

Roj: **SAP S 8/2016 - ECLI:ES:APS:2016:8**Id Cendoj: **39075370042016100008**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Santander**Sección: **4**Fecha: **11/01/2016**Nº de Recurso: **161/2015**Nº de Resolución: **8/2016**Procedimiento: **Recurso de Apelación**Ponente: **MARCIAL HELGUERA MARTINEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia****SENTENCIA nº 000008/2016**

Presidente

D./D^a. Marcial Helguera Martinez (Ponente)

Magistrados

D./D^a. Joaquin Tafur Lopez de LemusD./D^a. Maria del Mar Hernandez Rodriguez

En Santander, a 11 de enero del 2016.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Procedimiento Ordinario, Rollo de Sala nº 0000161/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Torrelavega

En esta segunda instancia ha sido parte apelante María Dolores , representado por el Procurador Sr/a. ANGELA MERINO VERDEJO, y defendido por el Letrado Sr/a. GUSTAVO MERINO CAMPOS; y parte apelada PROMOCIONES RUIZ SALMON, S.L., representado por el Procurador Sr/a. JOSÉ PELAYO DÍAZ, y asistido del Letrado Sr/a. LUCRECIA COSTA GARCIA GUERETA.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado D/Dña. Marcial Helguera Martinez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Torrelavega, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora doña Angela Merino Verdejo en representación de doña María Dolores , contra Promociones Ruiz Salmón, SLU, representada por el procurador don José Pelayo Díaz, y la condeno a indemnizar a la actora con 10.899,95 , más el interés legal.

Cada parte abonará sus costas y las que sean comunes por mitad.

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO. - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Se estima en parte la demanda. Se alza la actora.

En el primer motivo se reclaman 5.755,30 euros por cinco conceptos, que, según la apelante, el perito judicial, Sr. Serafin , recoge como partidas indemnizables y sin embargo el juzgador de instancia, que ha seguido en su sentencia el orden de dicho , no las menciona siquiera.

1. Partida sobre pintura de techos y paredes (1000 euros).

El Sr. Miguel Ángel describe la necesidad de pintar dormitorio principal, vestidor y hall, 1.440 euros, y pintura de paredes y techos afectados por la humedad en garaje, 900 euros. Total, 1.940 euros. El Juzgado concede por las partidas relativas al dormitorio principal (ventanal)- 2.900 euros- y garaje 500 euros- Total 3.400 euros.

No advierte la Sala error evidente del Juzgado al rechazar la partida pretendida. Pues amén de que en ese punto no existe una perfecta correspondencia entre ambas periciales, entendemos que esos 3.400 euros comprenden la pintura de los lugares afectados. Y, en su caso, el propio perito judicial al tratar de "complementos" que valora, viene a reconocer que no fueron objeto de valoración fuera de lo que ya expresó Don. Miguel Ángel , que se han de entender incluidos por éste (1.940 euros).

Y, finalmente, ya en otras partidas se valora la necesidad de pintado, como por ejemplo en las filtraciones por cubierta; lo que pudiera dar a abonos por pintura duplicados. (f 197)

2. Defectuosa situación de la puerta del garaje comunitario. Entendemos se refiere a la "reparación de puerta de garaje superior..." para evitar filtraciones de planta superior abierta. (180 euros). Y el perito judicial valora esta partida en 500 euros.

No puede pretender la Sala una declaración general sobre el estatuto jurídico de la Comunidad en Propiedad Horizontal. La particularidad de nuestro caso es que si bien se proyectaron varios Chalets y en Escritura de Obra Nueva y Propiedad Horizontal se preveían varias viviendas, la realidad es que tan sólo se construyó y vendió el chalet de los hoy apelantes. O dicho de otro modo la Comunidad horizontal está integrada por la Promotora (vendedora) y por los hoy actores. De suerte que la hoy demandada es abrumadoramente mayoritaria en esa Comunidad horizontal, con intereses contrapuestos con los hoy actores, sin que conste constitución real de la Comunidad, sus órganos etc, con lo que y, en definitiva, es el caso excepcional en el que la evidente oposición (más que pasividad) de la Comunidad por instar la reparación de tal elemento común y su incidencia en la planta superior abierta, es cuando la Jurisprudencia atribuye legitimación a estos comuneros, en cuanto perjudicados al ser cotitulares de tal elemento común.

Por tanto, se ha de conceder tal partida, si bien, no podemos conceder los 500 euros sino los **180 euros** que los actores con base en su pericial pedían (congruencia).

Sobre el cerramiento de la colindancia de la propiedad actora con el resto de la Comunidad (1.120 euros).

No consta en el relato de partidas Don. Miguel Ángel . Seríamos incongruentes concediendo una partida no pedida expresamente y probablemente, como deriva de la prueba en juicio, porque los propios actores no consideraron su necesidad ante la solución por ellos adoptada.

Dirección Técnica para montar y desmontar andamios (500 euros). Ya Don. Miguel Ángel , considera una partida de 1.500 euros por dirección de ejecución de obra y coordinación de seguridad por técnico competente. La sentencia concede 605 euros en coherencia con la pericial judicial. Es congruente al conceder menos de lo pedido con fundamento en la pericial judicial, de suerte que se ha de entender que dicha cantidad comprende o engloba la concreta dirección de andamios.

Gastos generales y beneficio industrial (2.635,30 euros). La sentencia también en este caso es congruente a conceder la cantidad contenida en el dictamen pericial judicial.

SEGUNDO . Denuncia incongruencia. Ya hemos ido aludiendo a este principio a lo largo de nuestra resolución. Nos referimos ahora al motivo que alude a los 4.800 euros.

Examinando en paralelo el informe pericial judicial y el informe pericial de la actora -Don. Miguel Ángel - y cotejándolos resulta, en relación con la partida caldera y suelo radiante, que el Juzgado concede 1.845 euros. Este extremo es de confirmar. Pues el Juzgado fija esta cantidad por congruencia, y fue aquella cantidad y no 4.800 euros la que el perito judicial valora y es ésta la cantidad a fijar para no incurrir en incongruencia pluspetita.

Naturalmente la expresión de estilo -y a efectos de salvar las costas- de remisión a lo que resulte en el juicio tras la pericial, en general debe ser rechazada en tanto crea indefensión a la demandada e impide cotejar a posteriori la congruencia judicial.

**TERCERO** . Sobre el rechazo de la indemnización por DAÑO MORAL.

Las partes, asistidas de letrado, conocen la tendencia de nuestra Jurisprudencia -que debemos seguir- en relación con el daño moral. Posiblemente sea restrictiva en este ámbito del Derecho. Pero, a la vez, en cada caso concreto se ha de examinar con prudencia, pues la pretensión por daño moral a veces puede aparecer como el más inmoral de los negocios. O cuando se pretende obtener por esta vía lo que tiene difícil encaje en una pretensión sobre daños materiales.

En definitiva en nuestro caso se han reclamado los daños materiales (regulados tanto en la LOE, para la edificación, como en el C.Civil con carácter general). Pero también se pretende una indemnización por daños morales que fija en un 20% sobre la cantidad que reclama por daños materiales. El Juzgado rechaza la petición.

CUARTO. A los efectos del daño moral hemos revisado la prueba. Hemos de partir de que ante la postura contraria de nuestra Jurisprudencia a la concesión de indemnización por daño moral, quizás en aquellos supuestos excepcionales en que se pide, la parte, asistida de abogado, ha de realizar un especial esfuerzo probatorio, para acreditar que en el caso concreto se han producido unas circunstancias que avalan dicha concesión. Y en nuestro caso se acreditan desde luego las deficiencias, a los efectos que nos ocupan las relativas a agua caliente y calefacción. Naturalmente ello conlleva evidentes incomodidades, como el constante contacto con los gremios llamados a la reparación y las limpiezas subsiguientes. En atención al tiempo en que se produjeron esos intentos (pues se reconoce que la hoy apelada a través de sus empleados acudieron y hubo voluntad de reparar) y la compatibilidad de esas deficiencias con el uso de la vivienda, de manera que no se vieron obligados a vivir en otro inmueble, y que tales deficiencias no supuso la total privación del agua caliente y calefacción, sino un funcionamiento deficiente. Por todo ello entendemos que la decisión del Juzgado de rechazo de esta partida no resulta errónea y hemos de desestimar el motivo.

QUINTO : Por cuanto antecede, el recurso debe ser estimado en parte, sin imposición de las costas de esta alzada (art.397 LEC).

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por D^{ña}. María Dolores contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 DE TORRELAVEGA la que debemos confirmar y confirmamos, SALVO que añadimos 180 euros al principal y - realizando el resto de operaciones-, fijamos la condena por principal en **11.128,05 euros** sin imposición de las costas de esta alzada.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

Así por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Il^lmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha de lo que yo el Secretario doy fe.