los garajes y en los muretes del patio central), al ahuecamiento y/o levantamiento y/o rotura del pavimento, y a las humedades en techo de trasteros y viviendas de planta 4ª.

»Por todo ello, la demanda no puede sino correr suerte desestimatoria.

»Quinto. En materia de costas, al ser desestimada la demanda, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, procede su imposición a la Comunidad de Propietarios de las calles DIRECCION003, DIRECCION004 y DIRECCION005 de San Fernando de Henares».

TERCERO. - La Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 14 de noviembre de 2005, en el rollo de apelación número 248/2005, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que, con acogimiento del recurso de apelación interpuesto por el procurador D. José Montalvo Garrigós, en representación de la Comunidad de Propietarios de la finca sita en San Fernando de Henares entre las calles DIRECCION003, DIRECCION004 y DIRECCION005, frente a la sentencia dictada el día 8 de noviembre de 2004 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3



de Coslada en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la indicada resolución y, en consecuencia, con estimación sustancial de la demanda formulada contra la entidad mercantil Necso Entrecanales y Cubiertas, S. A., condenamos (a) la indicada resolución a realizar las obras necesarias para la subsanación de los defectos de construcción existentes en el edificio de suerte que éste quede en un estado de habitabilidad y utilidad apropiados, así como a satisfacer a los propietarios de las viviendas la cantidad de 681,68 euros, imponiendo a la demandada las costas procesales causadas en la primera instancia, todo ello sin hacer especial pronunciamiento de las producidas en esta instancia».

CUARTO. - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Se aceptan en lo pertinente los Fundamentos Jurídicos de la resolución apelada en cuanto no se opongan a los siguientes:

»Primero. La sentencia dictada en el primer grado jurisdiccional desestimó las dos acciones ejercitadas en la demanda instauradora de la litis, al entender, por una parte, que los defectos con cuyo acomodo se postuló revisten la naturaleza de meras imperfecciones que no conllevan la inutilidad presente o futura de la construcción para su destino y, por otra, por (que) no existen diferencias entre el proyecto y la obra realizada habiéndose el constructor limitado a seguir las instrucciones del proyecto; respuesta judicial combatida en apelación por la parte demandante en procura de una sentencia que revoque la recurrida y la sustituya por otra que acceda íntegramente a los pedimentos formulados en el suplico del escrito iniciador del pleito. La base impugnativa expuesta en el escrito de interposición del recurso de apelación, redactado conforme a lo preceptuado en el artículo 458 de la LEC EDL 2000/77463, se articuló a través de varios motivos de disenso que delimitan el ámbito del enjuiciamiento en esta instancia.

»Segundo. Se denunció, en primer término, la conculcación de la doctrina jurisprudencial recaída en punto a la ruina funcional tomando como punto de arranque que la sentencia dictada en el primer grado jurisdiccional reputó probada en su Fundamento Jurídico Tercero la existencia de grietas y fisuras en tabiques y techos, tanto en las viviendas, como en los garajes y los muretes del patio central, ahuecamiento, levantamiento y rotura del pavimento, deficiencias en los ascensores y humedades en techo de trastero y vivienda de la cuarta planta, concluyendo no obstante que tales imperfecciones no constituyen ruina física, funcional o potencial, al no afectar a elementos esenciales de la construcción, ni lo hacen inservible para el uso a que se destina, en abierta contradicción con la profusa doctrina jurisprudencial, a cuyo tenor "son constitutivos de ruina funcional aquellos defectos que exceden de los que pueden considerarse imperfecciones corrientes y que, por ello, configuran una violación del contrato al convertirse la edificación en inútil para el fin a que estaba destinada, impidiendo su normal utilización y habitabilidad y convirtiendo el uso de las viviendas en gravemente irritante y molesto". Es inconcuso que la iudex a quo, al reconducir el concepto de ruina a la existencia de defectos que afectan a elementos esenciales de la construcción o a que aquellos le hagan inservible para el uso a que está destinada, no se atemperó a esa profusa doctrina jurisprudencial, ya que es suficiente a la luz de esa jurisprudencia reiterada que los defectos constructivos incidan en la idoneidad de la cosa para su normal destino o cuando se impide la normal habitabilidad de viviendas convirtiendo el uso en gravemente irritante o molesto. Cuestión distinta es la determinación exacta de los defectos constructivos para proceder a su adjetivación jurídica; extremo al que da contestación tanto el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia impugnada como el informe del perito judicial D. David (folios 582 y 583), quien los desmembró en tres grandes categorías, además de los daños en los dos sótanos del garaje y en patio central y problemas de los ascensores, a saber: a) ahuecamiento y/o levantamiento del pavimento de baldosa cerámica, así como movimientos en el parquet colocado en su día por el constructor. b) Deterioro generalizado de la tabiquería interior y, con menos incidencia, de los tabiques de trasdós de fachadas, con grietas de todo tipo y c) agrietamiento bastante generalizado de falsos techos de escayola en todos los sitios donde está colocada como vestíbulo, pasillo, cocina y baños. En techos sin escayola (salón y dormitorios) hay puntuales desprendimientos del revestimiento de yeso. Dicho informe pericial, que se remite a las fotografías aportadas en autos, sin perjuicio de las que se incorporan al mismo, describe pormenorizadamente los daños presenciados en sus múltiples visitas, así como otros desperfectos ya reparados, atribuyendo las grietas existentes en el interior del edificio, calificadas de inusualmente grandes, exclusivamente a movimientos de origen térmico que no han tolerado los materiales afectados, concretando que esos movimientos de origen térmico de la estructura del edificio pueden estar originados por la gran separación de las juntas de dilatación de la misma, al estar en el límite de la distancia considerada como correcta (entre 30 y 40 metros). Asimismo en la conclusión octava se señala que las baldosas están puestas en obra con un adhesivo al soporte muy efectivo y muy rígido, lo que acarrea que las baldosas se despeguen repentinamente y de forma muy ruidosa, e incluso se acúñen unas contra otras levantándose y rompiéndose en algunos casos. En el acto del juicio dicho perito judicial matizó que quizás los defectos son más de ejecución cuando fue preguntado si los defectos son de diseño arquitectónico o de ejecución material, que el diseño es correcto, pero el proyecto es otra cosa, ya que éste necesita un pliego de condiciones donde se indique cómo se hacen las cosas, pues que, a su entender, no están correctamente hechas las cosas, ejecutados los tabiques, techos, etc. Coincide dicho perito con el también judicial D. Fructuoso que las juntas de dilatación están dentro de lo indicado en la norma y, si bien no vio los planos del proyecto, también precisó que no lo consideraba indispensable por las distancias que tomó personalmente. De capital importancia es la tipología de las fisuras y grietas, al decir que la mayoría de las fisuras son grietas amplias, algunas de algún centímetro, y que el haber llevado la junta de dilatación a una distancia inferior quizás hubiese paliado el problema sólo un poco. Pues bien, dicho informe no consueña plenamente ni con el que se acompañó a la demanda como documento n.º 5, elaborado por el arquitecto D. Luis Alberto, incomprensiblemente no ratificado en el juicio, al no haber sido solicitada su ratificación por la parte actora, como se desprende de la audición del soporte informático de la audiencia previa, lo que no le priva de eficacia probatoria, ítem más cuando la contraparte razonó ampliamente en su escrito de contestación al inicial con asidero en dicho informe, pero tampoco con el confeccionado por el otro perito judicial D. Fructuoso, ingeniero de caminos, canales y puertos. Ambos peritos judiciales se mostraron contestes en que la distancia de las juntas de dilatación está dentro de los límites establecidos por la norma de obligado cumplimiento WBE-AE 88, concretando D. Fructuoso que las juntas de dilatación de la edificación se han dispuesto a una distancia de 37,5 m. de las esquinas, desconociendo ambos peritos el grado de rigidez de los pilares, siendo así que el mismo determina si se ha sobrepasado la distancia obligada entre juntas, según puntualizó este último perito, lo que no es óbice que concluyese que la aparición de las fisuras

en los paramentos interiores de las viviendas y el levantamiento del pavimento se deben a una incorrecta ubicación en el proyecto de las juntas estructurales; conclusión que no es inequívoca en virtud de la premisa de antecedente. No es esa la única objeción que podría ponerse de relieve en orden a esta pericia, la que se hipervalora por la Juzgadora a quo por el hecho de no haber tenido en cuenta el otro perito D. David los planos del proyecto, siendo así que tampoco parece haber dispuesto D. Fructuoso de todos, según afirma en el folio 6 de su informe y 621 de las actuaciones originales de que dimana esta instancia, ni siquiera el proyecto parece que haya sido examinado por ninguno de los peritos judiciales, ni por D. Luis Alberto.

»En todo caso, con independencia de la concurrencia de diversos factores etiológicos determinantes en la génesis de las deficiencias con cuyo acomodo se postuló en la demanda, lo que resulta enjundioso es que por su generalización y entidad son subsumibles aquéllas en la concepción amplia de ruina que proclama una constante jurisprudencia, al comprenderse en dicho concepto todo detrimento o menoscabo grave que experimenta una edificación y que, sin afectar a su solidez excede de la medida de las imperfecciones corrientes, configurándose como una violación de la "lex artis" o del contrato (por todas STS 20-12-2004). En el casus datus las deficiencias en liza exceden las simples imperfecciones corrientes al estar conformadas por levantamientos del pavimento de baldosas, movimientos en el parquet, agrietamiento bastante generalizado de falsos techos de escayola y desprendimientos del revestimiento de yeso y deterioro generalizado de la tabiquería interior; defectos que por su multiplicidad autorizan a colegir inequívocamente que impiden un uso normal de las viviendas, por hacerlas molestas para sus moradores, e inviabilizan que puedan emplearse para el fin a que se destinan con plena satisfacción de sus usuarios y sin necesidad de otros trabajos de construcción, como se señala en el propio contrato que se adjuntó al escrito de contestación a la demanda como documento núm. 3; el que no deja de presentar relieve desde otra perspectiva, en cuanto que en su encabezamiento se señala que la constructora ha tenido ocasión de revisar y de aportar sugerencias al proyecto de ejecución de la obra y que consideraban las especificaciones del citado proyecto técnico completas y suficientes para llevar a cabo las obras y para que los edificios resultantes puedan ser utilizados para el fin a que se destinan. Se trae a colación cuanto antecede para enfatizar que, en virtud de lo que antecede también la acción ex contractu ejercitada en la demanda había de tener acogida favorable en este grado jurisdiccional, en cuanto que, amen de que no son ajenas a la constructora las numerosas y generalizadas deficiencias preindicadas, no puede mencionarse con consistencia que no existen diferencias entre el proyecto y la obra realizada, al haberse el constructor limitado a seguir las instrucciones del proyecto, ya que no obsta a la responsabilidad del constructor que también pudiese ser imputada a los técnicos intervinientes en la obra, pues su responsabilidad de que se trata nace del incumplimiento contractual al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para su finalidad, sin que pueda escudarse en la simple y socorrida excusa de que ha ejecutado el proyecto, pues de lo contrario sobraría su mención en el artículo 1599, y siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas de los técnicos (SSTS 8-02-1994 y 26-12-1995), máxime si no se orilla el conocimiento de las especificaciones del proyecto técnico aludido en el contrato, la primacía que al mismo se atribuye en su estipulación decimoprimera, el propio papel que desempeñó en la ejecución la apelada, como demuestran las actas de la reunión de la obra que se adjuntaron al escrito de contestación, que la obra es en su beneficio y la contraparte ha confiado en su prestigio comercial; razones que, sin necesidad de mayor argumentación, comportan la estimación del recurso y a fortiori de la demanda, sin que pueda empecer a su prosperabilidad las circunstancias de haber justipreciado el valor de reparación de los desperfectos de forma disímil los peritos judiciales, ya que se torna en extremo en gran medida inane, en atención en que el pedimento principal formulado en el suplico de la demanda se enderezó a que se realizasen las obras necesarias para la subsanación de los defectos de construcción, con lo que se solicitó la reparación in natura de tales deficiencias, sin que pueda circunscribirse tales deficiencias a las que presentan los ascensores, ya que dicho petitum ha de ser yuxtapuesto con el restante componente fáctico-jurídico de la demanda, la que forma un todo armónico, donde se pormenorizan las irregularidades de los ascensores instalados, las que están englobadas tanto en el documento núm. 12 de la demanda como en el informe pericial presentado por D. David (particularmente en los folios 1 y 17 de su informe, folio 582 y 588 de los autos originales). Dicho informe pericial proporciona asimismo el basamento para la aceptación del segundo de los pedimentos impetrados, ya que en el mismo se hace referencia a múltiples reparaciones en elementos deteriorados, e incluso se exterioriza por el perito judicial antedicho en el apartado 11 que se presenta una valoración de las obras que hay que realizar para reparar los daños que él mismo ha detectado en sus múltiples y no de todos los que hayan podido existir en el edificio, constándole que muchos propietarios han hecho obras de reparación en sus pisos, como son el cambio total o parcial de pavimentos, el repaso de grietas, pintura, alicatados (folio 586). No habiéndose concretado otros costes de reparaciones abonados por los propietarios que los referidos, en los documentos 9 y 10 de la demanda, se está en el caso de acceder a la condena al abono de 681,68 euros, dado que por un lado el documento n.º 8 de la demanda se contrae a una puerta encargada por la Comunidad de Propietarios sobre cuyo origen no se ha practicado prueba, además de no incardinable en el pedimento segundo referido a los propietarios de las viviendas y por otro el tenor del artículo 219 es paladino; razonamientos que aparejan el éxito sustancial del recurso y de la demanda.

»Tercero. Consecuencia de la estimación del recurso es que no se haga especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia, debiéndose de imponer a la demandada las devengadas en el primer grado jurisdiccional por mor de lo normado en el artículo 394 de la LEC EDL 2000/77463 y estimarse sustancialmente la demanda».

QUINTO. - En el escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Acciona Infraestructuras, S. A. se formulan los siguientes motivos:

Primero. «Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.º de la Ley 1/2000 por infracción del artículo 217.3 de la misma».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Este motivo y el siguiente van dirigidos a exponer la falta de lógica en la que ha incurrido la Audiencia a la hora de enjuiciar el caso en una doble vertiente: en primer lugar, a la hora de catalogar los defectos como ruínógenos; y en segundo lugar, a la hora de fijar los criterios de atribución de responsabilidad, violando de esta forma lo dispuesto en el artículo 217.1 y 3 LEC EDL 2000/77463.



En los casos en que se ejercita la acción del artículo 1591 CC EDL 1889/1, al actor le compete demostrar la realidad de los daños en el plazo de diez años desde que se concluyó la edificación y que los mismos son constitutivos de ruina en cualquiera de sus vertientes (física, funcional o potencial), y corresponde al demandado la carga de probar que o bien los daños no tienen el carácter de ruinosos o bien que los mismos se produjeron al margen de su intervención por ser imputable a otro u otros agentes constructivos, por producirse como consecuencia de falta de mantenimiento o por ser aquéllos debidos a caso fortuito o fuerza mayor.

La Audiencia Provincial considera ruinosos los defectos de que adolece el edificio por su generalidad y entidad, sin más, olvidando que la generalidad no es presupuesto de la ruina y ni siquiera indicio de la misma, pasando por alto los informes de los peritos judiciales de los que se deduce que los defectos de construcción son una incomodidad que no afecta a la seguridad del edificio, ni ponen en peligro la estabilidad, habitabilidad o funcionalidad del mismo y puede considerarse un problema estético. Por tanto, cabe preguntarse qué es lo que ha llevado a la Audiencia a considerar, sin soporte probatorio alguno en ese sentido, que los daños son ruinosos, porque un perjuicio estético es una molestia, pero ese carácter de daño estético es del todo incompatible con la ruina que propugna el artículo 1591 CC EDL 1889/1 en su más amplio sentido.

Cita la SSTS de 23 de diciembre de 1993 y 18 de septiembre de 2003, sobre defectos de construcción que carecen de la trascendencia suficiente para ser considerados constitutivos de ruina.

Cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de julio de 2005, sobre defectos constructivos consistentes en grietas y fisuras, que no fueron considerados constitutivos de ruina.

La Audiencia se separa del contenido de los informes emitidos por los peritos judiciales para llegar a la conclusión de que los defectos son constitutivos de ruina, infringiendo lo dispuesto en el artículo 217.3 LEC EDL 2000/77463 ya que la entidad recurrente ha cumplido con los deberes probatorios al acreditar que los defectos no son constitutivos de ruina.

Motivo segundo. «AI amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.º de la Ley 1/2000 por infracción del artículo 217.1 de la misma».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Con independencia de la catalogación de estado de ruina del inmueble, entendemos que la sentencia también infringe lo dispuesto en el citado artículo 217.1 LEC EDL 2000/77463, a la hora de determinar los criterios de atribución de responsabilidad. Se pretende combatir en este motivo que la ruina, si existiera, sea imputable a la recurrente.

La Audiencia declara la responsabilidad del recurrente basándose en que: a) los defectos de construcción quizás sean provenientes de una defectuosa ejecución, expresándose la sentencia en ese tono dubitativo, b) la presunta participación de la recurrente en la elaboración del proyecto de ejecución y que el constructor no puede limitarse a ejecutar lo proyectado, y c) la obra se hace en su beneficio y la contraparte ha confiado en su prestigio comercial.

La sentencia incurre en irracionalidad y arbitrariedad, en unos casos por apartarse de la prueba practicada y en otros por utilizar criterios inválidos en orden a la atribución de responsabilidad.

En cuanto al apartado a):

Los informes periciales elaborados por los dos peritos judiciales y el elaborado por el perito de la parte actora coinciden en la causa de los daños, que obedecen a una separación excesiva de las juntas de dilatación.

La Audiencia, para imputar la responsabilidad a la recurrente, recoge que en el acto del juicio, uno de los peritos judiciales, D. David, matizó que quizás los defectos son más de ejecución, pero la Audiencia no tiene en cuenta que este perito no podía decir que los daños tenían su origen en el proyecto porque, como reconoció, no lo había examinado. Además, si los daños fuesen de ejecución cabría preguntarse la razón por la que este perito no lo hizo constar así en su informe.

Se infringe lo dispuesto en el artículo 217.1 LEC EDL 2000/77463, ya que si la Audiencia consideraba dudoso que los daños proviniesen de una defectuosa ejecución -y tenía necesariamente que dudar puesto que para el perito los defectos quizás proviniesen de una mala ejecución- tendría que considerar no acreditada la participación de la recurrente en el resultado dañoso. La Sala podría haber tenido en cuenta el informe del otro perito judicial, D. Fructuoso, que, si bien es verdad que visitó menos viviendas que D. David, al menos tuvo ocasión de examinar datos del proyecto de ejecución. La Audiencia ha considerado, sin base alguna, que ninguno de los peritos examinó el proyecto.

En cuanto al apartado b), la sentencia imputa responsabilidad a la recurrente porque tuvo ocasión de revisar y aportar sugerencias al proyecto. Este criterio es ilógico por las siguientes razones: La constructora tuvo ocasión de revisar y aportar sugerencias al proyecto de ejecución por la simple razón de que había que ofertarlo. Pero, independientemente de esta circunstancia, la recurrente no fue una simple ejecutora material de la obra sino que, en atención a su experiencia, mostró la colaboración que las actas de obra y de reuniones adjuntas a estos autos demuestran. Ahora bien, por colaboración con los miembros de la dirección técnica no se puede entender suplantación de sus facultades que solo a ellos competían. A mayor abundamiento, recuérdese que la causa de los daños obedecía a una separación excesiva de las juntas que, en palabras de los peritos apuraba excesivamente las reglas establecidas en la NBE AE 88 (Norma Básica de la Edificación de Acciones de la Edificación del año 1988). La distancia de 37,5 metros apuraba arriesgadamente (también en palabras del perito de la actora) las exigencias de esa norma pero estaba dentro de los límites tolerables por aquélla, por lo tanto cabe preguntarse si la recurrente tenía que hacer observación alguna a una determinación de proyecto que estaba dentro de lo que la Norma Básica establecía, porque parece que la Audiencia imputa responsabilidad por no haber detectado ese hecho.

En contra de esa argumentación de imputación de responsabilidad por omisión, se cita la STS de 28 de mayo de 2001.

Si no puede ser responsable un aparejador (que es el nexo de unión entre constructora y arquitecto proyectista y director de obra) por fallos que exceden de la estricta fase de ejecución, cabe preguntarse por qué motivo la recurrente, que es la más alejada en la fase proyectual, ha de responder por una prescripción contenida en dicho documento. La Audiencia se aleja de las funciones que a cada uno

de los agentes constructivos corresponde y a las que se refiere la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación EDL 1999/63355, que en su artículo 11.2. a) indica que es obligación del constructor la de ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y director de ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto.

Quienes tenían obligación de poner remedio al problema eran los proyectistas que habían diseñado el edificio, disponiendo las juntas donde su ciencia y conocimiento impuso, siendo la obligación de la recurrente ejecutar las juntas donde marcarse el proyecto de ejecución.

Es que el contrato de ejecución de obra adjunto al escrito de contestación acredita que la recurrente introdujo las sugerencias en el proyecto, pero la sentencia no tiene en cuenta que el contrato señala en su cláusula primera que la propietaria encomienda a la constructora la edificación completa de las viviendas, con las características y especificaciones del proyecto técnico definido en el expositivo III, es decir, a la recurrente se le encarga la ejecución de un proyecto, no su elaboración, en el cual las juntas de estructura aparecen reflejadas a 37,5 metros y a esa distancia las ejecutó la recurrente como corroboran todos los peritos.

Lo dicho por la sentencia lleva a la paradoja de que si la recurrente se aparta del proyecto incurre en responsabilidad por no ejecutar lo que se le había contratado, mientras que también responde por ajustarse a las prescripciones del citado documento. La constructora solo ha de responder contractualmente cuando se aparte del proyecto con arreglo al cual se ejecuten las obras o cuando no apartándose de éste ejecute deficientemente las mismas, pero no se puede convertir a la constructora en un garante incondicional de la edificación.

Cita la STS de 29 de diciembre de 1999, en cuanto excluye de responsabilidad al contratista porque la obra estuvo bien ejecutada con estricta sujeción al proyecto.

El certificado de final de obra y las actas de recepción provisional como definitiva acreditan la correcta ejecución del proyecto. Estos documentos, de relevancia, no han sido tenidos en cuenta por la Audiencia.

Cita las SSTs de 26 de marzo de 1988 y 12 de noviembre de 2003, sobre la relevancia del certificado final de obra.

De las pruebas periciales se desprende inequívocamente que la causa de los daños es la separación excesiva de las juntas y que éstas se ejecutaron por donde marcaba el proyecto; teniendo a la vista igualmente las actas de recepción de obras y el certificado de finalización de las mismas, la Audiencia llega a la consideración de que si las viviendas no son aptas para el fin al que están destinadas es consecuencia de la responsabilidad en que ha incurrido la recurrente, marginando el hecho de que la declaración de responsabilidad debe contener una intervención en el hecho dañoso o resultado lesivo, intervención que a la vista de los documentos e informes se diluye.

En cuanto al apartado c), la sentencia impugnada imputa responsabilidad a la recurrente porque la obra se hace en su beneficio y la contraparte ha confiado en su prestigio comercial. Ninguno de estos dos argumentos es válido para imputar responsabilidad. Es necesario que entre el evento dañoso y la acción u omisión culpable o negligente, exista un nexo causal. El beneficio que pudiera obtener la recurrente de esta obra y la confianza que la promotora de las obras pudiese depositar en la recurrente no son la causa eficiente de los daños.

Motivo tercero. «Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 216 y 218 al incurrir la sentencia en el vicio de incongruencia».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

En la demanda se peticionaba la condena de la recurrente a «la obligación de realizar las obras necesarias para la subsanación de los defectos de construcción determinantes de su ruina funcional, de suerte que se entregue el edificio en el estado de habitabilidad, utilidad, seguridad y solidez, que debería haber tenido de no haberse construido viciosamente, en consonancia al informe facultativo aportado por esta parte». El informe facultativo a que se hace referencia es el elaborado por D. Armando, aportado como documento núm. 5 de la demanda.

El fallo de la sentencia de la Audiencia condena a la recurrente a «realizar las obras necesarias para la subsanación de los defectos de construcción existentes en el edificio de suerte que éste quede en un estado de habitabilidad y utilidad apropiados».

Se incurre en incongruencia por haber obviado cualquier referencia al informe facultativo en el que la actora basaba sus pretensiones.

El informe a que se refiere la actora versa y se emite, con objeto de informar sobre unas grietas existentes en las viviendas correspondientes a planta baja, pisos A, B y C, es decir, versa acerca de tres viviendas de un total de ciento cincuenta y ocho de que constaba la promoción. Además, y no solo por los daños denunciados en ese informe, el mismo apunta como causa de la aparición de esas grietas una muy concreta: distancia excesiva de las juntas de estructura.

La sentencia al no condenar a la reparación de los daños en consonancia con el informe del técnico de la demandante incurre en vicio de incongruencia causando además indefensión a esta parte por los siguientes motivos: 1) porque cuando a la recurrente le es notificada la demanda, no se puede tachar de ilógica la actitud tendente a pensar que lo que se pide es la reparación de esas tres viviendas, por pedirse la condena con arreglo al informe del técnico de la actora, 2) porque aun siendo la causa de los daños (no de todos) la misma en esas tres viviendas que en las restantes (como así ha resultado de la prueba practicada), la recurrente, dado el suplico de la demanda, solo tenía que combatir o confirmar la que el técnico de la actora apuntaba, es decir, la separación excesiva de las juntas de estructura, sin tener que dedicar otros esfuerzos probatorios a cualquier otro tipo de defectos que no tuviesen su causa en la separación excesiva de las juntas, dada la redacción del suplico, 3) la sentencia de la Audiencia Provincial al incurrir en incongruencia genera indefensión a la hora de condenar por todos los defectos, puesto que dado el suplico de la demanda no todos los defectos obedecían a la separación excesiva de las juntas de estructura. Así lo entendió la Juez de Primera Instancia. Y 4) toda la actividad probatoria desplegada por la recurrente ha ido encaminada a demostrar que la causa de los daños era precisamente la alegada por el perito de la actora, dado que la condena que se postulaba (y así lo entendió mi representada y la juzgadora de primera instancia) estaba basada en dicho informe.

Cita la STS de 15 septiembre 1997 y la STC 9/1998, de 13 enero.

La flexibilidad en el enjuiciamiento del defecto de incongruencia que reconocen las SSTS de 16 de noviembre de 1992, de 8 de julio de 1993 y 2 de diciembre de 1994, no puede llevar al órgano jurisdiccional a apartarse de la petición de la demanda, generando indefensión.

Cita la STS de 29 de noviembre de 2002, en la que se reputa incongruente una sentencia que condena a indemnizar por defectos surgidos en 32 viviendas cuando los demandantes eran propietarios de 29 viviendas.

Termina solicitando de la Sala que «con estimación del presente recurso, acuerde revocar la sentencia de 14 de diciembre de 2005 con los pronunciamientos que le sean inherentes».

SEXTO. - Por auto de 8 de julio de 2008 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

SÉPTIMO. - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de las calles DIRECCION003, DIRECCION004 y DIRECCION005, de San Fernando de Henares se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Al motivo primero.

A la vista de las actuaciones y prueba practicada en las actuaciones, se pone de manifiesto que la actora ha cumplido con la carga de la prueba que le incumbe y han quedado plenamente acreditados los desperfectos alegados en el escrito de demanda y la valoración de los mismos. Estamos, como entiende la Audiencia, ante un supuesto de ruina funcional, en el sentido que establece la unánime jurisprudencia.

El perito judicial D. David, que visitó todas las viviendas con desperfectos, a lo largo de seis días, manifiesta que los daños apreciados que aparecen en las viviendas son análogos en todas ellas y se repiten con mayor o menor intensidad. Hay tres tipos de desperfectos analizados: ahuecamiento y levantamiento y rotura del pavimento de baldosas cerámicas, más generalizado en habitaciones grandes como las del salón dormitorio principal y también en el pasillo, con menor intensidad en cocina y baños. También se observan movimientos en el parquet colocado por el constructor, deterioro generalizado de la tabiquería interior y agrietamiento generalizado de falsos techos de escayola. Manifiesta que los deterioros existentes en el edificio son considerablemente llamativos, tanto los de los pavimentos cerámicos como los de la tabiquería.

El otro perito judicial D. Fructuoso, que es ingeniero de caminos y no arquitecto, además de que no posee los conocimientos especializados para valorar los desperfectos, no visitó las viviendas que padecen deficiencias, y realizó una visita de un solo día por lo que no pudo apreciar el problema en su dimensión real, pese a lo cual refleja también las grietas y fisuras en paramentos, la rotura y desprendimiento del pavimento, humedades en techo, etc., aunque, en cuantía inferior, porque solamente visitó cuatro viviendas visitando el inmueble un solo día.

Al motivo segundo.

La Audiencia no ha infringido el artículo 217.1 LEC EDL 2000/77463, ya que en ningún caso ha considerado dudosos los hechos relevantes para la decisión del asunto. De la lectura de la sentencia se desprende que entiende que los desperfectos que padecen las viviendas son causa de una deficiente ejecución imputable a la demandada.

El informe del perito judicial D. David expone que los desperfectos existentes en el interior del edificio son causados exclusivamente por movimientos de origen térmico que no han tolerado los materiales afectados, y que los deterioros son inusualmente grandes pero lo que está claro es que la rotura de pavimentos sólo se puede producir por acortamiento de las dimensiones de los recintos donde está colocado. Las baldosas están puestas en obra con un adhesivo al soporte muy efectivo y en su opinión muy rígido y muy poco elástico. Lo mismo ocurre con los tabiques y planchas de escayola. Esto es un problema de ejecución de obra, como manifestó el perito D. David, en la ratificación de su informe, y así lo recoge la sentencia de la Audiencia.

Se ha acreditado que la constructora ha tenido ocasión de revisar y aportar sugerencias al proyecto de ejecución de la obra, y que consideraban las especificaciones del citado proyecto técnico completas y suficientes para llevar a cabo las obras y para que los edificios resultantes puedan ser utilizados para el fin a que se destinan, por lo que no deja de sorprender, que ahora se quiera atribuir la responsabilidad, a los autores del proyecto, yendo por tanto en contra de sus propios actos.

La sentencia no es irracional ni arbitraria, se ajusta a la claridad de unos hechos que han quedado probados en el correspondiente procedimiento judicial, sin que sea posible en casación revisar los hechos probados declarados por la Audiencia, todo ello sin perder de vista como menciona la sentencia, que la acción contractual ejercitada en la demanda habría de tener acogida favorable en el grado jurisdiccional de apelación.

Al motivo tercero.

La sentencia no es incongruente, ya que la actora solicitó que se condenara a la demandada a realizar las obras necesarias para la subsanación de los defectos de construcción determinantes de su ruina funcional y que se condenara a satisfacer a los propietarios el coste de las reparaciones que hayan tenido abonar por vicios de la construcción, y alternativamente a que se condene a la demandada al pago de la cantidad equivalente al coste de las obras de reparación en el momento de su ejecución. Este suplico ha de ser entendido en el conjunto de la demanda, en la que se detallan los desperfectos y su valoración, con la que forma un todo armónico. Resulta obvio que la actora no puede solicitar menos que la reparación de los defectos reseñados y valorados en la demanda, las pruebas solicitadas por ambas partes se han encaminado a acreditar y negar respectivamente la existencia de los mismos y su causa, sin que la parte contraria pudiera pensar en ningún momento que no se reclamaban todos los defectos reseñados, lo que sería absurdo.

Termina solicitando de la Sala «que tenga por presentado este escrito de oposición al recurso formulado de contrario, y en definitiva dicte sentencia que confirme la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, con expresa condena en costas a la parte recurrente».

OCTAVO. - Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 26 de mayo de 2010, en que tuvo lugar.

NOVENO. - Se ha procedido al visionado de las grabaciones de la audiencia previa y del juicio que fueron remitidas, a requerimiento de esta Sala, por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

DÉCIMO. - En los fundamentos de esta resolución se han empleado las siguientes siglas jurídicas:

CC, Código Civil EDL 1889/1 .

LEC EDL 2000/77463 , Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1. La Comunidad de Propietarios de la finca sita en San Fernando de Henares, entre las calles DIRECCION003, DIRECCION004 y DIRECCION005, interpuso demanda contra la entidad que fue constructora del edificio, Necso Entrecanales Cubiertas, S. A., (hoy Acciona Infraestructuras, S. A.), con fundamento en la existencia de defectos de construcción en los elementos comunes y privativos del mismo.

2. En la demanda se ejercitaron dos acciones, una, con fundamento en el artículo 1591 CC EDL 1889/1 , y otra, por incumplimiento contractual.

3. Los defectos de construcción expuestos en la demanda se describieron de forma individualizada respecto a cada uno de los pisos y zonas del edificio que se veían afectados. Se contraen a los siguientes: grietas y fisuras en paredes, techos y falsos techos de escayola, humedades, ahuecamiento del solado con rotura de baldosas y plaquetas, mal funcionamiento de caldera de agua caliente y calefacción, encajamiento y mala colocación de puertas, ahuecamiento de las plaquetas de tabique, goteos en los desagües, colocación de las chimeneas de ventilación que dificulta o impide la evacuación de gases, desconchón de pintura y yeso, deterioro de los accesos al edificio e imposibilidad de cierre de la puerta metalizada de acceso al mismo, mal ajuste y sellado de los cercos de las ventanas, vuelos agrietados, anomalías en los ascensores y vibraciones acústicas que vulneran la normativa aplicable.

4. Con la demanda se aportaron dos informes: un presupuesto de reparación de los daños a que se hacía referencia en la misma, y un informe sobre la causa de la existencia de grietas, fisuras y roturas de compresión de techos y suelos y actuaciones para su reparación, elaborado respecto a tres de las viviendas.

5. En el suplico de la demanda se solicitó la condena de la demandada: «A) A la obligación de realizar las obras necesarias para la subsanación de los defectos de construcción determinantes de su ruina funcional, de suerte que se entregue el edificio en el estado de habitabilidad, utilidad, seguridad y solidez, que debería haber tenido de no haberse construido viciosamente, en consonancia al informe facultativo aportado por esta parte. B) A satisfacer en concepto de indemnización por daños y perjuicios el coste de las reparaciones que hayan debido abonar los propietarios de los inmuebles, por vicios de la construcción, al suponer los mismos un impedimento al uso de la vivienda. C) Alternativamente, y para el supuesto de la no ejecución de dichas obras en un plazo de tres meses a contar desde la notificación de la sentencia, se condene a la demandada al pago de cantidad equivalente al coste de las obras de reparación en el momento de su ejecución incluyendo en dicha cantidad todos los gastos necesarios para su ejecución».

6. La entidad constructora demandada opuso, en la contestación a la demanda, sólo en lo que interesa para esta resolución: a) que la causa de los defectos consistentes en grietas y fisuras en parámetros verticales y horizontales del edificio, fijada en el informe aportado con la demanda, excluye su responsabilidad, ya que la ejecución se hizo de acuerdo con lo establecido por los arquitectos en el proyecto, y en dicho informe no se mencionan defectos de ejecución, y b) en cuanto a los demás defectos relatados en la demanda, que tampoco le son atribuibles, pues se enmascaran, como defectos de construcción, deficiencias en las tareas de mantenimiento.

7. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Limitó el examen a la existencia de grietas y fisuras en los techos y levantamiento de los suelos, por entender que el suplico de la demanda se contrajo a esas peticiones. Consideró que no es aplicación el artículo 1591 CC EDL 1889/1 porque los defectos no constituyen ruina física, ni funcional ni potencial y que no hay responsabilidad contractual de la entidad demandada porque la obra se realizó conforme al proyecto.

8. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación y estimó la demanda. Declaró: a) que las deficiencias de construcción pueden subsumirse en el concepto amplio de ruina, pues hay ruina funcional por cuanto las imperfecciones exceden de lo que pueden considerarse imperfecciones corrientes, impidiendo la normal utilización y la habitabilidad, convirtiendo el uso de las viviendas en irritante o molesto, aunque no afecten a la solidez del edificio; b) respecto a la acción contractual, que hay incumplimiento porque no reúnen las viviendas las condiciones de aptitud para su finalidad; c) que es irrelevante que la ejecución se ajustara al proyecto y d) la constructora revisó e hizo especificaciones en el proyecto, la obra se hizo en su beneficio y la contraparte confió en su prestigio comercial.

9. La representación procesal de la entidad demandada ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal que ha sido admitido.

SEGUNDO. - Enunciación del motivo primero.

El motivo se introduce con la siguiente fórmula:

«AI amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.º de la Ley 1/2000 por infracción del artículo 217.3 de la misma».

En síntesis, alega la entidad recurrente que la Audiencia Provincial, el enjuiciar al caso, ha incurrido en falta de lógica y arbitrariedad porque ha considerado los defectos de construcción del edificio como ruina funcional, por su generalidad y entidad, olvidando que la generalidad no es presupuesto de la ruina y ni siquiera indicio de la misma, y no ha tenido en consideración lo manifestado por los dos peritos judiciales que han calificado los defectos como una incomodidad, que no afecta a la seguridad, funcionalidad y habitabilidad del edificio, y como un problema estético.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO. - Carga de la prueba.

A) Las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria. Su alegación en el recurso extraordinario por infracción procesal no ampara una revisión de la prueba, según ha reiterado esta Sala en relación con el hoy derogado artículo 1214 CC EDL 1889/1 (SSTS 24 de octubre de 2000, RC núm. 3169/1995 EDJ 2000/41054 , 16 de octubre de 2000, RC núm. 2881/1995 EDJ 2000/41052 , 20 de septiembre de 2001, RC núm. 2113/1996 EDJ 2001/30992 , 6 de febrero de 2007, RC núm. 5362/1999 EDJ 2007/5361 , 9 de mayo de 2007, RC núm. 2448/2000 EDJ 2007/32760 , 3 de octubre de 2007, RC núm. 3640/2000). Este mismo criterio se mantiene por esta Sala respecto al artículo 217 LEC EDL 2000/77463 (SSTS 2 de marzo de 2009, RC núm. 238/2004 EDJ 2009/19043 , 29 de diciembre de 2009, RC 1869 / 2005 EDJ 2009/315052 , 4 de febrero de 2010, RC núm. 2333/2005 EDJ 2010/6386 ).

El principio sobre reparto del "onus probandi" (carga de la prueba) no es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal efectúa una valoración probatoria de los hechos fundándose en distintos medios de prueba; (SSTS 31 de enero de 2007, RC núm. 937/2000 EDJ 2007/5365 , 29 de abril de 2009, RC núm. 1259/2006 EDJ 2009/72792 , 8 de julio de 2009, RC núm. 13/2004 EDJ 2009/234618 ), pues no resulta vulnerado si se declaran probados los hechos controvertidos, con independencia de la parte que haya proporcionado el medio de prueba idóneo al efecto (SSTS 5 de diciembre de 2000, RC núm. 3476/1995 EDJ 2000/40715 , 4 de febrero de 2009, RC núm. 462/2003 EDJ 2009/16816 ), por lo que no puede alegarse la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba al tiempo que se impugna la valoración de pruebas efectivamente practicadas (STS 10 de julio de 2003, RC núm. 3511/1997 EDJ 2003/50739 ) y la alegación de vulneración de la carga de la prueba no permite examinar si la prueba tenida en cuenta por la Audiencia Provincial para la fijación del hecho controvertido tiene o no la entidad suficiente (STS 29 de junio de 2001, RC núm. 1481/1996 EDJ 2001/13860 ).

B) El artículo 217.3 LEC EDL 2000/77463 no ha sido vulnerado por la Audiencia Provincial por las siguientes razones: (i) No ha hecho recaer en la parte actora las consecuencias de que un hecho impeditivo o extintivo, que favoreciera a la parte demandada, no haya sido acreditado. Es una norma relativa a la carga de la prueba de la demandada por lo que su vulneración sólo puede perjudicar a quien ocupa la posición de demandante. De haber sido vulnerada la norma por la Audiencia Provincial lo habría sido en beneficio de la entidad recurrente, que ha ostentado la posición de parte demandada. (ii) La Audiencia Provincial, valorando la prueba aportada, ha considerado acreditados los defectos de construcción y su entidad.

C) La cuestión que la entidad recurrente plantea, en realidad, en el motivo es su disconformidad con la calificación de los defectos de construcción como ruina funcional.

1. El aspecto fáctico, sobre la relevancia material de los defectos de construcción, debe establecerse mediante la función de valoración de la prueba pericial, exclusiva del tribunal de instancia. Respecto a la prueba pericial, esta Sala ha venido declarando que solo es posible con carácter excepcional la impugnación de su valoración: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 8 de noviembre de 1994 EDJ 1998/9018 , 10 de noviembre de 1994 EDJ 1994/8963 , 18 de diciembre de 2001 EDJ 2001/49211 , 8 de febrero de 2002 EDJ 2002/1586 ), b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 28 de junio de 2001 EDJ 2001/12644 , 18 de diciembre de 2001 EDJ 2001/49211 ; 8 de febrero de 2002 EDJ 2002/1075 , 21 de febrero de 2002, 13 de diciembre de 2003 EDJ 2003/186194 , 31 de marzo de 2004 EDJ 2004/12747 y 9 de junio de 2004 EDJ 2004/54953 ), o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 de enero de 1995, 18 de diciembre de 2001 EDJ 2001/49211 , 19 de junio de 2002 EDJ 2002/23883 ), c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados (SSTS 20 de febrero de 1992 EDJ 1992/1580 ; 28 de junio de 2001 EDJ 2001/12644 ; 19 de junio de 2002 EDJ 2002/23883 , 19 de julio de 2002 EDJ 2002/28343 ; 21 de febrero de 2003 EDJ 2003/3196 , 28 de febrero de 2003 EDJ 2003/6483 ; 24 de noviembre de 2004), y, d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias (STS 3 de marzo de 2004 EDJ 2004/7009 ) o contrarias a las reglas de la común experiencia (SSTS STS de 29 de abril de 2005, RC núm. 420/1998), y en tales casos, habrá de plantearse a través del artículo 469.1.4.º LEC EDL 2000/77463 , como vulneración del artículo 24.1 CE EDL 1978/3879 (SSTS de 18 de junio de 2006, RC núm. 2506/2004, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005 EDJ 2009/150911 , 30 de junio de 2009, RC núm. 1889/2006 EDJ 2009/225070 y 17 de diciembre de 2009, RC núm. 1960/2005 EDJ 2009/315049 ). En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia (SSTS de 27 de mayo de 2007, RC núm. 2613/2000 EDJ 2007/80201 , 24 de septiembre de 2007, RC núm. 4030/2000 EDJ 2007/159286 , 15 de abril de 2008, RC n.º 424/2001 EDJ 2008/161756 y 29 de enero de 2010, RC núm. 2318/2005 EDJ 2010/9918 ). La vía invocada por la recurrente y el precepto formalmente alegado no permiten la revisión de la valoración de la prueba pericial efectuada por la Audiencia Provincial que -dicho sea para más completa tutela de la recurrente- esta Sala no considera que haya sido ilógica, arbitraria o manifiestamente errónea, a la vista de los informes elaborados por los peritos judiciales y de la declaración de éstos en el juicio.

2. El aspecto jurídico, sobre la calificación de los defectos de construcción, una vez fijada su entidad material, en orden a decidir si deben ser considerados como constitutivos de ruina funcional, aunque no pongan en peligro la estabilidad o seguridad del edificio, constituye una cuestión sustantiva cuyo planteamiento corresponde al recurso de casación.

CUARTO. - Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«AI amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.º de la Ley 1/2000 por infracción del artículo 217.1 de la misma».

Se alegan, en síntesis, tres cuestiones: a) la Audiencia Provincial ha incurrido en arbitrariedad e irracionalidad al estimar que los defectos de construcción son defectos de ejecución y no del proyecto, ya que la aparición de los daños obedece a una causa que es la separación excesiva de las juntas de dilatación del edificio, lo que fue ejecutado con arreglo al proyecto, b) y c) la Audiencia Provincial ha utilizado criterios de imputación de la responsabilidad a la recurrente que no son válidos, como son la presunta participación de la recurrente en la elaboración del proyecto y el hecho de que la obra se hiciera en su beneficio y confiando en su prestigio comercial.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO. - La desestimación del motivo se funda en los siguientes argumentos:

A) Respecto a lo planteado en el apartado a) del motivo, deben reiterarse cuantas consideraciones se han hecho al examinar el motivo primero sobre la alegación en el recurso extraordinario de las normas de distribución de la carga de la prueba y sobre el planteamiento de cuestión relativa a la valoración de la prueba pericial. El criterio de la Audiencia Provincial al ponderar el resultado de los informes y declaraciones de los peritos judiciales y del informe aportado como prueba documental con la demanda no es ilógico y no hay arbitrariedad en que haya tomado en consideración las declaraciones de uno de los peritos judiciales, el arquitecto, cuando manifestó que las deficiencias podían ser defectos de ejecución. La posibilidad de controlar en la casación la valoración de la prueba pericial no alcanza a situaciones de duda, inseguridad, vacilación o equivocidad, y por ello no cabe razonar si es mejor o más oportuna una hipótesis valorativa diferente a la acogida por la Audiencia Provincial (STS 9 de febrero de 2006, RC núm. 2570/1999 EDJ 2006/8420 ).

B) Respecto a lo planteado en los apartados b) y c) del motivo, sobre si la intervención de la recurrente en la revisión del proyecto, con aportación de sugerencias al mismo, y sobre si el hecho de que la obra se hiciera en beneficio de la recurrente y que la actora confiara en su prestigio comercial, constituyen criterios válidos de imputación de responsabilidad, hechos que permitan atribuir a la recurrente una responsabilidad derivada de su intervención en el proceso constructivo o una responsabilidad contractual, son cuestiones sustantivas ajenas al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal, que, además, la Audiencia Provincial expone a mayor abundamiento, puesto que la ratio decidendi (razón decisoria) de la sentencia impugnada está en el incumplimiento contractual al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para su finalidad, en los términos en que se pactó en el contrato.

SEXTO. - Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«AI amparo del artículo 469.1.2.º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 216 y 218 al incurrir la sentencia en el vicio de incongruencia».

Se alega, en síntesis, que la actora pidió la condena de la recurrente «en consonancia al informe facultativo» aportado con la demanda, según se dijo en el suplico de la misma, por lo que a dicho informe debía haberse ceñido la sentencia cuando condenó a la recurrente a realizar las obras de reparación. En dicho informe solo se hacía referencia a la aparición de grietas y sólo respecto a tres pisos; sin embargo, añade, se condena a la realización de las obras necesarias para la subsanación de los defectos de construcción existentes en el edificio, por lo que incurre en incongruencia, causando indefensión a la recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO. - Inexistencia de incongruencia.

A) La concordancia, impuesta por el deber de congruencia, entre las pretensiones de las partes y la parte dispositiva de la sentencia no debe ser entendida de manera rígida, sino flexible, por lo que basta la adecuación de la sentencia, en términos de razonabilidad, a aquellas pretensiones (SSTS de 4 de noviembre de 1994 EDJ 1994/8689 , 28 de octubre de 1994 EDJ 1994/8290 , 18 de julio de 2005 EDJ 2005/116826 , 19 de abril de 2006, RC núm. 2974/1999 EDJ 2006/71156 , 17 de noviembre de 2006, RC núm. 3510/1997 EDJ 2006/331115 , 3 de diciembre de 2007, RC núm. 4578/2000).

Las imprecisiones o defectos en la redacción del suplico no son siempre determinantes de incongruencia (STS 8 de julio de 2009, RC núm. 13/2004 EDJ 2009/234618 ). No se advierte que haya existido incongruencia con las pretensiones de la parte actora ni alteración de la causa petendi (causa de pedir) compuesta por los hechos sustanciales que integran la pretensión, puesto que, por encima de la imprecisión en que incurre la redacción del suplico de la demanda (el informe, según el hecho tercero de la demanda, solo es el resultado de una petición de asesoramiento que no excluía la pericial judicial para la determinación de los daños), resulta de ella que tiene por objeto la reparación de todos los defectos alegados y respecto a todos los pisos y dependencias que se exponen en la misma, pues de otro modo resultaría inexplicable la articulación de una demanda en los términos en que se hizo. Así lo argumenta la sentencia recurrida cuando declara que el petitum (la petición) de la demanda ha de ser yuxtapuesto a los restantes elementos fácticos y jurídicos que la integran.

B) La indefensión alegada por la recurrente queda descartada por su actuación en el proceso. Por indefensión debe entenderse la privación efectiva o material de medios de defensa suficiente para lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (STS 14 de diciembre de 2007, RC núm. 4824 / 2000 EDJ 2007/274856 ), que aquí no se produjo porque la recurrente siempre fue conocedora de lo que era el objeto del litigio: (i) en la contestación a la demanda se refirió a todos los defectos de construcción que se alegaron en la demanda y respecto a todos los inmuebles, (ii) por las alegaciones de ambas partes y por los acuerdos del juez de instancia sobre el objeto del proceso en la audiencia previa al juicio, el alcance de la controversia se fijó en relación con todos los defectos de construcción relacionados en el cuerpo la demanda; y (iii) en el acto del juicio, en fase de conclusiones, cuando la actora terminó la exposición con la petición de

reparación haciendo referencia al informe de uno de los peritos judiciales, la recurrente - que hizo una breve alusión a ello- no denunció formalmente la modificación del objeto de la demanda.

OCTAVO. - Desestimación del recurso y costas.

No estimándose los motivos alegados, procede la desestimación del recurso y la devolución de las actuaciones al tribunal de que proceden, con arreglo al artículo 476.3 LEC EDL 2000/77463 , con imposición de costas a la parte recurrente, por aplicación del artículo 398 LEC EDL 2000/77463 .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

1. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Acciona Infraestructuras, S. A., contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, en el rollo de apelación número 248/2005, de fecha 14 de noviembre de 2005, dimanante del juicio de ordinario núm. 205/2003, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Coslada, cuyo fallo dice literalmente:

«Fallamos.

»Que, con acogimiento del recurso de apelación interpuesto por el procurador D. José Montalvo Garrigós, en representación de la Comunidad de Propietarios de la finca sita en San Fernando de Henares entre las calles DIRECCION003, DIRECCION004 y DIRECCION005, frente a la sentencia dictada el día 8 de noviembre de 2004 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Coslada en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la indicada resolución y, en consecuencia, con estimación sustancial de la demanda formulada contra la entidad mercantil Necso Entrecanales y Cubiertas, S. A., condenamos (a) la indicada (resolución) a realizar las obras necesarias para la subsanación de los defectos de construcción existentes en el edificio de suerte que éste quede en un estado de habitabilidad y utilidad apropiados, así como a satisfacer a los propietarios de las viviendas la cantidad de 681,68 euros, imponiendo a la demandada las costas procesales causadas en la primera instancia, todo ello sin hacer especial pronunciamiento de las producidas en esta instancia».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

4. Devuélvanse en las actuaciones al tribunal del que proceden.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios.Roman Garcia Varela. Francisco Marin Castan. José Antonio Seijas Quintana. Encarnacion Roca Trias.Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012010100423