

### Sentencia del Tribunal Supremo 548/2008, de 11 de junio

#### **La contratación por una promotora de técnicos con título oficial no la exime de los daños causados en un edificio colindante**

Con ocasión de las obras de construcción realizadas en un solar colindante por la sociedad ahora recurrente en casación, se causaron daños de diversa consideración en el edificio del actor que le obligaron a desalojar el inmueble y a residir en otro lugar.

Ante estos hechos, el actor decidió acudir a los tribunales reclamando tanto el pago de la reparación del inmueble, como los gastos de arrendamiento que se había visto obligado a afrontar al ocupar la nueva residencia, además del lucro cesante por la pérdida de la posibilidad de obtener una subvención de la Gerencia Municipal de Urbanismo y por el cese del arrendamiento de la planta baja del edificio.

Tras ser acogida la pretensión indemnizatoria del actor en las sentencias de instancia se plantea por la mercantil el presente recurso de casación. Alega, que en cuanto promotora del edificio, queda exonerada de responsabilidad frente a los daños causados a un colindante, por cuanto contrató a técnicos competentes y oficialmente habilitados para ello.

Sin embargo el Alto Tribunal desestima estas alegaciones. En concreto afirma que, en aplicación del artículo 1903 del Código Civil, no puede entenderse que el deber de diligencia de un buen padre de familia del promotor se haya agotado en la elección de un técnico facultativo habilitado legalmente ya que lo contrario supondría exonerar de responsabilidad al promotor siempre que contrate a técnicos con título oficial y, en su caso, colegiados, realizando una generalización inaceptable que a la vez que libera al promotor de toda responsabilidad, sea cual fuere el caso concreto, amplía la de los técnicos de forma casi universal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**—El Juzgado de Primera Instancia Número 8 de los de Sevilla conoció el Juicio de Menor Cuantía 307/1997 seguido a instancia de D. Carlos Francisco contra la mercantil ROGACON, S.A. y D. Plácido y D. Eusebio, declarándose en el pleito la rebeldía de este último. El demandante formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de Derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado que se dictase sentencia por la cual "estimando íntegramente la demanda se contengan los siguientes pronunciamientos: 1.º Condenar a los demandados al pago a mi mandante de la cantidad de NUEVE MILLONES CUARENTA MIL QUINIENTAS OCHO PESETAS (9.040.508) en que está valorada la reparación y rehabilitación de la finca de mi mandante por los daños causados por los demandados. 2.º Condenar a los

demandados al pago de una cantidad por los otros daños y perjuicios ocasionados a mi mandante, especificados en los hechos de la presente demanda. Cantidad que se ha de ver incrementada con aquellos daños no objetivables y que han de ser ponderados por el Juzgador, dejando para el periodo de ejecución de sentencia el establecimiento de las bases para la liquidación y su "quantum", al existir conceptos no cerrados y que en tanto mi mandante no pueda volver a casa, se han de seguir devengando. 3.º Imponer a los demandados el pago de los intereses legales en caso de impago o mora desde la sentencia en que les condene al pago de las cantidades solicitadas. 4.º Imponer a los demandados el pago de las costas que el presente procedimiento origine, por la mala fe demostrada así como por su negligencia a la hora de acometer obras urgentes que minoraran los daños, pero que no se acometieron hasta el momento en que por parte de los Tribunales se les instó a su ejecución. 5.º Condenar a los demandados al pago de los daños morales que se le han infringido a la familia de mi mandante, por la situación de precariedad y sufrimiento que soportan; daños que evaluamos en la cifra mensual de CIEN MIL PESETAS desde la fecha en que mi mandante se vio obligado a abandonar su vivienda, hasta la fecha en que efectivamente pueda regresar a la misma una vez realizadas obras de rehabilitación y levantada la orden de desalojo".

Admitida a trámite la demanda, en fecha 2 de mayo de 1997, la representación procesal de D. Plácido contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, que se dictase sentencia por la cual se desestimase la demanda formulada en su contra. La representación procesal de "Rogacon, S.A.", contestó asimismo en fecha 15 de mayo de 1997 en el sentido de solicitar que se dicte sentencia por la cual "1.º Con estimación de la excepción de prescripción de la acción ejercitada, se absuelva a todas las partes demandadas de las peticiones de la demanda. 2.º Subsidiariamente de lo anterior, y con estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva en mi representada, por falta de acción, se absuelva a ROGACON, S.A., de los pedimentos de la demanda. 3.º Subsidiariamente de lo anterior, y para el supuesto de estimación de la demanda, que lo sea con carácter sólo parcial en cuanto a las cantidades reclamadas en ella. 4.º Se haga el pronunciamiento que proceda sobre costas, y se acuerde cuanto además proceda con arreglo a Ley y Justicia, que pido".

Con fecha 13 de mayo de 1999 el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice textualmente: "Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por Carlos Francisco contra Rogacon, S.A., Plácido y Eusebio, debo condenar y condeno a los demandados a abonar a la actora la suma de 11.540.603 pesetas, más lo que se fije en ejecución de sentencia sobre las bases establecidas en el Fundamento 8.º de esta resolución, así como los alquileres que se devenguen, abonando los intereses correspondientes sin expreso pronunciamiento sobre las costas".

**Segundo.**—Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de "Rogacon, S.A." y D. Plácido contra la sentencia de primera instancia y tramitado recurso con arreglo a Derecho, la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Segunda), dictó sentencia en fecha 5 de octubre de 2000 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por ROGACON, S.A.

y por Plácido, confirmamos la sentencia apelada y condenamos a los apelantes al pago de las costas causadas por este recurso”.

**Tercero.**—Por la representación procesal de "Rogacon, S.A.", se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo con apoyo procesal en tres motivos:

Primero: "Que se formula al amparo del apartado 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de aplicación al caso dada la fecha del presente recurso: "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Al efecto citamos como infringidos los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, en cuanto regulan la responsabilidad extracontractual, y la Jurisprudencia de ese Alto Tribunal que lo interpreta y aplica a casos como el que nos ocupa, que a continuación reseñaremos”.

Segundo: "Que se formula al amparo del apartado 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de aplicación al caso: "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Al efecto citamos como infringido el artículo 1902 del Código Civil en relación con el artículo 1106 del mismo Cuerpo Legal en cuanto a la cuantía de las indemnizaciones por daños y perjuicios”.

Tercero: "Que se formula al amparo del apartado 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aplicación al caso: "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Basamos este Motivo en la doctrina del Enriquecimiento injusto o sin causa”.

**Cuarto.**—Por Auto de esta Sala de fecha de 16 de enero de 2004 se admitió a trámite el recurso, y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal de D. Carlos Francisco, se presentó escrito de impugnación al mismo en fecha 6 de febrero de 2004.

**Quinto.**—Por la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso el día veintiocho de mayo del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Como datos necesarios para el estudio del actual recurso de casación hay que tener en cuenta los siguientes.

El litigio del que trae causa el mismo principió por demanda presentada por Carlos Francisco, contra "Rogacon, S.A." promotora de las obras correspondientes al edificio

sito en c/ San Basilio n.º 15, 16 y 17 de Sevilla, contra Plácido arquitecto, Director Facultativo de las referidas obras y contra Eusebio constructor, en reclamación de 13.094.637 ptas. en concepto de indemnización por los desperfectos ocasionados en la finca de su propiedad, colindante con el solar donde los demandados acometieron las obras de construcción de un conjunto residencial. Aducía el actor que, con ocasión de las obras de construcción realizadas en el solar colindante al de la finca del actor, su edificio había sufrido daños de diversa consideración, siendo especialmente significativo el descolgamiento del muro medianero hacia el solar de las obras que motivó la aparición de grietas en paredes y techos además de otros daños que fueron produciéndose con el transcurso del tiempo. Ante el riesgo de desalojo del inmueble, se presentó demanda interdictal de obra nueva, que finalizó por sentencia estimatoria de la demanda, posteriormente revocada en apelación. Alegaba el actor, entre otras cuestiones que, por haberlo acordado así la Gerencia Municipal de Urbanismo, se vio obligado a desalojar el inmueble de su propiedad y a residir en otro lugar desde 1994. Por ello, la actora reclamaba de los demandados el pago de la reparación del inmueble, los gastos de arrendamientos que se había visto obligado a afrontar al ocupar una nueva residencia, los honorarios a empresas inmobiliarias por la búsqueda de vivienda, visado de informes técnicos, lucro cesante por la pérdida de la posibilidad de obtener una subvención de la Gerencia Municipal de Urbanismo para la realización de las obras, lucro cesante por el cese del arrendamiento de la planta baja del edificio y daños morales, por todo lo cual reclamaba la cantidad citada al inicio más lo que se determinase en ejecución de sentencia.

El demandado Plácido, opuso que los desperfectos aparecidos no tenían por qué haber supuesto un daño definitivo si se hubiese actuado con rapidez y que se desarrollaron los trabajos con la máxima protección de la finca colindante y vigilancia del arquitecto. Adujo que correspondía al propietario la realización de las obras de conservación de su propio edificio y que la paralización motivada por la inicial estimación del interdicto fue la principal causa de aumento de los daños, que el propietario apuntaló a su costa el edificio desde el interior, cuando primeramente debió apuntalarse desde fuera, lo cual fue impedido por la estimación de la demanda interdictal. Expone, asimismo, que el aumento del coste de reparación se debe a causas ajenas a los demandados, pues el transcurso del tiempo agravó los daños padecidos. Finaliza oponiendo que el demandante pretende obtener un enriquecimiento injusto. En sus fundamentos jurídicos, además, excepcionó prescripción de la acción, defecto legal en el modo de proponer la demanda, falta de legitimación pasiva y excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

La mercantil demandada, "Rogacon, S.A.", en la misma línea que el otro codemandado, se excusó de actuación negligente, al haber situado un entramado metálico de sujeción del muro que evitaba la producción de daños mayores; que los daños que efectivamente sufrió el actor eran los contemplados en el informe de la Gerencia Municipal de Urbanismo y que en el presupuesto de reparación se incluyen conceptos de mejora que excedían del daño propiamente causado y que el mayor daño se produjo por la paralización de las obras por causa del actor, siendo cierto que en todo momento la demandada había intentado acuerdos conciliatorios de reparación de

los desperfectos que fueron rechazados por el actor. Alegó que el actor reclamaba demasiados meses de arrendamiento, cuando la reparación se efectuaría en sólo dos meses y no había presentado la demanda sino tres años después del cambio de residencia, oponiéndose igualmente al resto de conceptos indemnizatorios. Excepcionó falta de legitimación pasiva de "Rogacon, S.A." y prescripción de la acción, entre otras cuestiones.

El Juzgado de Primera Instancia, tras considerar que la acción no estaba prescrita por no conocerse el verdadero alcance de los daños sino un tiempo después de la presentación de la demanda interdictal, desestimó las excepciones de falta de legitimación pasiva, por ser ambos codemandados intervinientes en la producción del resultado dañoso. Rechazó la pretendida concurrencia de culpas, atribuyendo todo el daño a los codemandados y finalizando por estimar en gran parte la pretensión indemnizatoria, con excepción del lucro cesante relativo al alquiler de la planta baja, incluyendo una indemnización por daño moral de 50.000 ptas. al mes.

La Audiencia Provincial, confirmando la sentencia de primera instancia, rechazó la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y desestimó la excepción de prescripción. En relación con la cuantía indemnizatoria, mantuvo la condena acordada en la primera instancia, sin acoger la pretensión de la parte recurrente en relación a que el incremento del coste de reparación se debiera a la suspensión de la obra por el actor, porque "no puede entenderse que la responsabilidad constatada por hecho culposo o negligente pueda minorarse porque el perjudicado por la acción utilice en su defensa los medios legales oportunos y también porque además está acreditado que producidos los daños los causantes se negaron a repararlos y aun ahora siguen negándose, en los términos que se señalan en la sentencia apelada".

Argumenta, asimismo, que el resto de conceptos indemnizatorios no pueden ser suprimidos por haber sido debidamente acreditados y, en relación con el alquiler de otra vivienda, es clara la imposibilidad que tienen los actores de ocupar su vivienda, con el consiguiente daño moral al que también tienen derecho a ser indemnizados.

Finaliza argumentando que la constructora es responsable por "culpa in eligendo", como consecuencia de la elección de los que trabajaron por su cuenta, siendo esta una responsabilidad cuasi objetiva.

**Segundo.**—El primer motivo del recurso fue interpuesto al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil.

Alega que "Rogacon, S.A.", en cuanto promotora del edificio, queda exonerada de responsabilidad frente a los daños ocasionados a un colindante, por cuanto contrató a técnicos competentes y oficialmente habilitados para ello.

El motivo ha de ser desestimado.

En primer lugar ha de significarse que, en aplicación del artículo 1903 del Código Civil, no puede entenderse que el deber de diligencia del buen padre de familia del

promotor se haya agotado en la elección de un técnico facultativo habilitado oficialmente o, en palabras de la sentencia alegada por el recurrente "aquellos a quienes legal y técnicamente corresponda la realización de una actividad", pues es evidente, del examen de los hechos declarados probados, que los técnicos elegidos por el promotor no resultaron ser tan diligentes como se pretende. Afirmar lo contrario sería exonerar de responsabilidad al promotor siempre que contrate a técnicos con título oficial y, en su caso, colegiados, realizando una generalización inaceptable que, a la vez que libera al promotor de toda responsabilidad fuera cual fuere el caso concreto, amplía la responsabilidad de los técnicos de forma cuasi universal. Y no hay que olvidar que la sentencia alegada de fecha 7 de octubre de 1983, da solución a un caso concreto que no puede ser aplicado al presente, pues en ella se examinaron otras cuestiones de fondo que la simple detentación de un título oficial. Está probado en la sentencia recurrida que en las obras de ejecución del proyecto que se realizaban en el solar de propiedad de la parte recurrente, se estaban produciendo daños en el edificio colindante sin que hiciese nada por evitarlo, cual sería la paralización de las obras o el cambio del los técnicos directores, instalándose en una pasividad que se ha venido manteniendo a lo largo de todo el pleito, con una oposición constante y pertinaz a poner solución al problema y limitándose a imputar al dueño del edificio afectado toda actuación dañosa. Por todo lo expuesto, el recurrente es responsable por hecho ajeno, dada la negligencia de los técnicos a su cargo, evidenciada por los despropósitos sucesivos que llevaron al desalojo del edificio y que han resultado probados en la instancia y devenido, por tanto, incólumes en casación.

Es de aplicación a este caso la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 2007 y, con anterioridad, la de 25 de enero de 2007 que establece que "en los casos en los que la realización de la obra se encarga a un contratista, la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista, asumiendo de manera exclusiva sus propios riesgos (SSTS de 4 de enero de 1982; 8 de mayo de 1999), dependencia que se produce cuando el contratista no actúa formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control de la propiedad o promotora de la obra o se encuentra incardinado en su organización correspondiéndole el control, vigilancia y dirección de las labores encargadas, de tal forma que será posible responsabilizarle del daño en aquellos supuestos en que no solo encarga la obra a personal especializado y cualificado profesionalmente con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la "lex artis", sino que designa a un director facultativo de la obra a quien compete exigir el cumplimiento de las especificaciones del proyecto, las normas de buena ejecución y las de Seguridad e Higiene en el Trabajo, pues ello es determinante de la responsabilidad por hecho de otro, según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903, y ésta no puede ser enervada por la existencia de un pacto en contrario entre los responsables, que no puede producir efectos en perjuicio de terceros ajenos al ámbito contractual en virtud del principio de relatividad del contrato". En el presente caso, es evidente que la promotora encargó a la constructora rebelde la elaboración del proyecto y los técnicos facultativos se encontraban en una situación de dependencia del promotor, por cuenta de quien trabajaban y al cual iban a

reportar beneficios económicos como resultado de la actividad que desarrollaban. Dicha relación de dependencia económica y laboral permitía a la promotora intervenir en el proceso constructivo para poner fin a la situación que había dado origen a un resultado dañoso, incurriendo, con su pasividad, no ya sólo en responsabilidad por "culpa in eligendo", sino también en "culpa in vigilando". Por todo lo cual ha de concluirse que ninguna vulneración jurisprudencial se produce en la sentencia recurrida, antes al contrario, da cumplida interpretación a la jurisprudencia de esta Sala en materia de responsabilidad del promotor, al atribuir al recurrente responsabilidad directa en el hecho dañoso que, como se ha expuesto, es tanto derivada del artículo 1902 como del 1903, ambos del Código Civil.

**Tercero.**—El motivo segundo fue interpuesto al amparo del artículo 1962.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por infracción del artículo 1902 del Código Civil en relación con el artículo 1106 del mismo cuerpo legal.

Alega el recurrente que la indemnización por daños morales de 50.000 ptas. mensuales acordada por la sentencia recurrida, es contraria a Derecho, puesto que su permanencia en el tiempo aboca a una concesión desmesurada "entre otras razones por el simple hecho del retraso de los Tribunales en resolver la cuestión", añadiendo que la sentencia condena también al abono del alquiler de la nueva vivienda, gastos de traslado, etc. Atribuye a la parte actora la razón del retraso por haber interpuesto la demanda tres años más tarde de la producción de los daños, concluyendo que todas esas dilaciones en modo alguno deben perjudicar a los demandados.

El motivo ha de ser desestimado.

En primer lugar, porque mezcla conceptos indemnizatorios, que no están relacionados, por el simple hecho de entender que ha sido condenada al pago de una cantidad excesivamente elevada, cuando las razones jurídicas por las que la sentencia apelada accedió a conceder al actor la indemnización acordada, son distintas en uno y otro caso en unos casos se indemniza un daño material emergente a tenor del artículo 1106 del Código Civil y en otros un daño moral. Ello pone de manifiesto una falta de claridad y razón jurídica, sustentada por la única razón de oposición frontal al pago de cualquier indemnización, como demuestra el hecho de que hasta el momento no hubiese procedido a la reparación del daño. Por otra parte, y en segundo lugar, el recurrente incurre en incoherencia al atribuir a la lentitud de los tribunales su quebranto económico, cuando la pretendida "dilación" viene determinada por su propio actuar procesal, ya que su pasividad y omisión motivó la presentación de la demanda inicial no arbitrariamente tarde, como se pretende hacer creer, sino cuando se pusieron de manifiesto los daños en su integridad, que, como el propio recurrente reconoce en su escrito y a lo largo del procedimiento, sufrieron una evolución notable desde los estadios iniciales y, ante un resultado procesal desfavorable, recurrió primero en apelación y más tarde en casación. Por ello, máxime si atendemos al resultado del presente recurso, no puede atribuirse a nadie más que al propio recurrente el incremento paulatino de la cuantía indemnizatoria, a cuyo pago opone tantas

reticencias.

**Cuarto.**—El tercer y último motivo fue preparado al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por infracción de la técnica jurisprudencial del enriquecimiento injusto.

Alega el recurrente que la condena de la sentencia recurrida incluye la indemnización por lucro cesante por una subvención dejada de percibir por el actor ofrecida por la Gerencia Municipal de Urbanismo de 1.000.000 ptas, lo cual considera injusto, por entender que, al haberse condenado a reparar la vivienda a los demandados, se cobra doblemente por el mismo concepto. Añade que, de la prueba practicada en autos se desprende que el valor de construcción de la vivienda del actor es de 1.997.250 ptas y, a pesar de ello, la sentencia condena al pago de 8.501.674 ptas. para reparar la vivienda en su totalidad. Finaliza el alegato reiterando su convencimiento de que existe una concurrencia de culpas.

El motivo también ha de ser desestimado.

Ha de decirse que la sentencia recurrida ha dado respuesta al pretendido enriquecimiento injusto desestimando su existencia, con la valoración de la prueba de que dispone, lo cual nos lleva a concluir que el tercer motivo, en los términos en que está planteado, supone una petición de principio al pretender volver a someter a juicio valorativo de la Sala los hechos que han dado origen al presente procedimiento, sin que el recurrente haya llenado la exigencia de basar el recurso en cuestiones jurídicas claramente diferenciadas ni exponer con la suficiente claridad y extensión los motivos por los que entiende que la Sala de Apelación ha incurrido en vulneración de la doctrina jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto. El recurrente ni tan siquiera expone cuál es tal doctrina ni en qué resoluciones de encuentra recogida, limitándose a reproducir en casación los argumentos que ya empleó en el escrito de contestación, con oposición de hechos a valoración partidista de los mismos. Dicha falta de claridad evidencia cuál es el fin mismo del motivo que, como se ha dicho, es volver a plantear la cuestión a la Sala como si de una tercera instancia se tratara, en una práctica tantas veces rechazada por la jurisprudencia Sentencias de 4 de julio de 2007 y de 28 de septiembre de 2007 entre otras.

**Quinto.**—En materia de costas procesales y en esta clase de recursos se seguirá la teoría del vencimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; por lo que en el presente caso las mismas se impondrán a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido.

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

## FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1.º No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mercantil "Rogacon, S.A." frente a la sentencia dictada por Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 5 de octubre de 2000.

2.º Imponer las costas procesales de este recurso a dicha parte recurrente, con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.