



Roj: **STS 2352/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2352**

Id Cendoj: **28079119912021100012**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **17/06/2021**

Nº de Recurso: **867/2018**

Nº de Resolución: **409/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 14642/2017,**
STS 2352/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 409/2021

Fecha de sentencia: 17/06/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 867/2018

Fallo/Acuerto: Sentencia Estimando Parcialmente

Fecha de Votación y Fallo: 19/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona Sección 19.^a

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 867/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 409/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg
D. Juan María Díaz Fraile
D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 17 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de diciembre de 2017, dictada en recurso de apelación 298/2016, de la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de autos de juicio ordinario 403/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Hospitalet de Llobregat.

El recurso ha sido interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad Construcciones Pai S.A., representado en las instancias por la procuradora Dña. Elisa Rodés Casas, bajo la dirección letrada de D. Jesús Giner Sánchez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente.

En calidad de recurrido se personan la mercantil denominada Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes S.A., la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 núm. NUM000 de Sant Boi de Llobregat y la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 núm. NUM001 de Sant Boi de Llobregat, representados por el procurador D. Pablo Sorribes Calle y bajo la dirección letrada de D. Joan Carles Codina Campaña.

Se persona también en calidad de recurrido Dña. Eva, como sucesora procesal de D. Guillermo, representada por el procurador D. José Ramón Couto Aguilar y bajo la dirección letrada de D. Juan Francisco López Masoliver.

Por último, se persona en calidad de recurrido D. Pedro Enrique representada por el procurador D. Marcos Juan Calleja García bajo la dirección letrada de D. Juan Olóndriz Planell.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La Comunidad de Propietarios DIRECCION000 núm. NUM000 de Sant Boi de Llobregat, la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 núm. NUM001 de Sant Boi de Llobregat y la Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes S.A. (Claus S.A.), representadas todas ellas por el procurador D. José Manuel Feixó Bergadá y dirigidas por el letrado D. Joan Carles Codina Campaña, interpusieron demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de responsabilidad contractual del art. 1101 del Código Civil y de las acciones contempladas en el art. 17 de la Ley de la Ordenación de la Edificación, contra la mercantil Construcciones Pai S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia por la que:

«a) Se declare la responsabilidad de la mercantil Construcciones Pai, S.A., en su calidad de constructora de los inmuebles sitios en el DIRECCION000, núms. NUM000 y NUM001 de Sant Boi de Llobregat, en lo que respecta a los defectos constructivos aparecidos en el pavimento de la totalidad de las viviendas construidas.

»b) Se condene a abonar a mis patrocinados las siguientes cantidades:

»1) Diez mil setecientos setenta y siete euros con treinta y ocho céntimos de euro (10.777,38.-€), a la actora Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes S.A. (Claus, S.A.)

»2) Un millón doscientos noventa mil ochocientos veintisiete euros con cuarenta céntimos (1.290.827,40.-€), a las comunidades de propietarios de DIRECCION000, núms. NUM000 y NUM001.

»c) Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada».

2.- Admitida a trámite la demanda, se personó en calidad de demandada la entidad Construcciones Pai S.A., representada por la procuradora Dña. Elisa Rodés Casas y bajo la dirección del letrado D. Carlos Cortina Alemany y formuló incidente de intervención provocada de tercero a fin de llamar a la causa a D. Pedro Enrique arquitecto de la obra, a D. Guillermo, aparejador de la obra y a Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes S.A., empresa promotora de las obras, y por auto de 24 de abril de 2012 se admitió la intervención



provocada respecto a los dos primeros, arquitecto y aparejador, pero no respecto a la empresa tercera al ser actora y no poder ostentar la doble condición.

3.- Posteriormente el procurador D. José Manuel Feixó Bergadá, representante de los actores, presentó escrito de ampliación de demanda, acumulando a la misma la acción de reclamación de cantidad contra la misma demandada, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables y solicitando al juzgado:

«Tenga por ampliada objetivamente en tiempo y forma la demanda inicial de juicio ordinario contra la mercantil denominada Construcciones Pai, S.A., en reclamación de la cantidad inicial reclamada de un millón trescientos un mil seiscientos cuatro euros con setenta y ocho céntimos (1.301.604,78.-€), más la de cuatro mil trescientos noventa y tres euros con catorce céntimos de euro (4.393,14.-€) objeto de la presente ampliación y, tras su tramitación legal:

»1.- Dicte resolución por la que se admita la ampliación de la demanda, concediendo el plazo legalmente establecido a la demanda para que, si lo considera conveniente, la conteste.

»2.- Que, una vez cumplidos con todos los trámites legales, incluida la celebración de juicio, dicte en su día sentencia por la que:

»a) Se declare la responsabilidad de la mercantil Construcciones Pai, S.A., en su calidad de constructora de los inmuebles sitos en el DIRECCION000 , núms. NUM000 y NUM001 de Sant Boi de Llobregat, en lo que respecta a los defectos constructivos aparecidos en el pavimento de la totalidad de las viviendas construidas.

»b) Se condene a abonar a mis patrocinados las siguientes cantidades:

»1) Quince mil ciento setenta euros con cincuenta y dos céntimos de euro (15.170,52.-€), a la actora Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes S.A. (Claus, S.A.).

»2) Un millón doscientos noventa mil ochocientos veintisiete euros con cuarenta céntimos (1.290.827,40.-€), a las comunidades de propietarios de DIRECCION000 , núms. NUM000 y NUM001 .

»c) Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada».

4.- Admitida igualmente la ampliación de demanda, se personó en calidad de interviniente D. Pedro Enrique , representado por el procurador D. Jaime Romeu Soriano y bajo la dirección letrada de D. Joaquín Guitart Riu, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare:

«- Que mi mandante, el arquitecto D. Pedro Enrique , no es responsable de las deficiencias alegadas por la parte actora que resulten acreditadas en el procedimiento.

»- Que las acciones ejercitadas por los actores en base al artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación no son ejercitables frente a mi mandante por vencimiento del plazo de garantía y/o por prescripción de las mismas.

»Y en su consecuencia, se absuelva a mi citado mandante de todas las pretensiones que frente al mismo resulten del escrito de demanda y de su llamada al procedimiento.

»Con imposición de las costas del procedimiento ocasionadas y que se ocasionen a mi mandante a la demandada Construcciones Pai S.A., por ser quien ha llamado a mi mandante al procedimiento».

5.- Se personó como interviniente D. Guillermo , representado por la procuradora Dña. María Teresa Vidal Farre y bajo la dirección de los letrados D. Joan López Masoliver y Héctor Riera Botet, y contestó a la demanda con los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y suplicó al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que estimando las argumentaciones esgrimidas en el mismo, se desestime la demanda en todos sus extremos, con imposición a la demandante de todas las costas causadas».

6.- La entidad Construcciones Pai S.A, ya personada en calidad de demandada, a través de su representación procesal la procuradora Dña. Elisa Rodés Casas contestó a la demanda con los hechos y fundamentos legales que consideró aplicables y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Desestimando íntegramente la demanda presentada y absolviendo libremente a mi representada de los pedimentos interesados en su contra por la parte demandante».

7.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de LHospitalet de Llobregat se dictó sentencia, con fecha 6 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , núm. NUM000 y NUM001 de Sant Boi de Llobregat y la Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes, S.A. y condenar a Construcciones Pai, S.A., a abonarles la cantidad de 29.038,2 euros a la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , núm. NUM000 de Sant Boi de Llobregat y la cantidad de 116.152,8 euros a la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , núm. NUM001 de Sant Boi de Llobregat y que hacen un total de 154.191 euros y a la Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes S.A., la cantidad de 8.358,5 euros, por los defectos constructivos aparecidos en el pavimento de las viviendas reseñadas, afrontando cada parte el pago de sus respectivas costas y las comunes por mitad.

»En relación a D. Pedro Enrique y a D. Guillermo , que fue sucedido por Dña. Eva , su condición es de terceros intervinientes, en consecuencia no cabe dictar ninguna sentencia condenatoria ni absolutoria al respecto, con imposición de las costas causadas a los mismos a Construcciones Pai S.A. de acuerdo con lo establecido en el art. 14.2.5 de la LEC».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante y por la representación de las demandadas Comunidades de Propietarios DIRECCION000 núms. NUM000 y NUM001 de Sant Boi de Llobregat y Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes, la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 20 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: La Sala, acuerda: Estimar sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Claus (Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes, S.A.), y las Comunidades de Propietarios DIRECCION000 números NUM000 y NUM001 de Sant Boi de Llobregat, y de otro, estimar parcialmente el interpuesto por la representación procesal de Pai Construcciones, S.A., contra la sentencia núm. 231/2015 dictada en fecha 6 de noviembre de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Hospitalet de Llobregat en sus autos de juicio ordinario núm. 403/2012 - E, de los que el presente rollo dimana, y en consecuencia:

»Revocar en parte la sentencia de primera instancia; y con estimación sustancial de la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 número NUM000 y NUM001 de Sant Boi de Llobregat y Claus (Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes, S.A.) frente a Construcciones Pai, S.A., condenamos a la demandada a abonar las sumas que siguen: a la mercantil Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes, S.A. (Claus) la suma de 15.170,52.-€; y a la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 núm. NUM000 de Sant Boi de Llobregat y a la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 núm. NUM001 de Sant Boi de Llobregat las sumas de 824.163,09.-€ y 261.469,84.-€; todo ello imponiendo a la demandada las costas de la instancia.

»En cuanto a los llamados en garantía no se hace expresa imposición de las costas causadas.

»No se hace declaración en cuanto a las costas de la presente alzada respecto a ninguno de los recurrentes».

TERCERO.- 1.- Por la entidad Construcciones Pai S.A. se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por el cauce del art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 17.1.b) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Motivo segundo.- por el cauce del art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 1902 del Código Civil.

Motivo tercero.- Por el cauce del art. 477.1 de la LEC, infracción de los arts. 13.1 y 13.2c) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de diciembre de 2020, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. José Ramón Couto Aguilar, en nombre y representación de Dña. Eva en su condición de sucesora de D. Guillermo , el procurador D. Marcos Juan Calleja García en nombre y representación de D. Pedro Enrique , y el procurador D. Pablo Sorribes Calle en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 núm. NUM000 de Sant Boi de Llobregat, la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 núm. NUM001 de Sant Boi de Llobregat y la mercantil denominada Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes S.A., presentaron escritos de oposición al recurso de casación admitido.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 13 de abril de 2021, a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia, fecha



en la que se acordó deliberarlo por la sala en pleno, procediéndose a su suspensión y a su nuevo señalamiento para el pleno del día 19 de mayo de 2021, en que tuvo lugar de forma presencial excepto el presidente que deliberó por videoconferencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

El presente recurso de casación dimana de un pleito en el que las comunidades de propietarios afectadas por vicios constructivos en la pavimentación interior de las viviendas que afectan a su habitabilidad y la promotora que las vendió y que costeó las reparaciones más urgentes, reclamaron respectivamente de la constructora el pago del coste de las obras de reparación, más gastos de alojamiento y depósito de mobiliario durante su ejecución y el reembolso de las cantidades satisfechas por dichas reparaciones urgentes, pretensiones que fueron estimadas sustancialmente en apelación.

Por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 núms. NUM000 y NUM001 de Sant Boi de Llobregat y la mercantil Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes, S.A. (Claus) (promotora) se formuló demanda contra la mercantil Construcciones Pai, S.A. (constructora) en reclamación de defectos de obra en las viviendas, por no estar bien colocados los pavimentos.

La parte demandada se opuso a la demanda.

A petición de la demandada fueron llamados como intervinientes y comparecieron el arquitecto D. Pedro Enrique y el aparejador D. Guillermo (al que tras su fallecimiento sucedió su esposa Dña. Eva). La demanda no se dirigió contra los intervinientes, pero en su condición de tales, contestaron a la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando a Construcciones Pai S.A., a abonar 29.038,20 euros a la Comunidad de Propietarios núm. NUM000 (por los daños en seis viviendas), 116.152,80 euros, a la Comunidad núm. NUM001 (por los daños en 24 viviendas), y 8.358,50 a Companyia Local DActuacions Urbanístiques Santboianes, S.A. (promotora, por las cantidades que había invertido en la reparación).

Recurrieron en apelación todas las partes y la sentencia de segunda instancia, de fecha 20 de diciembre de 2017, estimó sustancialmente el recurso de las partes demandantes y consideró que las patologías del pavimento afectan a todas las viviendas (84) y se produjo para todas dentro del plazo de garantía de los tres años, pues la causa de su existencia es la forma y materiales empleados en su ejecución, y que fue la misma para la totalidad de la promoción, es decir que era un defecto generalizado, tanto si se había materializado el defecto en la vivienda, como si por el momento el vicio existía pero no se había materializado. Al afectar la patología del pavimento de forma generalizada a los dos edificios de la promoción la aparición del defecto en las viviendas dentro del plazo de garantía imposibilitaba la preclusión del plazo de garantía en las viviendas en las que no se había materializado o exteriorizado el defecto de ejecución. El plazo de tres años de acuerdo con la jurisprudencia no es de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, y en este caso se ha dado de modo que el daño se produce dentro del periodo de garantía y no ha existido la prescripción. La preclusión de la garantía no se produce respecto de ninguna de las viviendas, con independencia de las reclamaciones concretas. Los defectos en el pavimento no son simplemente puntuales sino determinantes de un fracaso generalizado de la partida de obra, por lo que procede acoger la pretensión indemnizatoria de sustitución integral de la totalidad de pavimentos de la promoción. Por esto se estima el recurso sustancialmente y condena a abonar 824.163,09 euros a la Comunidad del núm. NUM000, y 261.469,84 euros a la Comunidad del núm. NUM001 y 15.170,52 euros a la promotora Claus.

En la sentencia de segunda instancia se añadía que:

a) No cabe atribuir responsabilidad al arquitecto superior porque el cambio del tamaño de las baldosas (de 25x25 cm a 41x41 cm) «*per se* no era en modo alguno inadecuado», y porque tampoco la modificación del trazado de los tubos de calefacción fue la causa de los despegues, abombamientos y roturas, ya que estos aparecieron en zonas en las que no discurría la instalación; y

b) No cabe atribuir responsabilidad al arquitecto técnico o aparejador, ni por la mala elección del material de agarre, ni por la ausencia de adecuada supervisión de los trabajos de colocación del pavimento. En cuanto a lo primero (mala elección del material de agarre), porque no se probó que el mortero cola o adhesivo cementoso utilizado para pegar las baldosas, a pesar de su mayor tamaño, fuera inadecuado -cosa distinta es que pudiera haber otros más óptimos, de tipo químico, pero también más caros-, mientras que por el contrario sí se probó que los levantamientos, roturas y abombamientos de la baldosas tuvieron su causa exclusiva en la mala puesta en obra, por no seguirse las instrucciones del fabricante (folios 384, 385 y 392) que recomendaban doble



encolado y pala dentada, juntas de dilatación y solera limpia, lo que solo era imputable a la constructora al ser trabajos propios del colocador -peón de obra u oficial 1.ª albañil o pavimentador-. En cuanto a lo segundo (falta de supervisión), porque la tarea de colocar el pavimento no entraña complejidad técnica que exija instrucciones de la dirección facultativa, y porque además los defectos en las juntas «se ubicaban en las juntas de colocación de las baldosas por la parte inferior no visible al tener el canto biselado la superior» (pág. 35 de la sentencia recurrida).

La representación de la mercantil Construcciones Pai S.A. formula recurso de casación, con tres motivos:

Motivo primero: infracción del art. 17.1.b) LOE, por cuanto la sentencia recurrida considera que la preclusión de la garantía no puede afectar a ninguna de las viviendas de la promoción en que se considera acreditado el defecto (mala colocación del pavimento interior), se hubiese o no exteriorizado el defecto en este período. Se condena a la sustitución total de los pavimentos aunque el defecto no se haya exteriorizado en la totalidad de las viviendas.

Motivo segundo: art. 1902 CC, porque en definitiva la sentencia condena a la reparación de unos daños que no se han producido, siendo que este precepto y la jurisprudencia hace necesario que el daño este acreditado, ha de ser real y efectivo, y no meras hipótesis o probabilidades. No es indemnizable un daño meramente eventual.

Motivo tercero: infracción de los arts. 13.1 y 13.2 c) Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación. Porque los defectos observados en la colocación del pavimento son fruto de una deficiente colocación material, que denota una falta de la debida supervisión de la obra, que correspondía al aparejador, que sin embargo no es condenado.

SEGUNDO.- *Hechos no controvertidos ante esta sala.*

1.º- Pai fue la contratista a la que la promotora-vendedora encargó la construcción de los dos edificios (EDIFICIO000 y EDIFICIO001) integrados por las 84 viviendas, más locales y garajes, y en ese proceso constructivo intervino como arquitecto técnico o aparejador el Sr. Guillermo .

2.º- La recepción de las obras de cada edificio por la promotora tuvo lugar definitivamente (tras el plazo concedido para la subsanación de defectos) con fechas 7 de septiembre de 2005 (EDIFICIO000 o del núm. NUM000) y 15 de enero de 2006 (EDIFICIO001 o núm. NUM001).

3.º- La defectuosa colocación o puesta en obra del pavimento interior (solado) -por su incorrecta adherencia- determinó que durante el periodo de garantía de tres años del art. 17.1 b) LOE aparecieran en algunas viviendas de la promoción baldosas dañadas, en las que eran visibles abombamientos, fisuras, roturas, levantamientos o despegues.

4.º- En relación con la causa del vicio -a los efectos de poder atribuirle o no su causación al aparejador, como pide en casación la constructora- se ha constatado:

4.1. Que las baldosas dañadas eran de gres esmaltado (serie Biarritz de la marca Keraben);

4.2. Que inicialmente se proyectaron de un tamaño de 25x25 cm, pero luego se eligieron piezas de 41x41 cm, de absorción media-baja;

4.3. Que a pesar de cambiarse el tamaño no se cambió el material de agarre, que siguió siendo un «adhesivo cementoso» de adherencia mecánica (de la marca Pegoland del grupo Puma, y de la clase C1), indicado para baldosas de absorción media-alta, pero que no consta que no fuera idóneo para el formato de baldosa elegido (de absorción media-baja), por más que existieran en el mercado otro tipo de morteros cola o adhesivos cementosos de tipo químico que daban un resultado mejor, pero que eran más caros;

4.4. Que según las especificaciones del fabricante del mortero o adhesivo, para su utilización correcta en esa clase de baldosas (i) era preciso asegurarse de que la solera estuviera limpia de polvo, yeso o restos de suciedad, (ii) debía realizarse un doble encolado, de la parte de la baldosa no esmaltada y del suelo, (iii) debía emplearse una plana dentada U9 -dientes de 9 mm-, y (iv) debían respetarse unas juntas de dilatación adecuadas -que sirven para eliminar o minimizar tensiones mecánicas-, teniendo en cuenta que la baldosa tenía el canto biselado por la parte superior pero no por la interior;

4.5. Que no se siguieron tales especificaciones, pues (i) la solera «estaba sucia con polvo y disgregado», (ii) no se hizo doble encolado, (iii) se empleó una plana dentada U6 -dientes de 6 mm-, y (iv) no se hicieron correctamente las juntas de colocación de las baldosas por su parte inferior no visible;

4.6. Que una vez colocadas las baldosas no era posible corroborar que se hubieran instalado conforme a dichas especificaciones, no siendo posible en particular verificar si se habían respetado las juntas al afectar a la parte no visible.

**TERCERO.- Motivo primero. Decisión de la sala. Plazo de garantía.**

Se desestima el motivo primero, fundado en el art. 17.1.b) de la LOE.

El recurrente entiende que en la sentencia recurrida se confunde el defecto con el daño y que parte de los daños se manifestaron con posterioridad al plazo de garantía.

Sin embargo, en la sentencia de apelación se establece que las patologías del pavimento afectan a las 84 viviendas y se produjeron para todas dentro del plazo de garantía de los tres años, pues la causa de su existencia es la forma y materiales empleados en su ejecución, y que fueron los mismos para la totalidad de la promoción, es decir que es un defecto generalizado, tanto si se ha materializado el defecto en la vivienda, como si de momento el vicio existe pero no se ha manifestado.

Añade la sentencia de apelación que la preclusión de la garantía no se produce respecto de ninguna de las viviendas, con independencia de la reclamaciones concretas. Los defectos en el pavimento no son simplemente puntuales sino determinantes de un fracaso generalizado de la partida de obra.

En concreto, se declara en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de apelación que:

«(...) la patología es la misma para todas tanto si se ha materializado el defecto como si de momento el vicio existe pero no se ha materializado; esto es el defecto constructivo relativo a la ejecución defectuosa del pavimento se ha manifestado para todas las viviendas dentro del plazo de garantía, no siendo predicable sólo de las viviendas en las que se ha exteriorizado por medio de abombamientos, roturas o levantamientos pues es el mismo defecto para todas. O dicho de otro modo que al afectar la patología del pavimento de forma generalizada a los dos edificios de la promoción, la aparición del defecto en la vivienda dentro del plazo de garantía trienal imposibilita la preclusión del plazo de garantía en las viviendas en que no se ha materializado o exteriorizado el defecto de ejecución».

En resumen, es un hecho probado, no impugnado, de la resolución recurrida, que las patologías del pavimento afectan a las 84 viviendas y se produjeron para todas en el período de garantía, pues la causa de su existencia, la forma y materiales empleados en su ejecución, fue la misma para la totalidad de la promoción.

A la vista de lo expresado debemos declarar que constatado el defecto se confirma que la ineficiente instalación del pavimento de cada vivienda constituye un daño para cada uno de sus titulares, sin perjuicio de que se hayan manifestado o no los defectos.

Por tanto, en la sentencia de apelación no se confunde el defecto con el daño, sino que este es consecuencia de aquel.

CUARTO.- Motivo segundo. Decisión de la sala. Naturaleza del daño.

Se desestima el motivo segundo.

Entiende el recurrente que el daño no está acreditado y que no son suficientes meras hipótesis o probabilidades, no siendo los perjuicios reales y efectivos, por lo que se infringiría el art. 1902 del C. Civil.

Como hemos referido se declara probado en la sentencia recurrida que el defecto es generalizado y que la patología afecta a las 84 viviendas, por lo que el daño no es hipotético sino real.

Esta sala en sentencia 221/2014, de 5 de mayo, declaró:

«...el menoscabo patrimonial padecido es no solo un vicio de la edificación sino un auténtico daño material por el infravalor de las viviendas...»

»Como establece la doctrina, desde el punto de vista objetivo, se define el daño como "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o patrimonio"...

»Es decir, el daño material es actual y no de futuro y compromete la resistencia y estabilidad potencialmente.

»El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el término "comprometer" como "exponer o poner a riesgo a alguien o algo en una acción o caso aventurado"».

En resumen son daños materiales, en cuanto comprometen la integridad de la vivienda al afectar a su habitabilidad, porque la subsanación o reparación de los defectos tiene un coste cierto y evaluado económicamente y por tanto no se infringe el art. 1902 del C. Civil.

QUINTO.- Motivo tercero. Intervención procesal del arquitecto técnico.

El recurrente pretende la declaración de responsabilidad del arquitecto técnico, aunque no haya sido demandado, dada su condición de interviniente (arts. 13.1 y 13.2 c) de la LOE.



La disposición adicional 7.ª LOE dispone:

«Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

»La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieran, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos».

Por su parte, el art. 14.2 LEC dispone:

«Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se procederá conforme a las siguientes reglas:

»1.ª El demandado solicitará del tribunal que sea notificada al tercero la pendencia del juicio. La solicitud deberá presentarse dentro del plazo otorgado para contestar a la demanda.

»2.ª El letrado de la Administración de Justicia ordenará la interrupción del plazo para contestar a la demanda con efectos desde el día en que se presentó la solicitud, y acordará oír al demandante en el plazo de diez días, resolviendo el tribunal mediante auto lo que proceda.

»3.ª El plazo concedido al demandado para contestar a la demanda se reanudará con la notificación al demandado de la desestimación de su petición o, si es estimada, con el traslado del escrito de contestación presentado por el tercero y, en todo caso, al expirar el plazo concedido a este último para contestar a la demanda.

»4.ª Si comparecido el tercero, el demandado considerase que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquél, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 18.

»5.ª Caso de que en la sentencia resultase absuelto el tercero, las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales del artículo 394».

Recientemente la sentencia de pleno 459/2020, de 28 de julio, sintetiza la doctrina jurisprudencial sobre la «posición jurídica» de los terceros intervinientes, en particular, en este tipo de procesos sobre vicios constructivos. La sentencia, dictada en un caso como este en que la parte demandante -también una comunidad de propietarios- solo demandó a la promotora, a cuya instancia se llamó al proceso a otro agente de la edificación -proyectista-, declaró, en síntesis, lo siguiente:

(i) La posición jurídica de los llamados al proceso por la vía de la disposición adicional 7.ª LOE y art. 14.2 LEC es la de terceros, «en tanto en cuanto la demanda no se dirija contra ellos y no sea precisa su interpelación conjunta con las partes demandadas, al no darse un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario». Esto es así porque desde la sentencia de pleno 623/2011, de 20 de diciembre es jurisprudencia consolidada que «[...] el tercero cuya intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al tercero. Si el demandante no dirige expresamente una pretensión frente al tercero, la intervención del tercero no supone la ampliación del elemento pasivo del proceso. El tercero no será parte demandada y la sentencia que se dicte no podrá contener un pronunciamiento condenatorio ni absolutorio del tercero».

(ii) Interpretando la citada disposición adicional 7.ª LOE, la sentencia 538/2012, de 26 de septiembre, también de pleno, declaró que la incorporación del tercero, como agente de edificación, se activa procesalmente a través del art. 14 LEC, si bien únicamente adquiere la condición de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda contra él. Todo ello conforme a lo dispuesto en los arts. 5.2 y 10 LEC, y en coherencia con los principios dispositivo y de aportación de parte que rigen el proceso civil (art. 216 LEC).

(iii) Esa misma sentencia precisó además cómo debe interpretarse la oponibilidad y ejecutividad del fallo con respecto al tercero, en los términos siguientes:

«[...] quedará vinculado por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrá alegar que resulta ajeno a lo realizado y, de otro, que únicamente podrá ejecutarse la sentencia cuando se den los presupuestos procesales para ello, lo que no es posible cuando ninguna acción se dirige frente a quien fue llamado al proceso y como tal no puede figurar como condenado ni como absuelto en la parte dispositiva de la sentencia».

SEXTO.- Efecto prejudicial.



La sentencia de pleno 538/2012, de 26 de septiembre, sobre las cuestiones generales de la disposición adicional 7.ª LOE, menciona lo que llama «efecto indirecto» y precisa cómo debe interpretarse la oponibilidad y ejecutividad del fallo con respecto al tercero:

«La situación del tercero que no ha sido demandado es la posición de quien está al cuidado del litigio, como sujeto interesado al que, sin soportar la acción, la LEC le permite una actividad en el proceso dirigida a conseguir que este tenga un resultado lo menos adverso posible para los intereses del tercero que puedan verse afectados de forma refleja, con la función de precaverse de la gestión procesal de la parte correspondiente.

»...la oponibilidad y ejecutividad del fallo de la sentencia, a que se refiere la disposición transcrita, supone, de un lado, que quedará vinculado por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrá alegar que resulta ajeno a lo realizado y, de otro, que únicamente podrá ejecutarse la sentencia cuando se den los presupuestos procesales para ello, lo que no es posible cuando ninguna acción se dirige frente a quien fue llamado al proceso y como tal no puede figurar como condenado ni como absuelto en la parte dispositiva de la sentencia».

Lo que corrobora la más reciente sentencia de pleno 459/2020, FDD 3.º, apartado 6:

«En este caso, al tratarse de la aplicación de la Disposición Adicional 7.ª de la LOE, sin que los terceros impugnantes se hayan constituido formalmente en parte demandada, al no postular la comunidad de propietarios actora que la demanda se dirija contra ellos, y, por lo tanto, no ser factible su absolución o condena; el concepto de perjuicio para impugnar la sentencia adquiere unas connotaciones específicas, derivadas del hecho de que, conforme a la jurisprudencia de esta sala, los referidos terceros quedarán vinculados por las declaraciones que se hagan en la sentencia de apelación a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrán alegar que resultan ajenos a lo ejecutado».

En el mismo sentido destacan las sentencias 760/2014, de 8 de enero de 2015, y 1364/2006, de 29 de diciembre.

Por último, el principal interés que tendrá el demandado que pidió la intervención no es solo la parte dispositiva de la sentencia dictada en su contra (su propia condena) sino los presupuestos fácticos y jurídicos que han conducido a ésta. Sobre todo, «constituir el pronunciamiento recaído en presupuesto para que, al ejercitar el derecho de regreso o repetición de que se crea asistido frente a los co-responsables, éstos no puedan desconocer el contenido de aquél, controvirtiendo la corrección de la valoración fáctica y de la interpretación y aplicación del derecho efectuadas por el juez en esa resolución (*exceptio male iudicati processus*); o cuestionando el modo en que condujo y desarrolló la defensa el demandado en aquél (*exceptio male gesti processus*)».

En conclusión, la constructora al recurrir en casación está facultada para solicitar la declaración de responsabilidad del arquitecto técnico, en cuanto éste se ha personado y ha gozado de todas las posibilidades procesales de defensa.

Es necesario posibilitar el cuestionamiento de la responsabilidad del arquitecto técnico en el recurso de casación, dado que en la sentencia de segunda instancia se ha excluido dicha responsabilidad en la fundamentación jurídica, aun cuando no se haga pronunciamiento sobre ello en el fallo, dado que no fue demandado.

Si vetáramos la posibilidad de analizar la responsabilidad del arquitecto técnico, quedaría firme la exoneración de responsabilidad de la sentencia de apelación y ello condicionaría la acción de repetición de la constructora.

SÉPTIMO.- Responsabilidad del arquitecto técnico en la LOE.

Se estima el motivo tercero.

La recurrente entiende que debió declararse la responsabilidad del arquitecto técnico, al tratarse de un defecto generalizado.

Según el art. 13 de la LOE, el arquitecto técnico como director de la ejecución de la obra forma parte de la dirección facultativa y es quien «asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado», y de ahí que tenga entre sus obligaciones, por lo que aquí nos interesa, «c) Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra».



Es decir, el arquitecto técnico, cuando actúa como director de la ejecución material de la obra, es el agente al que compete dirigir dicha ejecución material, controlando y supervisando, entre otros aspectos, los materiales que se utilizan y su correcta colocación en obra.

Abunda en este ámbito competencial, el Código Técnico de la Edificación cuando dispone en su art. 7 que el control durante la ejecución se extiende a cada unidad de obra verificando su replanteo, los materiales que se utilicen, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, así como las verificaciones y demás controles a realizar para comprobar su conformidad con lo indicado en el proyecto, la legislación aplicable, las normas de buena práctica constructiva y las instrucciones de la dirección facultativa.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta función de control-vigilancia del director de la ejecución material de la obra y su incumplimiento como razón determinante de su responsabilidad.

La sentencia 1092/2003, de 12 de noviembre, declaró:

«La responsabilidad del arquitecto técnico o aparejador se deriva del incumplimiento de sus obligaciones profesionales. Según el artículo 2.º del Decreto de 16 de Julio de 1935, le corresponde inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas y ordenar la ejecución material de la obra; siendo responsable de que ésta se efectúe con sujeción al proyecto, a las buenas prácticas de la construcción y con exacta observación de las órdenes e instrucciones del arquitecto director; el artículo 1.º A) del Decreto de 19 de Febrero de 1971, detalla sus atribuciones y competencias profesionales en cuanto a la dirección de la obra».

En general es constante la jurisprudencia que le declara responsable por la «omisión de la vigilancia debida» (sentencias 380/2004, de 6 de mayo; 869/2005, de 15 de noviembre y 448/2005, de 10 de junio).

La sentencia 617/2007, de 24 de mayo, desestimó el recurso del arquitecto técnico condenado conforme al art. 1591 CC, declarando, en lo que ahora interesa:

«Pues bien, los hechos probados de la sentencia ponen en evidencia la existencia de una vivienda en situación tal (grietas, fisuras, humedades) que, si bien necesita ser reparada, no llega al grado de deficiencia que aconseje su demolición y reconstrucción, sino que basta su rehabilitación con traslado de los usuarios a otra mientras esta se produce. Estamos ante un fracaso casi generalizado de la construcción, de la que ha sido absuelto el Arquitecto y condenados el Aparejador y la constructora de la obra en pronunciamiento que, respecto del primero de ellos, recurrente en casación, debe mantenerse ya que dentro de las responsabilidades atribuibles al Aparejador o Arquitecto Técnico, están las de dirigir la ejecución material de la obra y controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado, como ahora dice el artículo 13 de la LOE , cumpliendo las órdenes recibidas, ejecutando materialmente el proyecto, calculando la adecuación de los materiales en su aplicación a la obra, inspeccionar ésta, y en lo demás, cumplir con las buenas prácticas de la construcción; obligaciones que desatendió hasta provocar los graves defectos que sufre la vivienda propiedad del actor y de cuyo incumplimiento responde solidariamente con la constructora al no haberse podido deslindar o individualizar las respectivas responsabilidades».

En conclusión, de la doctrina jurisprudencial se extraen argumentos suficientes para sostener que, cuando el defecto o vicio constructivo es una imperfección en la ejecución material que, por su magnitud, afecta a toda la obra (como en nuestro caso ocurre con el vicio que afecta a la pavimentación interior de todas las viviendas de la promoción) el arquitecto técnico no puede eludir su responsabilidad, siendo esta una cuestión de carácter sustantivo-normativo.

No podemos aceptar el argumento de la sentencia de apelación que hace exclusivamente responsable al constructor en cuanto se trata de un fracaso generalizado de parte de la edificación, a lo que no puede ser ajeno el arquitecto técnico, pues de acuerdo con el art. 13 de la LOE ostenta las funciones de control, inspección y fiscalización de las obras, agente de la edificación (arquitecto técnico) que no puede ser condenado en esta resolución, pues la parte actora no estimó oportuno demandarlo, aunque sí actuó como interviniente y sin perjuicio, en su caso, de que produzca los efectos de la Disposición adicional 7 de la LOE en las acciones internas entre constructora y arquitecto técnico.

Sin perjuicio de ello y dado que en la sentencia recurrida se declara la falta de responsabilidad del arquitecto técnico, aunque ello luego no se traslade al fallo, esta sala de casación debe efectuar el pronunciamiento contrario, en el sentido de declarar la responsabilidad del arquitecto técnico en el fracaso generalizado de la pavimentación de las viviendas.

OCTAVO.- Costas y depósito.

No procede imposición de las costas de la casación (arts. 394 y 398 LEC). Devuélvase al recurrente el depósito constituido para recurrir.



FALLO

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

1.º- Estimar, en parte, el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Construcciones Pai S.A. contra la sentencia de fecha 20 de diciembre de 2017 de la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (apelación 298/2016).

2.º- Dejar sin efecto la declaración de ausencia de responsabilidad del arquitecto técnico D. Guillermo (sucedido por su esposa Dña. Eva), en el sentido de los fundamentos de derecho quinto y sexto de la presente sentencia.

3.º- Confirmar el fallo de la sentencia recurrida.

4.º- No procede imposición de las costas de la casación, devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ