



Roj: **STS 5985/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5985**

Id Cendoj: **28079110012013100737**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2013**

Nº de Recurso: **1678/2010**

Nº de Resolución: **328/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 4223/2009,**
STS 5985/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación e infracción procesal interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 5 de mayo de 2009, recurso de apelación núm. 31/09 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio de mayor cuantía núm 536/1999, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Málaga, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Carlos Randón Reyna en nombre y representación de don Santiago, por doña Modesta, don Jose Luis, doña Rosaura y don Luis Antonio, éste último representado por su madre doña Amalia, dada su minoría de edad. El procurador don Avelino Barrionuevo Gener preparó recurso de casación e infracción procesal, en nombre y representación de don Alexander y don Baldomero, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Avelino Barrionuevo Gener en calidad de recurrente y la procuradora doña Myriam Álvarez del Valle Lavesque en nombre y representación de Comunidad Propietarios DIRECCION000 u otros en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña María Cruz Cánovas Monfort, en nombre y representación del Presidente de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 y de don Ernesto, doña Fidela, don Jacobo, doña Noelia, don Mateo, doña Tamara, don Rodolfo, don Teodolfo, doña Adelina, don Carlos Antonio, doña Blanca, don Juan Enrique, doña Elena, don Anselmo y doña Graciela, interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, contra Promoción y Gestión de Edificaciones, S.A. (Procomun), Control y Gestión de Málaga, S.A., don Eutimio, don Gaspar, don Isidoro, don Santiago, don Luis, don Alexander, don Baldomero y contra Actividades de Construcciones y Servicios, S.A. (ACS) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... a) Declare y reconozca que los desperfectos, grietas, humedades y daños aparecidos en las viviendas y elementos comunes de la DIRECCION000 y recogidos en el Acta Notarial levantada por el Notario D. Julian Madera Flores, el día 22 de febrero de 1.996, son debidos al empleo de materiales de baja calidad; defectos constructivos de diseño y el haberse construido las edificaciones y urbanización sin seguir los cauces y reglas de la buena construcción.

b) Que igualmente declare y reconozca que el deslizamiento de la ladera norte de la urbanización, causante de las grietas y graves daños producidos en las viviendas adosadas existentes en la CALLE000, así como en las calles, aceras, e infraestructuras anejas al talud deslizado, es consecuencia tanto de la falta y/o error de diseño, así como a la defectuosa construcción del muro norte de la urbanización al no haberse respetado ni por los técnicos proyectistas, ni por los intervinientes en la construcción, las reglas técnicas del arte de construir.



c) Que declare responsables de tales defectos y daños a los demandados y, en su consecuencia, condene a los mismos a que conjuntamente y solidariamente:

1°.- Realicen a su cargo las obras de reparaciones necesarias para subsanar los defectos y evitar la ruina de las edificaciones y urbanización correspondiente, así como a rehabilitar las construcciones dañadas, según viene especificado en los informes y dictámenes técnicos elaborados por el Arquitecto D. Fausto y por el Ingeniero de Caminos D. Horacio, unidos a la demanda como Documentos nº 35 y 55, respectivamente, bajo la dirección técnica de dichos profesionales, -, en su defecto, de los que designe la Comunidad de Propietarios demandante. Y si no lo hicieren en el plazo que prudencialmente se señale, se efectúe por los demandantes con cargo a dichos demandados, previo embargo y ejecución de bienes suficientes para cubrir el costo de las obras y los honorarios técnicos que correspondan.

2°.- Abonen a la Comunidad de Propietarios y demás demandantes los gastos devengados en las reparaciones necesarias y urgentes hasta ahora realizadas, tales como las referidas en los hechos de la demanda (Undécimo, Decimocuarto y Vigésimoprimeros), con especial mención a las obras realizadas por el Excmo. Ayuntamiento de Málaga para la estabilización de la ladera por importe de 197.900.636 pesetas, y los que se determinen en periodo de ejecución de sentencia mediante la correspondiente justificación de haberlas realizado con anterioridad a cuando se produzca la definitiva reparación como consecuencia de la ejecución de esta Sentencia.

3°.- A que abonen a la Comunidad de Propietarios y demás demandantes, los gastos devengados a su cargo por la realización de las actas notariales, informes y dictámenes técnicos determinantes de las causas de los vicios constructivos y su patología ascendentes a la suma de 8.559.497.- pesetas, según se especifica en el hecho vigésimosexto de la demanda, apartados 1° y 2° A); así como los honorarios técnicos que se devenguen durante la realización de las reparaciones y/o rehabilitaciones necesarias.

4°.- A pagar los daños y perjuicios ocasionados y que se ocasionen hasta la total reparación de las edificaciones y urbanización a determinar en ejecución de sentencia según los parámetros referidos en los hechos de la demanda, especialmente los reseñados en el apartado e) del hecho vigésimosexto.

5°.- Al pago del valor que tenga la vivienda que no sea posible rehabilitarla, por encontrarse en ruina técnica, lo cual deberá determinarse en ejecución de sentencia según los parámetros recogidos en los hechos de la demanda y especialmente los reseñados en el apartado e) del hecho vigésimosexto; es decir, el valor de mercado que tuviera una vivienda de iguales y/o similares características, al momento de ejecución de sentencia.

6°.- Al pago de las costas de este procedimiento".

2.- El procurador don Avelino Barrionuevo Gener, en nombre y representación de don Alexander y don Baldomero, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...a) se desestime la demanda en base a las excepciones dilatorias y perentorias planteadas. O, subsidiariamente, b) Se declare no haber lugar a estimar la demanda respecto a mis representados don Alexander y don Baldomero, por no ser los mismos responsables de los hechos objeto de autos. Con expresa condena en costas a la actora en cualquiera de los supuestos".

La procuradora doña María Angustias Martínez Sánchez Morales, en nombre y representación de ACS, Actividades de Construcción y Servicios, S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "... se absuelva a mi representada de los pedimentos de la demanda y todo ello sin perjuicio de los demás pronunciamientos a que pueda haber lugar respecto a los codemandados".

El procurador don Luis Javier Olmedo Jiménez, en nombre y representación de don Isidoro, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "... en lo que a mi representado don Isidoro respecta, sea absolutoria, con todos los pronunciamientos favorables y con condena en costas a la actora".

El procurador don Juan Carlos Randón Reyna, en nombre y representación de don Santiago, don Luis y don Gaspar, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...con estimación de las alegadas excepciones de falta de legitimación activa, falta de legitimación pasiva, y cosa juzgada, se declare no haber lugar a la demanda, absolviendo de ellas a mis mandantes, y subsidiariamente, entrando a conocer del fondo del asunto, y con igual desestimación de la demanda, se declare no haber lugar a la misma, absolviendo también de ella a mis referidos mandantes, con expresa imposición de costas a la actora".



SEGUNDO .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Málaga, dictó sentencia con fecha 8 de enero de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "... Que estimando en parte la demanda formulada por del Procurador de los Tribunales Dña. María Cruz Cánovas Monfort, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , D. Ernesto , Dña. Fidela , D. Jacobo , Dña. Noelia , D. Mateo , Dña. Tamara , D. Rodolfo , D. Teodulfo , Dña. Adelina , D. Carlos Antonio , Dña. Blanca , D. Juan Enrique , Dña. Elena , D. Anselmo y Dña. Graciela , asistidos por el Letrado D. Antonio Juárez Mota, contra Promoción y Gestión de Edificaciones, S.A., en rebeldía, contra Control y Gestión de Málaga, S A., en rebeldía, contra D. Eutimio , en rebeldía; contra D. Isidoro , representado por el Procurador de los Tribunales D. Luís Javier Olmedo Jiménez y asistido del Letrado D. Emilio Peralta Fitcher, contra D. Santiago , contra D. Luis y contra D. Gaspar , representados por el Procurador de los Tribunales D. Juan Carlos Rallón Reyna, asistidos del Letrado D. Francisco Javier Marqués Merelo, contra D. Alexander y D. Baldomero , representados por el Procurador de los Tribunales D. Avelino Banionuevo Gener y asistidos del Letrado D. Francisco J. Del Olmo García y contra la entidad Actividades de Construcciones y Servicios, S.A., (ACS), representado por el Procurador de los Tribunales Dña. María Angustias Martínez Sánchez-Mora y asistido por el Letrado D. Félix Vidal debo absolver y absuelvo a D. Eutimio , D. Isidoro , D. Santiago , D. Luis , D. Gaspar , D. Alexander y D. Baldomero de las pretensiones contra los mismos deducidas en la demanda, condenando a los demandados Promoción y Gestión de Edificaciones, S.A., Control y Gestión de Málaga, S.A. y Actividades de Construcciones y Servicios, S.A., (ACS), solidariamente, a: 1) Abonar a los actores la cantidad de 51.444 Euros., 2) A realizar en las zonas comunes las obras consistentes en demolición de los viales peatonales y rodados existentes, la construcción de nuevos viales con tratamientos adecuados de compactación y acabado, demolición de las instalaciones existentes que sean irre recuperables, recuperación, reconstrucción, renovación de instalaciones con calidades adecuadas. Para la ejecución de las obras se tendrá en cuenta tanto las soluciones como la valoración realizada en el documento nº 35 de la demanda. 3) A realizar en las viviendas de los demandantes D. Ernesto , Dña. Fidela , D. Jacobo , Dña. Noelia , D. Mateo , Dña. Tamara , D. Rodolfo , D. Teodulfo , Dña. Adelina , D. Carlos Antonio , Dña. Blanca , D. Juan Enrique , Dña. Elena , D. Anselmo y Dña. Graciela , todas y cada una de las reparaciones a las que se refiere el informe de los Arquitectos Técnicos 1). Cosme y D. Fernando , que se incorpora al informe pericial del Sr. Horacio , Documento nº 55 de la demanda. Serán de su cargo cuantos informes técnicos sean necesarios para llevar a cabo su ejecución. Respecto a la ejecución de las obras de las viviendas NUM004 y NUM003 y NUM005 , se estará a lo dispuesto en el apartado 7º de los fundamentos de derecho. Absolviéndoles de las demás peticiones contenidas en la demanda.

Todo ello sin especial pronunciamiento condenatorio en costas a los demandados"..

TERCERO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A. y por la representación procesal de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 Y OTROS, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 5 de mayo de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 y otros, así como acogiendo indirectamente el formulado por la entidad "Actividades de Construcciones y Servicios S.A." (ACS), ambos contra la sentencia dictada en fecha ocho de enero de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Málaga en sus autos civiles 536/1999, debemos confirmar y confirmamos en esencia dicha resolución dando por reproducidos cuantos pronunciamientos contiene en su parte dispositiva, salvo los corregidos en el cuerpo de esta sentencia de segunda instancia, y condenamos expresamente de forma solidaria, junto a las entidades que ya venían condenadas en la primera, a los Arquitectos superiores Sres. Santiago y Luis , y a los Arquitectos Técnicos Sres. Alexander y Baldomero , a todos los pronunciamientos de condena impuestos en la sentencia de primera instancia y a los que aquí se añaden. En definitiva, a reparar a su costa y en su caso a abonar los gastos de reparación referidos expresamente en la parte dispositiva de la sentencia revisada. Se incluye también expresamente en la condena solidaria el abono a los actores, como propietarios de las viviendas que tuvieron que ser desalojadas, también los daños y perjuicios que se les ocasionaron en su día y se han mantenido hasta ahora como consecuencia del desalojo del que fueron objeto de sus viviendas por las graves patologías en las mismas, y que se corresponden con los gastos que han debido asumir de alquileres, traslados, mudanzas y préstamos para adquisición de viviendas. Los cuales deberán ser determinados y cuantificados en la fase de ejecución de sentencia. En materia de costas de la primera instancia los codemandados absueltos soportarán los gastos de su intervención en el proceso, mientras que todos los condenados, incluyendo a los profesionales de la Dirección Facultativa que resultan deudores en esta segunda instancia, harán frente a las demás costas de la primera instancia. Todo ello sin especial pronunciamiento sobre las causadas en esta apelación, deriven de uno o de otro recurso".



CUARTO . - Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación e infracción procesal la representación procesal de don Alexander y don Baldomero , argumentando **el recurso extraordinario por infracción procesal**, con apoyo en los siguientes MOTIVOS:

Primero.- Apartado 2º del artículo 469.1 LEC . por infracción de los artículos 359 LEC 1881 y art. 218.2 LECn .

Segundo.- Apartado 2º del art. 469.1 LEC por infracción del artículo 217.2 LEC .

Tercero.- Apartado 2º del artículo 469.1 LEC por infracción artículo 360 LEC 1881 , artículo 219 LEC .

Cuarto.- Apartado 2º del artículo 469.1 LEC artículo 359 LEC 1881 y artículo 218.1 LEC .

Quinto.- Apartado 2º del artículo 469.1 LEC , por infracción del apartado 4º del artículo 465 LEC .

Sexto.- Apartado 4º del artículo 469.1 LEC . y artículo 24.1 CE .

El recurso de casación , lo argumentó en los siguientes MOTIVOS:

Primero.- Artículo 477.1 LEC por aplicación indebida del artículo 1591 CC .

Segundo.- Artículo 477.1 LEC por aplicación indebida del artículo 1591 CC .

Tercero.- Artículo 477.1 por aplicación indebida del artículo 1591 del CC .

Cuarto.- Artículo 477 LEC por aplicación indebida del artículo 1591 del CC .

Quinto.- Artículo 477.1 LEC por aplicación indebida del artículo 1591 del CC .

El procurador don Carlos Randón Reyna, contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación e infracción procesal como representación procesal de doña Modesta , don Jose Luis , doña Rosaura y don Luis Antonio , éste último representado por su madre al ser menor de edad, argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal, con apoyo en los siguientes MOTIVOS :

Primero.- Artículo 469.1 de la LEC , artículo 1214 CC . y artículo 217 LEC .

Segundo. - Artículo 469.1 LEC , por infracción del art. 359 LEC 1881 y del artículo 218.1 y 2 de la LEC 1/2000 .

Tercero.- Artículo 469.1 apartado 2º y artículo 360 de la LEC 1881 y artículo 219 de la LEC 1/2000 .

Cuarto.- Artículo 469.1 LEC por infracción artículo 359 LEC 1881 , artículo 218.1 de la LEC 172000.

Quinto.- Artículo 469.1 LEC apartado 2º, apartado 4º del artículo 465 de la LEC .

Sexto.- Artículo 469.1 LEC por infracción del art. 24 de la CE .

El recurso de casación, lo argumentó en los siguientes MOTIVOS:

Primero.- Artículo 477.1 LEC y artículo 1591 del CC .

Segundo.- Artículo 477.1 LEC por aplicación indebida del artículo 1591 CC .

Tercero.- Artículo 477.1 LEC por aplicación indebida del artículo 1591 CC .

Cuarto.- Artículo 477.1 LEC por aplicación indebida del artículo 1591 CC .

Quinto.- Artículo 477.1 LEC por aplicación indebida de los artículos 1101 y 1106 CC .

QUINTO . - Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 15 de marzo de 2011 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - **1.** El presente caso, al margen de cuestiones de índole procesal, plantea como cuestión de fondo el régimen de responsabilidad de los diferentes intervinientes en un proceso de construcción, bajo la aplicación del artículo 1591 del Código Civil , y en relación a un resultado dañoso proveniente de una acción o causa plural.

2. En síntesis en el iter procesal por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 y OTROS se formuló demanda de juicio de mayor cuantía contra PROMOCIÓN Y GESTIÓN DE EDIFICACIONES, S.A. y otros, en ejercicio de la responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil , por la que se solicitaba se declarase la existencia de defectos constructivos imputables a los intervinientes en el contrato de obra en su día celebrado, realizándose a su cargo las obras necesarias para subsanar los defectos producidos.



La Sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a PROMOCIÓN Y GESTIÓN DE EDIFICACIONES, S.A., CONTROL Y GESTIÓN DE MÁLAGA, S.A. y ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS, S.A. (ACS) a realizar en las zonas comunes y en las viviendas de los demandantes las obras precisas para subsanar los defectos producidos.

Contra dicha resolución se interpusieron sendos recursos de apelación, uno por la parte demandante y otro por la demandada ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS, S.A. (ACS), dictándose **Sentencia de Segunda Instancia** por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, de fecha 5 de mayo de 2009, la cual estimó el recurso de apelación formalizado por la parte actora y el formalizado por la parte demandada, revocando la Sentencia de Primera Instancia en el sentido de extender la responsabilidad de los vicios constructivos a los Arquitectos técnicos y superiores que intervinieron en la obra.

Recurren en casación y por infracción procesal, por un lado, D. Santiago, D^a Modesta, D. Jose Luis, D^a Rosaura y D. Luis Antonio (Arquitecto Superior) y por otro, D. Alexander y D. Baldomero (Arquitecto Técnico).

Recurso extraordinario por infracción procesal.

Congruencia y motivación de la Sentencia. Valoración y carga de la prueba. Carga de haber interesado la aclaración de la Sentencia. Sentencia con reserva de liquidación, artículo 360 LEC, 1881

SEGUNDO.- 1. El recurso extraordinario por infracción procesal formalizado por don Santiago, doña Modesta, don Jose Luis, doña Rosaura y don Luis Antonio se articula en seis motivos. **En el motivo primero**, al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 217 de la LEC, con base en que la resolución recurrida invierte la carga de la prueba en relación con la no intervención de los arquitectos en la dirección de las obras de urbanización, pues no les corresponde a ellos probar su falta de responsabilidad en el origen de los daños como afirma la resolución recurrida, sino que es a la parte actora a quien le incumbe probar esa responsabilidad en los daños. **En el motivo segundo**, al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 218 de la LEC, denunciando la falta y arbitrariedad de la motivación de la sentencia en relación a los siguientes extremos: a) consideración como zonas comunes de los viales peatonales y rodados de carácter público y titularidad municipal; b) intervención de los arquitectos en las obras de urbanización; c) reparación de viales peatonales y rodados al ser de competencia municipal y d) exclusión de valor del solar en el supuesto de imposibilidad de reparación de la vivienda nº NUM004 y procedencia de la indemnización del valor de mercado que tuviera una vivienda de similares características. En el **motivo tercero**, al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 219 de la LEC 2000, por falta de fijación de las bases para la liquidación de los daños y perjuicios objeto de condena, en concreto en relación con los causados por el desalojo de las viviendas nº NUM000, NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, NUM005 y NUM006 de la CALLE000, así como los causados por alquileres, traslados y mudanzas. En el **motivo cuarto**, al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 218.1 de la LEC, denunciando la incongruencia extra petita de la resolución recurrida al condenar como daños y perjuicios en relación al desalojo los derivados del préstamo para adquisición de viviendas, lo que no fue objeto de petición en la demanda, introduciéndose por vía de recurso de apelación. En el **motivo quinto**, al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 465, apartado 4º, de la LEC, por cuanto la Sentencia de apelación revoca el pronunciamiento no impositivo de costas de la sentencia de primera instancia a pesar de que no fue objeto de recurso de apelación por ninguna de las partes recurrentes. Por último, en el **motivo sexto**, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 24 de la Constitución Española en relación a los siguientes extremos: a) consideración como zonas comunes de los viales peatonales y rodados cuando son de carácter público y titularidad municipal; b) intervención de los arquitectos en las obras de urbanización; c) reparación de viales peatonales y rodados al ser de competencia municipal y d) total omisión en relación a la exclusión de valor del solar en el supuesto de imposibilidad de reparación de la vivienda nº NUM004 y procedencia de la indemnización del valor de mercado que tuviera una vivienda de similares características.

2. Por lo que respecta al recurso por infracción procesal formalizado por don Alexander y don Baldomero, debe señalarse que dicho recurso coincide en su totalidad con el recurso previamente expuesto, con lo que debe estarse a lo fundamentado y resuelto en el mismo.

3. En el presente caso, los motivos de ambos recursos deben ser desestimados.

4. El motivo primero aparece enunciado con el siguiente tenor literal, "al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y en concreto del artículo 1214 del Código Civil y del artículo 217 LEC, por cuanto que en la Sentencia recurrida se produce una manifiesta indebida inversión de la carga de la prueba, en relación a la no intervención de los Arquitectos mandantes en la dirección de las obras de urbanización". En este motivo se estiman infringidas las normas sobre la carga de la prueba,



al declarar la responsabilidad de los arquitectos por no haber probado la falta de dirección de las obras de urbanización, siendo éste un hecho constitutivo de la pretensión actora.

Este primer motivo ha de ser desestimado. La sentencia de apelación en su Fundamento de Derecho séptimo estima acreditada la intervención de los recurrentes en el proceso constructivo y urbanizador, en consecuencia, no se trata, como se sostiene en el recurso, de un hecho huérfano de prueba cuyos efectos se imputen a quien no le correspondería la carga de probarlo -Doctrina unánime de esta Sala sobre la infracción de las normas que disciplinan la carga de la prueba-. Se trata, por tanto, de una cuestión de valoración probatoria. (*STS de 14 de mayo de 2013, nº 302/2013*).

5. En el motivo segundo, también al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC , se denuncia la infracción del artículo 359 LEC 1881 y del artículo 218.1 y 2 LEC , por falta de la debida motivación, por su inexistencia o arbitrariedad, en relación a los siguientes extremos:

a) en cuanto al pronunciamiento relativo a la consideración como "zonas comunes" de los viales peatonales y rodados, de carácter público y titularidad municipal, que no constituyen "elementos comunes" de la Comunidad de Propietarios actora.

d) En relación a la cuestión planteada en el escrito de contestación de la parte y referida a la exclusión del valor del solar, en el supuesto de imposibilidad de reparación de la vivienda nº NUM004 y procedencia de la indemnización del valor de mercado que tuviera una vivienda de similares características en la zona, que se acredite en ejecución de sentencia.

Los apartados b) y c) han sido renunciados por la parte.

Por lo que se refiere al apartado a), en el motivo se alude a que la Sentencia de Primera Instancia declaró como hecho probado que los viales peatonales y dados fueron cedidos al Ayuntamiento de Málaga por escritura pública de 1988 y que, por ello, no pueden ser calificados como bienes comunes. Por esta circunstancia, como así se declara, la Comunidad de Propietarios actora no tendría legitimación para accionar, desestimándose la petición indemnizatoria respecto a esta reclamación. En cambio y de forma aparentemente contradictoria, condena a realizar en las zonas comunes las obras consistentes en la demolición de los viales peatonales y rodados existentes y su nueva construcción, de conformidad a las soluciones y valoración que se recoge en el informe del arquitecto D. Fausto que constituye el documento nº 35 de la demanda. Se estima que este planteamiento constituye una motivación arbitraria de la sentencia de instancia que la parte hoy recurrente no pudo denunciar al ser absuelta en la primera instancia, sí bien fue puesta de manifiesto en el escrito de oposición a los recursos. Se alega, por último, que tal infracción tiene relevancia decisiva en el resultado del proceso, en la medida en que según el propio documento nº 35 de la demanda tales obras se valoraban en la cantidad de 133.384.200 ptas.

Al respecto, se debe empezar señalando que la parte recurrente no tiene la legitimación, ni el gravamen, para recurrir este pronunciamiento de la sentencia de Primera Instancia, en la medida en que los técnicos fueron absueltos y no recayó condena alguna sobre ellos. No obstante, a los efectos de estimar la denuncia de una motivación arbitraria, y conforme a las dudas interpretativas que se deriven del Fundamento Séptimo de la Sentencia de instancia, particularmente de la extensión o alcance de los viales realmente cedidos y recepcionados por el Ayuntamiento, debe señalarse que si le incumbía a la parte recurrente la carga de haber interesado la aclaración de la sentencia en este extremo, como presupuesto necesario y previo para la denuncia que ahora se formula.

Por lo que se refiere al submotivo d) ; se aduce que dicha infracción fue cometida por la sentencia de Primera Instancia y confirmada por la de apelación, pero que no pudo ser denunciada antes, ante la absolución de los arquitectos. El origen de esta infracción se encuentra en el petitum 5º del suplico de la demanda en el que se solicitaba que en caso que no fuera posible la rehabilitación de alguna vivienda por encontrarse en ruina técnica se condenara a los demandados al pago del valor de mercado que tuviera una vivienda de iguales o similares características. Frente a esta pretensión se opuso la parte hoy recurrente alegando que el valor de mercado debería incluir el del terreno que no puede ser objeto de reclamación. Sobre esta excepción no se hizo mención en la sentencia de instancia y la relevancia de esta infracción descansa en que al no haberse excluido el valor del terreno de la vivienda se ha producido un enriquecimiento injusto para el propietario y simultáneo perjuicio para los condenados. En el ámbito de apelación, sobre esta infracción nada se objetó en el escrito de oposición a los recursos de apelación.

En relación a este submotivo hay que señalar que le son aplicables similares argumentos que al anterior, esto es, aún cuando se considera que la parte no tenía gravamen para recurrir en apelación la sentencia de instancia, ello no obsta para que, en el supuesto que se denuncia, hubiera interesado la solicitud de aclaración



o complemento de esta cuestión si, como entiende el recurrente, fue oportunamente opuesta en el escrito de contestación y nada se razonó en la sentencia.

6. En el motivo tercero, al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC, se denuncia la infracción del artículo 360 LEC 1881, que corresponde al actual artículo 219 LEC 2000, por falta acreditación y liquidación, de los daños y perjuicios objeto de condena, supuestamente causados por el desalojo de las viviendas nº NUM000, NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, NUM005 y NUM006 de la CALLE000, relativos a alquileres, traslados y mudanzas. La denuncia contenida en este motivo se refiere a la ampliación de la condena a los daños y perjuicios realizada por la sentencia de apelación y referida a los gastos originados como consecuencia del previo desalojo del que fueron objeto las viviendas por las graves patologías en las mismas, cuyos gastos deberán ser determinados y cuantificados en la fase de ejecución de la sentencia. Sostiene el recurrente que se difiere para la ejecución de sentencia no sólo la cuantificación de los daños y perjuicios sino su propia acreditación y determinación de su existencia, lo cual es contrario a la doctrina de esta Sala (SSTS de 21 de abril de 1992, 18 de febrero de 1993, 28 de julio de 1995, 3 de octubre de 2008 y, especialmente, 18 de marzo de 1992). En el supuesto litigioso, si bien por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Málaga se ordenó, el 19 de febrero de 1988, el desalojo de las viviendas NUM000, NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, NUM005 y NUM006, tal orden fue posteriormente dejada sin efecto sin que se acreditara que efectivamente se llevó a cabo el desalojo y, en su caso, de cuantas viviendas, y cuales fueron los gastos que se tuvieron que realizar, teniendo en cuenta, además, que desde que se ordenó el desalojo hasta que se interpuso la demanda pasó más de un año y medio, tiempo más que suficiente para que los propietarios hubieran acreditado los gastos derivados de tal actuación administrativa.

El planteamiento de este motivo debe rechazarse. Una correcta lectura del Fundamento de Derecho octavo permite concluir que la Sentencia considera probada la existencia de estos daños, de los que se reconoce ni siquiera se ha formulado prueba en contrario, de hecho tales daños en algunos propietarios se mantendrían hasta la total reparación de su vivienda. De esta forma se estaría dejando para ejecución de sentencia la concreta cuantificación de los gastos que supuso el desalojo, práctica que bajo la vigencia del artículo 360 LEC 1881 se encontraba totalmente amparada con un criterio flexible y que se mantuvo hasta la entrada en vigor del artículo 219 LEC - SSTS de 6 de marzo de 2011 y 12 de junio de 2012 -.

7. El motivo cuarto, al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC, acusa infracción del principio de congruencia del artículo 359 LEC 1881, que corresponde al artículo 218.1 LEC 2000, en relación al pronunciamiento condenatorio del fallo de la sentencia de apelación, como daño y perjuicio derivado del desalojo, de "préstamos para adquisición de viviendas", respecto del que se incurre en manifiesta y flagrante incongruencia extra petita ya que no fue objeto de reclamación en la demanda, habiéndose introducido "ex novo" en el suplico del recurso de apelación de la Comunidad de Propietarios actora y otros propietarios. La infracción de incongruencia se concreta en que la sentencia de apelación incluye como daño y perjuicio objeto de condena los préstamos para adquisición de viviendas pese a que la demanda no incluía reclamación alguna por este concepto.

El motivo se rechaza. Para ello basta recordar que la congruencia según la doctrina de esta Sala se satisface cuando entre lo solicitado y el fallo de la Sentencia existe una relación o ajuste racional, sustancial y flexible. Esta exigencia se cumple en el supuesto, pues lo que realmente se pedía en la demanda era la indemnización de los daños y perjuicios que se derivaban del desalojo y dentro de esta posibilidad podía incluirse en el supuesto de los préstamos para adquisición de viviendas, para el caso en que se tuviera que adquirir una nueva vivienda. Por otro lado tampoco se produce incongruencia en la determinación de las viviendas a las que se podría aplicar esta posibilidad que, según lo probado, coincidirían con las viviendas nº NUM003, NUM004 y NUM005 al haber sido desalojadas sin que se hayan vuelto habitar posteriormente.

8. En el motivo quinto, al amparo del artículo 469.1.2º LEC, se denuncia la infracción del apartado 4º del artículo 465 LEC, en relación a la revocación en la sentencia de apelación del pronunciamiento no impositivo de costas de la sentencia de Primera Instancia, toda vez que el mismo no ha sido motivo del recurso de apelación. El motivo se basa en que el pronunciamiento de no imposición de las costas de Primera Instancia no fue recurrido y sin embargo es revocado por la sentencia de apelación lo que supone una incongruencia extra petita, además de producir indefensión.

Este motivo ha de rechazarse. La facultad revisora de las normas sobre imposición de costas, es una facultad del juez no sometida a la petición de parte. La Sentencia de apelación que estimó parcialmente el recurso de apelación, incluyendo los daños y perjuicios desde que se produjo el efectivo desalojo y ampliando la obligación de indemnizar a los integrantes de la Dirección Facultativa, entendió que se ha producido un supuesto de estimación sustancial de la demanda que implica la imposición mancomunada de las costas a los condenados. No puede existir, en consecuencia, incongruencia ni infracción del precepto aludido.



9. En el motivo sexto, al amparo del apartado 4º del artículo 469.1 LEC , se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución , en relación a cuatro subapartados.

En primer lugar, subapartado a) - en relación al pronunciamiento relativo a la consideración como "zonas comunes" de los viales peatonales y rodados, de carácter público y titularidad municipal. Este subapartado reproduce el subapartado a) del motivo segundo en el que se denunciaba falta de motivación por los mismos hechos. Se denuncia aquí desde la perspectiva de la existencia de un error flagrante en la valoración probatoria y los efectos perjudiciales en la condena a reparar los viales.

Al respecto debe tenerse en cuenta lo ya expuesto en el apartado a) del motivo segundo, incidiendo en que o bien se trata de un supuesto en el que la Sentencia considera, de forma implícita, que no están recepcionados los viales por el Ayuntamiento más allá de la cesión, en cuyo caso sería una cuestión probatoria no arbitraria - solución apuntada por la parte recurrida en su escrito de oposición-; o bien, interpretando el fallo, la obligación de reparar solo alcanzaría a los viales que discurren dentro de la urbanización y no a los referidos en el fundamento séptimo de la sentencia de Instancia al haber sido aceptados por el Ayuntamiento.

En el submotivo b) se cuestiona el planteamiento referido a la intervención de los arquitectos en la dirección de las obras de urbanización.

Este submotivo, el más extenso en la argumentación, pretende combatir el resultado de la valoración probatoria efectuado por la Sentencia en su Fundamento de Derecho Séptimo, de la que se deduce la responsabilidad de los Arquitectos técnicos y superiores demandados al ostentar la dirección facultativa de las obras de edificación y también de la urbanización del complejo, aludiendo expresamente a su intervención en el replanteo de los viales así como en la firma del acta final de obra y en los certificados finales de obra. El recurrente pretende imponer su propia valoración de la prueba practicada para obtener unas conclusiones diferentes a las de la sentencia.

El submotivo C) cuestiona el pronunciamiento condenatorio nº 2 de la sentencia de primera instancia, en lo relativo a la reparación de los viales peatonales y rodados, de carácter público, y titularidad municipal, por haber sido asumida y llevada a cabo su reparación por el Ayuntamiento de Málaga.

En el submotivo, como en el anterior, se pretende imponer una particular valoración probatoria que, a diferencia de la apreciación realizada en sentencia, sostendría la reparación de estos viales por el Ayuntamiento.

El submotivo d), se ha renunciado.

10. Como se ha señalado, recurso extraordinario que interponen Don Alexander y Baldomero -arquitectos técnicos- tiene sustancialmente idéntico contenido al examinado, con las siguientes matizaciones:

- En el orden de su formulación, el motivo segundo del anterior recurso es el primero en éste y el primero de aquel el segundo de éste. En consecuencia, se invierte el orden.

- Se analiza el submotivo D) del motivo sexto, si bien con un contenido casi idéntico a la denuncia de motivación que se hace en relación a los mismos hechos.

Contrato de obra y responsabilidad derivada. Suceso dañoso como consecuencia de una acción plural y régimen de solidaridad (artículo 1591 del Código Civil).

Recurso de casación.

TERCERO .- 1. Al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC , el recurso de casación formalizado por don Santiago , doña Modesta , don Jose Luis , doña Rosaura y don Luis Antonio , se articula en cinco motivos. **En el motivo primero** se alega la infracción del artículo 1591 del Código Civil con base en que los arquitectos no tuvieron intervención en la ejecución de las obras del Proyecto de Urbanización, equiparando jurídicamente la sentencia recurrida la firma de ciertos documentos, cual son el Acta de replanteo del proyecto de edificación y las certificaciones finales de obra, con la dirección de las obras de urbanización. En el **motivo segundo** se alega la infracción del artículo 1591 del Código Civil por cuanto aun cuando se considerara que los arquitectos hubieran tenido intervención en las obras de urbanización, los vicios apreciados no les serían imputables por cuanto advertieron de forma constante y reiterada sobre los defectos constructivos, lo que les exime de toda responsabilidad, no siendo posible su imputación objetiva, máxime cuando los defectos apreciados corresponden a la ejecución material y de falta de terminación o acabado, lo que no está dentro del ámbito de responsabilidad de los arquitectos. En el **motivo tercero** se alega la infracción del artículo 1591 del Código Civil , denunciándose la falta de legitimación activa respecto de los viales peatonales y rodados de la urbanización al carecer los actores de la condición de propietarios, dado su carácter público, y no tener la consideración de edificio. En el **motivo cuarto** se alega la infracción del artículo 1591 del Código Civil reiterando la indebida aplicación del citado precepto con base en la falta de consideración de "edificio" de los



viales peatonales y rodados de la urbanización. Por último, en el **motivo quinto**, se alega la infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, denunciando la improcedente condena que hace la resolución recurrida a realizar la reparación en relación con los viales peatonales y rodados de la urbanización por cuanto tales daños fueron asumidos por el Ayuntamiento dado su carácter público.

2. En cuanto al recurso de casación formalizado por don Alexander y don Baldomero, con idéntica tramitación, se articula en seis motivos. **En el motivo primero** se alega la infracción del artículo 1591 del Código Civil, denunciándose la falta de legitimación activa respecto de los viales peatonales y rodados de la urbanización al carecer los actores de la condición de propietarios, dado su carácter público. En el **motivo segundo** se alega la infracción del artículo 1591 del Código Civil, denunciándose la inaplicación de dicho precepto a los viales peatonales y rodados de la urbanización al carecer de la condición de "edificios". **En el motivo tercero** se alega la infracción del artículo 1591 del Código Civil por cuanto la resolución recurrida, de forma incorrecta, equipara jurídicamente la firma de ciertos documentos, cual son el Acta de replanteo del proyecto de edificación y las certificaciones finales de obra, con la dirección de las obras de urbanización. En el **motivo cuarto** se alega la infracción del artículo 1591 del Código Civil por cuanto los vicios apreciados no les serían imputables a los arquitectos por cuanto advertieron de forma constante y reiterada sobre los defectos constructivos, lo que les exime de toda responsabilidad, no siendo posible su imputación objetiva. En el **motivo quinto** se alega la infracción del artículo 1591 del Código Civil con base en que los defectos constructivos apreciados corresponden a la ejecución material y de falta de terminación o acabado, lo que no está dentro del ámbito de responsabilidad de los arquitectos. Por último, en el **motivo sexto** se alega la infracción del artículo 1101 del Código Civil con base en la improcedente condena que hace la resolución recurrida a realizar la reparación en relación con los viales peatonales y rodados de la urbanización por cuanto tales daños fueron asumidos por el Ayuntamiento dado su carácter público.

3. En el presente caso, los motivos planteados en ambos recursos deben ser desestimados.

4. En relación con los cuatro primeros motivos del primer recurso de casación interpuesto, que coincide en lo sustancial con cuatro primeros motivos del recurso de don Alexander y don Baldomero debe señalarse, conforme a la base fáctica acreditada, que la responsabilidad de los hoy recurrentes, en el seno del artículo 1591 del Código Civil, queda determinada por dos criterios de valoración estrictamente conectados, a saber, que el suceso dañoso responde a una acción plural, con la que resulta imposible el establecimiento de una única causa real del mismo, y que la responsabilidad solidaria de los agentes intervinientes, como consecuencia de un sistema de atribución de la carga de la prueba, resulta, precisamente, cuando éstos no logran superar esta carga de la prueba acreditando su falta de responsabilidad en el origen o causación de los daños producidos. En el presente caso, ambos criterios resultan correctamente aplicados por la sentencia recurrida como conclusiones obtenidas mediante una inferencia establecida a partir de circunstancias de hecho que detalladamente expresa, se presenta dotada de racionalidad y lógica suficiente; particularmente de la intervención, tanto de los Arquitectos superiores como técnicos en la dirección mediata o inmediata de las obras correspondientes a las edificaciones, sin que puedan resultar eximidos por la "mera manifestación" de la existencia de deficiencias al finalizar las edificaciones y la correspondiente certificación.

Por lo demás, la titularidad pública que pueda proyectarse sobre el destino último de los viales no obsta para la exigencia de responsabilidad en su correcta ejecución cuando dichos viales forman parte de la urbanización e infraestructura de servicios proyectada.

5. En relación al motivo quinto del primer recurso de casación interpuesto, y a los motivos quinto y sexto del recurso formalizado por don Alexander y don Baldomero, debe señalarse que las cuestiones planteadas comportan, ya la controversia sobre cuestiones que fueron objeto del recurso extraordinario por infracción procesal, asunción por el Ayuntamiento de los referidos viales, o bien cuestiones que plantean una revisión de la base fáctica de la sentencia recurrida extraña a la naturaleza y función de este recurso de casación, caso del alcance de los defectos de construcción observados.

CUARTO .- Desestimación de los recursos y costas.

La desestimación de los motivos planteados comporta la desestimación íntegra de los recursos interpuestos, imponiéndose las costas de los mismos a las partes recurrentes, respectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por las representaciones procesales de don Santiago, doña Modesta, don Jose Luis, doña Rosaura y don



Luis Antonio , así como de don Alexander y don Baldomero contra la sentencia dictada con fecha 5 de mayo de 2009, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, en el rollo de apelación nº 31/2009 .

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

3. Imponemos las costas de los recursos interpuestos a las partes recurrentes, respectivamente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-**Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO