

## **SENTENCIA N. 39/2008**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA**

El día 21 de febrero de 2006 la parte actora presentó demanda en la que solicitaba que se condene a la **promotora** demandada a pagar los daños causados a la Comunidad de Propietarios por los defectos constructivos (defectos en marquesina, cubierta y lucernario, humedades y filtraciones, curva de rampa en el parking, oxidación de elementos metálicos y otros varios defectos, hasta un total de 17, según dictamen pericial), en la cantidad de 57.535,34 euros, y los intereses legales desde la reclamación judicial hasta su pago, con imposición de costas.

La **promotora** demandada alega que ha sido mero mediador o coordinador (entre sus socios y los agentes de la **construcción**) y que es una cooperativa y no un **promotor** de obras. Dice que debe responder la constructora, con individualización de su responsabilidad, y pide su intervención provocada.

Admitida ésta por la jueza, la constructora XXXXXXXX contesta y se opone a ser considerada sucesora procesal de la cooperativa. Predica su buena fe (dice que ha reparado un trastero y las humedades de la cubierta) y niega su responsabilidad (porque se firmó el acta de recepción de la obra). Imputa al arquitecto algunos defectos (diseño de la marquesina y claraboya, curva de la rampa y dimensiones de los cuartos de aire acondicionado), otros dice que derivan de faltas de mantenimiento (pintura, humedades en el 6º,4ª, humedades en el sótano -no se usan los extractores-, apertura de puertas y presencia de oxidaciones, por falta de pintado) y afirma que otros son problemas meramente estéticos (el del pavimento) o no probados (el ruido de las cañerías).

El **promotor** contesta e insiste en que es mero mediador y que no ha vendido sino "cedido" las viviendas, por lo que no estaría legitimado pasivamente. Denuncia ahora litisconsorcio pasivo necesario, respecto a los facultativos, que entiende responsables de los defectos denunciados, o imputa a la constructora los que constituyen defectos de "ejecución". Añade que sería preferente la reparación in natura al pago de una **indemnización**, que la comunidad no acredita haber pagado el gasto que reclama y que concurre pluspetición en la valoración (aporta dictamen de los Sres. Jesús Carlos y Juan Luís). Dice que la responsabilidad se puede individualizar (dice que es exclusiva del constructor, respecto a los defectos de acabado) lo que excluiría la posibilidad de condenarle al amparo del *art. 17.2 LOE* cuando fija la responsabilidad del **promotor** "en todo caso". Sostiene que de ser condenada debería repercutir en sus socios y concluye con análisis de las concretas partidas, que considera deficiencias de remate (marquesina, oxidaciones, etc.), causadas por el uso o por la falta de mantenimiento (puertas), inciertas (como la referida a la rampa, a la dimensión de los trasteros o al ruido de **bajantes**), ya corregidas, de

incumplimiento contractual y no legal (el pavimento de los trasteros) o sin relevancia estructural.

En la audiencia previa la actora dice que ha habido algunas reparaciones y reduce su reclamación a 55.522,84 euros, pero por escrito de 9 de noviembre de 2006 la fija en 57.672,53 euros (f.692). Al fin, reduce su reclamación a solo cuatro defectos.

La sentencia recurrida, de fecha 12 de enero de 2007, acoge la tesis de la sentencia de esta Sala de 4 de abril de 2005 para estimar la legitimación pasiva de Habitatge Entorn, como sociedad limitada en forma de cooperativa y no como una cooperativa ad hoc. La jueza analiza a continuación los 17 defectos denunciados. Admite el defecto en la rampa (porque el perito de la actora aporta mediciones no rebatidas), pavimento del segundo sótano (cuarteado y rugoso), oxidaciones (por defecto de pintado), falsos techos (por filtración de agua) y humedades en cubierta (por zonas de solape no bien soldadas). La jueza entiende que la **promotora** debe responder solidariamente, por incumplimiento de contrato, recoge la doctrina jurisprudencial que admite la directa **indemnización** dineraria, descuenta los pagos por reparaciones ya realizadas, añade el cálculo de costes complementarios y, en fin, estima en parte la demanda y condena a las demandadas a que, conjunta y solidariamente, abonen a la demandante 56.001,16 euros, con más el interés legal del dinero desde la fecha de la interpelación judicial (21 de febrero de 2006) hasta la de la sentencia y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta la del pago. Concluye que cada parte deberá abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## 2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN

2.1 El **promotor** recurrente argumenta que no es **promotor**, en el sentido del *art. 17 LOE*. Reitera que es mero intermediario, que no actúa con ánimo de lucro y que sus cuentas están auditadas y controladas. Dice que no tiene personalidad ni estructura (la gestión de la obra la llevó Habitatge Social, S.A., con la que no está vinculada, afirma, y que cobró un 8% por dicha gestión) y añade que reúne a los socios en asamblea de "fase o promoción" para tratar sobre las licencias y obras y que éstos conocen cuál es la empresa constructora y los facultativos.

Imputa al contratista los defectos de pintura, niega los de rampa y pavimento y entiende probado que la reparación propuesta para la cubierta es desorbitada. Se opone a la condena solidaria, contraria a la prueba de la causa de los daños.

La comunidad apelada se opone y afirma que la LOE establece la responsabilidad del **promotor** aunque tenga la forma de gestor de cooperativas (*art. 17.4 LOE*). Resalta el contenido de los estatutos y los actos de la recurrente como verdadera empresa **promotora** y afirma la identidad entre la SCCL y la SA, así como el hecho de que haya reparado 10 de los 14 defectos. Considera probados los cuatro restantes, difícil la individualización y posible la responsabilidad de la **promotora** al amparo del *art.17.3 LOE*.

También se opone XXXXXXXX, con argumentos similares, solo en cuanto a su legitimación. 2.2 Impugna XXXXXXXX la sentencia en cuanto al devengo de intereses desde demanda y a la admisión de la existencia e imputabilidad de los defectos, que rebate. La rampa cumple la normativa, XXXXXXXX cumplió el proyecto y no consta que el Sr. Emilio realizara mediciones in situ; el defecto del pavimento es meramente estético (lo dicen cuatro peritos); realizó correctamente la cubierta (que se ha mejorado, no solo reparado); los balcones son defectuosos por proyecto y no por ejecución; y la pintura se aplicó según instrucciones (no se le indicó que la capa de pintura debiera ser más gruesa), por lo que no le es imputable la oxidación del metal.

La Comunidad de Propietarios se opone también a la impugnación, en cuanto a los intereses, porque la reducción del quantum deriva del cumplimiento parcial de la reclamación y no de que sea excesiva y porque los **vicios** y defectos han quedado demostrados como imputables a la constructora y no constituyen mejoras (la rampa se construyó "al límite, el pavimento, la pintura y la cubierta se ejecutaron mal). Se opone a deshacer la solidaridad.

Habitatge también se opone y reitera los argumentos de su propio recurso.

### 3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto ha tenido entrada en la Sección el 5 de junio de 2007. No se ha practicado prueba ni se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala se ha llevado a cabo en fecha 17 de enero de 2008. Esta resolución no se ha dictado en el término previsto en el *artículo 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* debido a causas estructurales, lo que se hace constar a los efectos del *artículo 211.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1. LA DOCTRINA ANTERIOR DEL TRIBUNAL SUPREMO

La postura conocida de la Sala Primera del Tribunal Supremo era, antes de la publicación de la LOE, la de considerar que las cooperativas dedicadas exclusivamente a procurar viviendas a los socios pueden quedar excluidas de la equiparación a la figura del **promotor**, si no vienen guiadas por la intención de destinar las viviendas al tráfico transmitiéndolas a terceros compradores para obtener beneficios económicos. La jurisprudencia exigía que se constituyan con la aportación de cantidades por sus componentes, a través de una derrama del costo de la **construcción**, y que la cooperativa interviniera en la promoción de viviendas sin ánimo de lucro. En tal caso se les ha considerado simples **promotores**-mediadores, por la ausencia de intención lucrativa en su intervención que la aparta de la figura del **promotor**-constructor y lo sustrae al ámbito de aplicación del *artículo 1591 a.C.* (SSTS 11 de octubre de 1974 - RA 3798-, 4 de octubre de 1981, 23 de febrero de 1983 - RA 1068-, 1 de marzo de 1984 - RA 1194-, 11 de febrero de 1985 - RA 545-, 20 de febrero de 1989 - RA 1212-, 6 de marzo de 1990 - RA 1672-, 1 de octubre de 1991 - RA 7255- y 8 de junio de 1992 - RA 5168).

Sin embargo, respecto a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. esta Audiencia Provincial ya había declarado, al menos en dos ocasiones (SSAP Barcelona 31 de julio de 2003 - RA 256855- y 4 de abril de 2005) que su especial forma de actuar no es la propia de una mera cooperativa. En esta línea la STS de 8 de mayo de 1995 -RA 3942 -, atribuye a una sociedad cooperativa la posición general de constructor y **promotor** y la STS de 22 de junio de 2001 -RA 5074 -, admite incluso la responsabilidad de una entidad autonómica, en razón del beneficio social que gestiona. De los autos se deduce que la recurrente no es una cooperativa, propiamente, en el sentido exigido por la jurisprudencia, porque su estructura es la de una cooperativa de responsabilidad limitada. Habitatge Entorn no menciona ni expone en la contestación a la demanda sus relaciones con Habitatge Social, S.A. (por lo que entrar en ello ahora podría producir indefensión, porque se alteran los términos de la contestación), ni las aclara (lo que es de su cargo, *art. 217 LEC*). Sr. Alejandro admite una especial vinculación entre ambas. La demandada obtiene lucro, al menos, en relación con la libre disposición de los locales comerciales que construye y no cede (declaración del Sr. Pedro). En este sentido, la declaración Don. Alejandro no es decisiva porque el hecho de estar sometido a control por razón de ser cooperativa, tiene lógica relación con el control de las relaciones laborales y no altera la consideración de que el recurrente se beneficia y enriquece con la gestión, sin repartir entre los cooperativistas (distintos para cada obra) los beneficios de su actividad (aprobados en Consejo Rector ajeno a las concretas "fases" de **construcción**).

## 2. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

A todo ello se une que en el presente caso ya no es de aplicación el *art. 1591 C.C.* , sino el régimen de la *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación* , que incluye entre los **promotores** a las personas jurídicas colectivas que, con recursos ajenos, deciden, impulsan, programan y financian las obras de edificación para su cesión a tercero bajo cualquier *título (art. 9.1)* , lo que afecta a los **promotores** que actúen bajo la forma de gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas (*art. 17.4 in fine*). El propio recurrente admite en su escrito promoviendo la intervención provocada que es mediador o coordinador entre sus socios y los agentes de la **construcción** (f.311). Por otra parte, el *art. 17.3 inciso 2º* establece la responsabilidad del **promotor** "en todo caso", solidariamente con los demás agentes y respecto a los adquirentes, por los daños materiales en el edificio ocasionados por **vicios** o defectos de **construcción**, lo que viene referido a los del *art. 17.1 b)* (**vicios** de habitabilidad y acabado) y pone en relación directa el arrendamiento de obra con la cesión de la vivienda a cualquier título (contrato de compraventa, adjudicación u otro).

En suma, estamos ante una responsabilidad legal del **promotor**, por el hecho de la **construcción** a favor de terceros, que no se puede esquivar con una supuesta "individualización" de responsabilidad a cargo exclusivamente del constructor, ni al amparo de una estructura formal cooperativa que no se ha probado que excluya la mediación con ánimo de lucro.

## 3. LA VALORACIÓN DE LOS VICIOS

El recurrente impugna la sentencia en cuatro partidas concretas. Su responsabilidad está fijada por la LOE "en todo caso", lo que exime de toda otra consideración cuando los **vicios** quedan acreditados:

- a) Los defectos de pintura en diversos elementos metálicos han ocasionado su oxidación; el perito Sr. José Ángel (f.205 e interrogatorio en juicio) las imputa a mala aplicación o a falta de las dos capas de pintura contratadas y necesarias; aunque no conste si el proyecto previó o no pintura gotelé y que los peritos Jesús Carlos - Juan Luís y Emilio (f.457 y 632) nieguen que existan, lo cierto es las fotos acompañadas por el perito Don. José Ángel los acreditan;
- b) La rampa del garaje presenta una pendiente excesiva y una insuficiencia de radio (Don. José Ángel, planos y su declaración en juicio y fotografías sobre rasgaduras de la pared y sobre la colocación de protecciones de goma, pericial Don. Emilio); Don. Jesús Carlos - Juan Luís no acompañan mediciones (lo admite llanamente el segundo en juicio, minuto 55 del segundo CD) y Don. Emilio reconoce el defecto, que imputa al Proyecto (extremo que no acredita);
- c) El pavimento del sótano segundo es deficiente, por su estado rugoso e imperfecto y por la falta de "fratasado" (pericial Don. José Ángel, f.205 y declaración en juicio); no se trata sólo de un problema puramente estético (declaración del Sr. Suau), que ya produciría responsabilidad, sino de defectos de planeidad y aparición de grietas (fotos, f.245 a 249) que la comunidad no está obligada a aceptar;
- d) La cubierta de la finca ha necesitado de una reparación completa (declaración testifical del Sr. Montero, de Kaimón, S.A., que refiere defectos de vertiente), mostrando antes deficiencias en la entrega y habiendo producido filtraciones en el piso 6º,4ª (pericial de Don. José Ángel y Emilio). En suma, los defectos existen y han sido correctamente apreciados por la jueza de instancia, por lo que el recurso no puede progresar.

#### 4. LA IMPUGNACIÓN DE XXXXXXXXXXXXXXXX

Los mismos defectos son denunciados por el impugnante, que añade además el defecto de los balcones. La responsabilidad solidaria establecida en sentencia debe mantenerse porque todos los defectos derivan de la ejecución de la obra y de la actividad del constructor (sin perjuicio de la concurrencia de otras posibles responsabilidades, acaso respecto a la rampa del garaje y a la cubierta del edificio). En este sentido, debe tenerse en cuenta que XXXXXXXXX es una empresa de reconocido prestigio en el sector inmobiliario y que cuenta con un equipo técnico propio:

- a) En cuanto a la pintura, el legal representante de XXXXXXXXX dice al ser interrogado que llevaron a cabo una capa de preparación y dos de pintado, pero los peritajes recogen, como hemos visto, claras y extensas imperfecciones que han producido oxidación; no es admisible que en tan corto periodo de tiempo (3 años desde la finalización de la obra, enero de 2003, a la constatación de los defectos, peritaje Don. José Ángel, noviembre de 2004) aparezcan oxidaciones tan generalizadas, ni puede ser ello imputable a falta de mantenimiento;
- b) El pavimento del sótano tiene un mal acabado que es claramente imputable al constructor: falta el "fratasado" o, al menos, un correcto acabado de la losa de hormigón, sin arrugas ni grietas;

- c) La rampa del garaje fue ejecutada por XXXXXXXX, que no veló por configurar una correcta pendiente; el perito Don. José Ángel afirma que los pilares cumplen el proyecto "al límite", según los planos, sin que se haya evitado, en la ejecución, las necesarias correcciones; ratifica esta opinión la declaración Don. Jesús Carlos (minuto 34 del segundo CD);
- d) En cuanto a la cubierta, es evidente que la falta de pendiente y, sobre todo, la mala colocación de la tela metálica, ha producido filtraciones en el piso 6º,4ª, **vicios** de ejecución que son imputables también al constructor;
- e) En cuanto a los balcones, la sentencia no incluye condena alguna (admite que ya se ha producido la reparación), por lo que no es preciso hacer declaración alguna.

En definitiva, la impugnación de la sentencia no puede estimarse.

## 5. LOS INTERESES Y LAS COSTAS

En cuanto a los intereses, que la sentencia fija desde la fecha de presentación de la demanda, debe considerarse que no ha habido, realmente, estimación parcial de la pretensión actora (la realidad de todos los defectos ha sido establecida), sino una satisfacción extraprocesal parcial, por la reparación de diversos defectos. Respecto a los restantes (los que la sentencia reconoce) hay una estimación absoluta y por ellos se fija la condena al pago, por lo que los intereses son debidos desde la fecha de interposición de la demanda.

Las costas del recurso deben imponerse al recurrente y las de la impugnación al impugnante, conforme a los *artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

## FALLO

1. Desestimamos el recurso de apelación y la impugnación.
2. Imponemos las costas del recurso al recurrente y las de la impugnación al impugnante,