



Roj: **STS 776/2020 - ECLI:ES:TS:2020:776**

Id Cendoj: **28079110012020100148**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2020**

Nº de Recurso: **2947/2017**

Nº de Resolución: **166/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPII, Tolosa, núm. 3, 05-10-2016, Proc. 207/2014.,
SAP SS 358/2017,
STS 776/2020,
AATS 5580/2020**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 166/2020

Fecha de sentencia: 11/03/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2947/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/02/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Guipuzcoa, Sección 3.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 2947/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 166/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 11 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 12 de abril de 2017 por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (sección 3.^a), en el rollo de apelación n.º 3097/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 207/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tolosa.

Ha comparecido en calidad de parte recurrente la procuradora D.^a Adela Gilsanz Madroño, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de CALLE000 NUM000 - NUM001 , de Zizurkil, NUM002 la dirección letrada de D. Patxi Lobato Gauna.

Ha comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. José Ignacio Otermín Garmendia, en nombre y representación de la mercantil Saiatu Etxegintza, SA, bajo la dirección letrada de D. Elías Mendinueta Alustiza.

Ha comparecido igualmente como parte recurrida el procurador D. Fernando Castro Mocoroa, en nombre y representación de D. Moises y D. Emilio , bajo la dirección letrada de D.^a Maite Martín Puyal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador D. Íñigo Navajas Sáiz, en nombre y representación de Comunidad Propietarios del inmueble de la CALLE000 , NUM000 - NUM001 de Zizúrkil, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tolosa, contra Sayatu S.A. y contra D. Moises y D. Emilio , para que dictase sentencia por la que:

" [...] se condene solidariamente a los demandados (o mancomunadamente en la proporción o partidas correspondientes si su Señoría entiende posible imputar concretas reparaciones a cada una de las partes demandadas a realizar las reparaciones fijadas en el informe pericial elaborado por D. Teofilo y D. Urbano o, en el supuesto de no llevar a cabo las obras en el plazo que prudencialmente fijen su Señoría a pagar a la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 NUM000 - NUM001 la suma de ciento ochenta y seis mil ciento setenta y uno con 22 céntimos (186.171, 21 céntimos de euro) más su IVA y sus intereses moratorios desde el 19 de noviembre de 2009 en el caso de la mercantil Sayatu S.A, y desde el 2 de junio de 2011 a los codemandados Sres. Moises y Emilio , y al pago de las costas."

2. El procurador D. José Ignacio Otermin Garmendia, en representación de Sayatu Etxegintza S.A, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que:

"[...] con desestimación de la demanda se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos y con expresa imposición en las costas a la actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tolosa dictó sentencia con fecha 5 de octubre de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el procurador D. Íñigo Navajas Saiz, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del Inmueble de la CALLE000 NUM000 - NUM001 de Zizurkil, frente a los demandados la mercantil Sayatu y D. Moises y D. Emilio y en consecuencia debo declarar y declaro la responsabilidad solidaria de los demandados a realizar las reparaciones fijadas en el informe pericial elaborado por d. Teofilo y D. Urbano y en el supuesto de no llevar a cabo las reparaciones en el plazo fijado en el fundamento de de derecho undécimo, debo condenar y condeno a los mismos de forma solidaria a que abonen a la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 NUM000 - NUM001 la suma de 186.171,22 euros más su IVA y sus intereses moratorios desde el 19 de noviembre de 2009 en el caso de la mercantil Sayatu S.A y desde el 2 de junio de 2011 a los codemandados Sres. Moises y Emilio así como a las costas causadas".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Moises y Emilio , correspondiendo su resolución a la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa que dictó sentencia el 12 de abril de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: I.-) Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Moises . y D. Emilio frente a la sentencia de fecha 5 de octubre de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Tolosa en el Procedimiento Ordinario número 207/14 revocando la resolución recurrida en el sentido de desestimar los



pedimentos contenidos en el suplico de la demanda respecto a los citados recurrentes por apreciación de la excepción de prescripción extintiva.

"II.-) Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Saiatu Etxegintza S.A frente a la sentencia de fecha 5 de Octubre de 2016 dictada por el: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Tolosa en el Procedimiento Ordinario número 207/14 y, en consecuencia revocamos la misma en el sentido siguiente:

"1º- Condenando con carácter principal a Saiatu Etxegintza S.A a la ejecución de las reparaciones determinadas en el FJ Segundo apartado (3) de la presente resolución.

"2º- Condenado con carácter subsidiario a Saiatu Etxegintza SA, y ello en defecto -de la ejecución de los trabajos de reparación referidos en el apartado 1º precedente, a abonar a Comunidad, la suma Correspondiente a los trabajos de reparación a los que se refiere el precedente apartado 1º debiendo de incluir asimismo y -en todo caso las cantidades que correspondan a los conceptos de "Medios Auxiliares"; "Seguridad y Salud"; "Gestion de Residuos"; "Licencia de Obras".

"Los intereses moratorios de esta cantidad devengarán desde el 9 de Noviembre de 2009.

"No procede efectuar pronunciamiento alguno en. relación a las costas generadas en la alzada.

"Procede la imposición a la parte demandante de las costas generadas en la instancia a los codemandados D. Emilio y D. Moises al haberse desestimado la demanda frente a los mismos por causa de prescripción.

"Vista la estimación parcial de la demanda interpuesta contra Saiatu Etxegintza S.A no procede efectuar pronunciamiento alguno en relación a las costas devengadas en la instancia por la citada demanda."

TERCERO. *Tramitación e interposición del recurso de casación*

1. El procurador D. Iñigo Navajas Saiz, en representación de Comunidad de Propietarios CALLE000 NUM000 - NUM001 de Zizurkil, interpuso recurso de casación ante la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, con base en un único motivo, al amparo del apartado 3.º del artículo 447.2 de la La Ley de Enjuiciamiento Civil por existir interés casacional por contradecir la aplicación indebida de los artículos 1591 y 1964 del Código Civil.

2. Por diligencia de ordenación de 28 de junio de 2017, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa se tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Esta sala dictó auto 16 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de CALLE000 NUM000 - NUM001 , de Zizurkil, contra la sentencia dictada con fecha 12 de abril de 2017 por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 3097/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 207/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tolosa.

"2º. - Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que las partes recurridas formalicen por escrito su oposición al recurso interpuesto. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría."

4. Dado traslado a las partes, la representación procesal de D. Emilio y D. Moises , presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

5. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de febrero de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1.- Comunidad de Propietarios de la CALLE000 COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 NUM000 - NUM001 DE ZIZURKIL (en adelante COMUNIDAD) formula demanda de juicio Ordinario contra SAYATU SA, Moises y D. Emilio postulando el dictado de una sentencia por la que " (...) se condene solidariamente a los demandados (o mancomunadamente en la proporción o partidas correspondientes si SS.ª entiende imposible imputar concretas reparaciones a cada una de las partes demandadas) a realizar las reparaciones fijadas en el Informe pericial elaborado por D. Teofilo y D. Urbano o, en el supuesto de no llevar a cabo las obras en el



plazo que prudencialmente fije SS.^a, a pagar a la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 NUM000 - NUM001 la suma de ciento ochenta y seis mil ciento setenta y un euros con veintidós céntimos (181.171,22) más su IVA y sus intereses moratorios desde el 19 de Noviembre de 2009 en el caso de la Mercantil Sayatu SA y desde el 2 de Junio de 2011 a los codemandados Sres. Moises y Emilio, y al pago de las costas".

2.- La demanda sostiene:

-SAYATU SA fue constructora, promotora y vendedora de los inmuebles que integran la Comunidad demandante según Proyecto elaborado por los Arquitectos Sres. Moises y Emilio quienes certificaron el fin de obra el día 7 de septiembre de 1999. El inmueble consta de dos edificios de Viviendas de Protección Oficial con sus correspondientes garajes y trasteros. La Declaración de Obra Nueva, del inmueble de la Comunidad se realizó mediante Escritura Pública otorgada por el Notario de Azpeitia D. Gaspar Rodríguez Santos el día 8 de septiembre de 1999.

-En el año 2002 COMUNIDAD se puso en contacto con la constructora instando la reparación de un problema de ascensor.

En el año 2008 se constata el crecimiento de una fisura en la fachada y ante la gravedad de los defectos con desprendimiento y caída de trozos de fachada a la vía pública COMUNIDAD en el mes de junio de 2009, recabó el Informe de un Arquitecto que puso de manifiesto las graves y generales deficiencias en la fachada (documento número 4 Informe del Arquitecto D. Felipe).

Remitida reclamación a la mercantil SAYATU SA respondió señalando la responsabilidad de la Dirección de Obra (documento 5).

Remitida reclamación a la Dirección de Obra la misma respondió a través de su seguro que la responsabilidad era de la ejecución de la obra (documento 7).

-A la vista de lo anterior COMUNIDAD encargó un nuevo Informe pericial elaborado por D. Teofilo (Arquitecto) y D. Urbano (Arquitecto técnico) que se acompañó como documento número 9 del que resultaba la responsabilidad de los codemandados y ello por:

-Apreciar defectos en el proyecto a consecuencia de una deficiente solución constructiva de las terrazas incumpliendo la NBE-QB-90 en cuanto a impermeabilización, encuentro de cubierta con antepecho, inexistencia de junta de dilatación perimetral y falta de aislamiento térmico entre terraza y vivienda.

-Apreciar defectos en la ejecución por; entre otros motivos, inexistencia de juntas de dilatación en las piezas que conforman la albardilla de coronación del antepecho de las terrazas, deficiente ejecución de los antepechos de ladrillo con hiladas partidas y masas de mortero irregulares en el inmueble número NUM000, tela asfáltica carente de levante y refuerzo requeridos en el encuentro con los dos antepechos, inexistencia de malla elástica de fibra de vidrio en el frente de los forjados, sustitución del pavimento de terrazo por una cerámica inadecuada para exteriores.

-En el Informe técnico acompañado como documento número 9 se indicaron las obras a realizar en vierteaguas y albardillas; antepechos de ladrillo; terrazas y fachadas.

-En la base jurídica de la demanda se ejercita la acción derivada de ruina (artículo 1591 del CC) y subsidiariamente la acción de incumplimiento contractual (artículos 1091, 1098, 1101, 1124 y concordantes todos del CC).

3.- En tiempo y legal forma D. Emilio y D. Moises han contestado a la demanda oponiéndose a la misma y alegando, en esencia, lo siguiente:

-No han sido traídos a la causa los arquitectos D. Manuel y D. Martin quienes fueron los encargados de la dirección de ejecución de la obra ausencia que resulta extraña ya que los defectos son de ejecución de la obra.

-Desde el día 27 de octubre de 1999 (certificado final de la Dirección de la Obra) hasta el burofax enviado por Lobato Abogados a D. Emilio y D. Moises no se ha recibido queja o reclamación de ningún tipo.

-Ante la demanda formulada los demandados encargaron un Informe a la Arquitecto Dña. Isabel que se aportará en cuanto obre en su poder. Contrariamente a la tesis defendida por la parte demandante la impermeabilización de la terraza está correctamente efectuada de acuerdo a la Norma básica y contemplada en el Proyecto.

Queda reflejado que el Proyecto cumple la NBE-QB-90 en base a una serie de documentos:

a.-) Extracto del Pliego de Condiciones apartado "Normativa vigente de aplicación de los proyectos y la Ejecución de las Obras" en el apartado 13°.

-En el extracto de la Memoria, página 25, apartado "3.5. CUBIERTA .3-5 cubierta".

-En el extracto del Presupuesto, página 10, apartado 1.4.1.9.

-Extracto del Anexo, Control de calidad.

En todos los apartados que conforman el proyecto se hace referencia de forma reiterada a la aplicación de la NBE-QB-90 contradiciendo el Informe presentado por la actora que ni se han molestado en leer el proyecto.

Se examina partida por partida los defectos encontrados por los peritos de la actora (albardillas, vierteaguas, antepechos de ladrillo, solución constructiva de la terraza, malla de fibra de vidrio, pavimento cerámico de la terraza y aislamiento térmico de la terraza) entendiéndose que todos son defectos de ejecución o puesta de obra pero no de Proyecto.

-En relación a la base jurídica de la contestación se adujo la falta de legitimación pasiva de los Arquitectos D. Emilio y D. Moises .

-Excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido traídos al proceso los aparejadores Sres. Manuel y Martin .

-Prescripción de la acción basada en el artículo 1592 del CC entendiéndose que los vicios no son de construcción sino pequeños defectos de acabado por lo que de conformidad al artículo 18 de la LOE el plazo de prescripción es de dos años.

-No es de aplicación la acción de incumplimiento contractual.

4.- Previos los trámites de rigor se ha dictado sentencia de fecha 5 de octubre de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Tolosa en el Procedimiento Ordinario número 207/2014 cuyos pronunciamientos esenciales fueron:

Declarar la responsabilidad solidaria de los demandados.

-Condenar a los mismos a la realización de los trabajos de reparación recogidos en el Informe del Arquitecto D. Teofilo .

-Subsidiariamente condenando a los demandados al abono de la suma de 186.17,22 euros, con el IVA e intereses moratorios desde el día 19 de noviembre de 2009 en el caso de SAIATU y desde el 2 de junio de 2011 en el caso de los Stes. Moises y Emilio , con expresa condena en costas.

5.- D. Emilio y D. Moises han interpuesto recurso de apelación contra la citada resolución alegando, en esencia, lo siguiente:

-A los Arquitectos Superiores autores del Proyecto solo se les podrían achacar los defectos que los peritos de la actora enumeran y definen como fallos del proyecto.

En cualquier caso se sostiene que aunque en el Plano de detalle no se hacía referencia a la NBE-QB-90 en relación a la impermeabilización y aislamiento de la cubierta lo cierto es que la NBE-QB-90 está recogida en el conjunto de documentos del Proyecto: Memoria, Pliego de Condiciones; Presupuesto y Anexo de control de calidad.

Además, se incide en el hecho de que si tras quince años no se ha producido una sola filtración ha de concluirse que la impermeabilización ha sido correcta.

-Los defectos atribuidos a la Constructora eran defectos de ejecución y por tanto ajenos a la intervención de los Arquitectos: defectuosa colocación de malla elástica que ha dado lugar a grietas; anclajes mal colocados en las albardillas; falta de mortero en las baldosas; sustitución de ladrillos por mortero; falta de vierteaguas en algunos plintos; existencia de fisuras horizontales en algunos puntos. Pero la responsabilidad de tales defectos no puede ser atribuida a los Arquitectos.

-Los edificios fueron construidos antes de la entrada en vigor de la LOE que preveía la responsabilidad civil individualizada (artículo 17.2). Por lo que aun cuando la LOE no estaba en vigor la sentencia si diferencia y separa los defectos atribuibles a cada parte demandada por lo que no es justo que se establezca una responsabilidad solidaria.

-Se reprocha a la sentencia hacer caso omiso a las periciales de la Sra. Isabel y del Sr. Baldomero . La perito Sra. Isabel visitó el edificio dos veces (años 2011 y 2014) manifestando tras la vista del año 2014 que los daños eran prácticamente los mismos que en el año 2011, únicamente la fachada estaba algo más sucia y las baldosas más deterioradas. Además, tal y como reconoció el perito de la actora y los otros dos peritos la colocación del aislamiento térmico no era obligatoria en el año de la construcción por lo que su colocación es



una mejora que sin embargo no se descuenta a la hora de los importes. Igualmente quedó claro que la actora no había hecho reparación alguna en el edificio en los quince años de vida que tenía.

-En relación a la prescripción de la acción respecto de los Arquitectos demandados se insiste en que la primera reclamación fue el 21 de mayo de 2011 siendo el certificado de fin de obra de 27 de octubre de 1999. No se comparte el criterio de la sentencia que rechaza la aplicación de la prescripción cuando razona que la reclamación efectuada a la constructora interrumpe la prescripción respecto de los arquitectos por el principio de solidaridad.

6.- Ha conocido del recurso de apelación la sección tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que dictó sentencia el 12 de abril de 2017 y, en lo que interesa al recurso de casación, estima el recurso de apelación interpuesto por D. Moises y D. Emilio por apreciar respecto de ellos prescrita la acción ejercitada que, por acuerdo de las partes, es la derivada del art. 1591 CC.

7.- La *ratio decidendi*, en esencia, para la decisión de la Audiencia es la siguiente:

La fecha en la que los Arquitectos reciben la primera reclamación por burofax de Comunidad es de 31 de mayo de 2011.

Siendo la fecha del certificado de fin de obra la de 27 de octubre de 1999 es claro que ha pasado con creces el plazo de garantía de diez años o sin que dentro del mismo se haya formulado reclamación alguna por vicio constructivo contra los Arquitectos.

8.- La sentencia recurrida concluye, como efecto de declarar prescrita la acción ejercitada respecto de los Arquitectos, lo siguiente:

El debate procesal ya no se va a centrar en el origen de los defectos o anomalías - constructivas, o derivados del proyecto o de la ejecución de la obra.

-Consecuencia de lo anterior tampoco va a girar en torno a la identificación del responsable de las anomalías detectadas y puestas de manifiesto en la demanda.

-Por consiguiente, se elimina del debate la decisión judicial de declarar una solidaridad impropia o una responsabilidad mancomunada diferenciando responsabilidades según se trate de defectos de proyecto o defectos de construcción.

Y ello porque la viabilidad de la acción de responsabilidad, ya sea la principal al amparo del artículo 1591 del CC o ya sea la subsidiaria de responsabilidad por incumplimiento contractual (artículo 1101 del CC) , va a analizarse en exclusiva relación al promotor/constructor/vendedor SAIATU SA respecto del cual no tiene sentido la diferenciación entre defectos de Proyecto/diseño o defectos de ejecución de la obra al asumir el promotor toda responsabilidad respecto de los terceros compradores de las viviendas de VPO.

9.- La representación procesal de la Comunidad demandante interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2, apartado 3, de la LEC, que articula en un solo motivo:

Alega la aplicación indebida de los arts. 1591 y 1964 CC, en relación con la jurisprudencia de esta Sala, que distingue entre el plazo de garantía de 10 años por responsabilidad de vicios ruinógenos en los edificios y el plazo de prescripción de 15 años vigente en el momento, a contar del *dies a quo* en que se produjo el vicio, propio de las acciones personales.

Parte para ello de los hechos declarados probados en la sentencia que recurre, a saber:

- Fecha fin de la obra según "Certificado Final de Obra": 27 de octubre de 1999.
- En el año 2002 la Comunidad se puso en contacto con la constructora instando la reparación de un problema de ascensor.
- Aparición del vicio ruinógeno en el año 2008.
- Redacción de primer informe pericial de la Comunidad de Propietarios en el año 2009.
- Reclamación a la promotora mediante burofax de fecha 19 de noviembre de 2009.
- Reclamación a los Arquitectos mediante burofax el 31 de mayo de 2011.
- Redacción del segundo informe pericial de la Comunidad de propietarios en noviembre de 2013.
- Interposición de la demanda 1 de julio de 2014.

De tales hechos concluye que la aplicación del plazo contemplado en artículo 1591 del CC en la sentencia el Tribunal no se realiza correctamente, ya que dicho plazo de diez años se establece como plazo de garantía



desde que se concluyó la construcción, de forma que en el momento en el que se tiene conocimiento del daño .o se manifiesta el vicio ruinógeno se inicia el plazo, de quince años contemplado en el Art. 1964 del CC para exigir ejercitar la acción de responsabilidad por vicios en la construcción frente al responsable.

Cita en apoyo de su tesis, como sentencias de contraste, las sentencias de esta sala de 2 de junio de 2005, 23 de mayo de 2005 y 20 de julio de 2002.

En aras a todo ello solicita la parte recurrente que se case la sentencia en este pronunciamiento y se acuerde la devolución de las actuaciones a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzkoa para que resuelva sobre el fondo del recurso de apelación interpuesto por las recurrentes.

10.- La sala dictó auto el 16 de octubre de 2019 por el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, se opuso a él, en plazo, la parte recurrida.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

1.- En contra de la confusión que late en las alegaciones de la parte recurrida, el debate sobre la solidaridad estaría bien traído si se tratase de decidir sobre la interrupción de la prescripción.

Pero no es ello sobre lo que versa el objeto del recurso, ya que la parte recurrente lo que sostiene, con cita de la jurisprudencia de la sala, es que la acción se ha ejercitado en plazo, esto es, dentro de los 15 años siguientes a la aparición de los vicios ruinógenos que se les imputa a los Arquitectos recurridos, y tales vicios surgieron en el plazo de 10 años de garantía.

Se apoya para ello en los arts. 1591 y 1964 CC, con respecto a los hechos probados de la sentencia recurrida.

2.- La sentencia recurrida parece confundir garantía y prescripción que son dos instituciones de contenido y significación jurídica diferente (STS 517/2010, de 19 de julio):

"La garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado -diez años- de los daños causados por una mala construcción (tres plazos en la LOE). Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, como señala reiterada jurisprudencia (SSTS 4 de octubre de 1989; 15 de octubre de 1990; 14 de noviembre de 1991), en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege* es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar " desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas" (Art., 6.5 y 17 1), suprimiendo el punto de partida anterior "*desde que concluyó la construcción*", vigente en el momento de los hechos, que tanto dividió a la doctrina a la hora de concretarlo: a) el de la terminación material de la obra; b) el de la entrega o puesta a disposición de la obra, y c) aquel en que la obra ha sido aprobada y recibida por el comitente.

La prescripción, por el contrario, tiene que ver también con el paso del tiempo pero de una forma distinta puesto que no es más que el cumplimiento del plazo que la Ley concede a los perjudicados para hacer efectivo su derecho mediante el ejercicio de las acciones correspondientes."

Tal distinción se afirma en la sentencia de la sala de 13 de marzo de 2007, con cita de numerosas sentencias precedentes.

3.- Si se aplica la doctrina de la sala a los hechos probados de la sentencia recurrida, procede la estimación del recurso.

El certificado final de obra es de fecha 27 de octubre de 1999, luego los diez años de garantía finalizaron el 27 de octubre de 2009.

El vicio, tachado como ruinógeno, apareció en el año 2008, esto es, dentro del plazo de 10 años de garantía.

Por tanto, se debe estar a esta fecha como día inicial del cómputo de la acción, fecha en que se produjo la misma o se manifestó el vicio ruinógeno (SSTS de 15 de octubre de 1990 y 28 de diciembre de 1998), esto es, de la aparición del vicio de la construcción (SSTS de 6 de abril de 1994 y 3 de mayo de 1996) o, como afirma la sentencia de 29 de diciembre de 1999 "*desde el momento en que se detecta el desperfecto en que el vicio se hace patente*".

Si la demanda se interpuso contra los arquitectos recurrentes el 1 de julio de 2014, queda patente que no había transcurrido el plazo de 15 años de prescripción de la acción desde la aparición del vicio de la construcción que se les imputa.



TERCERO.- Llegados a este extremo del discurso se plantea la interrogante de si procede la devolución de los autos al tribunal para que dicte sentencia sobre la cuestión de fondo, planteada en el recurso de apelación y sobre la que no ha recaído decisión.

La sala en supuestos extraordinarios ha declarado que no procede asumir la instancia, y sí devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en relación con las pretensiones objeto de debate, con plena jurisdicción a la hora de valorar la prueba, "pues esta solución no está excluida 477.2. 2.º LEC, y, se estima en este caso necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia" (SSTS de 10 de septiembre de 2012, rec. 1740/2009, de 3 de marzo de 2011, rec. 2180/2006, de 18 de julio de 2011, rec. 2103/2007, de 25 de mayo de 2010, rec. 1020/2005, y las que en ella se citan).

En el presente supuesto así se debe proceder, hasta el punto de que la propia parte recurrente así lo entiende y lo interesa.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 de la LEC, no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Se estima el recurso interpuesto por D. Moises , interpuesto contra la sentencia dictada por la sección 3.ª de Guipúzcoa el 12 de abril de 2017, recaída en el recurso de apelación n.º 3097/2017, dimanante del juicio ordinario 207/2014 seguido en el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tolosa.

2.- Se casa la sentencia recurrida en lo relativo a la desestimación de la demanda interpuesta contra los arquitectos D. Moises y D. Emilio , por prescripción de la acción.

3.- Se acuerda devolver los autos a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3.ª, para que, con libertad de criterio decida sobre el fondo de la cuestión respecto de la acción ejercitada contra los mencionados arquitectos sin que pueda decidirse sobre su prescripción.

4.- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Marín Castán Antonio Salas Carceller

Eduardo Baena Ruiz M.ª Ángeles Parra Lucán

José Luis Seoane Spiegelberg