



Roj: **SAP M 14797/2016 - ECLI: ES:APM:2016:14797**

Id Cendoj: **28079370102016100545**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **22/11/2016**

Nº de Recurso: **956/2016**

Nº de Resolución: **576/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GUILLERMO CORTES GARCIA-MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933917

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2011/0199584

Recurso de Apelación 956/2016

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 07 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1637/2011

APELANTE:: SANDO PROYECTOS INMOBILIARIOS, SA

PROCURADOR D./Dña. ALICIA CASADO DELEITO

APELADO:: COMUNIDAD PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000

PROCURADOR D./Dña. PABLO HORNEDO MUGUIRO

SENTENCIA N° 576/2016

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D./Dña. JOSÉ MARÍA PRIETO Y FERNÁNDEZ LAYOS

D./Dña. GUILLERMO CORTÉS GARCÍA MORENO

En Madrid, a veintidós de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1637/2011 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Madrid a instancia de SANDO PROYECTOS INMOBILIARIOS, SA apelante - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. ALICIA CASADO DELEITO y defendido por Letrado, contra COMUNIDAD PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 de MADRID apelado - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. PABLO HORNEDO MUGUIRO y defendido por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 27/11/2015 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, siendo Magistrado Ponente D. GUILLERMO CORTÉS GARCÍA MORENO.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 27/11/2015 , cuyo fallo es el tenor siguiente:"Que ESTIMANDO la demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador D. pablo Hornedo Muguero, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de DIRECCION000 número NUM000 , de Madrid, contra Sando Proyectos Inmobiliarios SA, debo DECLARAR Y DECLARO el incumplimiento contractual imputable a la promotora demandada por la entrega de cosa defectuosa y por falta de prestación de las calidades comprometidas, CONDENANDO a Sando Proyectos Inmobiliarios SA, a que, tan pronto sea firme esta Resolución, proceda a cumplir con la obligación de entrega de la cosa vendida consistente en sustituir el solado del garaje, según propuesta de reparación contenida en informe pericial de fecha 26 de enero de 2011 emitido por D. Marcial , a instalar en las ventanas abiertas a patios interiores la correspondiente carpintería exterior, formada por una hoja exterior y otra interior, esta última de aluminio lacado, con rotura de puente térmico y doble acristalamiento, así como construir un acceso al patio existente en las escaleras B y C, de conformidad con el informe pericial reseñado, y a subsanar los defectos de la instalación, en los términos resultantes del informe pericial mencionado, incluyendo la adopción de las medidas necesarias para impedir las inmisiones acústicas producidas. Se imponen las costas procesales causadas a la parte demandada." .

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 21 de octubre de 2016, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 15 de noviembre de 2016.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN en su integridad los Fundamentos de Derecho de la Sentencia impugnada.

PRIMERO.- La demandante, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 DE MADRID, formuló demanda contra SANDO PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.U, en la que solicitaba: se declare la existencia de un incumplimiento contractual imputable a la promotora por la entrega de cosa defectuosa y por falta de prestación de las calidades comprometidas, y se condene a la demandada a cumplir con la obligación de entrega de la cosa vendida y, en particular, a: sustituir el solado del garaje, en los términos resultantes del informe pericial; instalar en las ventanas abiertas a patios interiores la correspondiente carpintería exterior, formada por una hoja exterior y otra hoja interior, esta última de aluminio lacado, con rotura de puente térmico y doble acristalamiento; construir un acceso al patio existente en las escaleras B y C, de conformidad con el informe pericial; subsanar los defectos de la instalación de aire acondicionado, incluso mediante la sustitución de la totalidad de la instalación, en los términos resultantes del informe pericial, incluyendo la instalación de las medidas necesarias para impedir las inmisiones acústicas producidas; con el pago de las costas.

La demandada, promotor y constructor del DIRECCION000 , sito en la DIRECCION000 NUM000 , de Madrid, se opone a la demanda alegando, en síntesis, que no ha habido incumplimiento alguno del contrato.

La sentencia estima la demanda, acogiendo íntegramente las alegaciones de la parte demandante.

SEGUNDO. - Frente a dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la demandada condenada, invocando los siguientes motivos:

1º.- Impugnación del fundamento de derecho primero de la sentencia. Error patente del juez a quo, o una arbitrariedad clara y manifiesta, al declarar que todas las reclamaciones de la comunidad fueron rechazadas por la constructora.

Aun siendo cierto lo alegado por el apelante, carece de relevancia para la resolución del litigio si el demandado ha contestado a las reclamaciones de la comunidad de propietarios y en qué sentido lo haya hecho pues, como acertadamente señala la parte apelada, la esencia de la sentencia no ha descansado en que el promotor admitiese o negase su responsabilidad, sino en la evidencia de los defectos o incumplimientos denunciados en la demanda y la negativa de la parte demandada a subsanar dichos defectos o incumplimientos. Así es evidente, pues por eso se ha planteado el pleito, que la promotora-constructora demandada no ha reparado los defectos que han sido denunciados por la comunidad de propietarios en este procedimiento, y que esta ha reclamado extrajudicialmente la reparación de los mismos, por lo que la argumentación del juez de instancia en el fundamento de derecho primero es plenamente acertada.



2º.- Impugnación del fundamento de derecho segundo: se estima la reclamación de defectos de solados en garaje en tres zonas y se admite la sustitución de la totalidad del pavimento por otro material distinto al proyectado y promocionado.

El deterioro del suelo del garaje ha resultado plenamente acreditado con las pruebas practicadas en el juicio, especialmente con las periciales y testificales. Todos los peritos coinciden en la existencia de daños en el suelo del garaje, y la propia parte demandada también admite esos daños. El perito de la parte demandada, Sr. Severiano , admite los daños, que observó en el año 2012, llegando a decir que con el estado que presenta la rejilla del garaje según la fotografía el ayuntamiento no hubiera dado la licencia de primera ocupación, luego no son defectos menores. De las fotografías se observan claramente esos deterioros, y estos han tenido lugar al poco tiempo de entregarse el inmueble, como lo acredita la reclamación que la comunidad de propietarios realiza al promotor a los tres meses de la finalización de la obra, así el documento 5 de la demanda, reclamación de marzo de 2007, y el documento 2 de la contestación, finalización de la obra en diciembre de 2006. El perito de la parte demandante también acredita la existencia de las deficiencias a los tres años de terminada la obra, tiempo mínimo en relación a la vida útil que debe tener el suelo de un garaje de viviendas de nueva construcción.

El testigo propuesto por la parte demandada, el Arquitecto Técnico, Carlos Miguel , que fue parte de la dirección facultativa de la obra, reconoce que hay zonas en mal estado, baches, donde todo el material asfáltico ha desaparecido. Acreditados por tanto los daños, y que estos se han producido al poco tiempo de entregarse la obra, es preciso determinar el origen de esos daños. El testigo Carlos Miguel y el perito de la demandada, Don. Severiano , dicen que puede deberse al uso normal, por la circulación de vehículos, o porque se haya vertido aceite o gasoil en el suelo. En ambos casos eso supone que el material colocado, aunque fuera el que figuraba en el proyecto de obra, no era el adecuado para el uso al que va destinado, pues es normal que en el suelo del garaje haya vertidos accidentales de gasoil, aceite o gasolina, debiendo el material utilizado estar preparado para aguantar ese uso normal sin deteriorarse en exceso en tan poco tiempo. Y lo mismo cabe decir respecto de los daños causados por el aparcamiento de motocicletas, resultando un tanto absurdo que se diga que el garaje no está previsto para motocicletas. El deterioro del suelo por la colocación de la pata de cabra de las motos supone que el material colocado en el garaje no cumple adecuadamente la función a la que va destinado, lo que supone un claro incumplimiento contractual, aunque el material colocado sea el proyectado, pues a ningún comprador de una vivienda se le puede exigir que conozca, antes de contratar, cual es el material que se va a colocar en el suelo, y si este es adecuado para el fin al que va destinado.

El perito de la demandada también declara en el juicio que una posible causa de los daños en el suelo de la rampa del garaje es la falta de riego asfáltico, lo que supone claramente una ejecución defectuosa y por tanto un incumplimiento contractual.

Alega también el recurrente que, siendo mínima la parte del garaje afectada por esas deficiencias, la subsanación de las mismas debería limitarse a las zonas deterioradas, no a la totalidad del garaje.

Si el material colocado en el garaje no es apto para el uso al que va destinado, procede la sustitución de la totalidad del solado del garaje, pues el hecho de que se hayan deteriorado rápidamente las zonas que más tráfico de vehículos soportan, y donde se aparcan motos de manera asidua, no excluye que esos deterioros se vayan produciendo de manera paulatina en las otras zonas, que será lo normal a medida que se usen, deterioro no derivado solo del uso, sino de este junto con lo inidóneo del material utilizado. Y si el deterioro viene derivado del vertido de aceite o gasoil, estos mismos vertidos pueden producirse en otras zonas del garaje que no estuvieran deterioradas en el momento de realizar los informes periciales. A mayor abundamiento, tampoco tiene la comunidad que soportar un garaje con distintos tipos de suelo, o con parches, que es lo que implicaría arreglar solo las zonas más afectadas, pues ni es esto lo contratado, ni desde el punto de vista estético es una solución aceptable.

Y resulta ajustado a derecho que la reparación se lleve a cabo en la forma propuesta por el informe pericial aportado por la demandante pues, como indica el perito aportado por la actora, es la solución adecuada, y sin que la parte demandada haya aceptado en la contestación o en el recurso ninguna otra reparación a su costa, pues rechaza cualquier condena en este sentido. La solución que ofrece el Arquitecto Técnico de la obra, de colocar una chapa en las zonas donde se aparquen motos, resulta ilógica, desde el punto de vista contractual, estético y constructivo.

3º.- Impugnación del fundamento de derecho segundo: estimación de instalación de doble carpintería en ventanas que dan a patios interiores.

Alega el demandado que no existe incumplimiento contractual alguno, pues la memoria de calidades, que se compone no solo del documento 3 de los aportados como anejo en el informe pericial la demanda, sino también de los planos que aporta la demandada, establece solo la doble ventana para la fachada exterior del edificio, no para las ventanas que dan al patio interior.



Aun partiendo de que la Memoria de calidades se compone de la documentación que describe estas, como de los planos, de que estos se entregaran a todos y cada uno de los propietarios al contratar, y de que en los planos del proyecto no aparece la doble ventana sino para la fachada exterior, lo cierto es que en la descripción de las calidades se expresa:

"CARPINTERIA EXTERIOR:

La carpintería exterior, estará formada por una hoja exterior y otra interior, siendo ésta última de aluminio lacado, con rotura de puente térmico y doble acristalamiento lo que optimiza el aislamiento interior, tanto térmico como acústico, asegurando un buen confort en la vivienda."

Por tanto se obligó el demandado a realizar esa doble ventana en toda la carpintería exterior, siendo también ventanas exteriores las que dan al patio y no solo las que dan a la fachada principal. En cualquier caso, y habiéndose redactado el contrato por la promotora-constructora, debe ser esta la que sufra los perjuicios derivados de la dudosa interpretación del contrato, o de las contradicciones existentes entre lo descrito en la memoria de calidades y lo fijado en los planos del proyecto de obra, de conformidad con el artículo 1.288 del Código Civil y 6.2 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

4º.- Impugnación de fundamento de derecho segundo.- Estimación de nueva configuración y modificación de acceso a patios interiores en escalera B y C por dificultad de acceso y agravio comparativo de estos vecinos respecto al resto.

El motivo debe también rechazarse. Partiendo de la dificultad de acceder a los patios de esos edificios, pues el acceso es a través de un hueco o ventana que se encuentra a unos cuatro metros de altura, como ha resultado acreditado por las pruebas y es admitido por el demandado, y todos los testigos y peritos, es claro que ese acceso no cumple en términos idóneos su cometido de posibilitar, sin grandes dificultades y sin necesidad de utilizar escalera y otros elementos, el acceso al patio interior, acceso que se hace necesario, al margen de que no sea un espacio de uso comunitario, para labores de limpieza o recogida de objetos que se puedan caer de las viviendas, y para las labores de policía. Existe por tanto un incumplimiento contractual por parte de la demandada, aún cuando ese acceso cumpla las normas administrativas existentes y lo proyectado en el contrato, por cuanto no cumple de manera eficaz la finalidad perseguida.

5º.- Impugnación del fundamento de derecho segundo: estimación de sustitución total de la instalación de aires acondicionados por mejoras en las prestaciones de las maquinas y contaminación acústica.

Alega el recurrente que el juez a quo parte de que los aparatos de aire acondicionado cumplen el contrato y que no existe mal funcionamiento de los mismos, por lo que no tiene sentido que a continuación admita las modificaciones de los aparatos pretendidas por la actora.

Procede desestimar este motivo, pues el juez de instancia considera acreditada la existencia de un incumplimiento contractual, en contra de lo que afirma el recurrente, en la medida que los aparatos emiten ruidos que "conllevan la falta de aptitud para el consumo familiar de la instalación efectuada. En esta incidencia continuada en el desarrollo de la vida cotidiana de los comuneros la que, por rebasarse las condiciones adecuadas, justifica, por la desproporción y el alto nivel de ruidos del sistema instalado la solución integral interesada en demanda, de sustitución que comprende las unidades interiores y exteriores(...)".

Alega el demandado que el único estudio técnico sobre el ruido realizado por la actora carece del rigor necesario siendo inválido al no contar ni con los aparatos de medición debidamente validados, e incumplirse el protocolo para establecer las medidas. En cualquier caso los ruidos han quedado acreditados, pues el perito de la parte demandada Don. Severiano, refiere en las conclusiones de su informe, aportado con la contestación a la demanda, (folio 726 de las actuaciones): "Se evidencia, mediante la modelización acústica efectuada en este estudio, que los niveles sonoros previsibles actualmente, en las terrazas de las viviendas de los áticos del edificio C/ DIRECCION000 NUM000, superan los límites establecidos por la legislación vigente." En el acto del juicio oral este perito confirma esta conclusión, y afirma que no ha sido posible entrar en las viviendas para realizar las mediciones de ruido, por lo que no puede excluir estos, pero en cualquier caso confirma los ruidos en las terrazas de los áticos como consecuencia del funcionamiento de los aparatos de aire acondicionado.

En cuanto a la solución, el juez a quo establece en la sentencia que "no consta en actuaciones que las intervenciones en el apantallamiento acústico instalado en la cubierta general del inmueble que se propone por aquellos como subsanación de la deficiencia detectada, supusiera una mejora significativa de los resultados (así se admite expresamente en juicio por el perito D. Severiano)". Este perito admite la existencia de reclamaciones por el ruido de los aires acondicionados, y que estos disminuyeron tras el apantallamiento, por tanto las modificaciones no supusieron la desaparición de las reclamaciones, por lo que resulta acertada la sentencia de instancia de no considerar correcta la solución dada por la constructora.



Y las mejoras que se proponen por la actora, continua la sentencia, "no representan una serie de mejoras no convenidas, sino que forman parte de la solución constructiva que garantice un resultado final adecuado al uso familiar destinado." "no siendo las peticiones de reparación/subsanación desproporcionadas o abusivas, atendiendo el fin o utilidad de los inmuebles o viviendas adquiridas", sin que la parte recurrente haya acreditado lo contrario ni en el juicio ni en su recurso.

6º.- Impugnación del pronunciamiento de derecho tercero; imposición de costas.

Alega el recurrente que no ha existido una estimación total de las reclamaciones del demandante, puesto que no ha existido incumplimiento contractual en lo relativo a las maquinas de aire acondicionado.

Esta alegación debe ser desestimada íntegramente, pues la sentencia de primera instancia estima totalmente la demanda, al entender que ha existido un incumplimiento contractual también en las maquinas de aire acondicionado en los términos expuestos.

TERCERO.- De cuanto antecede resulta la desestimación del recurso, por lo que conforme a lo previsto en el *artículo 398 LEC* se deben imponer a la apelante las costas de la alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de SANDO PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.U, contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Madrid en fecha 27 de noviembre de 2015 , en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 163/2011, y **CONFIRMAMOS** dicha resolución, con imposición de las costas de la alzada a la apelante.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-0956-16, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo nº 956/16, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe