

SENTENCIA NUM.

A 7-2008

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los de la Sentencia recurrida, y

PRIMERO.- Que la sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. en nombre y representación de la Comunidad de propietarios del edificio sito en la calle DIRECCION000 NUM000 de contra XXXX S.L., XXXX S.L., D. Luís Enrique y D. Ismael:

1º) Debo condenar y condeno a XXXX S.L., XXXX S.L., y D. Ismael, a realizar por sí o por medio de un tercero las siguientes obras: .-limpieza y saneamiento de las humedades detectadas por filtraciones de agua procedente de conductos shunt y posterior reposición del enyesado y de la pintura en las zonas afectadas. Desmontar todas las chimeneas que provocan las humedades en la planta de cubierta, organizando el paso de tubos, conductos y caperuzas para evitar que el agua penetre en su interior. En cuanto a las viviendas en las que se ejecutarán los trabajos de limpieza y saneamiento de las humedades y posterior reposición del enyesado y de la pintura, serán la vivienda 4º 3ª de la escalera A y 4º 3ª de la escalera B.-las fisuras en los muros exteriores comunitarios, se procederá a la limpieza y saneamiento de la fisura creando en continuidad la junta que se ha abierto de forma natural, colocando una malla de fibra de vidrio para recibir el enfoscado y evitar que no aparezcan más fisuras, pintando a continuación la superficie afectada.

2º) Debo condenar y condeno a XXXX S.L., D. Luís Enrique y D. Ismael, a realizar por sí o por medio de un tercero las siguientes obras: .-eliminar las filtraciones de agua en terrazas y jardines, procediendo a impermeabilizar el intradós del muro de contención o cierre existente entre el jardín o terraza de planta baja y la rampa de acceso al garaje, para posteriormente sanear y limpiar las humedades existentes, con reposición del revestimiento afectado y del pintado de las superficies de los muros.

3º) Debo condenar y condeno a XXXX S.L., XXXX S.L., D. Luís Enrique y D. Ismael, a realizar por sí o por medio de un tercero, las siguientes obras: .-se procederá a rehacer toda la instalación de colectores en planta sótano para así poder dar mayor pendiente de evacuación a la instalación. Y todo ello pasa por reducir la cota de desagüe del sifón principal.

4º) Debo condenar y condeno a XXXX S.L. y XXXX S.L., a realizar por sí o por medio de un tercero, las siguientes obras: .- en las viviendas (escalera A, viviendas del 3º1ª y 5º1ª) y en la escalera comunitaria, se procederá a la limpieza y saneado de las fisuras, colocando una tira de malla de fibra de vidrio en los lugares fisurados, enlucido superficial con yeso para igualar superficies y pintado posterior. .-ajustar la carpintería metálica exterior de las siguientes viviendas: de la escalera A la planta baja 1ª y 3ª, el 2º3ª, 3º1ª, 4º3ª y 5º1ª; y de

la escalera B la planta baja 2ª, el 2ª, 4ª y 4ª. .-se hará un rejuntado de toda la piscina, consistiendo el mismo en una aplicación de material en las juntas. Y si eso no funciona habrá que hacer otros ensayos, hasta localizar la fuga y poner fin a la misma. .-se procederá al cambio de las puertas de los armarios de los contadores de gas y su correcto anclaje, actuación que será sufragada al 50%, entre los demandados y la comunidad actora.

Todo ello sin expresa imposición de costas, por lo que cada uno abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Que contra la mencionada sentencia se solicitó la preparación de la apelación y, evacuado ese trámite, se interpuso recurso de apelación por XXXX SL sobre la base de las alegaciones que son de ver en el escrito de alegaciones presentado.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formulen oposición al recurso o impugnación de la sentencia apelada, por D. Ismael, D. Luís Enrique y por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO se interesa la confirmación de la sentencia apelada.

VISTO, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Sergio

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte recurrente alega como motivos del recurso los siguientes:

- 1) Infracción del *art. 11 Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, dado que el contrato de arrendamiento de obra por parte de la **promotora** XXXX fue con XXXXSL y no con XXXX SL, de manera que no fue XXXX la que practicó las obras y no debería haberse tomado en consideración la opinión de los técnicos;
- 2) infracción del *art. 17.7 LOE* cuando se ha valorado la veracidad del certificado final de obra, quedando claro en el resto de testigos que a quien contrató XXXX fue a INGENIERÍA SL y no a XXXX;
- 3) Que no se debería de haber condenado a XXXX a realizar la reparación de las deficiencias de humedades por filtraciones en conductos shunt, mal funcionamiento de los colectores en **bajantes** de la planta sótano, pérdidas de agua en piscina y desperfectos en armarios de instalaciones porque son responsabilidad del mal diseño y elección de los conductos shunt; de la deficiente proyección y comprobación de cotas de terreno que son la causa del mal funcionamiento de los colectores en **bajantes**; lo de la piscina y armarios es debido a la falta de mantenimiento de la demandante.

A ello se opone D. Ismael, arquitecto técnico, señalando que:XXXXXXXX, SL y XXXX tienen los mismos socios, el mismo domicilio social, los mismos administradores y el mismo local y el legal representante de ambas; y que según diversos testigos a lo largo del juicio quedó claro que quien intervenía efectivamente era XXXX. Sobre las humedades y el mal funcionamiento de los colectores, señala que son debidos a la mala ejecución de la albañilería, lo que le corresponde al constructor.

También se opone D. Luís Enrique, arquitecto proyectista y director de la obra, en el sentido de que independientemente de quien figure en el certificado final de obra, quien realmente ejecutó las obras (y debe ser por ello responsable) es XXXX. Sobre la condena en relación a humedades y colectores y demás señala que ha sido bien valorado libremente por el juzgador.

Por último, se opone también la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO que asegura que siempre ha actuado según la apariencia que mostraba XXXX como constructora, como lo demuestra la ingente actividad probatoria.

SEGUNDO.- La primera cuestión que se debate en el recurso de apelación es la legitimación pasiva de XXXX SL a la hora de responder por las deficiencias por las que se le ha reclamado. Según el *art. 1902 CC* es "el que por acción u omisión causa daño a otro" es el responsable de los daños y perjuicio que cause. Del mismo modo, el *art. 11 LOE* señala que: "1. El constructor es el agente que asume, contractualmente ante el **promotor**, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato. 2. Son obligaciones del constructor: a) Ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto". Y el *art. 17.1 in fine LOE* señala que "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". Por lo tanto, debe determinarse si XXXX fue efectivamente (no sólo formalmente, dado que el *art. 1902 CC* requiere que el responsable sea el que de hecho haya causado el daño o sea responsable por él según el *art. 1903 CC*) quien llevó a cabo las obras de **construcción** en cuestión para determinar, en primer lugar, si existe legitimación pasiva.

Este Tribunal entiende que efectivamente fue XXXX la que participó efectivamente en las obras por los siguientes motivos:

- a) En las diferentes pruebas documentales constantes en autos se desprende:
 - 1) en doc. 1 de la contestación de la demanda del Sr. Ismael, que se suministraron materiales a XXXX para las obras en cuestión; lo mismo en su doc. 3 (en DVD 38:30 el representante de XXXX reconoce que trabaja con dicho proveedor Comercial)
 - b) Sobre las declaraciones, se desprende que: 1) el legal representante de la **promotora** XXXX señala que contrató como constructor al Sr. Fidel (DVD 1:54), quien, es administrador tanto de XXXX como de XXXX SL. Aunque señala que es con la que no es XXXX con la mercantil que contrató, de su declaración se desprende que con quien contrató en primer lugar fue con el Sr. Fidel, cuya mercantil principal es XXXX, sin que fuera tan relevante qué mercantil es la que finalmente se contrataba.; 2) el Sr. Ismael, como arquitecto técnico, señala que la empresa constructora fue XXXX (DVD 14:22); 3) el Sr. Fidel, legal representante de XXXXMAR, señala que XXXX no participó en la obra (DVD 36:19) y que también, entre otras, es legal representante de XXXX;

4) el Sr. Donato fue el presidente de la Comunidad de Propietarios demandante y señala que la constructora era XXXX, un trabajador de la cual le entregó tarjeta de la misma (DVD 52:40 y DVD 53:00); 5) el Sr. Alfonso , un propietario de la Comunidad que iba a ver cómo evolucionaban las obras recuerda que en la grúa de la **construcción** aparecía "XXXX" (DVD 1:17:50); 6) ello queda corroborado por la actual administradora quien se fijó que la constructora que aparecía en la grúa era efectivamente XXXX (DVD4 13:34); 7) el Sr. Carlos Alberto (DVD3 1:12:40) vecino que trabajó de albañil en la obra señala que estaba contratado por XXXX y que ha acabado bien con la empresa para la que ha trabajado en otras obras; 8) el arquitecto señala que XXXX tenía permanentemente dos representantes en la obra, pues ésta era la constructora (DVD8 2:48).

Cierto es que, en alguna documentación aportada (docs. 1 y 2 contestación de XXXX, en las certificaciones de obra expedidas por XXXX y el certificado final de obra aportado con la demanda) aparece en lugar de XXXX la empresa XXXX SL. Pero ello no puede operar automáticamente como una apreciación de la falta de legitimación pasiva (ver, en este sentido, por los siguientes motivos: a) La indubitada participación directa de XXXX en el proceso constructivo, según lo que ya hemos comentado (ej. compra de los materiales, tratos con arquitecto y arquitecto técnico). b) Que XXXX e XXXX, SL comparten socios, local, legal representante, actividad, etc. c) Que maquinaria y personal de XXXX participaron directamente en la **construcción**. d) Que la declaración del Sr. Fidel fue en muchos puntos poco clara, de manera que ello no puede ir más que en su contra (*art. 376 LEC*). Así, en DVD 43:16 pretende ignorar de qué obra se está hablando en el juicio porque se le ha llamado como legal representante de XXXX (asegurando que ésta no tuvo nada que ver) cuando a la vez él es el socio, con su mujer, de XXXX, SL (que según él era a la que debería de haberse demandado) o con respuestas evasivas intentando separar la actividad de ambas empresas (XXXX sólo venta de pisos e XXXX, SL, **construcción**, DVD 39:30) para luego decir que las empresas suministradoras de material lo hacen a ambas empresas indistintamente para contrarrestar lo que atestiguan los docs. 1 y 3 de la contestación del arquitecto técnico; si XXXX sólo vende viviendas, difícilmente puede necesitar tal ingencia de materiales; lo mismo sucede con el albañil de XXXX que declara en el proceso. e) Que en cualquier caso se creó una apariencia hacia terceros de buena fe, como es la Comunidad de vecinos afectada por los daños (quien no trataba con el constructor sino con el **promotor**, DVD 51:50), de que XXXX por lo menos había participado en la **construcción** y bien hacen en dirigir la demanda contra ella. f) La teoría del levantamiento del velo impide esconder responsabilidades bajo ropajes de sociedades, más cuando nos hallamos ante un grupo de sociedades que comparten maquinaria, domicilio social (DVD 41:36), socios (el Sr. Fidel y su mujer son los únicos socios de XXXX y de XXXX, SL., DVD 41:00), tareas similares (**construcción**, tareas inmobiliarias; DVD 39:30) y personal (administrativo situados en las mismas oficinas -DVD 42:06-, obreros -DVD 42:37: quienes perciben su salario de una empresa o de otra según cómo se haga la **construcción**, no porque ambas sociedades tengan su propio personal diferenciado, etc.) (STS 19-11-1990: "confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y, con ciertos matices, unidad de dirección"; SAP Murcia 10-5-2003). Todo ello

produce una consolidación entre ambas sociedades que impide que, a nivel de responsabilidades, puedan ser tratadas como entes distintos a conveniencia de sus socios (el Sr. Fidel y su señora) en detrimento de terceros de buena fe. g) Que en ningún caso puede quedar autorizada XXXX ni su legal representante a venir contra sus propios actos (*art. 7.1 CC; SSTs 28* la cual pretende crear seguridad jurídica a través de la coherencia: si compra material, si trata con los arquitectos, si aporta maquinaria, si aporta personal ahora no puede alegar que no dirijan la acción contra ella, más cuando existe, frente a terceros de buena fe, tal apariencia y confusión entre empresas que debe de ser útil a los intereses de quienes las crearon y las dirigen, pero que en ningún caso puede servir de excusa para no reparar e **indemnizar** por los daños que ha causado su actuación (SAP La Coruña 14-11-2000; SAP Cádiz 9-12-2003). Por lo tanto, el motivo de la falta de legitimación pasiva debe decaer.

TERCERO.- Sobre las cuatro actuaciones concretas, efectivamente el *art. 17.2 LOE* (ver también SAP Tarragona 18-5-2001) y la más reciente jurisprudencia del TS requieren que la responsabilidad sea individualizada. Pero esto es lo que ha hecho efectivamente el juzgador de instancia en su sentencia declarando responsabilidades de cada uno de los intervinientes por separado. En cualquier caso, sobre la condena del constructor respecto a los 4 siguientes puntos y sus argumentos, todos ellos deben decaer, no sólo porque en la apelación no aporta argumento de refuerzo alguno y no hay motivo para corregir la interpretación y estudio exhaustivo de la prueba realizada por el juzgador de instancia (*art. 348 LEC*) además de que ha quedado acreditada la existencia de daños, sino también porque según los *arts. 11 y 17 LOE* sobre las responsabilidades del constructor, al menos parcialmente:

- a) En relación a las humedades: tanto el informe del Sr. Juan Antonio (folio 24), Sr. José Antonio (folios 163 y 168), Sr. Lázaro (folio 205) lo achacan a un problema en la ejecución de la obra y/o que la solución es volver a ejecutar pero bien.
 - b) Sobre **bajantes**: lo mismo en los informes Lázaro (folios 207 y 214), José Antonio (folio 164), Juan Antonio (folio 26).
 - c) Sobre piscina: indirectamente José Antonio (folio 165), Octavio (folio 258) y directamente Lázaro (folio 222) y Juan Antonio (folios 27 y 28).
 - d) Sobre armarios: igualmente Juan Antonio (folio 26) y Lázaro (folio 216 y 223) e indirectamente José Antonio (folio 165). Además, la intervención aquí por la Comunidad ya ha sido ponderada por el juzgador de instancia en un 50%.
- En consecuencia, dado que este Tribunal coincide con la decisión del juzgador de instancia, este motivo del recurso tampoco puede prosperar.

CUARTO.- A tenor de la presente resolución y de los *arts. 398.1 y 394.1 LEC*, debe condenarse a las costas del presente recurso a la apelante.

Vistos los artículos citados, concordantes, demás normas de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por XXXX SL contra la Sentencia del Juzgado de Primera

Instancia, cuya resolución confirmamos íntegramente, imponiendo las costas del recurso a la recurrente.

Así por nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.