

Roj: STS 1730/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1730  
Id Cendoj: 28079110012015100225

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 893/2013

Nº de Resolución: 247/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Mayo de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, por abstención de la Sección Sexta, con sede en Ceuta, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 166/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Ceuta, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de FFC CONSTRUCCIÓN S.A., representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Florencio Araez Martínez; siendo parte recurrida la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La procuradora doña María Victoria Pecino Mora, en nombre y representación de Residencia EDIFICIO000 , interpuso demanda de juicio sobre ordinario, contra Fomento de Construcciones y Contrata Construcción S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que SE DECLARE:

1º) Que en el EDIFICIO000 " de la CALLE000 nº NUM000 de Ceuta, existen diferencias de calidades, materiales y vicios de construcción de carácter ruinógeno debidos a la defectuosa ejecución de la obra, todos ellos imputables a la demandada;

2º) Que en el EDIFICIO000 " de la CALLE000 nº NUM000 de Ceuta, existen defectos de construcción y diferencias de calidades debidos al incumplimiento de la demandada del contrato de arrendamiento obra suscrito entre la propiedad y la propia constructora.

3º) Que la demandada debe hacerse cargo, y tomar a su costa el pago de todas las reparaciones necesarias para corregir los graves defectos constructivos existentes en las viviendas, garajes, cubierta, fachadas, cúpula, patio y calidades del EDIFICIO000 "

Y en su virtud SE CONDENE a "FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, CONSTRUCCIÓN SA":

1º) A estar y pasar por las anteriores declaraciones;

2º) A indemnizar a la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 " la cantidad de UN MILLÓN CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS CON SETENTA Y UN CÉNTIMOS (1.462.852,71 #) en concepto de presupuesto total de reparaciones imprescindibles y diferencias de calidades según el dictamen pericial que acompañamos como documento nº CIENTO SETENTA Y OCHO incluyendo impuestos, seguridad y salud, beneficio industrial y honorarios.

3º) A indemnizar a la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 " la cantidad de QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS (554,76 #) para compensar el abono del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras sufragado por mi mandante para la ejecución de una parte de los trabajos necesarios en el inmueble según presupuesto de la propia demandada.

4º) A indemnizar a la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 " a la cantidad OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTITRES EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (83.323,63 #) como resultado de hallar el 30 % del valor de la fachada en concepto de lucro cesante por la depreciación del edificio en los términos expuestos "ad supra".

5º) A indemnizar a la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 " la cantidad de DOSCIENTOS OCHENTA OCHO MIL EUROS (288.000 #) en concepto de daño moral, teniendo en cuenta la falta de habitabilidad e incluso la desocupación que deba producirse en las viviendas y garajes del inmueble de autos como consecuencia de los repetido defectos constructivos o de las obras cuenta necesarias para su reparación

6º) A abonar a la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 " los intereses legales sobre la cantidad que resulte de la petición 2º de este suplico, devengados desde el momento del requerimiento notarial al que hacemos mención en el HECHO TERCERO de esta demanda.

7º) Al pago íntegro de las costas de este juicio.

2.- El procurador don Jesús Miguel Jiménez Pérez, en nombre y representación de FFC Construcción S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: se desestime la demanda deducida de contrario contra mi mandante, con imposición a aquella de las costas.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y practica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Ceuta, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue **FALLO**:

*PRIMERO: ESTIMAR parcialmente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Victoria Pecino Mora, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 ", frente a la entidad "FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS CONSTRUCCIÓN S.A", representada por el Procurador D. Jesús Jiménez Pérez y, en consecuencia, acuerdo:*

*- DECLARAR que en el EDIFICIO000 " de la CALLE000 nº NUM000 de Ceuta, existen diferencia de calidades, materiales y vicios de construcción de carácter ruinógenos debidos a la defectuosa ejecución de la obra, de los que debe responder la demandada*

*- CONDENAR a la demandada a indemnizar a la Comunidad de del EDIFICIO000 " en las siguientes*

*1.415.077,278 euros en concepto de presupuesto total de reparaciones imprescindibles y diferencias de calidades.*

*554,76 euros para compensar el abono del impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras sufragado por su mandante para la ejecución de una parte de los trabajos necesarios en el inmueble según presupuesto de la propia*

*demandada.*

*83.323,63 euros por la depreciación del edificio.*

*Los intereses legales de las anteriores cantidades desde la interposición de la demanda.*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de la entidad FFC Construcciones S.A. La Sección Séptima Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 11 de diciembre de 2012 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**:

*Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad "Fomento FCC Construcción S.A.", interpuesto contra Auto dictado por el Juzgado de instancia, de 15 de Octubre de 2010, complementado por otro del mismo Juzgado de 15 de Noviembre de 2.010, debemos confirmar y confirmamos dichas resoluciones.*

*Y, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de "Fomento FCC Construcción S.A" contra la sentencia de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma; no procediendo hacer pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.*

*Devuélvanse a su debido tiempo los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y únase otro testimonio al rollo de la Sala.*

**TERCERO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso **extraordinario por infracción procesal** la representación de FCC Construcción S.A. con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Amparado

en el art. 469. 1 .4º LEC , y fundado en la infracción de los artículos 326.1 . y 319 de la LEC **SEGUNDO.-** Amparado en el art. 469.1.3. LEC y fundado en la infracción de los artículos 400 y 412 de la LEC . **TERCERO.-** Infracción procesal amparado en el art. 469.1 2º y 4ª LEC , y fundado en la infracción de los artículos 218 y 348 de la LEC .

Igualmente se interpuso **recurso de casación** por dicha representación con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1. LEC , por infracción del artículo 1591 del Código Civil respecto al concepto de ruina: el concepto jurídico de ruina excluye el comportamiento de los materiales a tenor de su calidad y por el transcurso del tiempo. **SEGUNDO.-** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1. LEC por infracción del artículo 1591 y 1257 del Código Civil , en cuanto que la responsabilidad del constructor radica en el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de obra y no en el de compraventa suscrito entre promotora y adquirentes. **TERCERO.-** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1. LEC , por infracción del artículo 1591 del Código Civil : respecto 477.1. LEC por infracción del artículo 1101 del Código Civil y de la Doctrina jurisprudencial relativa al principio de la "restitutio in integrum" en re relación con el enriquecimiento injusto. **CUARTO.-** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1.LEC por infracción del artículo 1101 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial, relativa al principio de la restitutio in integrum en relación con el enriquecimiento injusto. **QUINTO.-** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1. LEC por infracción del artículo 1101 del Código Civil y de la Doctrina Jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto en relación con el principio de la "Compensatio lucri cum damno". **SEXTO.-** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1. LEC por in fracción de los artículos 1100 y 1108 del Código Civil a tenor de la integración que de ellos realiza la Doctrina Jurisprudencial.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 25 de febrero de 2014.

LA SALA ACUERDA:

1º) INADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de "FCC CONSTRUCCIÓN, SA." contra la Sentencia dictada, con fecha 11 de diciembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Séptima con sede en Algeciras), en el rollo de apelación nº 11/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 166/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Ceuta.

2º) CON PÉRDIDA del depósito constituido en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal.

3º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "FCC CONSTRUCCIÓN, S.A." contra la Sentencia dictada, con fecha 11 de diciembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Séptima con sede en Algeciras), en el rollo de apelación nº 11/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 166/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Ceuta.

4º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Irene Gutiérrez Carrillo, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de abril de 2015, en que tuvo lugar

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de la Audiencia Provincial, que ahora se recurre, confirmó la del Juzgado que condenó a la entidad demandada, ahora recurrente, FCC Construcción S.A., a pagar determinadas cantidades como consecuencia de que las obras de construcción del EDIFICIO000 , llevado a cabo por la demandada, adolecen de vicios que hacen impropio el uso de vivienda de la demandante, siendo de aplicación el artículo 1591 del Código Civil , en lo referente a la ruina del edificio que afecta a lo siguiente: garajes con fisuras debidas a mala ejecución; viviendas, en número de 47, con humedades interiores en tabiques y en los encuentros con las carpinterías metálicas; falta de impermeabilización de las jardineras; solerías de las viviendas, de distinta

tonalidad y material de mármol utilizado, que es de desecho; carpintería de madera de las viviendas, que no son de madera maciza, sino de materiales de baja calidad, provocando estado de degradación; mala ejecución de las cubiertas de las viviendas, derivando en filtraciones; fachada del edificio, con fisuras, grietas, pérdida de material de revestimiento, en pretilas, pérgolas y jardineras del edificio, debido asimismo a utilización de ladrillo y espuma de poliuretano, ambos de calidad inferior a la prevista.

Al recurso de casación que formuló FCC Construcción S.A., la recurrida, Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 , opuso varias causas de inadmisibilidad. Una primera, por falta de indicación de la modalidad del recurso de casación por razón del cual se interpone ( artículos 481.1 , 477.2 y DF 16.1.5ª LEC ). Otras: a) porque los motivos 1ª, 2º y 3º pretenden una revisión de los hechos probados o una valoración global de la prueba y fundarse en hechos distintos de los probados en la sentencia recurrida, y b) porque los motivos cuarto, quinto y sexto pretenden convertir el recurso de casación en una tercera instancia con reproducción de los argumentos y motivos resueltos por la Audiencia Provincial.

Todos ellos se desestiman. El primero, porque no pasa de ser una infracción meramente formal que en auto de admisión del recurso ya vino aclarado en el sentido de que el procedimiento fue tramitado en atención a la cuantía, siendo la misma superior a 600.000 euros, por lo que su acceso a la casación debía hacerse a través del ordinal 2º del artículo 477.2 LEC , en su redacción dada por la Ley 37/ 2011, de 10 de octubre.

Los demás, porque tendrán su debido análisis al examinar cada uno de los motivos cuestionados.

**SEGUNDO.** - Los dos primeros motivos pretenden una calificación jurídica distinta de los defectos que presenta el inmueble con relación al cerramiento de la fachada, calidad del mármol instalado y carpintería de madera. Se alega la infracción de los artículos 1591 y 1257 del Código Civil porque tales defectos no son subsumibles en el concepto de ruina funcional sino en el contrato y ello entra dentro de la esfera de obligaciones del promotor, no del constructor.

Se estiman en parte.

El artículo 1591 se refiere a los daños y perjuicios derivados de una deficiente construcción de un edificio, y sobre él instrumenta la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en su ejecución, excluyendo aquellos defectos que pudieran resultar del contrato de compraventa de las viviendas y locales radicantes en el mismo. Una cosa es el daño o vicio constructivo y otra la falta a las condiciones del contrato. El daño es el resultado que origina las consecuencias que prevé la norma, mientras que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabilidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas, que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que no viene dada por el artículo 1591 del Código Civil , sino por los artículos 1101 y 1124 del mismo Cuerpo Legal , puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen por tanto el calificativo de dañosos en el sentido de la norma.

Es razón de la remisión que en la actualidad hace la Ley de Ordenación de la Edificación a las responsabilidades contractuales, desde la inconcreta e insegura expresión "sin perjuicio", utilizada en el apartado 1 del artículo 17, o desde la cita de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil del apartado 9, respecto del vendedor frente al comprador, para el ejercicio de las acciones previstas específicamente para los vicios ocultos ( SSTS 13 de mayo y 26 de junio 2008 ; 27 de junio 2012 ).

Pues bien, el compromiso de utilizar una determinada calidad en algunos materiales como las solerías y la madera afecta a quien oferta y vende el inmueble con unas características distintas, es decir, al promotor, que no está en el juicio, no a la constructora. En sede del artículo 1.591 del Código civil no es posible advertir que esta falta de calidad del material pueda afectar a la seguridad o eficacia en el uso del edificio, ni que le haga inútil para la finalidad a la que se construyeron los pisos.

No sucede lo mismo con el cerramiento de la fachada (grosor de la capa de aislamiento), que si tiene la consideración de vicio constructivo.

**TERCERO.**- En el motivo tercero se pretende que la Sala, mediante la estimación del motivo, identifique la responsabilidad de los agentes, excluyendo la de la constructora respecto de todos aquellos vicios cuya causa no obedezca a su intervención en la obra, como es la disconformidad entre lo proyectado y ejecutado al corresponder a la esfera del promotor, manteniéndose solo en aquellos supuestos en que sea imposible deslindarse la autoría.

Se desestima.

Para lograr conformar un criterio sobre la individualización de responsabilidades, dice el recurrente "se hace preciso acudir a los conocimientos técnicos que han sido expuestos a lo largo del procedimiento por los peritos intervinientes en el mismo a instancias de cada una de las partes". Ello no es posible en un recurso de esta naturaleza.

**CUARTO.** - En los motivos cuarto y quinto se alega la infracción del artículo 1101 CC, así como la doctrina jurisprudencial relativa al principio de la *restitutio in integrum* y *compensatio lucri cum damno*. Se refieren, de un lado, a las indemnizaciones en las que se incluyen reparaciones que no van a llevarse a cabo, cuando dichas indemnizaciones tienen en cuenta conceptos como el beneficio industrial, gastos generales, licencia de obra y proyecto y cuando existen propietarios que ya han realizado obras de reparación en sus viviendas y no han aportado facturas por los gastos soportados en tal concepto, pues tales circunstancias supondrían un enriquecimiento injusto. De otro, a que la merma de calidades debe ser descontada de la indemnización el beneficio obtenido por el material instalado y que ha venido utilizándose por los propietarios.

Con independencia de los gastos que obedezcan a partidas excluidas de la condena, como el mármol y la madera, debe señalarse lo siguiente:

1. La entidad del resarcimiento abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito, lo que se conoce como *restitutio in integrum*.

2. Esta Sala ha declarado reiteradamente que la reparación indemnizatoria que deriva de la observancia del artículo 1101 viene condicionada a una doble contingencia: la demostración de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es una cuestión de hecho, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culpable entendida en sentido amplio (por todas, STS de 29 de septiembre de 1994); asimismo, ha manifestado que la cuestión relativa a la existencia o no de daños y perjuicios es de mero hecho y, por tanto, la apreciación de la misma corresponde al Tribunal de instancia y ha de ser mantenida en casación, si no se impugna por el recurso adecuado para ello (STS 8 de mayo 2008 y las que en ella se citan). Y es evidente que lo que indemniza la sentencia son las obras que la comunidad demandante va a realizar como consecuencia de una obra mal ejecutada.

3. La posible ventaja que hubiera obtenido la demandante durante diez años de las puertas y solerías (excluidas de la condena) no vendría propiciada por ellos sino por quienes no cumplieron el compromiso de instalar en la obra el material con las calidades contratadas.

**QUINTO.**- Finalmente, en el motivo sexto se alega la infracción de los artículos 1100 y 1108 del Código Civil por cuanto a la vista de la jurisprudencia de esta Sala hubo una oposición razonable para la determinación de la procedencia de intereses moratorios.

Se desestima.

La jurisprudencia de esta Sala, a partir del Acuerdo de 20 de diciembre de 2005, establece una nueva doctrina, en la que, prescindiendo del alcance dado a la regla "*in illiquidis non fit mora*", atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del "dies a quo" del devengo. Este moderno criterio, como precisa la sentencia de 16 de noviembre de 2007, da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado (SSTS 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007). Pues bien, en el supuesto que se examina, aun siendo menor el importe de la condena impuesta que el de la pretensión deducida en el suplico de la demanda, lo cierto es que, al margen del pronunciamiento que proceda sobre costas, la suma indemnizatoria es la consecuencia de una serie de partidas diferentes y si bien es cierto que en la instancia, primero, y ahora en el recurso han sido eliminadas alguna de ellas, las restantes, es decir, las que justifican la condena por un importe diferente, no han sido abonadas u ofrecidas a su legítimo acreedor. La solución contraria implicaría un evidente desajuste entre la posición de una y otra parte en orden a la disposición de la suma resarcitoria derivada del daño, respecto de estas concretas partidas derivadas de una obra mal hecha.



**SEXTO.-** La estimación en parte del recurso, determina que no se haga especial declaración en cuanto a las costas del recurso, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## **FALLAMOS**

Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la representación de FCC Construcción S.A., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7ª, con sede en Algeciras, de once de diciembre de 2012 . En su lugar, estimamos, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la recurrente, y dejamos sin efecto la condena impuesta como consecuencia de las mermas de calidades de los materiales empleados en la construcción del edificio que se describe en la demanda, por cuanto se refiere a la carpintería de madera y solería de mármol y a las partidas relacionadas con las mismas, absolviéndole de tal pronunciamiento y manteniendo los restantes.

No se imponen las costas del recurso de casación ni las devengadas en las dos instancias a ninguno de los litigantes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de Sala remitidos

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.