



Roj: **ATS 10303/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:10303A**

Id Cendoj: **28079110012017202581**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2017**

Nº de Recurso: **2520/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a ocho de Noviembre de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Innovación de Construcción, Promoción y Alquiler, S.L. (en adelante Incoproal) presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y de recurso de casación contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2015 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Huesca en el rollo de apelación n.º 50/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 505/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Huesca.

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 1 de septiembre de 2015 la citada Audiencia Provincial tuvo por interpuestos los recursos y acordó remitir los autos a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, a través de los procuradores personados en el rollo de apelación.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en el Tribunal Supremo y formado el correspondiente rollo de sala, por diligencia de ordenación de fecha 30 de septiembre de 2015 se tuvo por personado al procurador D. Julián Caballero Aguado, en nombre y representación de la referida entidad, en concepto de parte recurrente, y la procuradora D.ª Ana María Ariza Colmenarejo, en nombre y representación de D. Fabio, en concepto de parte recurrida.

CUARTO.- Por providencia de fecha 27 de septiembre de 2017 se pusieron de manifiesto a las partes personadas las posibles causas de inadmisión.

QUINTO.- La representación procesal de la parte recurrente formuló alegaciones en escrito de fecha 9 de octubre de 2017, solicitando la admisión. La representación procesal de la parte recurrida formuló alegaciones en escrito de fecha 11 de octubre de 2017, solicitando la inadmisión.

SEXTO.- La parte recurrente ha efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la disposición adicional 15.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. **Antonio Salas Carceller**, a los solos efectos de este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de segunda instancia frente a la que la parte demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación fue dictada vigente la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, en un juicio ordinario seguido contra la entidad hoy recurrida sobre responsabilidad civil por culpa extracontractual, tramitado por razón de la cuantía, siendo ésta inferior a la suma de 600.000 euros. En consecuencia, su acceso a la casación solo es posible por el cauce del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, que exige acreditar el interés casacional en alguna de sus modalidades. Además, conforme a la disposición final 16.ª 1. regla 5 LEC, sólo si se admite el recurso de casación por interés casacional podrá



examinarse la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal. Por tanto, debe examinarse el recurso de casación en primer lugar.

SEGUNDO.- El recurso de casación, debidamente articulado por el cauce del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , por existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, se articula en cuatro motivos.

El motivo primero se funda en infracción del art. 1098 CC , y de la jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto a que la reparación *in natura*, cuando, como ha sido el caso, el perjudicado opta por ella, es preferente sobre la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (se citan y extractan las sentencias de 17 de marzo de 1995 y 27 de septiembre de 2005). Entiende la parte recurrente que la sentencia recurrida aplicó indebidamente esta doctrina y la contenida en las sentencias que la propia Audiencia menciona dado que no concurrían las circunstancias que según esa misma doctrina permitían excepcionar la regla general contenida en el art. 1098 CC , pues lo que la jurisprudencia ha dicho es que, excepcionalmente, puede ser preferente la indemnización en casos en que la reparación *in natura* pueda lugar a «dilaciones o conflictos» que deriven de reticencias previas de la parte demandada o reparaciones defectuosas anteriores, nada de lo cual ha sucedido.

El motivo segundo se funda en infracción de los arts. 397 y 398 CC y del 24 de la Constitución , al considerar la parte recurrente que el único demandante que sostuvo su recurso de apelación (los otros condueños desistieron) carecía de legitimación activa para actuar en beneficio de la comunidad reclamando la realización de unas obras que podían suponer una alteración de elementos comunes para lo que se precisa la unanimidad, o que, como mínimo, actos de administración contra la oposición de los demás condueños (pues estos, al no apelar, se conformaron con la sentencia de primera instancia desestimatoria). Para justificar el interés casacional se citan las sentencias de 20 de diciembre de 1989 y 10 de abril de 2001 .

El motivo tercero se funda en infracción del art. 1902 CC y 24 de la Constitución , alegando la parte recurrente que se ha vulnerado la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 9 de julio de 2003 y 17 de diciembre de 2004 que exige la necesidad de nexo causal entre la conducta imputada y el resultado producido. En síntesis, entiende la recurrente que la sentencia recurrida erró al vincular el daño con su actuación ya que debió imputarlo exclusivamente a la conducta de la empresa que se encargó de la excavación arqueológica desde el momento que la recurrente no fue la que excavó ni la que omitió las medidas de seguridad necesarias para que el muro no cayese, y califica de «anecdótico» el hecho de que la caída del muro se produjera cuando la recurrente ya tenía la libre disposición del solar pues fue la empresa de excavación la que al acabar sus trabajos «dejó el muro descalzado y exhumado por uno de sus lados (causa del derrumbe según señala la sentencia en su fundamento de derecho tercero)».

El motivo cuarto se funda en infracción de los arts. 1902 y 1903 CC y del art. 24 de la Constitución , por infringir la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial contenida, por ejemplo, en sentencias de 5 de diciembre de 1995 y 7 de enero de 2008 , sobre el principio de responsabilidad por riesgo o sin culpa. Se alega, en síntesis, que la sentencia recurrida reprochó a la recurrente que omitiera las medidas de seguridad necesarias para evitarlo dentro de una situación de riesgo, lo que permitía «presumir su culpa», y que, sin embargo, ninguna culpa tuvo en lo sucedido porque el derrumbe se produjo por causa de unos trabajos de excavación llevados a cabo en el solar de su propiedad por una empresa que actuó con plena independencia, a cuya conducta omisiva de las pertinentes medidas de seguridad cabría únicamente imputar el daño causado ya que cuando se marchó debió dejar el solar en perfecto estado y con las pertinentes medidas de seguridad, sin que el mero hecho de que fuera dueña del mismo cuando se derrumbó el muro sea suficiente razón para declarar la responsabilidad de la recurrente.

Por su parte, el recurso extraordinario por infracción procesal se articula en siete motivos.

El motivo primero, formulado al amparo del art. 469.1.2.º LEC , denuncia infracción de los arts. 216 y 218.1 LEC , por incongruencia de la sentencia al conceder más de lo pedido al estimar al mismo tiempo la pretensión principal (en concreto, la segunda de las peticiones contenida en esta) y la subsidiaria (la totalidad de las peticiones subsidiarias).

El motivo segundo, al amparo del art. 469.1.2.º LEC , también denuncia infracción del art. 218.2 LEC y del 24 de la Constitución , por vulneración del deber de motivación determinante de indefensión.

El motivo tercero, al amparo del mismo ordinal 2.º del art. 469.1 LEC denuncia «infracción del art. 1902 CC en relación con el art. 218.2 LEC (motivación) y 24 de la CE ».

El motivo cuarto, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , denuncia error en la valoración de la prueba, con infracción de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución , y jurisprudencia de esta sala sobre el control de la valoración probatoria por el referido cauce procesal cuando la misma incurre en error patente, o resulta ilógica o arbitraria, causando indefensión.



El motivo quinto, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , denuncia error en la valoración de la prueba por infracción de los arts. 1242 y 1243 CC y 348 LEC , y jurisprudencia que los interpreta.

El motivo sexto, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , denuncia infracción del art. 218 LEC , 24 de la Constitución y jurisprudencia sobre la imposibilidad de introducir en la segunda instancia hechos nuevos no alegados en primera instancia.

El motivo séptimo, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , denuncia nuevamente error en la valoración de la prueba por infracción de los arts. 1106 CC y 348 LEC y jurisprudencia que los interpreta, así como del art. 24 de la Constitución .

TERCERO.- El recurso de casación, formulado por el cauce idóneo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , en concreto, por existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, se articula en cuatro motivos.

Con carácter previo procede señalar que el examen lógico de los motivos planteados no se corresponde con el orden en que aparecen formulados.

De los antecedentes del pleito cabe destacar, en lo que al respecto interesa, que la entidad recurrente discrepa en casación de la sentencia de segunda instancia que, estimando en parte el recurso de apelación (sostenido tan solo por uno de los tres demandantes copropietarios del edificio dañado, pues los otros dos desistieron), y también parcialmente la demanda, declaró civilmente responsable a Incoproal de los daños causados al citado inmueble, por omisión de las medidas de seguridad necesarias para evitar el deslizamiento de tierras causante del siniestro, y consecuencia de ello, la condenó a resarcir los perjuicios ocasionados a los elementos comunes y privativos del apelante (por carecer este de legitimación para reclamar los sufridos en los elementos privativos de los demandantes no apelantes) en un porcentaje del 80% (entendiendo que el 20% restante debía quedar a cargo de los afectados, para evitar su enriquecimiento injusto a resultas de la depreciación económica), mediante indemnización económica (resarcimiento por equivalencia), habida cuenta que esta pretensión subsidiaria se consideró más adecuada a las circunstancias que la restitución *in natura* deducida con carácter principal.

Del contenido de su recurso se concluye que la demandada niega que el apelante tuviera legitimación activa, en atención a la conducta procesal de los demás copropietarios afectados, niega su propia responsabilidad, por entender que no incurrió en ninguna negligencia que pueda considerarse causa del resultado y que la verdadera causa estuvo en la conducta de un tercero (la empresa encargada de las excavaciones arqueológicas), y, defiende en todo caso el carácter preferente la reparación *in natura*.

Respondiendo a las cuestiones planteadas en este orden resulta que el motivo segundo, sobre la falta de legitimación activa del apelante, incurre en las causas de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC) e inexistencia de interés casacional (arts. 477.2.3 .º y 483.2.3.º LEC) pues, partiendo de los hechos probados, que no cabe cuestionar en casación, la sentencia recurrida no se opone a la doctrina de esta sala, reiterada en sentencias mucho más recientes que las invocadas según la cual, cualquiera de los comuneros -independientemente de que el inmueble esté o no constituido en régimen propiedad horizontal- puede comparecer en juicio por sí mismo y ejercitar acciones que competan a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma, que el resultado positivo de la acción sea evidentemente beneficioso para todos y no exista especial oposición de alguno de ellos. Así, la sentencia 143/2013, de 4 de marzo , dictada en un caso en que se discutía la validez de la prórroga de un contrato de arrendamiento de inmueble decidida solo por uno de los condueños, reitera que aunque la facultad de uso de la cosa común recogida en el art. 394 CC está sujeta a las limitaciones del art. 397 CC , según el cual, ningún condueño puede realizar actos de disposición o alteración de la cosa común sin el consentimiento de los demás, por excepción «son admisibles como válidos y eficaces los actos particulares de los comuneros, si no consta el asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquellos redunde en claro provecho de la comunidad» habida cuenta de que a tenor de esa misma doctrina, los resultados perjudiciales no vinculan a los demás copropietarios. Incluso la sentencia 46/1995, de 31 enero , afirma que *«no se da falta de legitimación cuando, aunque no se haya hecho constar en la demanda de una manera expresa que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma, se plantea una pretensión que, de prosperar, ha de redundar en provecho de la comunidad (S. 8 junio 1992).....»*. En este caso la sentencia se ajusta a esta doctrina en la medida que el fallo que condena a reparar los elementos comunes del edificio resulta indudablemente provechoso para todos los demandantes, incluidos los que desistieron de su recurso, los cuales no se ha declarado probado que se opusieran explícitamente a tal pretensión, pues no consta manifestación expresa en tal sentido y tampoco el desistimiento del procedimiento en fase de recurso implica una renuncia a la acción (sentencia 159/2004, de 4 de marzo), de tal forma que la infracción que se denuncia solo sería posible dando por sentado lo que falta por demostrar.



Los motivos tercero y cuarto presentan el común denominador de cuestionar la responsabilidad civil de la recurrente desde perspectivas distintas (negando su culpa y negando la existencia de vínculo causal entre su conducta y el resultado dañoso). Ambos motivos incurren en las causas de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC) y consiguiente inexistencia de interés casacional (arts. 477.2.3 .º y 483.2.3.º LEC) porque se rebaten argumentos que no constituyen la razón decisoria y porque el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas que se dan en el presente caso, de forma que la aplicación de la jurisprudencia invocada solo puede llevar a una modificación del fallo recurrido obviando dicha *ratio decidendi* y mediante la alteración de la base fáctica de la sentencia, por omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados. En efecto, el planteamiento de la recurrente no es respetuoso ni con la base fáctica de la sentencia recurrida ni con los argumentos que, sustentándose en aquella, constituyeron su *ratio decidendi* , pues insiste en que la causa del siniestro y de los daños estuvo en la actuación de la empresa que realizó los trabajos de excavación, a quien únicamente competía «dejar el solar en condiciones óptimas de seguridad para su mantenimiento y conservación, sin que esta parte [la recurrente] tenga por qué realizar labor alguna de comprobación de ello», y niega que se haya probado que conociera la situación de riesgo en que quedó el solar tras concluir la excavación, de tal modo que pueda presumirse su culpa por esta razón, argumentos para cuya exposición no duda en enfrentar los razonamientos de la sentencia recurrida, que combate, con los que entiende más acertados de la sentencia de primera instancia. Sin embargo, la sentencia recurrida (que, no se olvide, es la que se impugna, no la de primera instancia), apoyándose en una valoración conjunta de la prueba que no es posible revisar en casación, donde solo procede controlar la corrección del juicio jurídico sobre la norma sustantiva aplicable a la controversia, concluyó que la razón que sustentaba que se declarase civilmente responsable a la demandada radicaba en que, aunque la empresa de excavación actuó con autonomía, no obstante, el solar volvió a manos de la recurrente para proseguir con la excavación iniciada en 2002, momento a partir del cual conocía la situación de riesgo creada tanto por la excavación suya como por la ajena, pese a lo cual no ajustó su diligencia a esa situación objetiva de riesgo y a los previsibles daños que podían derivarse de la omisión de las medidas de seguridad pertinentes para dotar al muro de estabilidad. Estas conclusiones, como se ha dicho, se fundan en las concretas circunstancias fácticas concurrentes, según la valoración probatoria realizada por el tribunal sentenciador, y no es suficiente para justificar la existencia de interés casacional con citar sentencias de esta sala en las que se contiene doctrina general sobre la posibilidad de revisar en casación el juicio jurídico sobre la culpabilidad y sobre el nexo causal (es el caso de la sentencia de 17 de diciembre de 2004 citada en el motivo tercero), sobre la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil aquiliana del art. 1902 CC (sentencia de 9 de julio de 2003 , también citada en el motivo tercero), ni con citar dos sentencias sobre la responsabilidad por riesgo (sentencias de 5 de diciembre de 1995 y 7 de enero de 2008 , invocadas en el motivo cuarto) que nada tienen que ver con la razón decisoria en la medida que la condena se fundó en la existencia de una actuación negligente imputable a la demandada y no en la mera constatación de un resultado dañoso.

Finalmente, el motivo primero del recurso incurre igualmente en las causas de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC) e inexistencia de interés casacional (arts. 477.2.3 .º y 483.2.3.º LEC) ya que de nuevo la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina que se invoca como infringida, reiterada por esta sala en sentencias de fecha posterior. Entre estas destaca la reciente sentencia 525/2015, de 28 de septiembre , según la cual las formas de reparar el daño son la reparación específica o *in natura* y la indemnización por equivalencia (denominada también indemnización y resarcimiento, por la que se persigue compensar o resarcir el menoscabo patrimonial sufrido por el damnificado, a través normalmente de la entrega de una suma de dinero, que se traduce en la prestación del "id quod interest"), y si bien es incuestionable que la reparación *in natura* tiene en la jurisprudencia carácter preferente y la indemnización por equivalencia carácter subsidiario (en concreto, tratándose de obligaciones de hacer, como es el caso, la sentencia de 13 de junio 2005 puso de manifiesto que la reparación "in natura" es preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera (sentencias de 2 diciembre 1994 ; 13 mayo 1996 y 13 julio 2005), también es cierto que «en atención a las circunstancias concurrentes esa doctrina legal ha evolucionado permitiendo al perjudicado postular una indemnización por equivalencia en vez de la posible reparación "in natura"». Así lo han señalado también las sentencias de 16 marzo de 2011 Rc. 1642/2007 , y 25 de marzo de 2015 Rc. 926/2013 , donde se razona sobre la procedencia de la pretensión resarcitoria por equivalencia, por concurrir una serie de circunstancias, por ejemplo, un acto de conciliación sin avenencia, que se interpretan como dificultades o complicaciones a la hora de conseguir la indemnidad mediante la reparación específica. En este caso la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina indicada porque, como consecuencia de moderar la responsabilidad de la hoy recurrente fijándola en un porcentaje del 80%, es obvio que el otro 20% quedaba a cargo de los propios perjudicados y que, en esta tesitura, la reparación *in natura* exigía una coordinación entre las actuaciones de una y otra parte que razonablemente cabe interpretar como dificultades en orden a considerar que la indemnización podía satisfacer mejor el derecho al resarcimiento integral.



CUARTO.- La inadmisión del recurso de casación por interés casacional determina la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal porque mientras esté vigente el régimen provisional, y conforme a lo taxativamente previsto en la disposición final 16.ª, apdo 1, párrafo primero y regla 5.ª, párrafo segundo, LEC, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia.

QUINTO.- Las alegaciones efectuadas por la recurrente no desvirtúan la efectiva concurrencia de las causas de inadmisión que se pusieron de manifiesto habida cuenta que se ha limitado a defender la concurrencia de interés casacional con base en los mismos argumentos utilizados en el escrito de interposición y a negar que se hayan alterado los hechos probados, obviando, en cuanto al motivo segundo, que no se ha demostrado que los demás comuneros se opusieran, en cuanto a los motivos tercero y cuarto, que según la sentencia recurrida la recurrente conocía la situación de riesgo creada tanto por la excavación suya como por la ajena, pese a lo cual no ajustó su diligencia a esa situación objetiva de riesgo y a los previsibles daños que podían derivarse, y en cuanto al motivo segundo, que la Audiencia valoró una serie de circunstancias fácticas como dificultades o complicaciones a la hora de conseguir la indemnidad mediante la reparación específica. Ninguna indefensión se ocasiona a la parte en la aplicación de las causas de inadmisión que contempla la ley, pues el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia ni puede sustentarse sobre circunstancias fácticas que la Audiencia no reconoce y sin que la disposición final 16.ª permita el examen del recurso extraordinario por infracción procesal si no se ha admitido el recurso de casación de necesaria interposición conjunta cuando la sentencia tiene acceso a casación por el cauce del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC.

SEXTO.- Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la sentencia recurrida de conformidad con lo previsto en los artículos 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado el artículo 473.3 y el artículo 483.5 de la misma ley, que contra este auto no cabe recurso alguno.

SÉPTIMO.- La inadmisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, determina la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

OCTAVO.- Abierto el trámite contemplado en los artículos 473.2 y 483.3 LEC, y presentado escrito de alegaciones por la recurrida, procede hacer expresa imposición de las costas del presente recurso a la recurrente.

PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto,

LA SALA ACUERDA :

1º) Inadmitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Innovación de Construcción, Promoción y Alquiler, S.L. contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2015 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Huesca en el recurso de apelación n.º 50/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 505/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Huesca.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Imponer las costas de los citados recursos a la parte recurrente, que perderá los depósitos constituidos.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.