



**JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 4
CUENCA**

**Susana Melero de la Osa
Procurador de Tribunales**

**NOTIFICADO: 25-04-2014
CARMEN MOYA**

SENTENCIA: 00060/2014

Procedimiento: Juicio Ordinario nº 146/2012

SENTENCIA 60/2014

En Cuenca, a catorce de abril de dos mil catorce.

Vistos por mí, Javier Martín Mesonero, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Cuenca, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO seguidos ante este Juzgado bajo el número 146 del año 2012, a instancias de la Comunidad de Propietarios [REDACTED], representada por la Procuradora Sr. Melero de la Osa y asistida por la Letrada Sra. Moya Cordero, contra la mercantil Construcciones [REDACTED], representada por la Procuradora Sra. Herráiz Calvo y asistida del Letrado Toledo Escribano; la mercantil Inmobiliaria [REDACTED], representada por el Procurador Sr. Córdoba Blanco y asistida del Letrado Sr. Cantoral Fernández; y contra D. [REDACTED], en situación procesal de rebeldía. Como tercero interviniente figura D. [REDACTED], representado por la Procuradora Sra. Torrecilla López y asistido del Letrado Sr. Sequí Muñoz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Procuradora Sra. Melero de la Osa, en la representación indicada y mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, presentó demanda de juicio ordinario contra la mercantil Construcciones [REDACTED], la mercantil Inmobiliaria [REDACTED], y D. [REDACTED], en ejercicio de acción de responsabilidad civil por defectos constructivos, en la que tras alegar los hechos que en dicho escrito constan y aducir los fundamentos de derecho pertinentes, terminaba solicitando que se dictara sentencia con los pronunciamientos detallados en el suplico, que deben darse aquí por reproducidos en aras de la brevedad y a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda mediante decreto de fecha 26 de junio de 2012, se emplazó a los demandados, quienes comparecieron bajo las representaciones procesales y las asistencias técnicas consignadas en el encabezamiento, oponiéndose a las pretensiones de la actora, a excepción del codemandado [REDACTED], quien no contestó a la demanda, por lo que fue declarado en situación de rebeldía procesal.

Tercero.- Mediante auto de fecha 17/9/12 se acordó la intervención provocada de D. [REDACTED], a quien se emplazó para contestar a la demanda, lo que verificó en tiempo y forma.

Cuarto.- En la audiencia previa la conciliación se intentó sin éxito. Las partes propusieron prueba, siendo admitida en su integridad.

Quinto.- En el acto del juicio se practicó la prueba admitida, procediéndose a su grabación en el soporte videográfico habilitado al efecto. Tras la formulación de las conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Con carácter previo, hemos de ocuparnos de una cuestión de alcance estrictamente procesal como es la petición efectuada por la administración concursal de la entidad Inmobiliaria [REDACTED], de suspensión del acto de juicio celebrado en fecha 31/3/14. Procede ratificar en este punto la diligencia de ordenación de fecha 28/3/14, pues el señalamiento del día 31 fue debidamente notificado al Procurador Sr. Córdoba Blanco, quien asistió al acto de juicio, y cuya representación en ningún caso se dejó sin efecto con motivo de la entrada en la sociedad de la administración concursal. Téngase en cuenta que, ante la solicitud de personación de dicha administración, se le contesta por diligencia de ordenación de fecha 31 de julio de 2013, en el sentido de que la sociedad ya se encontraba personada en autos a través del Procurador antes citado, no siendo necesaria una nueva personación, diligencia notificada de forma personal a la administrador concursal, como acredita el acuse de recibo unido a autos, sin protesta o recurso alguno de ésta última.

El art. 30.2 de la LEC es bien claro al establecer que los cambios en la representación o administración de las personas jurídicas no extinguirán el poder del procurador ni darán lugar a nueva personación. Cuando una determinada entidad adopta en su día un acuerdo de conferir apoderamiento a un determinado Procurador, y ese acuerdo no es objeto de revocación posterior, debe permanecer produciendo efectos. Para que el poder quede sin efecto no es suficiente con la revocación de las facultades al otorgante, sino que se hace preciso que los nuevos apoderados revoquen el poder que la sociedad había concedido al procurador actuante (SAP Jaén, Sec. 3ª, 314/2003 de 17-12).

Segundo.- Respecto de las excepciones procesales planteadas por la codemandada [REDACTED] deben hacerse las siguientes consideraciones. En primer lugar, nos ocuparemos de la falta de legitimación activa por extralimitación del presidente.

La excepción de falta de legitimación activa, como cuestión ligada indisolublemente al interés legítimo que hay que poseer para accionar y ejercitar el derecho a la tutela efectiva de los intereses en litigio, puede ser incluso examinada de oficio por el órgano judicial, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo contenida en sentencias de 30 de enero de 1996, 6 de mayo de 1997 y 30 de junio de 1999 .

La legitimación que ostenta el presidente de la Comunidad actora no puede justificarse, como se venía haciendo, con la remisión genérica a los intereses comunitarios generales por lo que podía accionar el Presidente, pues la doctrina ha cambiado desde que por el Tribunal Supremo se dictaran sentencias, entre otras, de 10 de octubre de 2011 y 27 de marzo de 2012, según las cuales la legitimación activa del presidente necesita de un previo acuerdo de la Junta de Propietarios que lo autorice expresamente para ejercitar acciones judiciales en defensa de ésta; estas sentencias resuelven, al parecer de manera definitiva, la necesidad de que la junta autorice al presidente de la comunidad para representar a la misma en juicio, de tal manera que lo indicado en el artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, concediendo la representación legal, carece de eficacia por sí mismo.



En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011 dispone que ".....El artículo 13.3. de la LPH señala que el presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él en todos los asuntos que le afecten (de tipo orgánico, ha dicho esta Sala en numerosas sentencias), mientras que el artículo 14.d) pone a cargo de la Junta de copropietarios aprobar o reformar los estatutos y determinar las medidas de régimen interior; debiendo el presidente actuar de conformidad con los acuerdos de la Junta, válidamente adoptados, de los que es mero ejecutor (STS 11 de diciembre 2000).

En lo que aquí interesa supone que el presidente, si bien representa a la Comunidad, ello ha de tener por base la ejecución de acuerdos de la junta sobre asuntos de interés general para aquélla. La representación de la comunidad en juicio y fuera de él del presidente no tiene un contenido "en blanco", de tal forma que esa representación sirva para legitimarle en cualquiera de sus actuaciones. Es la junta de propietarios la que acuerda lo conveniente a sus intereses y el presidente ejecuta; su voluntad no supe, corrige o anula la de la junta (STS 20 de octubre 2004).

No se trata, por tanto, de poner en duda que la representación de la comunidad de propietarios le corresponde al presidente, que es el único legitimado legalmente para representar judicialmente a la comunidad. Se trata de impedir que su voluntad personal sea la que deba vincular a la comunidad, lo que se consigue sometiendo al conocimiento de la junta de propietarios la cuestión que se somete a la decisión judicial, habida cuenta el carácter necesario de las normas que rigen la propiedad horizontal, que impide dejarlas al arbitrio y consideración exclusiva del presidente .

Tercero.- Proyectando la anterior doctrina jurisprudencial al caso de autos, consideramos que la falta de legitimación activa opuesta por ██████ no debe prosperar. Así, el acta nº 2, correspondiente a la reunión de 18 de noviembre de 2011 (doc. 3 de la demanda), recoge en su punto 4º la autorización expresa y por unanimidad en orden a que por el Sr. Presidente se inicien acciones legales para obtener la reparación de los defectos constructivos, tantos de los elementos comunes como privativos, habilitación a nuestro juicio suficiente para entablar la demanda rectora de la presente litis, sin que la exigencia de autorización previa pueda llevarse al extremo de tener que detallar en el acuerdo comunitario los concretos defectos o daños por lo que se reclamará en juicio.

Cuarto.- Respecto de las alegaciones de prescripción de la acción ejercitada efectuadas por ██████, establece el art. 17.1 de la LOE , que sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el

incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

Es obvio que lo establecido en los anteriores apartados no es más que un plazo de garantía durante el cual deben producirse o evidenciarse los daños materiales derivados de cada uno de los vicios o defectos apuntados.

Por otro lado, el art. 18 de la LOE es claro al establecer que las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años; pero no a contar desde el momento en que finalice el plazo de garantía antes estipulado, sino desde que se produzcan dichos daños; y todo ello sin perjuicio de las acciones que pudieran subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.

Quinto.- Descendiendo al caso de autos, debe tenerse en cuenta que es la parte que opone la excepción de prescripción quien tiene que acreditar su concurrencia en el caso concreto. Y en este sentido, la excepción de prescripción de ██████, plasmada en la página 3 de su escrito de contestación, aparece planteada de forma sucinta y confusa. Y decimos confusa, porque ██████ no fija con la claridad exigible qué día a quo considera que debe tomarse en consideración para el inicio del plazo prescriptivo, a fin de que dicho día inicial sea homologado o no por el juzgador en su sentencia. No hay que olvidar que es doctrina jurisprudencial reiterada en los últimos años, la que insiste en un tratamiento restrictivo del instituto de la prescripción, en cuanto que al no estar fundada en justicia intrínseca, se configura como una limitación del ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica. La aplicación no rigorista de la prescripción alcanza su más genuina expresión precisamente en el extremo relativo al término inicial a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo correspondiente, de forma que la indeterminación de ese día inicial, o las dudas que sobre el particular puedan surgir, no deben en principio resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino en perjuicio de aquella otra que interesa su extinción, precisamente con base en la supuesta extemporaneidad de la pretensión adversa, sobre la que efectivamente pesa la carga probatoria de los hechos impositivos o extintivos del derecho en litigio (STS de 16 de julio de 1984 y 10 de octubre de 1988).

Desde este punto de vista, consideramos que la excepción de prescripción sólo podría tener acogida respecto de aquellos defectos que ya fueran manifiestos desde el mismo momento de la finalización de la obra, producida en fecha 2/2/09, y que a su vez representen la consumación de un daño agotado desde ese mismo momento. No se trata de que el defecto ya existiera en el fin de obra, sino que los daños derivados del mismo, ya se hubieran manifestado por completo y de manera definitiva a dicha fecha. Bajo tales condiciones la prescripción podría operar, pues las reclamaciones extrajudiciales no se hicieron hasta diciembre de 2011, fuera pues del plazo de dos años que establece el art. 18 de la LOE, y que comienza a correr, no desde la conclusión del respectivo plazo de garantía, sino desde la producción misma del daño (SAP de Granada de 5/12/13 y SAP de Madrid de 30/1/14). Por otro lado, el hecho de que la comunidad de propietarios no llegara a constituirse formalmente hasta el año 2011 no puede alegarse para rechazar sin más la



prescripción, pues dicha circunstancia no impedía la reclamación de los defectos por todos aquellos que pudieran considerarse perjudicados.

Como señala la SAP de León 5 de febrero de 2011: "Los defectos constructivos son originarios, y ya existen cuando se otorga el certificado de fin de obra, pero el artículo 18.1 de la LOE no establece el comienzo del cómputo para la prescripción en función de los vicios o defectos de la edificación, sino en atención a los daños. En dicho precepto se establece que las acciones "para exigir la responsabilidad... por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan los daños...". Se plantea un problema interpretativo inicial, como lo es diferenciar los vicios o defectos como daños en sí mismos, y las consecuencias perniciosas de esos vicios o defectos. El vicio o defecto es un daño en sí mismo, porque la edificación se ve afectada por él, y causa de daños, porque genera daños en la edificación. Los daños a los que se refiere el artículo 18 de la LOE los hemos de entender en el mismo sentido que los previstos en el artículo 17 del citado texto legal, que clasifica los daños por su localización (cimentación, soportes, vigas... instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad...). Es decir, los daños a los que se refiere el artículo 18.1 LOE son las consecuencias exteriorizadas de los vicios o defectos, aunque tampoco se puede descartar la posibilidad de que éstos, sin manifestación patógena, pudieran ser conocidos por los propietarios. Pero, en todo caso, la manifestación de los daños debe marcar el comienzo del cómputo de prescripción como fecha de cómputo inicial más favorable al propietario para el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 17 LOE, en lógica relación con lo dispuesto por el artículo 1969 del Código Civil: "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse". La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con el comienzo del cómputo de la prescripción de las acciones por responsabilidad decenal anteriores a la vigencia de la LOE, era muy clara: "siendo el "dies a quo" de dicho plazo prescriptivo la fecha en que se produjo la ruina o se manifestó el vicio ruínógeno, conforme a la doctrina de la "actio nata" que proclama el art. 1969 del mismo Cuerpo legal" (STS 4 de diciembre de 1989). Este mismo debe seguir siendo el criterio a aplicar porque, como indica la sentencia de la Sala 1ª del TS de fecha 13 de marzo de 2007, "lo que no cabe en modo alguno es diferir al momento de la cuantificación económica de la responsabilidad del agente constructivo el inicio del plazo prescriptivo, cuando, como ocurre en el caso de autos, quedó efectivamente acreditado que, al poco tiempo de la finalización de las obras, comenzaron a aparecer los problemas de filtraciones, humedades y deslizamiento de los paños de la cubierta" (aunque en dicha resolución no se aplica la LOE, la identidad de razón es la misma). Aunque algunas sentencias del TS introducen la variable del carácter continuado de los daños como factor para posponer el inicio del cómputo a la definitiva consolidación del daño (Sentencias de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990, 15 y 20 de marzo y 24 de mayo de 1993, entre otras), en dichas resoluciones también se matiza que deben ser "continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida...". O, como dice la sentencia de la Sección 5ª de la AP de Cádiz de fecha 20 de abril de 2007, "cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida el cómputo del plazo de prescripción no se inicia ("dies a quo") hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie perseguida (Sentencias del TS de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990, 15 y 20 de marzo de 1993, entre otras)".

Con arreglo a estas consideraciones, y bajo estas restringidas condiciones, apreciaremos la prescripción, única y exclusivamente, respecto de los defectos consistentes en las dimensiones inadecuadas de las plazas de garaje y determinadas deficiencias de la piscina como son la inexistencia de camino de acceso, resalto de 11 cm en el borde de los vasos, ausencia de las marcas necesarias, falta de escalera, y falta de equipamiento en la sala de máquinas.

Sexto.- Entrando ya en el fondo de la acción entablada contra [REDACTED], la principal alegación exculpatoria de esta sociedad para eximirse de responsabilidad en los vicios constructivos, plenamente acreditados a través de los informes periciales obrantes en autos, consiste en su abandono de la obra por impagos de la promotora. Ahora bien, dicha alegación carece, a nuestro entender, de la virtualidad pretendida, pues el propio representante legal de [REDACTED] cifró el porcentaje de obra ejecutado por dicha sociedad en un 89%, mientras que el arquitecto superior D. [REDACTED] lo situó en un 95%. En todo caso, es evidente la participación decisiva y mayoritaria de [REDACTED] en el proceso constructivo, lo que impide que se le exima de las importantes deficiencias detectadas en los informes periciales obrantes en autos, pues en ningún caso ha acreditado que tales deficiencias se debieran, única y exclusivamente, a la mínima actuación que pudieran tener terceras empresas tras el abandono de aquélla. Y esa falta de prueba sobre la exacta contribución de cada empresa en la producción de los vicios daría lugar, en el mejor de los casos para [REDACTED], a una responsabilidad solidaria, que legitimaría la reclamación de la actora, sin perjuicio de eventuales acciones de repetición.

Por otro lado, no consta acreditado que en los vicios constructivos tuvieran incidencia ni supuestos defectos de mantenimiento, tratándose de una urbanización semi nueva, construida apenas hace cinco años, ni obras realizadas a título particular por los vecinos de la misma.

En definitiva, la demanda, en lo que a la mercantil [REDACTED] se refiere, debe prosperar, excepto en los defectos constructivos afectados por la prescripción, a los que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico anterior.

Séptimo.- Respecto de la promotora [REDACTED], la acción contra ella entablada debe prosperar en su plenitud. Alega dicha mercantil en su escrito de contestación que gran parte de los defectos son de terminación o acabado, puestos de manifiesto una vez transcurrido el plazo de garantía anual. Pero dicha alegación no puede ser acogida por las siguientes razones. En primer lugar, basta ver los informes periciales para comprobar que no se trata de meros defectos de remate, sino de vicios que comprometen la habitabilidad del inmueble. En segundo lugar, la acción contra la promotora no se fundamenta únicamente en la LOE, sino también en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, véase fundamento jurídico séptimo de la demanda relativo a las acciones ejercitadas.

Alega [REDACTED] igualmente la existencia de defectos de mantenimiento, remitiéndonos en este sentido a lo razonado en el fundamento jurídico anterior.

Sentado lo anterior, la responsabilidad de la mercantil Inmobiliaria [REDACTED] se presenta clara en su condición promotora.



La responsabilidad del promotor por defectos constructivos ya con anterioridad a la LOE era señalada por doctrina pacífica y reiterada del TS. Esta responsabilidad ha venido sosteniéndose en la jurisprudencia, pese a no aparecer mencionada en el art. 1591 CC, en defensa de los intereses y protección de los adquirentes propietarios sobre la base de su responsabilidad "in vigilando" e "in eligendo" en ocasiones, y en todo caso, dado el ánimo de lucrarse con su actuación profesional. En este sentido STS, Sala 1ª, de 30/12/98:

"En la presente litis no hay lugar a dudas, por lo menos en este momento, de la existencia de determinados daños en unas viviendas cuyo origen se encuentra en una defectuosa construcción y de cuyas consecuencias a efectos de la responsabilidad subsiguiente no se puede escapar la figura del promotor, pues del "factum" de la sentencia recurrida no se deducen datos que la excluyan, y, por ello, siguiendo ya una pacífica y constante doctrina jurisprudencial de esta Sala, que equipara la figura del promotor a la del contratista a los efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil, y ello porque, principalmente, el que se beneficia pecuniariamente de la obra realizada es el mencionado promotor, cuya figura lleva insita la responsabilidad por lo menos "in eligendo" si no es "in vigilando" con respecto a los contratistas y distintos técnicos que intervienen en una obra (S.S. de 8 de octubre de 1.990 y 8 de junio de 1.992, entre otras)"

Es consolidada la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a la figura del promotor, destacando la obligación que asume de realizar las obras sin deficiencias, presentando en el mercado un producto correcto (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2000) pues la obra se realiza en su beneficio y los terceros adquieren confiados en su prestigio (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1991 y 8 de junio de 1993). Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1998 dice que la promotora responde de los vicios constructivos por falta de diligencia a la hora de elegir a los profesionales de la ejecución o por culpa in vigilando a la hora de ejecutar las obras. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2000 y 24 de enero de 2001 razonan que la responsabilidad del promotor nace del incumplimiento contractual al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para la finalidad a las que estaban destinadas. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1999 declara que el promotor es también vendedor y está obligado a entregar lo que construye con las condiciones de servir a su finalidad, que no es otra que la de procurar una vivienda (o local) para las personas segura, apta, útil y conforme al uso destinado. De modo que el promotor en cuanto a su condición de vendedor queda obligado a cumplir exacta y debidamente las prestaciones sin vicios ni imperfecciones. La evolución de la jurisprudencia tiende a aplicar la tutela judicial efectiva para amparar a la parte contractual mas débil, que por regla general son los adquirentes de viviendas, en la mayoría de los casos a costa de un gran esfuerzo económico, y sus derechos no decaen por el hecho de no haber contratado con los constructores o por no haber puesto reparos en el momento de recepción, pues el promotor realiza las obras en su indudable beneficio y con destino al tráfico, mediante venta a terceros y éstos confían en su prestigio profesional y, por ello, no deben ser defraudados. (Así, sentencias del Tribunal Supremo de 8-10-1990, 1-10-1991, 8-6-1992, 28-1-1994 y 13-10-1999).



Dentro del ámbito de la denominada responsabilidad contractual el promotor responde frente a aquellos con quienes contrató conforme a las normas generales de las obligaciones y contratos, la promotora vendedora responde frente a los adquirentes de las viviendas de los defectos en las viviendas y de la falta de entrega de lo contratado y pagado, al formar parte del precio de la vivienda, teniendo derecho el comprador a que la obra se haya ejecutado y entregado conforme a lo pactado: artículo 1258 del Código Civil .

Y como razona la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de Junio de 2007, ha sido reiteradamente declarada la compatibilidad de las acciones derivadas del art. 1591 (y, por ello, ahora del art. 17 LOE) y aquellas que dimanar de la relación contractual entre el comprador y el vendedor del inmueble o entre el propietario y el vendedor y/o constructor. Esa compatibilidad aparece hoy descrita en la propia L.O.E. Así, el artículo 17,9 de dicho texto legal, admite que la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación se entiende sin perjuicio de las responsabilidades que alcanzan al vendedor del edificio frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1484 y siguientes del Código Civil, y demás legislación aplicable a la compraventa. Y el artículo 17,1 de la misma Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, al regular la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, aclara que esa responsabilidad legal se entiende sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales.

Octavo.- En relación con el arquitecto técnico D. [REDACTED], debe destacarse que dicho demandado ha sido declarado en situación de rebeldía procesal.

Es sobradamente conocido que la rebeldía del demandado no equivale a su allanamiento a la pretensión actora, sino que subsiste en el actor la carga de acreditar los hechos fundamentales en los que basa su pretensión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 496.2 de la LEC. Ahora bien, y como refiere la SAP Baleares, de 17-1-2005: "de ello no puede derivarse la concesión al demandado rebelde de una suerte de privilegio procesal, de modo que se imponga al demandante el peso de demostrar exhaustivamente y por prueba directa cada uno de los extremos de hecho alegados en la demanda, exigiéndole, no ya una "probatio" diabólica, sino una acreditación imposible a falta de una colaboración y lealtad procesal siempre exigible a quienes acuden, o abdicar de dicha facultad, como litigantes ante la Administración de Justicia. Ciertamente, ello no implica que se tolere en el actor una especie de relajación probatoria, dejando de demostrar aquellos hechos cuya demostración estaba en su mano, sino simplemente advertir que existen elementos fácticos que la realidad social impone que no estén a su alcance en determinados casos y que -además- se ven dificultados por la postura renuente del accionado. A ello cabe añadir que, cuando la rebeldía es voluntaria y en la demanda inicial se acompañan documentos indiciarios de los hechos que en la misma se relatan, los mismos puedan ser tomados en consideración con relevancia decisoria, por no impugnados, cuando la lealtad procesal así lo imponía."

En el presente caso, el demandado, dada su pasividad procesal, no ha rebatido en forma alguna el dictamen pericial adjuntado a la demanda, que recoge defectos constructivos que entran de lleno en la órbita de la responsabilidad del arquitecto técnico, en cuanto atañen a la fase de ejecución y puesta en obra, por lo que la

estimación de las pretensiones de la actora, en lo que a este demandado se refiere, debe ser total.

Noveno.- Hemos de ocuparnos ahora de la posición procesal del tercero interviniente D. [REDACTED], llamado al proceso a instancias de [REDACTED] y [REDACTED].

El Tribunal Supremo, en su Sentencia del Pleno de 26 de septiembre de 2012, ha zanjado esta cuestión objeto de polémica y de criterios contradictorios entre las distintas Audiencias Provinciales, manteniendo como tesis más acertada la de que, mientras que no se dirija ninguna acción por el demandante contra el tercero llamado mediante intervención provocada, este no puede figurar ni como condenado ni como absuelto en la parte dispositiva de la sentencia.

La referida sentencia establece que "La incorporación al proceso de quien no ha sido demandado en su condición de agente de la construcción se autoriza en la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación exclusivamente para las acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la citada Ley, y se activa procesalmente a través del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El tercero cuya intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo.

En el proceso civil, dice la sentencia de Pleno de 20 de diciembre de 2011, al abordar la naturaleza del tercer interviniente en un supuesto no regulado por la Disposición Adicional 7ª de la LOE, "la cualidad de parte demandada corresponde al sujeto frente al que el demandante pretende la tutela ante los tribunales. Es el sujeto al que ha de afectar - por la situación que ocupa en una relación jurídica- la decisión solicitada en la demanda, y es esa situación en la relación jurídica lo que le legitima pasivamente para ser demandado. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 5.2 y 10 LEC, en coherencia con el principio dispositivo y de aportación de parte que rige el proceso civil, al que se refiere el artículo 216 LEC. El sujeto solo adquiere la condición de parte demandada si frente a él se ejercita una pretensión. En consecuencia, 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.

Que el tercero pueda actuar como parte demandada significa que su posición formal es la de una parte -aunque no desde el punto de vista material porque no ha sido demandado- por lo que tendrá las oportunidades de alegación y defensa que la tramitación del concreto proceso permita a las partes. 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".

El principio dispositivo del proceso civil tiene la importancia y significación de atribuir a las partes el poder de dirigir el proceso de forma material, hasta el punto de que el

órgano judicial no puede obligar a demandante y demandado a mantener determinadas posiciones, de tal forma que el emplazamiento del llamado como demandado no aceptado por el actor, no equivale a una ampliación forzosa de la demanda que permita su absolución o condena, mientras que 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. ...".

Décimo.- A la vista de dicha posición del Tribunal Supremo, que, no olvidemos, es doctrina jurisprudencial al haber sido acordada por el Pleno del Tribunal, es claro que en el presente caso D. [REDACTED] no puede ser condenado ni absuelto en la presente sentencia.

Y tampoco encontramos elementos fundados para atribuirle responsabilidad de cara a un ulterior proceso.

Al arquitecto director de obra le corresponde de conformidad con el art. 13 LOE las obligaciones de verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno y de resolución de las contingencias que se produzcan en la obra, consignando en el Libro de Órdenes y Asistencias, las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto. Además de esto, la jurisprudencia ha matizado que le corresponde la dirección de las operaciones y trabajos en la fase de ejecución de obras, garantizando que se ajustan al proyecto y resolviendo las posibles dudas interpretativas que surjan respecto a aquél. El Tribunal Supremo en sentencias de fecha 19 de noviembre de 1.996 y 19 de octubre de 1.998 ha señalado que sus funciones implican actividades importantes de control y vigilancia de la ejecución, realizando trabajos de inspección adecuada y dando las órdenes oportunas para su correcta realización, lo que si bien no le impone la presencia continua en la obra, ya que la dirección inmediata recae sobre el aparejador, le exige que supervise y controle la correcta ejecución de las partidas más importantes de la edificación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 febrero 1996 que, en un supuesto de deficiencias en el pavimento por la defectuosa colocación del material de agarre, concluyó que derivados los vicios denunciados de una incorrecta ejecución de la obra, al ejecutarse ésta de manera deficiente y descuidada, deben responder de ellos el constructor y el aparejador, por ser éste el profesional a quien compete ordenar y dirigir la ejecución de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando trabajos de acuerdo con el proyecto que las define, con las normas y reglas de la buena construcción y con las instrucciones del arquitecto superior, director de las obras. La de 3 de octubre de 1996 absolvió igualmente al arquitecto superior al señalar que la mala colocación de las telas asfálticas y la falta de adherencia de los morteros, como fallos constructivos y de ejecución, han de atribuirse al constructor (hoy en su concepto amplio) y a los aparejadores, directores inmediatos y vigilantes de las mezclas.

En el presente caso, es claro que los dos únicos informes periciales que fueron ratificados en el acto de juicio eximen al arquitecto superior de responsabilidad en la

producción de los vicios constructivos. El informe pericial adjuntado a la demanda atribuye los defectos a la fase de ejecución y puesta en obra, razón por la cual la demandante no solo no demandó al arquitecto superior, sino que se opuso frontalmente a su llamada al pleito cuando se le dio traslado de la solicitud de intervención provocada. Véase el escrito de la parte demandante de 12 de septiembre de 2012, que es sumamente elocuente al respecto. Y aun cuando el autor del informe pericial intentó en juicio trasladar parte de la responsabilidad al arquitecto superior, debe prevalecer el contenido de su propio informe, en base al cual, insistimos, la actora desestimó la posibilidad de demandar a dicho profesional y formalizó expresa oposición a dirigir pretensión alguna contra él cuando se le dio traslado de la solicitud de intervención de tercero.

En cuanto al informe pericial presentado por la representación procesal del propio D. [REDACTED], poco puede decirse, eximiendo a éste de toda responsabilidad.

[REDACTED] y [REDACTED], en cuanto fueron quienes solicitaron la llamada al pleito del arquitecto superior, debieron ser los litigantes que aportasen los oportunos dictámenes que permitiesen imputar a aquél un deficiente proceder en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales. Examinemos ahora qué prueba han desplegado al efecto. En cuanto a [REDACTED], se limitó a adjuntar a su escrito de contestación un esquemático y sucinto informe que atribuía al arquitecto superior determinados defectos, informe que ni tan siquiera llegó a ser ratificado en el acto de juicio, por lo que su valor probatorio es nulo. Y en cuanto a [REDACTED], en su escrito anunciaba una pericial de parte, que nunca llegó a aportar. En el acto de la audiencia previa solicitó una pericial judicial, que le fue admitida, pero de la que luego se le tuvo por desistida al no abonar la provisión de fondos fijada por decreto de fecha 17/9/13. En conclusión, el esfuerzo probatorio de ambas mercantiles para involucrar al arquitecto superior ha sido inexistente.

Undécimo.- Respecto del contenido del fallo, entendemos que debe ceñirse a la condena a reparar y subsanar los daños, de tal modo que los elementos privativos y comunes queden en las debidas condiciones de uso y habitabilidad, sin perjuicio de que si los demandados no cumplen con esta obligación se proceda, ya en trámite de ejecución de sentencia, a acordar la ejecución de las obras reparadoras a su cargo, esto es, debiendo abonar el importe que fije el perito tasador designado por el Juzgado para que con el mismo la comunidad actora contrate a quien tenga por conveniente (art. 706 LEC).

Duodécimo.- En relación con las costas procesales las referidas a la interposición de la demanda contra D. [REDACTED] e Inmobiliaria [REDACTED] se imponen a estos demandados de forma mancomunada (aunque la obligación principal sea solidaria, véase Auto del TS de 16/10/07 y SAP de Cuenca de 5/11/13), en virtud del principio del vencimiento que previene el art. 394.1 de la LEC. Las que atañen a la pretensión contra Brisava, no serán objeto de especial pronunciamiento dada la parcial estimación (art. 394.2 LEC).

Las ocasionadas a D. [REDACTED], serán satisfechas, de modo mancomunado, por Inmobiliaria [REDACTED] y Construcciones [REDACTED] (art. 14 LEC).

FALLO

Estimar la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Melero de la Osa, en representación de la Comunidad de Propietarios [REDACTED], parcialmente respecto de la codemandada Construcciones [REDACTED], y en su integridad respecto de la mercantil Inmobiliaria [REDACTED] y D. [REDACTED].

Condenar de forma solidaria a los demandados citados a reparar y subsanar los daños materiales existentes en las viviendas y en las zonas comunes de la Comunidad actora, concretamente relacionados en el hecho segundo de la demanda y con más detalle en el informe pericial adjuntado como doc. nº 5, hasta eliminar las causas originadoras de los mismos, dejando las referidas viviendas y zonas comunes en las condiciones adecuadas de uso y habitabilidad, bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo, se mandará ejecutar a su costa. Todo ello con la salvedad de que la codemandada Construcciones [REDACTED] quedará exonerada de los defectos reseñados en el último párrafo del fundamento jurídico quinto.

Con imposición de costas conforme al fundamento jurídico duodécimo.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.