

Id. Cendoj: 28079119912014100011
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 05/05/2014

Nº Recurso: 581/2012

Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Procedimiento: CIVIL

Idioma: Español

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 221/2014

Fecha Sentencia : 05/05/2014

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 581/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Votación y Fallo: 08/04/2014

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls **Escrito por** :
L.C.S.

ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN. Concepto de daños materiales en la estructura o sus elementos. Art. 17 LOE.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 581/2012 **Ponente Excmo. Sr. D.:** Francisco Javier Arroyo Fiestas **Votación y Fallo:** 08/04/2014 **Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: 221/2014

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

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

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 720/2011 por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 348/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Majadahonda, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por la procuradora doña Itziar Bacigalupe Idiondo en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios "DIRECCION000", compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y la procuradora doña María Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España (sucesora a título universal de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros), la procuradora doña María Jesús Pintado de Oyagüe en nombre y representación de don Hermenegildo, la procuradora doña Elena Yustos Capilla en nombre y representación de don Íñigo, el procurador don José Pedro Vila Rodríguez en nombre y representación de don Juan y la procuradora doña Andrea de Dorromocha Guiot en nombre y representación de don Leopoldo que

se personaron todos ellos en calidad de recurridos. Posteriormente en fecha 7 de septiembre de 2012, la procuradora doña Andrea de Dorromocha Guiot y su representado don Leopoldo se apartaron de la prosecución de los recursos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .-1.-La procuradora doña Itziar Bacigalupe Idiondo, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios "DIRECCION000", interpuso demanda de juicio ordinario, por defectos y daños constructivos, contra Desarrollos y Activos Inmobiliarios S.A. (DETINSA), promotora y constructora de la obra, D. Íñigo, D. Hermenegildo, D. Juan, los tres arquitectos y directores de la obra, D. Leopoldo, arquitecto Técnico y director de ejecución de la obra, y contra Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S. A., aseguradora de la obra; y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<condenando a los demandados a reparar o indemnizar el valor de reparación de los daños (art. 19.6 LOE), de conformidad con las siguientes peticiones:

>>1º.-Condene solidariamente a DESARROLLOS Y ACTIVOS INMOBILIARIOS S.A. (DETINSA), D. Íñigo, D. Juan, D. Hermenegildo y D. Leopoldo a ejecutar las obras de reparación y subsanar todos los daños descritos en el informe pericial de D.ª Debora (doc. 96), con los siguientes requisitos y garantías:

>>-Proyecto de Ejecución de obras de reparación firmado por titulado y profesional habilitado, visado por su colegio profesional y redactado por profesional ajeno a la presente demanda.

>>-Licencia de Obras en base al citado Proyecto.

>>-Dirección Facultativa con titulación habilitante y ajenos al presente procedimiento.

>>-Certificación de Final de Obra.

>>-Los demandados deberán asumir todos los gastos auxiliares derivados de la ejecución de las obras, como alquileres, guardamuebles o cualquier otro que tenga relación directa con la ejecución de dichas obras.

>>-Condene a ZURICH ESPAÑA S.A., solidariamente con los demás demandados, a ejecutar las obras de reparación y subsanar los daños descritos en el informe pericial de D.^a Debora (doc. 96), referentes a protección contra el fuego de la estructura metálica y sectorización de viviendas y elementos estructurales inadecuados en sótano, con los mismos requisitos y garantías expresados anteriormente: Proyecto, Licencia, Dirección y Certificación de Final de Obra y gastos auxiliares.

>>2º.-Subsidiariamente, de no optar por la reparación, condene solidariamente a DESARROLLOS y ACTIVOS INMOBILIARIOS, S.A. (DETINSA), D. Íñigo, D. Juan, D. Hermenegildo Y D. Leopoldo al pago de 4.648.949,65 €, de conformidad con el presupuesto de reparación del informe pericial de D.^a Debora, debiendo quedar fijada la cantidad indemnizatoria en sentencia.

>>-Subsidiariamente, de no optar por la reparación, condene a ZURICH ESPAÑA S.A., solidariamente con los demás demandados, del total del importe reclamado al pago de 3.958.648,54 €, de conformidad con el presupuesto de reparación del informe pericial de D.^a Debora, en relación con el valor de reparación de daños de protección contra el fuego de la estructura metálica y sectorización de viviendas y elementos estructurales inadecuados en sótano, debiendo quedar fijada la cantidad indemnizatoria en sentencia.

>>3º.-Se condene a todos los demandados al pago de las costas, gastos judiciales e intereses legales conforme a la L.E.C.>>

2.- El procurador don Anibal Casamayor Madrigal, en nombre y representación de don Leopoldo, 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 <<desestimatoria de la totalidad de los pedimentos formulados por la actora respecto de mi mandante DON Leopoldo absolviendo al mismo; todo ello con expresa imposición de costas a la actora>>.

3.- La procuradora doña María Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., contestó en tiempo y forma a la demanda oponiéndose a la misma con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables y con un suplico interesando una sentencia <<por la que se declare inadmisibile o se desestime en cuanto a mi mandante la demanda formulada, con íntegra imposición de nuestras costas a la actora (dejamos además constancia aquí de nuestra reserva de acción resarcitoria contra la actora, por abuso de derecho, para el caso de que no desista de la acción que contra mi mandante ejercita indebidamente)>>.

4.- El procurador don José María Muñoz Ariza en nombre y representación de Desarrollo de Activos Inmobiliarios S.A. (Detinsa), se persona y contesta a la demanda, dentro del término del emplazamiento, oponiéndose a la misma por los motivos procesales expresados en su escrito en el que especifica los hechos y fundamentos de derecho en que basa su oposición y suplica al juzgado dicte una sentencia <<por la que se absuelva a Detinsa de la demanda tanto por acogimiento de la excepción planteada como por los restantes motivos de oposición articulados, con imposición a la parte actora de las costas causadas en esta instancia>>.

5.- El procurador don Ángel Ramón López Meseguer en nombre y representación de don Íñigo, contestó a la demanda oponiéndose a la misma con las excepciones, hechos y fundamentos de derecho que consideró adecuados y suplicando al juzgado <<se estimen las excepciones propuestas y en su caso con respecto del fondo se dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada contra mi representado, con expresa imposición de costas a la parte actora>>.

6.- La procuradora doña Ana Jaén Bedate personándose en nombre y representación del demandado don Hermenegildo contestó a la demanda con la excepción, hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables suplicando al juzgado una sentencia <<por la que desestime las pretensiones establecidas por la actora respecto de mi mandante, D. Hermenegildo, con expresa imposición de costas a la parte actora>>.

7.- La procuradora doña Paloma Pozas Garrido se persona en nombre y representación de don Juan y planteando las excepciones, hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes contestó a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando al juzgado <<dicte sentencia por la que:

1. Estime las excepciones planteadas por esta parte.

O, subsidiariamente, estime los motivos de oposición alegados y, en consecuencia, desestime íntegramente la demanda en lo concerniente a don Juan.

Condene a la parte actora a satisfacer las costas causadas o que se causen en este procedimiento>>.

8.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Majadahonda, dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO*

Que estimando parcialmente la demanda formulada por LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000, representada por la procuradora Sra. Bacigalupe Idiondo contra la promotora-constructora DESARROLLO DE ACTIVOS INMOBILIARIOS S.A. (DETINSA), representada por el procurador Sr. Muñoz Ariza, contra el arquitecto DON Íñigo, representado por el procurador Sr. López Meseguer; contra el arquitecto DON Juan representado por la procuradora Sra. Pozas Garrido; y

contra el arquitecto técnico DON Leopoldo, representado por el procurador Sr. Casamayor Madrigal, debo condenar y condeno a los referidos codemandados a reparar los defectos de las viviendas de los demandantes que se relacionan y se declaran existentes a continuación, con los siguientes requisitos y garantías: proyecto de ejecución de obras de reparación y dirección facultativa por parte de técnico competente ajeno a la presente demanda, visados por colegio oficial; y obras supervisadas por dicho técnico y ejecutadas por empresa homologada que presente, en su caso, los correspondientes certificados de instalación. Así:

1) Condeno SOLIDARIAMENTE a los arquitectos superiores, DON Íñigo y DON Juan y a la promotora-constructora DETINSA a la reparación de los siguientes defectos y en la siguiente forma:

1.1 Los relativos al mencionado en la demanda como daño 1 consistente en protección contra incendios de las zonas comunes del garaje. para ello se procederá, de conformidad con lo especificado en el informe pericial de la Sra. Debora, al desmontaje y redistribución de las canalizaciones afectadas y a recubrir la cara interior del forjado del sótano mediante la aplicación por proyección de mortero a base de perlita y vermiculita tipo vermiplaster o similar para una estabilidad al fuego EF- 120 y un coeficiente de conductividad térmica de 0,125 Kcal/hm²C.

SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que no se opte por los referidos codemandados por la reparación, deberán indemnizar solidariamente a la Comunidad de Propietarios actora por el importe en que se ha presupuestado por la perito Sra. Debora su ejecución material, sumados los porcentajes para gastos generales y beneficio industrial, que asciende a veintidós mil noventa y tres euros con sesenta y ocho céntimos (22.093,68 euros), más IVA.

1.2 Los relativos al mencionado en la demanda como daño 2 consistente en la protección contra incendios en las viviendas. Para ello se procederá, de conformidad con lo especificado en el informe del perito judicial don Camilo, del siguiente modo:

1º.-En el caso de las viviendas reparadas:

1. Para la sectorización entre viviendas.

Realizar la protección de los pasos de instalaciones mediante collarines intumescentes.

Realizar protección de una franja de 1 m en las zonas de acometida de medianera a cubierta sustituyendo el pladur existente por pladur RF-30 en 50 cm. a cada lado.

2. Para la sectorización entre garaje y viviendas.

Sustituir el pladur de falso techo en zonas de forjado de chapa colaborante de 14 cm. por un pladur RF-90 para así completar la resistencia existente (RF-30) hasta RF-120. Realizar los correspondientes collarines intumescentes RF-120 en los pasos de instalaciones y sectorizar las subidas de instalaciones a las viviendas.

Sellado de parte superior de muro en pared interior de vestíbulo de independencia con una RF-60.

Sectorización de almacén bajo escalera.

3. Para la estabilidad estructura de garaje.

Sustitución del pladur existente en los acabados por pladur EF-90, tanto en techo como en pilares.

4. Para la estabilidad de la estructura de las medianeras. Sustituir el falso techo existente por pladur RF-60. Además, al tener que abrirse todos los falsos techos de medianeras, se

producirá una revisión de las protecciones realizadas durante la ejecución de la obras anteriormente citadas. 2º Viviendas no reparadas:

1. Para la sectorización entre viviendas.

Realizar la protección de los pasos de instalaciones mediante collarines intumescentes.

Realizar protección de una franja de 1 m. en las zonas de acometida de medianera a cubierta sustituyendo el pladur existente por pladur RF-30 en 50 cm. a cada lado.

Realizar el sellado de los perfiles de medianera y de las rendijas existentes entre perfiles y muros.

2. Para la sectorización entre garaje y viviendas.

Sustituir el pladur de falso techo en zonas de forjado de chapa colaborante de 14 cm. por un pladur RF-90 para así completar la resistencia existente (RF-30) hasta RF-120. Realizar los correspondientes collarines intumescentes RF-120 en los pasos de instalaciones y sectorizar las subidas de instalaciones a las viviendas.

Sellado de parte superior de muro en pared interior de vestíbulo de independencia con una RF-60.

Sellado de parte superior de muro en medianera entre garaje y vivienda en RF-120.

Sectorización de almacén bajo escalera con RF-120.

Para la estabilidad estructura de garaje. Sustitución del pladur existente en los techos por pladur EF-90. Proteger pilares con pladur EF-120.

Para la estabilidad de la estructura de las medianeras.

Sustituir el falso techo existente por pladur RF-60.

Protección de perfiles en medianera con pladur ignífugo RF-60.

SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que no se opte por los indicados codemandados por la referida reparación, deberán indemnizar solidariamente a la Comunidad de Propietarios actora por el importe en que se ha presupuestado por el perito judicial Sr. Camilo su ejecución material sumados los porcentajes para gastos generales y beneficio industrial, que asciende a un millón seiscientos treinta y dos mil ciento sesenta y seis euros con treinta y cuatro céntimos (1.632.166,34 euros), más IVA.

Cada parte deberá satisfacer las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

2) Condeno SOLIDARIAMENTE al arquitecto técnico DON Leopoldo, y a la constructora-promotora DETINSA a la reparación de los siguientes defectos y en la siguiente forma:

2.1. Los relativos al mencionado en la demanda como daño 3 consistente en falta de aislamiento térmico en aleros de cubierta respecto de 19 chalets de los 52 que componen la Comunidad de Propietarios actora, en concreto los chalets nº NUM000, NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, NUM005, NUM006, NUM007, NUM008, NUM009, NUM010, NUM011, NUM012, NUM013, NUM014, NUM015, NUM016, NUM017 y

50. Para ello deberá procederse de conformidad con lo previsto en el informe pericial emitido por la Sra. Debora, esto es:

-Despeje y retirada de mobiliario del bajo cubierta y protección de los mismos.

-Demolición de una franja perimetral de falso techo.

-Incorporación de aislamiento térmico de lana de vidrio tipo IBR-100 de Isover o similar.

-Reposición de falso techo y

-Pintura de todo el techo de la bajo cubierta.

SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que no se opte por los referidos codemandados por la referida reparación, deberán indemnizar solidariamente a la Comunidad de Propietarios actora por el importe que resulta del informe emitido por la perito Sra. Debora, en relación a los chalets que deben ser reparados, que sumados los porcentajes para gastos generales y beneficio industrial, asciende a treinta y ocho mil ochocientos veintidós euros con veintiséis céntimos (38.822,26 euros), más IVA.

2.2. Los relativos a la falta de estanqueidad en el garaje, mencionado en la demanda como daño nº 5. Para ello deberá procederse, de conformidad con lo dispuesto en el informe de la perito Sra. Debora, a reimpermeabilización de los puntos de paso de las instalaciones y de los encuentros con los cerramientos verticales sobre el forjado.

SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que no se opte por los referidos codemandados por la referida reparación, deberán indemnizar solidariamente a la Comunidad de Propietarios actora por el importe en que se ha presupuestado por la perito Sra. Debora su ejecución material que, sumados los porcentajes para gastos generales y beneficio industrial, asciende a treinta y cuatro mil quinientos dos euros con cincuenta y cinco céntimos (34.502,55 euros), más IVA.

2.3 Los relativos a defectuoso funcionamiento de la acometida general de saneamiento, mencionado como daño 7 en la demanda. Para ello deberá procederse, de conformidad con lo dispuesto en el informe de la perito Sra. Debora a la

reconstrucción del último tramo de acometida general de saneamiento y colocación de una válvula anti-retorno.

SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que no se opte por los referidos codemandados por la referida reparación, deberán indemnizar solidariamente a la Comunidad de Propietarios actora por el importe en que se ha presupuestado por la perito Sra. Debora su ejecución material que, sumados los porcentajes para gastos generales y beneficio industrial, asciende a veintidós mil cuatrocientos noventa y nueve euros con quince céntimos (22.499,15 euros), más IVA.

Cada parte deberá satisfacer las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

3) ABSUELVO al arquitecto DON Hermenegildo, representado por la procuradora Sra. Jaén Bedate de las pretensiones ejercitadas contra él, sin imposición de las costas ocasionadas a ninguna de las dos partes.

4) ABSUELVO a la aseguradora ZURICH ESPAÑA, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., representada por la procuradora Sra. Centoira Larrondo, con imposición de las costas ocasionadas a la parte actora.

Se declaran expresamente desestimadas cualesquiera otras pretensiones contempladas en el suplico de la demanda.

SEGUNDO .-Interpuesto recurso de apelación por la demandante Comunidad de Propietarios DIRECCION000, por el demandado don Íñigo y por el demandado don Juan, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

1) Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.ª Itziar Bacigalupe Idiondo, en representación de la Comunidad de Propietarios "DIRECCION000", frente a la sentencia dictada el día treinta de julio de dos mil diez

por la Sra. Jueza del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Majadahonda *en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la indicada resolución sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales originadas en esta instancia, sin otra salvedad que las producidas por la sustanciación de dicho recurso en esta instancia, sin otra salvedad que las producidas por la sustanciación de dicho recurso respecto a Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., las que se imponen a la Comunidad de Propietarios.*

2) *Que, con acogimiento de los recursos de apelación interpuesto por los procuradores D. Ángel Ramón López Meseguer y D.^a Paloma Pozas Garrido, en la representaciones que ostentan respectivamente de D. Íñigo y D. Juan, frente a la sentencia antedicha, debemos revocar y revocamos la misma y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada frente a los recurrentes predichos por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000, les absolvemos de los pedimentos contra ellos deducidos, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales ocasionadas por la tramitación de ambos recursos en esta instancia.*

TERCERO .-1.-Por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS "DIRECCION000" se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Primero.-Al amparo del art. 469.1.2º LEC se denuncia infracción por defectuosa aplicación del art. 400 y 426 de la LEC sobre la preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos, en relación con el art. 218.1 LEC que impide a los órganos jurisdiccionales apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. Mutatio libelli e indefensión (art. 24 CE).

Segundo.-Al amparo del art. 469.1.2º LEC se denuncia infracción por defectuosa aplicación del art. 218.2 LEC al incurrir el fundamento de derecho séptimo de la sentencia ahora recurrida en evidentes falta de motivación, contradicción e incoherencia entre el fundamento y el fallo, no ajustándose a las reglas de la lógica y la

razón exigidas por el mencionado artículo y vulnerando el art. 24.1 C.E., derecho a la tutela judicial efectiva.

Tercero.-Al amparo del 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defectuosa aplicación del artículo 348 de la LEC, al existir en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia una defectuosa e ilógica apreciación de la prueba y un consecuente fallo en el juicio intelectual que no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE.

Cuarto.-Al amparo del 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defectuosa aplicación de los artículos 316 y 326, al existir una defectuosa e ilógica apreciación de la prueba y un consecuente fallo en el juicio intelectual que no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE. Error patente y palmario en valoración de prueba de interrogatorio de las partes y documental privada sin impugnación, todo ello, en cuanto a la exoneración de responsabilidad del Sr. Hermenegildo como proyectista y codirector de obras.

Y de casación basado en los siguientes motivos:

Primero.-Al amparo del art. 477.1 de la LEC se denuncia infracción de los artículos 3, apartados 1 y 2, y 17.1 a) y b) de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE).

Segundo.-Al amparo del art. 477.1 de la LEC se denuncia infracción de los artículos 3, apartados 1 y 2, y artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE).

Tercero.-Al amparo del art. 477.1 LEC se denuncia infracción del art. 1591 del Código Civil y jurisprudencia aplicable que lo interpreta. (Lo supedita a que se desestime el primer motivo).

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 15 de enero de 2013 se acordó admitir los recursos interpuestos extraordinario por infracción procesal y de casación y dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España (sucesora a título universal de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros), la procuradora doña María Jesús Pintado de Oyagüe en nombre y representación de don Hermenegildo, la procuradora doña Elena Yustos Capilla en nombre y representación de don Íñigo y el procurador don José Pedro Vila Rodríguez en nombre y representación de don Juan, presentaron escritos de oposición a ambos recursos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 25 de marzo del 2014, fecha en que se decidió someterlo al pleno de la Sala por lo que se suspendió, y se volvió a señalar para pleno el día ocho de abril de 2014 en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-La parte actora interpuso demanda contra el arquitecto proyectista, arquitectos directores de obra, arquitecto técnico, compañía de seguros y promotora-constructora por los daños resultantes en la edificación adquirida por los miembros de la Comunidad.

- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA :

Se condenó solidariamente al arquitecto técnico y a la constructora-promotora, por problemas, de aislamiento, estanqueidad y saneamiento.

Se desestimó la demanda contra el arquitecto proyectista Sr. Hermenegildo porque esté renunció a la dirección de obra por discrepancias con la promotora y la obra se recepcionó seis meses después de su despido, plazo en el que era posible haber subsanado las deficiencias que se declaran probadas.

Se desestimó la demanda contra la aseguradora ZURICH, al entender el Juzgado que las deficiencias de la edificación en el ámbito de la prevención de incendios no son daños derivados de la ocurrencia de un siniestro.

Se condenó solidariamente a la promotora junto con los Sres. Íñigo (coproyectista) y Juan (directores de obra y firmantes del certificado final de obra) por:

Ausencia de protección contra incendios en las zonas comunes del garaje, valorado en 22.093, 68 euros.

Ausencia de protección contra incendios en las viviendas, al carecer de sectorización entre las mismas y entre ellas y el garaje, valorado en 1.632.166,34 euros.

- SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA :

En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se desestima el recurso de apelación de la comunidad de propietarios, que pretendía la condena del Sr. Hermenegildo (proyectista) y de la aseguradora ZURICH y estima el recurso de apelación interpuesto por los Sres. Íñigo y Juan (directores de obra), al entender que no se produjeron daños en el edificio y que la reparación de las deficiencias observadas puede reclamarse por las acciones derivadas de la responsabilidad contractual o extracontractual, pero no al amparo del art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE).

La sentencia declara que "las deficiencias de protección ignífuga por las que se postula la demanda, como es evidente, suponen vicios o anomalías en elementos estructurales e incluso pueden afectar sensiblemente la estabilidad del edificio. Empero dichas anomalías no se han materializado en daño material alguno, además de no comprometer directamente dicha estabilidad...".

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO *.-Motivo primero .-Al amparo del art. 469.1.2º LEC se denuncia infracción por defectuosa aplicación del art. 400 y 426 de la LEC sobre la preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos, en relación con el art. 218.1 LEC que impide a los órganos jurisdiccionales apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. Mutatio libelli e indefensión (art. 24 Constitución Española [CE]).*

Se desestima el motivo .

Se alega que los Sres. Íñigo y Juan incurrieron en "mutatio libelli" (cambio de las alegaciones), dado que al contestar a la demanda no opusieron que no concurrían "daños materiales". Introducen los recurrentes esta variante al comprobar que ZURICH (que sí lo alegó) resultó absuelta al entenderse por la juzgadora de instancia que al no concurrir daños materiales no existía siniestro.

Examinadas las contestaciones a la demanda se puede apreciar que ya se advertía que los posibles vicios existentes no afectaban, a criterio de los arquitectos Íñigo y Juan, a la estabilidad del edificio, lo que dicho de otra manera, era introducir de forma vaga pero cierta, la inexistencia de daños materiales y la conveniencia de que se hubiese ejercitado exclusivamente la acción por incumplimiento contractual contra la promotora.

En base a ello, cabe negar la infracción de los arts. 400, 401, 426 y 218 de la LEC, pues la cuestión relativa a los daños materiales, fue objeto de debate, si bien en

apelación precisaron sus posturas y lo hicieron sin apartarse de sus alegatos iniciales, y sin causar indefensión a la parte actora, pues ZURICH ya planteó dicha cuestión en primera instancia y fue objeto de argumentación y prueba y determinó la desestimación de la demanda con respecto a la aseguradora (STS 18-6-2012, RC. 169/2009).

TERCERO *.-Motivo segundo .-Al amparo del art. 469.1.2º LEC se denuncia infracción por defectuosa aplicación del art. 218.2 LEC al incurrir el fundamento de derecho séptimo de la sentencia ahora recurrida en evidentes falta de motivación, contradicción e incoherencia entre el fundamento y el fallo, no ajustándose a las reglas de la lógica y la razón exigidas por el mencionado artículo y vulnerando el art. 24.1 C.E., derecho a la tutela judicial efectiva.*

Se desestima el motivo .

Se alega por la recurrente que se aprecia contradicción interna en la sentencia por declarar *"las deficiencias de protección ignífuga por las que se postula la demanda, como es evidente, suponen vicios o anomalías en elementos estructurales e incluso pueden afectar sensiblemente la estabilidad del edificio. Empero dichas anomalías no se han materializado en daño material alguno, además de no comprometer directamente dicha estabilidad..."* .

Es necesario reconocer que la redacción de la sentencia recurrida puede inducir a confusión, pues en breve espacio se efectúan razonamientos aparentemente opuestos.

Pero la alegación de incongruencia interna de la sentencia es ficticia pues tras una aseveración contundente como es que existen anomalías en los elementos estructurales que pueden afectar "sensiblemente " a la estabilidad el edificio, luego concluye que no constituyen "daño material", es decir, entiende que no hay manifestación externa de dichas disfunciones. Esta es la línea argumental de la sentencia, expuesta en ella con brevedad, pero con claridad y sin incurrir en contradicciones.

CUARTO .-Motivo tercero. Al amparo del 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defectuosa aplicación del artículo 348 de la LEC, al existir en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia una defectuosa e ilógica apreciación de la prueba y un consecuente fallo en el juicio intelectual que no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE.

Se desestima el motivo, que se opone como subsidiario del anterior .

Pretende la recurrente que se declare que está comprometida directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

Este motivo debe desestimarse porque en la sentencia recurrida no se discute la afectación sensible de la estructura del edificio, pero pese a ello concluye que no se ha manifestado como daño material.

Es decir, no estamos ante una cuestión fáctica sino jurídica y de interpretación de la cobertura del art. 17 LOE.

QUINTO .-Motivo cuarto. Al amparo del 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por defectuosa aplicación de los artículos 316 y 326, al existir una defectuosa e ilógica apreciación de la prueba y un consecuente fallo en el juicio intelectual que no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE. Error patente y palmario en valoración de prueba de interrogatorio de las partes y documental privada sin impugnación, todo ello, en cuanto a la exoneración de responsabilidad del Sr. Hermenegildo como proyectista y codirector de obras .

Se desestima el motivo .

Plantea la recurrente la necesaria estimación de la demanda contra el Sr. Hermenegildo -arquitecto proyectista y director de la obra hasta su

renuncia-entendiendo que la valoración de la prueba no supera el test de racionalidad que lleva aparejado el derecho a una tutela judicial efectiva.

Entiende la recurrente que el Sr. Hermenegildo al modificar el proyecto inicial por exigencias de la Administración debió incluir medidas antiincendios, y no lo previó, para ello se remite al proyecto y a la testifical de los arquitectos Íñigo y Juan.

Examinada la testifical mencionada obrante en la grabación de CD de 5-2-2010 (5.21.23 y siguientes) se reconoce que no había medidas de ignifugación por los Sres. Íñigo y Juan, pero en la declaración del Sr. Hermenegildo practicada justo antes no se efectúa dicho reconocimiento de negligencia, ni está al alcance de este tribunal el poder examinar con criterios técnicos la bondad o no del proyecto modificado, lo que debió ser objeto de la correspondiente prueba pericial y su ausencia debe cargarse sobre la parte demandante de acuerdo con el art. 217 LEC.

En resumen, no se produce un error palmario en la valoración de la prueba sino que la parte recurrente ofrece una valoración alternativa que no por ello es más fiable.

Por otro lado, consta acreditado por la correspondiente prueba pericial que cuando el Sr. Hermenegildo abandona la obra por discrepancias con la promotora, aún era posible corregir los defectos de ignifugación, y no lo hicieron los directores de obra (Íñigo y Juan) que llegaron a firmar el certificado final de obras, siendo conscientes de dicha carencia esencial para la seguridad de las personas y edificación. No puede imputarse al Sr. Hermenegildo la inejecución de las obras relativas a la prevención de incendios, cuando abandona la obra por renuncia antes de la finalización de la misma pues tras ello se pudieron llevar a efecto, como se declara en la sentencia de primera instancia, no discutida en este aspecto en la segunda instancia, y dicha labor de conclusión ignífuga no fue llevada a cabo por los Sres. Íñigo y Juan, cuando se "trata de un defecto apreciable de forma manifiesta" (folio 14 de la sentencia del Juzgado).

En cuanto a la *valoración de la prueba*, la jurisprudencia de esta Sala ha sido muy reiterada, en sentencias de 4 de febrero de 2011, 9 de mayo de 2011, 2 de junio de 2011, 1 de julio de 2011 en este sentido:

"Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado. La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469. 1. 4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008; 30 de junio y 6 de noviembre de 2009; 26 de febrero 2011, entre otras)".

No puede, por aquello, pretender en este motivo del recurso por infracción procesal revisar la valoración de la prueba practicada y afirmar que el demandante acreditó suficientemente la negligencia del Sr. Hermenegildo , ya que esta Sala no constituye una tercera instancia, que permita volver a examinar la prueba practicada, como así han reiterado las sentencias de 25 de junio de 2010, 14 de abril de 2011, 5 de mayo de 2011, 2 de junio de 2011, entre otras muchas, anteriores.

RECURSO DE CASACIÓN.

SEXTO .-Motivo primero. Al amparo del art. 477.1 de la LEC se denuncia infracción de los artículos 3, apartados 1 y 2, y 17.1 a) y b) de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE).

Se estima el motivo .

Alega la recurrente que la Audiencia Provincial desestima la demanda contra los Sres. Hermenegildo, Íñigo y Juan pese a la falta de protección contra incendios de la estructura del edificio, al no existir daño material.

Alega que en la sentencia recurrida se declara que "las deficiencias de protección ignífuga por las que se postula la demanda, como es evidente, suponen vicios o anomalías en elementos estructurales e incluso pueden afectar sensiblemente la estabilidad del edificio. Empero dichas anomalías no se han materializado en daño material alguno, además de no comprometer directamente dicha estabilidad, por lo que mientras no se manifiesten no es dable accionar con asidero jurídico en el art. 17.1 a), sin perjuicio de ejercitar las acciones derivadas del incumplimiento contractual...".

Invoca como infringidos los arts. 3 y 17 de la LOE al entender comprometidas la resistencia y estabilidad de la estructura frente al fuego.

Plantea el recurrente con cita jurisprudencial la existencia de una ruina potencial y la plasmación de concretos daños materiales en la falta de ignifugación.

No concurre el motivo de inadmisión invocado por el Sr. Íñigo, al concurrir fundamentación suficiente y no discutirse los hechos probados en el recurso de casación.

Esta Sala debe comenzar por recordar que como hecho probado se ha constatado la falta de sectorización de viviendas y la falta de aislamiento ignífugo de las vigas metálicas y del forjado, pese a que era un requisito técnico ineludible, siendo evidente

la ausencia de dicha protección contra incendios para cualquier técnico, como se declaró probado en la sentencia del Juzgado, en nada contradicha en ese aspecto.

Los Sres. Íñigo y Juan firmaron la certificación final de obra, pese a que conocían o pudieron conocer la ausencia de dicha protección contra incendios, siendo el importe de subsanación de deficiencias de 22.093,68 euros y 1.632.166,34 euros (hecho probado).

Es también hecho probado que "suponen vicios o anomalías en elementos estructurales e incluso pueden afectar sensiblemente la estabilidad del edificio".

Partiendo de estos hechos incontrovertidos debemos reconocer que en las viviendas y elementos comunes se ha producido a los propietarios y comuneros un grandioso menoscabo patrimonial que afecta a la seguridad de personas y bienes y al valor de las viviendas, al carecer de un elemento tan esencial para la estructura y estabilidad del edificio.

Según la línea desarrollada en la sentencia recurrida no hay daños materiales.

Sin embargo, esta Sala debe declarar que el menoscabo patrimonial padecido es no solo un vicio de la edificación sino un auténtico daño material por el infravalor de las viviendas que carecen de un elemento de seguridad básico, y sin que pueda exigirse al comprador que espere a que tales daños alcancen un determinado grado de intensidad, pues ya eran de una magnitud insoportable.

No se trata de un mero defecto de habitabilidad o de terminación o acabado sino como establece el art. 3 de la LOE son un requisito básico de la edificación que afecta a la seguridad estructural [apartado 1 b), b-1] pues afectaba a las vigas, al forjado y a la sectorización entre garaje y viviendas y a las viviendas entre si.

No estamos ante un mero defecto en el sistema de seguridad contra incendios, sino ante un déficit de seguridad estructural derivados de la falta de

sectorización entre viviendas y de ellas con el garaje, que constituye un daño material. El mencionado art. 3.1 LOE establece que elementos estructurales no son solo los citados en el apartado b) b.1 sino que pueden ser también otros que "comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio".

El art. 17.1 a) LOE establece la responsabilidad, durante diez años, por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a las vigas, muros de carga u otros elementos estructurales que comprometan la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

El supuesto de autos tiene cabida dentro del art. 17.1 LOE dado que afecta a la falta de ignifugación de las vigas y a la falta de compartimentación antiincendios, que como la sentencia recurrida declara probado son "vicios o anomalías en elementos estructurales e incluso pueden afectar sensiblemente la estabilidad del edificio".

En la sentencia recurrida no se discute la afectación estructural, sino que entiende que los vicios no tienen cabida en el art. 17 LOE, porque los daños materiales no se han manifestado o materializado.

Como establece la doctrina, desde el punto de vista objetivo, se define el daño como "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o

evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o patrimonio".

De esta definición podemos deducir que estamos ante daños materiales en cuanto menoscaban esencialmente el patrimonio de los actores, al que someten a un peligro grave, cierto, objetivo y persistente, que afecta a elementos estructurales.

Pese a la existencia de daños materiales en la sentencia recurrida se declara que no se han materializado y por ello no los entiende incluidos en el art. 17 LOE, pero el daño se ha manifestado de modo concreto y grosero, sin necesidad de que provoque un

incendio, es más, el art. 3 de la LOE solo exige que "comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio" y como recuerda la doctrina ello significa que "comprometan la solidez

o la estabilidad del edificio aunque no afecten aún a ella".

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

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

En resumen, son daños materiales que comprometen la estabilidad y resistencia del edificio en cuanto la exponen o ponen en riesgo y porque la subsanación o reparación de los defectos tiene un coste cierto y evaluado económicamente.

SÉPTIMO .-Al folio 8 del recurso de casación anuncia el recurrente que también postula la condena por los daños de habitabilidad no concedidos por el Juzgado, para luego no concretarla al final del motivo cuando fija los términos de la pretensión pretendida, por lo que no entramos en dicha cuestión, dada su inconcreción.

OCTAVO.- *.-Motivo segundo. Al amparo del art. 477.1 de la LEC se denuncia infracción de los artículos 3, apartados 1 y 2, y artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) .*

Se estima el motivo .

Se solicita la condena de la compañía de seguros en base a que concurren daños materiales y se ha comprometido la resistencia y estabilidad del edificio.

No concurre motivo de inadmisión alegado por ZURICH, dado que no se hace supuesto de la cuestión por el recurrente, sino que parte de un diferente concepto jurídico de los daños materiales.

Esta Sala en base a lo ya declarado debe confirmar la existencia de cuantiosos daños materiales que comprometen sensiblemente la estabilidad y resistencia del edificio.

El art. 19.1 c) de la LOE establece la necesidad de un "seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o 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 estabilidad del edificio".

El concreto seguro concertado por la promotora con ZURICH con "garantía decenal de daños estructurales", como cobertura básica, lo fue por importe de 589.603.312 ptas y da cobertura al siniestro analizado, por lo que asumiendo la instancia por estimación del motivo de casación, procede la estimación parcial de la demanda contra ZURICH condenándola a la reparación y subsanación de los daños 1 y 2, referidos en el fallo de la sentencia del juzgado de primera instancia para la promotora y arquitectos Sres. Íñigo y Juan y subsidiariamente al pago de la cantidad de 22.093,68 euros, más IVA por el daño 1, y 1.632.166,34 euros más IVA por el daño 2, solidariamente con la promotora.

Asumiendo la instancia, por estimación del motivo primero, procede estimar la demanda en los conceptos y cuantías acordados en el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia contra D. Íñigo y D. Juan, los que son condenados solidariamente con la promotora, como firmantes del certificado final de obra (art. 17.1 a), en relación con el art. 3.1, b), b.1), ambos de la LOE), habiendo incumplido las obligaciones que les marca el art. 12. 3 b), c) y e) de la LOE, al haber homologado la bondad de unas medidas de ejecución estructural que no se correspondían con la seguridad, estabilidad

y resistencia de los elementos estructurales, generando o permitiendo que se causaran daños materiales de gran magnitud que no pudieron pasarles desapercibidos.

Se mantiene lo acordado en la sentencia del Juzgado con respeto a DIETINSA (promotora), D. Leopoldo (arquitecto técnico) y el Sr. Hermenegildo (Proyectista y primer director de obra hasta su renuncia).

No entramos en el análisis del motivo tercero del recurso, al ser subsidiario del primero para el caso de que no fuese estimado.

NOVENO .-Estimada parcialmente la demanda no procede expresa imposición de las costas de la primera instancia. Con respecto a las causadas al Sr. Hermenegildo tampoco procede expresa imposición a la actora, por las dudas fácticas y jurídicas ya expresadas en la sentencia del Juzgado (art.. 394 LEC).

No se imponen a la demandante las costas de su recurso de apelación, al ser estimado parcialmente. Con respecto a las causadas al Sr. Hermenegildo tampoco procede expresa imposición a la actora, por las dudas fácticas y jurídicas ya expresadas en la sentencia de la Audiencia (art. 398 LEC).

No se imponen a los Sres. Íñigo y Juan las costas derivadas de su recurso de apelación, por las mismas dudas antes expresadas en la sentencia de la Audiencia.

Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y sin expresa imposición de las costas del recurso de casación, al ser estimado parcialmente, excepto las causadas al Sr. Hermenegildo las que expresamente se le imponen, al haberse desestimado la petición de condena contra el mismo.

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS "DIRECCION000" representada por la Procuradora D.^a Itziar Bacigalupe Idiondo contra sentencia de 21 de diciembre de 2011 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid.

2. CASAR parcialmente la sentencia recurrida.

Se mantiene la condena solidaria pronunciada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia contra los Sres. Íñigo y Juan.

Se mantiene lo acordado en la sentencia del Juzgado con respeto a DIETINSA, D. Leopoldo y el Sr. Hermenegildo.

5. Se condena a ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA, sucesora a título universal de ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., a la reparación y subsanación de los daños 1 y 2, referidos en el fallo de la sentencia del juzgado de primera instancia para la promotora y arquitectos Sres. Íñigo y Juan y subsidiariamente al pago de la cantidad de 22.093,68 euros, más IVA por el daño 1, y 1.632.166,34 euros más IVA por el daño 2, solidariamente con la promotora.

No procede expresa imposición de las costas de la primera instancia.

No procede expresa imposición en las costas de la apelación.

Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y sin expresa imposición de las costas del recurso de casación, excepto las causadas al Sr. Hermenegildo las que expresamente se imponen al recurrente.

Devuélvase el depósito consignado para el recurso de casación al recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Francisco Marín Castán

José Ramón Ferrándiz Gabriel

José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller

Francisco Javier Arroyo Fiestas

Ignacio Sancho Gargallo

Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá Jimena

Sebastián Sastre Papiol

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

FECHA:5/05/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON José Antonio Seijas Quintana AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON Antonio Salas Carceller, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 581/2012.

Con el mayor respeto para el criterio mayoritario plasmado en la Sentencia, formulo el siguiente voto particular discrepante.

Los antecedentes del caso están correctamente descritos por lo que no se va incidir en ello. Interesa, por lo que a este voto discrepante afecta, las razones por las que se ha estimado el recurso, con las que se discrepa, que tienen que ver con la existencia de un daño y su inclusión en la Ley de Ordenación de la Edificación, para responsabilizar a los agentes que intervinieren en la construcción.

PRIMERO.- La Ley establece como ámbito de aplicación los daños materiales, y sobre ellos instrumenta la responsabilidad civil de los que intervienen en la construcción, desapareciendo el concepto tradicional de ruina que hasta la fecha había servido para calificar los vicios.

El daño debe producirse en el edificio, y puede resultar por distintas causas: ejecución y terminación de las obras; vicios o defectos de la cimentación, soportes, vigas, forjados, muros de carga u otros elementos estructurales que comprometan la solidez o estabilidad del edificio, así como a los elementos constructivos e instalaciones, que afecten a su habitabilidad, del apartado 1, letra c), del artículo 3 (art. 17.1 a y b).

La Ley, a diferencia de lo que sucedía en la interpretación del artículo 1591 del CC, frena una tendencia decididamente expansiva del concepto de daños que se había producido en la jurisprudencia, y excluye de protección aquellos defectos que pudieran resultar del contrato de compraventa de las viviendas y locales radicantes en el edificio. La Ley distingue entre el daño o vicio constructivo y 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 propia de la LOE, sino a acciones y a responsabilidades distintas, vinculadas al cumplimiento

contractual de los artículos 1.091, 1.089, 1101,1.258, 1.124, 1.484 y siguientes, todos ellos del Código Civil, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen el calificativo de dañosos, como resulta de las sentencias de esta Sala de 13 de mayo y 26 de junio de 2008 y 27 de junio de 2012.

El daño, además, debe existir en el momento de la interposición de la demanda sin que el riesgo razonable de que este se produzca sea incardinable en el precepto.

SEGUNDO .-Ausente de la LOE están varias cosas. De un lado ni la funcionalidad, salvo la que resulta del apartado 1.c) c. 4 del artículo 3 de la Ley ("*otros aspectos funcionales...*"), ni la seguridad, excepto la estructural, se incluyen en el artículo 17 de la Ley. El artículo 17 fija una garantía de diez años para 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. Su redacción es coincidente con la del artículo 3.1 b) b). 1), cuyo contenido es distinto al que se ofrece en el apartado 3 b) b). 2 y b).3 referidos a la seguridad en caso de incendio y de utilización. Tampoco están los del artículo 3.1 c), relativos a la higiene, salud, protección del medio ambiente, ruido, ahorro de energía y aislamiento térmico, salvo el apartado c. 4.

El incendio puede provenir por causas internas y externas y puede no estar vinculado causalmente al incumplimiento de la normativa propia. El daño, además, tampoco aparece necesariamente vinculado a la estructura del edificio, incluso un simple defecto de ejecución material, determinante de humedades, puede tener consecuencias negativas para la estructura si no se corrige a tiempo. Para que se incluyan en este apartado hace falta, primero, que exista un daño que afecte a alguno de los elementos descritos en la norma, y, después, que este daño "comprometa la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio", de tal forma que si ocurre un incendio, vinculado a la falta de normativa sobre incendios, y este afecta a un elemento secundario del inmueble,

como una puerta o una ventana, en ningún caso será determinante de responsabilidad a través del artículo 17 de la LOE.

En el caso no hay daño. Sin daño difícilmente pueden quedar afectados los elementos estructurales del inmueble. Es un daño estrictamente contractual, aunque pueda tener consecuencias en la seguridad del inmueble, que aquí no se han materializado.

TERCERO.- Su incumplimiento, por tanto, configura una violación de contrato para exigir el comprador del vendedor una vivienda en condiciones de servir al fin para el que se adquirió, que es la causa económico-jurídica del contrato, puesto que la LOE no concreta una responsabilidad exigible conforme a los criterios expresados en su artículo 17.

CUARTO.- Por lo expuesto, debe mantenerse la sentencia recurrida, desestimando el recurso de casación formulado, con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente.

José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia y voto particular por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.