

Roj: STS 6947/2010
 Id Cendoj: 28079110012010100789
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 71/2007
 Nº de Resolución: 884/2010
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x VICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN x
- x MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA x
- x LITISCONSORCIO NECESARIO x
- x SOLIDARIDAD DE DEUDORES x
- x LEGITIMACIÓN x
- x SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x

Resumen:

Responsabilidad decenal por ruina. Falta de motivación. Litisconsorcio pasivo necesario. Carga de la prueba. Legitimación activa de la comunidad de propietarios para reclamar vicios existentes en zonas privativas. Supuesto de la cuestión.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, como consecuencia de autos de juicio ordinario 71/200, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón de la Plana, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana por la representación procesal Entidad Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas S.A. (CLEOP S.A), aquí representada por la Procuradora Doña Victoria Pérez Mulet y Diez Picazo. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Procurador Don Jose Manuel Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 de Castellón, y el Procurador Don Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de D. Mario .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora Doña Pilar Inglada Rubio, en nombre y representación de La Comunidad de Propietarios del Edificio sito en el Grao de Castellón, AVENIDA000 nº NUM000 (EDIFICIO000), interpuso demanda de juicio ordinario, contra Bami, Sociedad Anónima Inmobiliaria de Construcciones y Terrenos, Don Mario y Don Olegario y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare que los demandados deben solidariamente a la Comunidad actora la suma de quinientos cuarenta y ocho mil ochocientos setenta y dos euros y condene a dichos demandados a pagar solidariamente a mi mandante la referida cantidad, intereses legales desde la fecha del emplazamiento y las costas de este procedimiento.

2.- La Procuradora Doña María Teresa Palu Jericó, en nombre y representación de la Mercantil Bami, Sociedad Anónima Inmobiliaria de Construcciones y Terrenos, 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 los pedimentos de la Demanda con respecto a mi representada, con expresa imposición de costas a la parte actora.

La Procuradora Doña Pilar Barrachina Pastor, en nombre y representación de Don Mario , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derechos que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que absuelva a mi mandante de cuantos pedimentos ha formulado contra él la parte actora e imponga a ésta las costas del juicio.

La Procuradora Doña Maria Jesús Margarit Pelaz, en nombre y representación de Don Olegario , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derechos que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando la demanda respecto de mi principal, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Castellón de la Plana, dictó sentencia con fecha 29 de diciembre de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Pilar Ingalda Rubio, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 debo condenar y condeno a la mercantil Metrovacesa S.A., Mario , Olegario y Compañía Levantina de Edificaciones y Obras Públicas S.A., a que abonen de forma solidaria a la actora la cantidad de 275.85 euros con más los intereses leales, así como a las cantidades que se fijen en ejecución de sentencia previa presentación de presupuestos o facturas correspondientes a las obras que deban ser llevadas a cabo en el Edificio de la Comunidad de Propietarios por defectos constructivos, teniendo como limite la cantidad de 548.872, y ello con expresa imposición a los demandados de las costas causadas*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de La Compañía Levantina de Edificación y Obras Publicas S.A (CLEOP S.A.), D. Olegario , Don Mario y Metrovacesa S.A., la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando parcialmente los recursos de apelación promovidos por las respectivas representaciones procesales de Don Olegario , Cia Levantina de Edificaciones y Obras Públicas S.A., Don Mario y Metrovacesa S.A., contra la sentencia dictada por la Ilma.Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Castellón en sus autos de Juicio Ordinario núm 724 de 2003, revocamos la indicada resolución en el sentido de fijar el importe de la condena solidaria de los demandados en 300.000 euros con los intereses del art. 576 de la LEC y sin que proceda efectuar especial imposición de costas en ninguna de las instancias.*

TERCERO - 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de Compañía Levantina de Edificación y Obras Publicas S.A. (Cleop S.A.) con apoyo en los siguientes **MOTIVOS**, al amparo del *ordinal 2º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia:

Primero. - Infracción del *artículo 120, apartado 3* de la Constitución Española, en relación con los *artículos 208.2 y 218.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por falta de motivación en cuanto a la desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo alegada por esta parte.

Segundo .- Infracción del *artículo 218.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por falta de congruencia interna de la sentencia de apelación.

Tercero. - Infracción del *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* al no haberse tenido en cuenta las reglas de la carga de la prueba.

Cuarto .- Infracción de los *artículos 12 y 416.1.3º* . relativos al litisconsorcio, complementados por la Doctrina Jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1999 y en las que en ella se citan.

Quinto .- Infracción del *artículo 10* en cuanto a la legitimación activa de la Comunidad de Propietarios demandante y recurrida para reclamar por los vicios privativos contenidos en los apartados 6, 11, 12, 13 y 14 del hecho quinto de la demanda.

Igualmente se interpuso **Recurso de Casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: UNICO.-** Al amparo el *número 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto el *artículo 1591 del Código Civil* .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de enero se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el

plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Manuel de Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de La Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 de Castellón, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de Diciembre del 2010, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Comunidad de Propietarios del edificio situado en la AVENIDA000 n° NUM000 del Grao, en Castellón, formuló demanda contra BAMI SA (que absorbió a la mercantil inmobiliaria Zabalzuru), Inmobiliaria de Construcciones y Terrenos, el arquitecto D. Mario y el aparejador D. Olegario , por responsabilidad decenal del *artículo 1591 del Código Civil* , a quienes reclama de manera solidaria el pago de 548.872 euros por los daños ocasionados en el inmueble a resultas de las obras de construcción del edificio.

La demandada BAMI S.A., contestó a la demanda, alegando la intervención provocada de terceros que habían participado en la construcción y que no habían sido demandados, a saber los arquitectos Don Augusto y Don Camilo , los aparejadores Don Constantino y Don Edemiro , y las entidades constructoras COMYLSA, Empresa Constructora S.A., Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas S.A. (CLEOP) y Construcciones Serrano y Villegas S.A. Para el caso de que no se aceptara la solicitud de intervención provocada alegaba falta de litisconsorcio pasivo necesario entendiendo que debían ser llamados los citados agentes, oponiéndose en cualquier caso al fondo del asunto.

Los demandados Don Mario y Don Olegario , alegaron igualmente la falta de litisconsorcio pasivo necesario, oponiéndose, en cuanto al fondo, a la demanda formulada.

La actora se opuso a la intervención provocada planteada por BAMI S.A., salvo en cuanto a la constructora COMYLSA, Empresa Constructora S.A. y Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, S.A. (CLEOP), que fue desestimada. Posteriormente interesó que se ampliara su demanda contra la entidad CLEOP, que fue igualmente denegada.

En el acto de la Audiencia Previa, fué estimada en parte la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, acordándose que la demanda se dirigiera asimismo contra CLEOP, pero no contra el resto de las personas indicadas por las demandadas.

Emplazada CLEOP, solicitó la intervención provocada del arquitecto Don Augusto y de la mercantil Dragados Obras y Proyectos. Tal intervención provocada fue denegada.

Contestada la demanda por CLEOP, planteo excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al entender que debían ser llamados al proceso el arquitecto Don Augusto y la mercantil Dragados Obras y Proyectos. También se formuló excepción de falta de legitimación activa de la Comunidad de Propietarios, al razonar la demandada que en cuanto a los defectos denunciados que pudieran afectar a viviendas individuales, únicamente están legitimados para ejercer la acción los propietarios de tales viviendas, pero no la Comunidad de Propietarios. Añade que para que tal legitimación se aduzca por la Comunidad, resulta necesario una expresa autorización de la Junta de Propietarios, lo que no consta en las presentes actuaciones. En cuanto al fondo del asunto se opuso al considerar que en ejercicio de la acción prevista en el *art. 1591 del CC* , no se puede solicitar el pago de una cantidad de dinero, sino que ha de dirigirse a obtener una condena de reparación, es decir, una obligación de hacer.

La excepción de la falta de litisconsorcio pasivo necesario fue rechazada en la Audiencia Previa.

La Sentencia de Primera Instancia, tras denegar la excepción de falta de legitimación activa y la prescripción de la acción, estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados al pago a la actora de la cantidad de 275.835 euros, más los intereses legales, así como al pago de las cantidades que se fijen en ejecución de Sentencia previa presentación de presupuestos y facturas correspondientes a las obras que deban ser llevadas a cabo en el edificio de la Comunidad. Se hacía contar igualmente que por auto de la misma fecha la Sentencia se había acordado la sucesión procesal de la

mercantil BAMI S.A. por la mercantil METROVACESA S.A.

La Sentencia fue apelada por todos los demandados. La Audiencia Provincial rechazó la nulidad de la Sentencia planteada por las recurrentes y tras mantener que la acción ejercitada no había prescrito y que la actora estaba legitimada para ejercitar la acción respecto de los elementos tanto comunes como privativos, estima en parte el recurso de apelación y condena a los demandados al pago de los vicios realmente probados, que cuantifica en la cantidad 300.000 euros, mantenido la responsabilidad solidaria de todos ellos.

La demandada CLEOP interpone frente a tal resolución recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el primero se formulan cinco motivos. En el segundo, uno.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL .

SEGUNDO.- En el primer motivo, se denuncia la vulneración de los *arts. 208.2, 218.2 de la LEC* , en relación con el *art. 120 de la CE* . Considera la recurrente que la Sentencia adolece de una falta de motivación en cuanto a la desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por ella alegada.

Se desestima.

La obligación de motivar las sentencias está recogida en el *art. 218 LEC, cuyo párrafo 2* establece que "las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho" y todo ello, "ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón". Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992 , 20 febrero 1993 , 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003 , 8 de octubre de 2009 ; 6 de mayo 2010). Es también doctrina reiterada de esta Sala que concurre motivación suficiente para satisfacer estas finalidades siempre que la argumentación de la sentencia sea racional y no arbitraria y no incurra en un error patente (pues entonces no cabe decir que se halla fundada en Derecho - STC de 20 de diciembre de 2005 -), aun cuando la fundamentación jurídica pueda calificarse de discutible - SSTS de 20 de diciembre de 2000 y de 12 de febrero de 2001 -.

En el caso examinado la motivación de la sentencia cumple suficientemente estos requisitos y lo que realmente plantea el motivo es la disconformidad con el razonamiento de la sentencia para rechazar la nulidad interesada por la "desestimación de la excepción propuesta por ella", hecho que resulta indiferente no solo para la suficiencia de su motivación contenida en el Fundamento Jurídicos Segundo de la misma, sino para aceptar que pueda acordarse al acoger o desestimar una excepción, como la de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que, salvo supuestos excepcionales, puede ser estimable de oficio aún en el trámite extraordinario de casación (SSTS 29 de junio 1992 ; 22 de noviembre de 2005 ; 30 de abril 2008).

TERCERO.- El segundo motivo se funda en la infracción del *art. 218.1 de la LEC* . Señala la recurrente que la Sentencia aparece viciada de una falta de congruencia, en tanto, a su juicio, la Audiencia ha concedido más de lo pedido, ya que tras afirmar que no se ha probado la existencia de vicios en la totalidad de las viviendas, y que por lo tanto, a diferencia de lo declarado por la Sentencia de Primera Instancia, la condena debe quedar limitada a los daños efectivamente comprobados por los peritos, incrementa al valor de tales daños unas cantidades en concepto de gastos de proyectos, que no han quedado probados.

Se desestima.

La sentencia no ha concedido más de lo pedido. En la demanda se reclama la condena de los demandados a pagar a la actora 548.872 euros y la sentencia recurrida, contra el criterio de los demandados instando su absolución, modera la cuantía a abonar fijándola en 300.000 euros porque " *resulta apropiada para la reparación de las deficiencias existentes* ". A esta cifra se llega previo examen de las distintas pruebas periciales, destacando los errores en que incurre alguno de los informes, la inclusión en otros de daños que exceden de la responsabilidad emanada del *artículo 1591 CC* y de daños en función de la totalidad de las viviendas, hayan sido reconocidas o no, la inclusión o no de los gastos propios de licencias, control de calidades, IVA, proyecto de seguridad, etc, y este meritorio esfuerzo de motivación por determinar la realidad aproximada del daño realmente ocasionado en función de los citados informes,

corrigiendo la infracción del *artículo 209 LEC* cometida en la sentencia del Juzgado, no supone ninguna contradicción con el pronunciamiento de condena incluido en la parte dispositiva integrante del fallo.

CUARTO.- En el tercer motivo alega que se ha infringido el *art. 217 de la LEC*, al no haberse tenido en cuenta las reglas sobre la carga de la prueba en lo referente a la influencia causal de los propietarios en los daños, en tanto éstos no han acreditado que hayan realizado un adecuado y obligado mantenimiento del inmueble.

El motivo confunde las reglas de la carga de la prueba con la valoración de la prueba pericial respecto de lo que considera "influencia causal de los propietarios en los daños existentes", que la sentencia ha descartado expresamente no solo en el Fundamento Jurídico Séptimo, sino en el Sexto, al *analizar "los factores causales de la ruina y correlativas responsabilidades"*, para señalar " *que nos hallamos en un caso de deficiencias en la ejecución de la obra, y no a problemas ocasionados por falta de conservación* " (FJ Sexto) y que " *No se aprecia, por el contrario, influencia causal de los propietarios en los daños existentes ni enriquecimiento injusto, pues la valoración se ha centrado únicamente en la reparación de los vicios constructivos imputables a los demandados* " (FJ Séptimo).

QUINTO.- El motivo cuarto se funda en la vulneración de los *arts. 12 y 416.1.3º* de la LEC. Aduce el recurrente que este motivo tiene carácter subsidiario para el caso de que no se declare la nulidad de la Sentencia por falta de motivación. Indica que la Audiencia no ha tenido en cuenta que las obras objeto de autos fueron contratadas y ejecutadas de forma conjunta por la recurrente y Dragados S.A., constituyendo una unión temporal de empresas, sin distribución ni separación de partidas, por lo que no puede ser llamada una al proceso y no la otra.

El motivo no puede acogerse puesto que confunde lo que es legitimación, en su lado pasivo, y litisconsorcio, que son instituciones distintas, tratando de involucrar en el daño a otra entidad que también intervino en la construcción. La primera se identifica con el autor o responsable del daño causado, frente al cual el perjudicado dirige su acción, haciéndole responder de lo que se le reclama en el pleito, y no impide al demandado, mediante la prueba que practique, acreditar la ausencia de culpabilidad civil para exonerarse de responsabilidad por no haber concurrido al daño que se le imputa. La segunda tiende a garantizar la presencia en el juicio de todos a quienes interesa la cuestión sustantiva en litigio, bien sea por disposición legal, bien por razón de no ser escindible la relación jurídica material, siendo una exigencia de naturaleza procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso evitando resultados procesales inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio, o impidiendo sentencias contradictorias, pero que desaparece ante la presencia de diversos agentes en la producción del daño mediante culpa extracontractual, en cuanto ordinariamente puede dar lugar a una solidaridad impropia, que no invalida la relación jurídico procesal por la falta de alguno de los posibles responsables (SSTS de 18 de abril ; 31 de mayo de 2006 ; 31 de enero y 15 de noviembre de 2007), y que permite al perjudicado dirigir su demanda contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles. La sentencia, por tanto, no da una respuesta casacional distinta de la que se expone, salvo la que proporciona alguna resolución aislada, como la citada en el motivo de 3 de noviembre de 1999.

SEXTO.- En el quinto motivo, se indica la infracción del *art. 10 de la LEC*. Insiste el recurrente en la falta de legitimación activa de la Comunidad para reclamar por determinados vicios que se corresponden con zonas privativas de los propietarios, al no ostentar, en el presente caso, la Comunidad representación alguna de los propietarios de las referidas viviendas.

Se desestima.

Dicen las sentencias de 18 de julio y 15 de noviembre de 2007, en línea con la jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia de 8 de julio de 2003, que las Comunidades de Propietarios, con la representación conferida legalmente a los respectivos Presidentes, *ex artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal*, gozan de legitimación "para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble - STS de 26 de noviembre de 1990 -, y no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical privada o común, pues tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa Comunidad - STS de 24 de septiembre de 1991 -, sin perjuicio, por ello, de las obligaciones del Presidente de responder de su gestión - SSTS de 15 de enero y 9 de marzo de 1988 -, pero cuya voluntad vale como voluntad de la Comunidad frente al exterior - STS de 20 de abril de 1991 -. En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido las facultades del Presidente a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble, cuando los propietarios le autorizan, como así deduce la sentencia, ratificando los argumentos de la del Juzgado sobre autorización de la Junta de

Propietarios para entablar acciones judiciales.

RECURSO DE CASACIÓN .

SEPTIMO .- El recurso de casación se funda en un único motivo, en el que se señala infringido el *art. 1591 del CC* . Sostiene la recurrente que la Sentencia le condena al pago de vicios, que, a su juicio, no están amparados por la garantía decenal, aplicando indebidamente la solidaridad, en tanto aparecen ciertos vicios cuya existencia es imputable exclusivamente a la actuación de los arquitectos. Además considera que en base al *art. 1591 del CC* no se puede solicitar una mera condena al pago de cantidad, porque supone una transformación de una acción de cumplimiento que considera recoge dicha norma en una pura y simple reclamación de cantidad.

El motivo se integra con distintos argumentos, todos ellos inaceptables.

1º) La clara dicción tanto del *artículo 1591* (" *responder de los daños y perjuicios*"), como del *artículo 17 de la LOE* , limitado a señalar que los responsables del daño "*responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes* ", no invitan a plantear problemas de interpretación sobre lo que debe ser el resultado de la obligación incumplida, y ni uno ni otro justifican la incertidumbre que tanto ha preocupado a la doctrina y la jurisprudencia en relación a si estamos ante una obligación de hacer o simplemente indemnizatoria, cuyo importe se adecue al coste de las reparaciones que hayan de efectuarse para remediar los males constructivos, puesto que caben las dos soluciones, como incluso de una forma expresa dispone el *artículo 19.6 de la LOE* , al decir que " *el asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismo*". Lo contrario, como afirma la Sentencia de 20 de diciembre de 2004 , con relación al *artículo 1591 CC* , "*supondría atribuir a la acción un carácter subsidiario, y no principal, que el texto legal no impone, ni consiente; debiendo, finalmente, resaltarse que cuando se conceden varias acciones, el interesado puede elegir la que estima más conveniente a la satisfacción de su legítimo interés*".

Todo ello como consecuencia racional y lógica de que el fin de la indemnización es tanto como la reparación o compensación y trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño, y que la solución indemnizatoria es más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo.

Lo contrario sería tanto como quebrar de una forma manifiesta el respeto a la tutela judicial efectiva, a la que no puede constituir obstáculo interpretaciones estrictas de los requisitos y formas del proceso o de la sentencia que le pone fin, y que, además, contradicen no solo el *artículo 1098 CC* , sino la lógica de las cosas desde la idea de que obligaría al perjudicado a soportar un "hacer" a costa de quien causó el daño, que, por sentido de las cosas, ni está en condiciones de reparar ni tiene interés en hacerlo en la forma que le impone la sentencia.

En la actualidad el problema está resuelto en las sentencias de 3 de octubre de 1979 ; 30 de septiembre de 1983 ; 27 de abril de 1984 ; 27 de octubre de 1987 ; 10 de marzo de 2004 y 29 de mayo 2008 , entre otras, al señalar que el derecho a pedir el cumplimiento in natura no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. También, y de forma matizada, en la sentencia de 13 de julio 2005 , señalado que esta es una excepción a la *regla general del artículo. 1098 CC* y para ello se precisa, entre otras cosas, lo que también ha cumplimentado la demandante, como es el requerimiento por cualquier medio, en este caso notarial, a BAMI, S.A., para ejecutar las obras de reparación de los desperfectos existentes, lo que no se hizo.

2º) La sentencia recurrida considera probado que los vicios han ocurrido dentro de la garantía prevista en el *artículo 1591* , por lo que el motivo hace supuesto de la cuestión al sostener lo contrario respecto de determinados defectos.

3º) Sucede lo mismo con la posible identificación de los daños, que la sentencia niega para sostener la condena solidaria o trasladar al arquitecto la responsabilidad exclusiva a partir de una distinta valoración de la prueba pericial, tanto del informe emitido por el perito judicial, como por el Sr. Mariscal, lo que no es posible en este recurso, en el que lo que se revisa es la vulneración del *artículo 1.591* , como efecto de una equivocada calificación y aplicación jurídica de la norma a partir de los hechos que la sentencia declara probados.

OCTAVO.- En consecuencia, la desestimación de ambos recursos lleva consigo la imposición de sus costas al recurrente, conforme a lo dispuesto en los *artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

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

FALLAMOS

Declarar no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, S.A. (CLEOP, S.A.) contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón en fecha treinta y uno de octubre de 2006, con expresa condena en costas a la recurrente.

Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Encarnacion Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.