

Roj: **STS 1076/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1076**Id Cendoj: **28079110012011100114**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/03/2011**Nº de Recurso: **787/2007**Nº de Resolución: **134/2011**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 285/2007,**
STS 1076/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Marzo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6ª), por PROINASA 2, S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Marta Suárez-Valdivieso Novella, contra la Sentencia dictada, el día 29 de enero de 2007, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 484/2006, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo, en el procedimiento ordinario nº 1339/04. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. José P. Vila Rodríguez, en nombre y representación de PROINASA 2, S.A., en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Nicolás Alvarez Real, en nombre y representación Comunidad de Propietarios DIRECCION000 nº NUM000 de Colunga, D. Benedicto, D. Cristobal, D. Ezequiel, Dª Felicísima, D. Hermenegildo y Dª Magdalena, D. Leovigildo, Dª Piedad, Dª Tarsila, D. Plácido y Dª Eva María, D. Silvio, D. Jose Augusto, D. Jesús Luis, D. Agapito, Dª Constanza y D. Basilio, personándose en calidad de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo, interpuso demanda de juicio ordinario, Comunidad de Propietarios DIRECCION000 nº NUM000 de Colunga, D. Benedicto, D. Cristobal, D. Ezequiel y Dª Felicísima, D. Hermenegildo y Dª Magdalena, D. Leovigildo y Dª Piedad, Dª Tarsila, D. Plácido, Dª Eva María, D. Matías, Dª Marí Jose, D. Silvio, D. Jose Augusto, D. Jesús Luis, D. Agapito, Dª Constanza, D. Basilio, contra "Proinasa 2, S.A." en reclamación de cantidad. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"...dicte sentencia que condene a la demandada a:*

a) Reparar los defectos constructivos en elementos comunes y privativos señalados en los apartados 4, 5, 6.1.2, 6.1.3 (limitado al cambio de ubicación de máquinas de extracción del garaje) y 6.2 del dictamen del perito D. Jon, a fin de dejar el inmueble en buen estado, reparación que se efectuará en el plazo que se señale por el Juzgado.

b) Indemnizar al conjunto de personas físicas demandantes en la cifra de 210.769,13 euros por los incumplimientos de calidades en viviendas y elementos de la urbanización así como incumplimiento de normativa en portal.

c) Indemnizar en 7.787,75 euros a favor de la Comunidad de Propietarios por el exceso de consumo de gasoil de calefacción y agua caliente sanitaria, así como por tasas y enganches del servicio de agua.

d) Indemnizar en 8.100 euros a los propietarios de las plazas de garajes NUM001, NUM002 y NUM003 D. Benedicto, D. Cristobal, D. Ezequiel y Dña. Felicísima.



e) *Declarar la nulidad de la cláusula séptima de los contratos de compraventa de los actores que estipula plazos de reclamación distintos a los previstos legalmente, en perjuicio de los compradores.*

f) *Y al pago de las costas judiciales".*

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de PROINASA 2, S.A. los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia en la que se desestime la demanda, absolviendo libremente de la misma a mi representada, con imposición de costas a la parte actora de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó señalar día y hora para la celebración de Audiencia Previa, compareciendo las partes y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó señalar día y hora para la celebración de Juicio, practicándose la prueba propuesta y previamente declarada pertinente con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo, dictó Sentencia, con fecha 16 de mayo de 2006, y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Portilla Hierro en representación de Benedicto, Cristobal, Ezequiel, Felicísima, Hermenegildo, Magdalena, Leovigildo, Piedad, Tarsila, Plácido, Eva María, Matías, Marí Jose, Silvio, Jose Augusto, Jesús Luis, Agapito, Constanza, Basilio, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 DE COLUNGA condeno a Proinasa 2, S.A. a:

a) Reparar los defectos constructivos en elementos comunes y privativos señalados en los apartados 4, 5, 6.1.2 y 6.1.3 (limitado al cambio de ubicación de máquinas de extracción del garaje) del dictamen del perito D. Jon.

b) Indemnizar al conjunto de personas físicas demandantes en 210.769,13 euros por incumplimientos en calidades en viviendas y elementos de la urbanización e incumplimiento de normativa en portal.

c) Indemnizar a la Comunidad de Propietarios demandante en 7.787,75 euros por exceso de consumo de gasoil de calefacción y agua caliente sanitaria y por tasas y enganches del servicio de agua y en 3.900,50 euros por incumplimiento de normativa señalado en el apartado 6.2 del informe del perito Sr. Jon.

d) Indemnizar en 8.100 euros a los propietarios de las plazas de garaje NUM001, NUM002 y NUM003 D. Benedicto, D. Cristobal, D. Ezequiel y Doña Felicísima.

e) Declaro la nulidad de la cláusula séptima de los contratos de compraventa de los demandantes que estipula plazos de reclamación distintos a los previstos legalmente en perjuicio de los compradores, imponiendo a la parte demandada las costas del proceso".

La representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 número NUM000 de Colunga y otros, presentó escrito solicitando complementar la sentencia, dictándose con fecha 20 de julio de 2006, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "Se complementa el fallo de la sentencia de 16 de mayo de 2006 en el sentido de que además de las condenas fijadas en la misma Proinasa 2, S.A. es condenada a abonar a la Comunidad de Propietarios demandantes 6.864,69 euros. por inundación en planta semisótano y a reparar los daños en la pintura de esta planta".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación Proinasa 2, S.A. Sustanciada la apelación, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó Sentencia, con fecha 29 de enero de 2007, con el siguiente fallo: "Se acoge parcialmente el recurso de apelación deducido por PROINASA 2, S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Oviedo, en autos de juicio ordinario núm. 1339/2004, la que se REVOCA PARCIALMENTE en los siguientes extremos:

a) Excluir de la obligación de reparación "in natura" impuesta en el correlativo de la misma los apartados relativos a la piscina, zona de juegos y tenderos.

b) Deducir de la indemnización en metálico por incumplimiento de calidades en viviendas la partida de demótica, por importe de 6.075 ? fijándola en la cantidad global de 48.997 ?. Establecer en 5.381,16 ? la correspondiente por incumplimientos en portal y dejar para ejecución de sentencia la valoración de los incumplimientos de entrega como privados de los elementos de la urbanización relativos a la pista de tenis, aparcamientos en superficie y zonas ajardinadas, valoración que habrá de efectuarse con arreglo a las bases contenidas en el fundamento de derecho undécimo de esta resolución y siempre obviamente, con la limitación de la cantidad reclamada en la demanda por este concepto, por razones de congruencia.

c) Reducir la indemnización establecida en el correlativo por exceso de consumo de gasoil y agua caliente sanitaria así como por pago de tasas de enganche, a la cantidad de 3.032,05 ?.

d) Reducir igualmente la indemnización fijada en la recurrida en el correlativo a la cantidad de 6.075 ?.



Mantener el resto de sus pronunciamientos, incluido el contenido en el auto de aclaración.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias".

La representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 NUM000 de Colunga y otros, presentó escrito solicitando el complemento de la sentencia. Asimismo la representación de Proinasa 2, S.A., presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 23 de febrero de 2007, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "Se complementa el pronunciamiento b) de la sentencia de esta Sala en el sentido de que las bases a tomar en consideración en ejecución para la determinación del valor de expropiación serán los siguientes: la fecha a tomar en consideración para el cálculo se fija en el primero de enero de 2003, procediendo la actualización con el IPC correspondiente a la de su exacta determinación, y la superficie afectada será la ocupada por ocho plazas de estacionamiento y la parte proporcional o cuota de participación que al bloque de la actora corresponda en los equipamientos comunes, pista de tenis y zonas ajardinadas".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por Proinasa 2, S.A. contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora D^a Marta Suárez-Valdivieso Novella, lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Aplicación indebida del art. 1101 CC . Infracción de los arts. 1484 y 1486 del Código Civil ,

Segundo: Infracción de los arts. 3.2 y 10 del R.D. 515/89 de 21 de Abril sobre Protección de los Consumidores.

Tercero: Sobre publicidad engañosa, pero sin citar norma infringida.

Cuarto: Infracción arts. 17 y 18 de la LOE, sobre plazo de garantía y prescripción.

Quinto: No se cita norma infringida

Sexto: No se cita norma infringida

Séptimo: Sobre prescripción de la acción todo ello en relación con el art. 1964 de CC sobre el principio de la buena fe y el art. 1282 sobre la doctrina de los actos propios.

Octavo: Sobre la costas, todo ello en relación con los arts. 398 y 394 de la LEC .

Por resolución de fecha 17 de abril de 2007, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. José P. Vila Rodríguez, en nombre y representación de PROINASA 2, S.A., en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación Comunidad de Propietarios DIRECCION000 n^o NUM000 de Colunga, D. Benedicto , D. Cristobal , D. Ezequiel , D^a Felicísima , D. Hermenegildo y D^a Magdalena , D. Leovigildo , D^a Piedad , D^a Tarsila , D. Plácido y D^a Eva María , D. Silvio , D. Jose Augusto , D. Jesús Luis , D. Agapito , D^a Constanza y D. Basilio , personándose en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 16 de septiembre de 2009 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios DIRECCION000 número NUM000 de Colunga y otros, impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el dieciséis de febrero de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º En unos folletos de propaganda, la promotora demandada PROINASA 2, S.A. ofreció la venta de viviendas de una urbanización con unos servicios comunes; figuraba adjunta la memoria de calidades.

2º En la demanda rectora del pleito, la Comunidad de Propietarios de la DIRECCION000 n^o NUM000 de Colunga y 20 propietarios individuales denunciaron el incumplimiento del contrato, centrado en los siguientes desajustes: a) falta de entrega de instalaciones comunes y diferente calidad de lo entregado respecto de lo contratado; b) defectos constructivos; c) incumplimientos y defectos en el área recreativa; d) defectos en el portal y en la medida de las plazas de aparcamiento menores de lo ofertado; e) problemas en el sistema de calefacción, y f) no haber dado de alta los servicios de agua y alcantarillado, de los que tuvo que hacerse cargo la comunidad. La comunidad y los propietarios demandaron al promotor-vendedor y pidieron: a) la reparación de los defectos constructivos en los elementos comunes señalados en los apartados de un dictamen que



aportaban, a fin de dejar el inmueble en buen estado; b) indemnizar a los demandantes propietarios individuales en 210.769,13?, por el incumplimiento en las calidades de viviendas y elementos de la urbanización; c) indemnizar a la comunidad por el exceso en los consumos producidos por la calefacción y agua caliente, por las tasas y alcantarillado; d) indemnizar a los propietarios de las plazas de garaje NUM001 , NUM002 y NUM003 , y e) declarar la nulidad de la cláusula 7ª de los contratos privados por abusiva, al establecer plazos de reclamación distintos a los previstos legalmente y ello en perjuicio de los compradores.

3º El promotor demandado, PROINASA 2, S.A., alegó que solo era la promotora y que no había participado en el proceso constructivo, por lo que se producía una falta de litisconsorcio pasivo necesario; había transcurrido el plazo de dos años desde el otorgamiento de las escrituras públicas y además, había actos propios de aceptación de los desajustes.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 Oviedo, de 16 mayo 2006 estimó la demanda. Consideró probados los defectos, así como el incumplimiento de las calidades en viviendas y la urbanización privada y condenó a la demandada a resarcir las peticiones planteadas en el suplico de la demanda.

5º PROINASA, 2, S.A. apeló la sentencia. La de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6ª, de 29 enero 2007 , estimó en parte el recurso. a) En lo que respecta al plazo para el ejercicio de la acción de incumplimiento contractual por entender la apelante que no son de entidad suficiente para estimar que se está en presencia de cosa diversa a la pactada, la sentencia recurrida dice que debe aplicarse la normativa relativa a las acciones por el defectuoso cumplimiento del contrato, que son las ejercitadas en la demanda; b) respecto de si la cláusula genérica de entrega a satisfacción genera aceptación tácita, entiende la sentencia que no puede deducirse de ahí la renuncia a toda reclamación ulterior y que dado que se habían ofrecido unas determinadas calidades, "[...] es evidente que esa vinculación a lo ofertado, basada en la decisiva influencia que la publicidad tiene sobre los compradores al contratar un objeto tan esencial cual la vivienda que se adquiere, no a la vista de lo construido y terminado sino mediante las especificaciones que se figuran en un Proyecto cual es el caso[...]no puede dejarse sin efecto lo ofertado en forma unilateral por la promotora ya que ello no solo vulnera lo dispuesto en el Art. 1256 CC , sino también la previsión del Art. 10 del RD 515/89 " ; c) el proyecto ha de ajustarse a la normativa administrativa de obligado cumplimiento. La sentencia recurrida examina los motivos de indemnización acordados en la de 1ª instancia y concluye que debe revocarla en parte, excluyendo la obligación de reparación *in natura* impuesta en relación a los defectos en algunas zonas comunitarias y establece unas cantidades globales como indemnización por incumplimiento de calidades en viviendas y el portal, el exceso de consumo de gasoil y el pago de tasas.

6º PROINASA 2 S.A. presenta recurso de casación, en base al Art. 477.2, 2º LEC , que fue admitido por auto de esta Sala, de 16 junio 2009 .

SEGUNDO. El recurso está dividido en siete motivos; sin embargo, y aunque se haya admitido en su totalidad, hay que señalar:

1º El Motivo tercero se refiere a la publicidad engañosa, pero no cita norma infringida ni sentencias de esta Sala en las que pueda entenderse que funda una discrepancia. Se limita a unas simples alegaciones, por lo que debe rechazarse, utilizando los mismos argumentos que el auto de esta Sala, de 23 junio 2009, que inadmitió el recurso 1826/2007 , referido a la misma promotora y unos litigantes propietarios de viviendas situadas en otro bloque de la misma urbanización.

2º En los motivos quinto y sexto no se cita ninguna norma infringida.

Estos tres motivos deberían haber sido inadmitidos en el trámite correspondiente, porque no cumplen los requisitos del art. 477.1 LEC , que establece que el recurso habrá de fundarse en "la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso".

3º El octavo apartado se limita a pedir la preceptiva declaración sobre las costas del recurso. Por ello no debe ser tratado tampoco como un motivo.

SEGUNDO . Motivo primero . Aplicación indebida del Art. 1101 CC . Insiste en la no concurrencia de incumplimiento del contrato porque para ello se hubiera requerido que el objeto vendido hubiese sido distinto al pactado o que tuviera defectos tales que se hubiera producido la absoluta insatisfacción del comprador. Los vicios han sido simplemente redhibitorios, aunque los Arts. 1480 y 1486 CC no son aplicables, porque la demanda no se dirige a obtener reparaciones por vicios ocultos, sino los derivados del defectuoso cumplimiento del contrato.

El presente motivo se desestima.

El art. 9 LOE define al promotor como aquella persona que "[i]ndividual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior



enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título". La jurisprudencia de esta Sala ha venido atribuyendo al promotor la obligación de responder de los daños y perjuicios ocasionados por ruina de la obra, de acuerdo con el art. 1591 CC (a partir de la STS de 25 enero 1982 , muchas otras). Esta responsabilidad se concreta en la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 noviembre 1999 (LOE), cuyo art. 9 , definiendo la figura del promotor ya se ha transcrito.

El promotor por tanto, se comporta frente al comprador del inmueble de una forma ambivalente porque, por una parte, es un encargado de la construcción del edificio que ha vendido sobre plano y, en consecuencia, será responsable de los defectos o vicios de la construcción que presente el inmueble, y por otra parte, el promotor actúa como vendedor del inmueble.

En estos casos nos encontramos con un contrato de los denominados *llaves en mano* , por lo que no puede excluirse la aplicación de lo dispuesto en el art. 1591.2 CC , que establece un plazo de 15 años para la responsabilidad ocasionada por el incumplimiento del contrato. Efectivamente, no se trata únicamente de un contrato de arrendamiento de obra en el que se demanda al promotor como tal, sino de una compraventa de cosa futura, que el promotor está encargado de poner a disposición del adquirente, con las condiciones expresadas en la memoria de calidades y por ello hay que aplicar la regla del art. 1591.2 CC , dado que el promotor es el vendedor y responde por el incumplimiento de las calidades.

Estas razones llevan a la desestimación del motivo, que además debería desestimarse por la versión que ofrece de los hechos, con una valoración de la prueba que no está de acuerdo con los hechos declarados probados, incurriendo en un claro defecto casacional de hacer supuesto de la cuestión.

TERCERO. Las anteriores razones llevan a desestimar *los motivos cuarto y séptimo* , ambos dirigidos a discutir la aplicación del plazo de prescripción de quince años a estos incumplimientos.

CUARTO. *Motivo segundo* . Infracción de los Arts. 3.2 y 10 del RD 515/1989, de 21 de abril sobre protección de los consumidores, al haber ofertado, a través de un folleto publicitario, una serie de materiales cuyas calidades no se han correspondido con los colocados en obra. Alega que en los contratos se estableció que la entrega de las llaves sería simultánea a la formalización de la escritura y "se entenderá que la recibe a su entera satisfacción, claro está salvo vicios o defectos ocultos que no se han producido en el presente caso". Los compradores conocían las características de la vivienda que adquirirían y no hicieron ninguna reclamación acerca de las cualidades hasta la demanda, dos años más tarde. Considera que se ha mantenido una conducta inequívoca

El motivo segundo se desestima.

Las razones de esta desestimación se encuentran en los argumentos de la sentencia de esta Sala de 15 marzo 2010 , que considera que este tipo de contratos "[...] cae por sus características dentro del ámbito de aplicación de la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición [...], que aparece desarrollado en el Art. 3.2 RD 515/1989, de 21 de abril , con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta en un sentido amplio, incluida la publicitaria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del comprador a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato. Se trata, en definitiva, de que tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de lo que va a adquirir y que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al vendedor la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado la existencia real y física cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integran en el contenido del contrato" (asimismo, STS 12 diciembre 2005).

QUINTO. La desestimación de los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de PROINASA 2, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6ª, de 29 enero 2007 , determina la de su recurso de casación.

Se imponen a la recurrente las costas de su recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1 LEC/2000 , que se remite al art. 394 LECiv .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de PROINASA 2, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6ª, de 29 enero 2007, dictada en el rollo de apelación nº 484/06 .

2º Confirmar con este alcance la sentencia recurrida.



3º Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller .- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ