



Roj: **SAP OU 523/2005 - ECLI: ES:APOU:2005:523**

Id Cendoj: **32054370022005100311**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **2**

Fecha: **15/06/2005**

Nº de Recurso: **303/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ARCOS ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OURENSE

Sección 2ª

Rollo: RECURSO DE APELACION 303/2004

(APELACION CIVIL)

La Audiencia Provincial de OURENSE, constituida por los Ilmos. Sres. D. ABEL CARVAJALES SANTA EUFEMIA, Presidente, D. MANUEL CID MANZANO y DON **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ** Magistrados, ha pronunciado la siguiente.

SENTENCIA.-

En OURENSE, a QUINCE de JUNIO de DOS MIL CINCO.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. TRES DE LOS DE OURENSE, seguidos con el nº 282/01 , Rollo de apelación nº 303/2004, en los que aparecen, como parte APELANTE, AQUAGES, S. A., representado/a por el/la Procurador/a D./Dª MARÍA JESÚS SANTANA PENÍN y asistido/a por el/la Letrado/a D./Dª MERCEDES MARTÍNEZ SANTISTEBAN, DON Octavio , DON Arturo , y DON Salvador , representados por el Procurador DON JULIO TORRES PIÑEIRO y asistidos por el LETRADO DON JOSÉ-ANTONIO FERNÁNDEZ LEDO y como, APELADOS, D./Dª. Franco , representado/a por el/la procurador/ a D/Dª JESÚS MARQUINA FERNÁNDEZ , y asistido/a por el/la Letrado/a D./Dª. JOSÉ-LUIS LÓPEZ FERREIRO. DÑA. Elena (Como presidente de la Cdad. de Propietarios NUM000 y NUM001 de la C/ DIRECCION000 de Ourense) representada por la Procuradora DÑA. LETICIA-MARÍA DOMÍNGUEZ FORTES y asistida por la Letrada DÑA. EUGENIA CABRERA FERNÁNDEZ. D. Carlos Y DON Jose Augusto representados por la Procuradora DÑA. MARTA ORTIZ FUENTES y asistidos por el Letrado DON JOSÉ-LUIS MONDELO GARCÍA. DON Isidro (Como Presidente de la Cdad. De Propietarios núm. NUM002 de la C/ DIRECCION000 de Ourense) representados por la Procuradora DÑA. MARÍA-PAZ FEIJÓO-MONTENEGRO RODRÍGUEZ y asistidos por el Letrado DON GABRIEL GÓMEZ PUMAR. También como apelados y en situación procesal de REBELDÍA: DOÑA Valentina , DÑA. Sonia , DÑA. Silvia Y LA ENTIDAD "CONSTRUCCIONES HERMANOS DEL RÍO ,S .L."; sobre REPARACIÓN DE OBRAS. Es MAGISTRADA-PONENTE el Ilmo. DON **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de primera instancia de NÚM. TRES DE LOS DE OURENSE se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 30 JUNIO 2004 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que con estimación de la demanda formulada por la Procuradora Dña. Leticia Domínguez Fortes en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del Edificio NUM000 - NUM001 de la C/ DIRECCION000 , de la ciudad de Ourense, DEBO CONDENAR Y CONDENO a los propietarios y promotores de dicha obra Don Salvador , Don Octavio y Don Arturo y "AQUAGEST" a realizar inmediatamente, con carácter solidario y a su costa , las obras de reparación necesarias que se detallan en el informe acompañado con la demanda relativas



a las deficiencias en Locales de Sótano, Zonas Comunes y viviendas, así como las relativas a humedades provenientes de la Red Exterior del Edificio, así como al Abono, con carácter solidario, de la cantidad de 211.381 pesetas (equivalente a 1.270,43 euros) cantidad correspondiente a las obras urgentes que la demanda hubo de efectuar en los suelos de los sótanos y según lo anteriormente expuesto. No se hace pronunciamiento sobre costas. DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los restantes demandados."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de AQUAGES, S.A., DON Octavio , DON Arturo Y DON Salvador recurso de apelación y, seguido por sus trámites legales se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales a excepción del término para dictar sentencia debido al número de asuntos que obran ante esta AUDIENCIA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Objeto de esta alzada lo constituye la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de esta capital y en la que son condenados los promotores del inmueble litigioso, D. Salvador , D. Octavio y D. Arturo así como Aquagest, S.A. para que lleven a cabo, de forma solidaria, una serie de obras que se detallan en el informe acompañado con la demanda además de abonar una determinada cuantía económica a la comunidad de propietarios demandante (la del nº NUM000 - NUM001 de la C/ DIRECCION000) en concepto de las obras urgentes que llevó a cabo dicha comunidad.

La representación procesal de los referidos promotores viene a esgrimir en su recurso, en resumen, dos motivos para tratar de atacar la resolución de instancia cuales son, en primer lugar, la prescripción de la acción de responsabilidad decenal del art. 1591 del C.c . y, como segunda cuestión, se hace un alegato relativo a que la causa de los defectos constructivos de autos es el edificio nº NUM002 de la C/ DIRECCION000 .

Por su parte, la representación procesal de la otra apelante, Aquagest, S.A., además de aducir una serie de irregularidades procesales en las que se ha incurrido a lo largo del proceso del que este rollo trae su causa invoca, en esencia, y como núcleo central de su alegato, en sede de error en la valoración de la prueba que, según el informe pericial judicial obrante en autos, no se observaron ningún tipo de deficiencias en la red pública de aguas por lo que el problema de las humedades y filtraciones en el edificio de la comunidad accionante no pudo tener su causa en la infraestructura de la red de aguas-alcantarillado.

En apoyo de la pretensión confirmatoria de la sentencia recurrida se posicionan los apelados, D. Franco , la comunidad de propietarios demandante y la comunidad de propietarios del nº NUM002 de la misma C/ DIRECCION000 , oponiéndose a las pretensiones recurrentes y, básicamente, en el sentido de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Por la necesaria sistemática de la presente resolución, la primera cuestión que debe ser tratada es la relativa, como plantea la representación procesal de Aquagest, S.A., a la válida constitución de la relación procesal.

En el caso de que se trata, aunque en la demanda rectora de autos no fuesen demandadas todas la partes que posteriormente han sido traídas al proceso como litisconsortes, no puede observarse vulneración del art. 420 de la LEC , por cuanto, alegada por los demandados la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y mostrándose acorde con dicho planteamiento el actor, fueron llamados al proceso los no demandados inicialmente por medio de la ampliación subjetiva de la demanda contra los nuevos demandados habiendo contestado Aquagest, S.A. a la demanda por lo que ninguna indefensión se le produjo a la apelante por las supuestas irregularidades procesales por ella invocadas encontrándose, por tanto, válidamente constituida la relación procesal, lo que conlleva el decaimiento del primero de los motivos de apelación esgrimidos por la mercantil, todo ello sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto a la cuestión de fondo debatida.

TERCERO.- Siguiendo el estudio de las cuestiones planteadas tal y como las expusimos en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución, antes de tratar el problema de la prescripción de la acción de responsabilidad decenal ejercitada, procede traer a colación la reiterada jurisprudencia acerca de la responsabilidad de los promotores en base al art. 1591 del C.c ., precepto este aplicable al caso tratado y no la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (Disposición Transitoria 1ª) por estar ante una edificación concluida el 22 de abril de 1991 (según certificación obrante al folio 72 de los autos y aportada como documento nº 2 a la demanda rectora).

Según la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de septiembre de 1997 , las figuras del constructor, promotor o vendedor (así como las posibles combinaciones derivadas de las mismas) están sujetos a responsabilidad según el art. 1591 del C.c . por cuanto se benefician con su correspondiente actividad



constructiva y les compete la denominada culpa in eligendo (contratación con la constructora y, directa o indirectamente, con los técnicos) con respecto a los profesionales que intervienen en la edificación y, en última instancia, una cierta culpa in vigilando (coordinación y supervisión de los trabajos de los intervinientes en el proceso constructivo) a la hora de cerciorarse debidamente de que la "cosa" que se entrega (en este caso, las viviendas) a los compradores a cambio del precio pactado cumplen los requisitos pactados en el contrato están en las debidas condiciones de uso, sin vicios o defectos que impidan, dificulten o afecten a su habitabilidad (también sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1988, 19 de diciembre de 1989, 8 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991 y 8 de junio de 1992).

CUARTO.- Respecto al primero de los motivos de recurso esgrimidos por la representación procesal de los promotores demandados y ahora apelantes, D. Salvador, D. Octavio y D. Arturo, es decir, la prescripción de la acción de responsabilidad decenal del art. 1591 del C.c., hemos de señalar lo que sigue.

No se puede obviar que la prescripción, como limitación del ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista, al ser una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento fuertemente restrictivo (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984).

Por otro lado, en cuanto al plazo que establece el párrafo primero del art. 1.591 del C.c., es doctrina jurisprudencial consolidada entender que no es de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad conocida como "decenal" ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruínógeno dentro del plazo de diez años a contar desde la terminación de la obra, de tal manera que, si transcurre sin haber aparecido, la acción ya no podrá nacer por haber precluido el expresado plazo de garantía. Pero una vez nacida la acción, el plazo de prescripción es el general de quince años que para las acciones personales que no tengan señalado un término especial establece el art. 1964 C.c. (sentencias del Tribunal Supremo de 15 julio 1991, 4 noviembre de 1992, 21 marzo, 17 septiembre 1996 y 17 septiembre 1997).

Pues bien, en el caso sometido a nuestro conocimiento, aunque la conclusión del edificio litigioso fuese en fecha 22 de abril de 1991 tal como antes se dijo (según certificación obrante al folio 72 de los autos) y la demanda se presentase con fecha 5 de mayo de 2001, los promotores ahora recurrentes estaban al tanto de los vicios (vicios que a esta Sala le constan como indubitados no sólo por el reconocimiento de D. Arturo, manifestando que incluso se habían obligado a repararlos -folio 579- sino, y sobre todo, por el informe pericial judicial ratificado en el acto del juicio oral -folio 389 y siguientes de los autos- en el que se detallan tanto los vicios como las causas de los mismos) relativos a humedades y filtraciones tanto en los sótanos como en zonas comunes y viviendas del inmueble del nº NUM000 - NUM001 de la C/ DIRECCION000 de Ourense, según consta en la documental aportada como nº 1 a la demanda (actas de distintas reuniones de la junta de propietarios de la comunidad accionante, obrantes a los folios 11 a 42), juntas celebradas el 11 de enero de 1996 ó 4 de marzo de 1996, entre otras fechas, y en las que estaban presentes los promotores o, al menos, alguno de ellos, por ser propietarios de fincas en el edificio de litis, tal y como lo puso de manifiesto, en la declaración mantenida en el acto del juicio oral, el propio D. Arturo.

En conclusión no cabe hablar de prescripción de la acción del art. 1591 del C.c. porque los vicios antes referidos fueron puestos en conocimiento de los promotores pendiente el plazo de diez años de garantía al que se refiere el precepto citado por lo que el primero de los motivos aducidos por la representación procesal de los mentados promotores y propietarios ha de decaer.

QUINTO.- También alegan D. Salvador, DDo Octavio Arturo que la causa de los referidos vicios constructivos (humedades, filtraciones y ruidos), tienen su origen en el edificio nº NUM002 de la misma C/ DIRECCION000 (sic).

Lo cierto es que, según el informe pericial judicial obrante en autos, las causas de los vicios constructivos existentes se derivan de las deficiencias advertidas en el drenaje y sistema de impermeabilización del edificio, siendo todos esos defectos relatados en el informe citado defectos en la ejecución o en la dirección, según los casos, según declaró la propia perito judicial, Dña. María Rosa (obra al folio 586 de las actuaciones) en el acto del juicio oral por lo que, sin perjuicio del derecho a repetir que pudieran ejercer los promotores recurrentes contra las demás personas intervinientes en el proceso constructivo en virtud de la relación interna entre los mismos, los apelantes son responsables de tales vicios según la doctrina más arriba expuesta relativa a la culpa in eligendo e, incluso, culpa in vigilando respecto de los intervinientes en el proceso de construcción (fundamento jurídico tercero).

Por todo lo expuesto, decae el último de los motivos de apelación esgrimidos por la representación procesal de los promotores lo que conlleva la íntegra desestimación del mismo.



SEXTO.- Por último, y ya en lo que al error en la valoración de la prueba pericial judicial se refiere invocado por Aquagest, S.A., el mismo ha de prosperar. Ello es así, fundamentalmente, por dos motivos. El primero de ellos es que no nos consta que la mercantil hubiese intervenido en el proceso constructivo del inmueble litigioso por lo que no tiene encaje en el ámbito de aplicación del art. 1591 del C.c. Por otro lado, de la citada pericial judicial, se deriva que la red de suministro de agua y mantenimiento de la infraestructura de alcantarillado, funcionó correctamente y no es la causa de los vicios advertidos en el inmueble de litis (folio 584 de los autos), constando según lo actuado que cuando esa red tuvo algún problema de rotura y fue requerida la mercantil por los miembros de la comunidad accionante para que subsanasen dichos desperfectos, así se verificó por la entidad recurrente por lo que, se estima el recurso por ella planteado procediendo absolverla de las pretensiones contra ella deducidas por la parte actora.

SÉPTIMO.- En materia de costas, según el principio objetivo del vencimiento, las costas de primera instancia y las de su recurso se imponen a los promotores apelantes (arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, la Audiencia ha dictado el siguiente:

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Salvador , D. Octavio y D. Arturo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ourense, en autos de juicio ordinario 282/01 , rollo de apelación 303/04, con imposición de las costas de primera instancia y las de su recurso de apelación.

Se estima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Aquagest S.A., contra la misma resolución, revocándose la sentencia recurrida en el sólo extremo de absolver a la mercantil de las pretensiones actoras contra ella deducidas, sin hacer declaración de las costas ni de primera instancia ni de esta alzada, confirmándose en todo lo demás la resolución apelada.

Al notificar esta resolución a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que en unión de los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Iltmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, certifico.