



Roj: **SAP TO 1649/2020 - ECLI: ES:APTO:2020:1649**

Id Cendoj: **45168370012020101290**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2020**

Nº de Recurso: **972/2018**

Nº de Resolución: **1125/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo Núm. 972/2018.-

Juzg. 1ª Inst. Núm.. 3 de Toledo.-

J. Ordinario Núm..... 504/2011.-

SENTENCIA NÚM. 1125

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN RAMON BRIGIDANO MARTINEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. EMILIO BUCETA MILLER

D. URBANO SUAREZ SANCHEZ

Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

D. ALEJANDRO FAMILIAR MARTIN

En la Ciudad de Toledo, a veintiocho de octubre de dos mil veinte.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 972 de 2018, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de Toledo, en el juicio ordinario núm. 504/11, en el que han actuado, como apelantes Cayetano y OTROS, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Pérez del Moral; Saturnino, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Graña Poyan; y como apelada, ESTRELLA Y LUNA DE FATIMA S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. De la Rosa Martín.

Es Ponente de la causa la Ilma. Sra. Magistrada Dª Gema Adoración Ocariz Azaustre, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de Toledo, con fecha 20 de septiembre de 2017, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "SE ESTIMA PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por D. Cayetano y D. Patricia y otros, representados por D. Wenceslado Pérez del



Moral y defendidos por D. Aránzazu Alcázar Rojas, contra D. Saturnino , defendido por D. Florentino Delgado y representado por D. Marta Graña Poyán, y contra RMA Excavaciones, Derribos y Obras SL., en rebeldía procesal, con el siguiente pronunciamiento: se declara la responsabilidad de estos demandados por la actuación de cada uno de ellos como consecuencia de su participación en los daños materiales derivados de vicios y defectos constructivos reclamados por los actores, en los términos descritos en el fundamento de derecho décimo de la presente resolución, y, en consecuencia, se condena a aquellos a la obligación de realizar las obras necesarias para la subsanación de los efectos de construcción existentes en elementos privativos de las viviendas de los demandantes, siempre que afecten a aquellas deficiencias respecto de las que hayan sido declarados responsables.

SE DESESTIMA LA DEMANDA interpuesta por D. Cayetano y D. Patricia y otros, contra y contra Estrella y Luna de Fátima SL., defendida por D. Antonio Esteban de la Morena y representada por D. Miguel Ángel de la Rosa Martín.

Las costas derivadas de la actuación en el proceso de Estrella y Luna de Fátima deberán ser satisfechas por los actores. Sin condena en costas, en relación con la intervención en el presente procedimiento de D. Raimundo y de D. Remigio . Tampoco se establece condena en costas respecto de la actuación de los restantes demandados.

Se declara la ausencia sobrevenida de objeto respecto de las obras de urbanización referidas en la demanda".-

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por Cayetano y OTROS; Saturnino , dentro del término establecido, se formuló recurso de apelación, que fue contestado de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a esta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-

SE REVOCAN EN PARTE y en la forma que luego se dirá, los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, que habrán de ser completados en la forma que se exprese, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Contra la sentencia apelada se alzan de un lado los demandantes y de otro el demandado Sr Saturnino , no los demás demandados.

El recurso de los primeros se centra en el pronunciamiento de la sentencia apelada de que ha de desestimarse la demanda respecto del demandado Estrella y Luna de Fatima S.L., en cuanto a unos concretos demandantes, por falta de jurisdicción al existir una clausula de sujecion a **arbitraje** en sus contratos, y respecto de los demas demandantes porque en sus contrataciones no asumia la posición de agente de la construcción, ni de vendedor, al haber sido sustituida esta sociedad demandada por otra a la fecha de estas otras contrataciones.

El recurso actúa respecto de los primeros y se funda en que nunca se formulo declinatoria de jurisdicción por la parte demandada conforme a los arts 63 y 64 de la LEC, lo que implica, según se alega, una sumision tacita a la jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia en que se siguió el procedimiento (art 56 LEC), y ni siquiera tal falta de jurisdicción fue alegada por la demandada en su contestación a la demanda, ni en otro momento, no pudiendo ser apreciada de oficio, todo ello con incidencia en la condena a dichos apelantes al pago de las costas causadas a esta sociedad en la primera instancia.

Por otra parte el recurso alega que es incorrecto el pronunciamiento de la sentencia que desestimo la petición de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la memoria de calidades prevista en el contrato, reclamacion dirigida solo frente a las sociedades demandadas y no a los demandados personas físicas, y en relación en concreto al cambio del sistema de calefacción

El otro recurrente, el arquitecto que proyecto y asumió la superior dirección de la obra, Sr Saturnino , alega la prescripción de la accion en cuanto dirigida en concreto frente a el, y alega además error en la valoración de la prueba al establecer su responsabilidad por defectos y causas ajenos a su función como arquitecto

SEGUNDO: En relación al primer recurso y en cuanto a la cuestión de la sumision a **arbitraje** de las controversias que pudieran suscitarse sobre los contratos que suscribió la sociedad Estrella y Luna de Fatima S.L. con determinados demandantes, esta Sala tiene señalado (por todas Auto de 19.1.16) que "Como se desprende del art 37 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puesto en relación con el 48, 58, 62 y siguientes de la misma, la falta de jurisdicción por corresponder el conocimiento a árbitros, es decir, por sumisión a **arbitraje**, no es apreciable de oficio a diferencia de otras faltas de jurisdicción (militar, internacional, Tribunal de Cuentas), o de la competencia objetiva o incluso la territorial cuando viene determinada por normas imperativas, supuestos



en que el tribunal puede apreciar de oficio la falta de jurisdicción o de competencia. La sumisión a **arbitraje** ha de proponerse por tanto mediante declinatoria conforme a los art 63 y siguientes".

Ello es así porque los arts 36 a 38 de la LEC, relativos a la posibilidad de apreciación de oficio de la falta de jurisdicción, no se menciona el caso de la sumisión a **arbitraje**, sino que solo se establece la apreciación de oficio en el caso de que corresponda la jurisdicción a Tribunales militares, de otros ordenes jurisdiccionales o extranjeros. Sin embargo, en el art 63 de la misma LEC si que se menciona en la apreciación de la falta de jurisdicción en el caso de sometimiento de la controversia a **arbitraje** (además de en el caso de los otros tribunales que citan los arts 36 a 38), pero este art 63 solo regula la declinatoria esgrimida a fin de determinar tal falta de jurisdicción y ello por ser interpuesta por la parte demandada, siendo patente sensu contrario la exclusión del pacto de sometimiento a **arbitraje** en la regulación de la apreciación de oficio de la falta de jurisdicción.

En este caso la citada sociedad nunca interpuso una declinatoria, ni formuló la excepción de falta de jurisdicción en la contestación a la demanda, solo oponiendo otras razones e incluso otras excepciones, ante lo cual, como señala el recurso, la sumisión a **arbitraje** de la controversia y la falta de jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia ha sido apreciada de oficio cuando no es posible hacerlo.

En consecuencia, el recurso debe ser estimado en cuanto a esta cuestión y ello conlleva la condena a dicha demandada, respecto de los demandantes que contrataron con ella, a todas las responsabilidades que se declaren en la sentencia que ya se determinan para la otra demandada que la sustituyo en la posición de vendedora-promotora en la obra. Ello es así, sin necesidad de devolución de la causa a la primera instancia, porque en la sentencia ya existe un pronunciamiento de esa primera instancia sobre las responsabilidades concurrentes para quien tuvo la misma posición jurídica en los contratos que había tenido la citada demandada Estrella y Luna de Fatima S.L, por lo que ya se ha decidido en la primera instancia sobre dicha cuestión, de la que se defendió, porque pudo hacerlo, dicha demandada en su contestación a la demanda, solo siendo objeto de recurso el hecho de que también ha de extenderse el pronunciamiento a esta sociedad y no habiendo recurrido esta sobre el contenido de aquellas responsabilidades establecidas de los promotores y vendedores, todo ello con la incidencia legalmente prevista en relación a la condena a la parte actora al pago de las costas procesales causadas en la primera instancia a dicha mercantil, el cual queda sin efecto, siguiendo estas costas el régimen que se establece en general en la sentencia.

TERCERO: En cuanto a las responsabilidades de dichas mercantiles por el cambio del sistema de calefacción en su día proyectado, debe partirse de que este cambio no consta expresamente autorizado por el contrato que preveía esta autorización anticipada de los ahora demandantes en el caso de que se determinara el cambio por la dirección técnica, se instara por las autoridades o lo exigiera el mercado, circunstancias que no se dieron en este caso. Así lo entiende la sentencia apelada que considera que no era esta cláusula de autorización aplicable al caso. Por todo ello las variadas alegaciones del recurso sobre dicha cláusula y su inaplicabilidad carecen de relevancia para, como se pide, revocar este pronunciamiento desestimatorio contenido en la sentencia que en absoluto ha tenido fundamento en dicha cláusula como motivo de su decisión, sino todo lo contrario.

La sentencia apelada lo que entiende es que los demandantes consintieron el cambio porque tenían 15 días para objetar al mismo desde la entrega de cada vivienda, conforme al contrato, y dejaron pasar años hasta la primera reclamación.

Entiende la Sala que tal cláusula contractual del derecho a objetar según la revisión y en dicho plazo no puede impedir al comprador finalmente reclamar contra el defecto dentro del plazo de ejercicio de la acción correspondiente, en fin, que tal cláusula no cierra la posibilidad de acudir por esta razón a un procedimiento judicial para obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, ni impide que en este ya no pueda tenerse en cuenta tal derecho de objeción.

Tampoco puede interpretarse la falta de objeción en dicho plazo y la demanda posterior como contravención de los propios actos interpretando la primera como consentimiento tácito al cambio. De principio la doctrina que proscribió tal contravención tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe (Sentencias de 25 de octubre y 28 de noviembre de 2000), pues se falta a la buena fe en sentido objetivo, es decir, como exigencia de lealtad y honestidad en los tratos y en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 CC) cuando se va contra la resultancia de los propios actos (Sentencias de 16 de julio y 21 de septiembre de 1987, 6 de junio de 1992, etc.), pero ello exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, esclarecer, modificar o extinguir una determinada situación que afecta jurídicamente a su autor, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, de modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, con el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior (Sentencias de 9 de mayo de 2000, 27 de febrero, 16 de abril y 24 de mayo de 2001, 25 de enero de 2002 , entre otras muchas), por lo que no es de aplicación



cuando los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo o inconcreto (Sentencias de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999) o carecen de trascendencia para producir el cambio jurídico (Sentencias de 28 de enero de 2000, 7 de mayo de 2001, 25 de enero de 2002) y, aún menos, cuando el cambio de actitud obedece a una reacción ante nuevos hechos o actos, y así solo cabría en este caso hablar de actos propios con tal efecto si en el plazo de 15 días ya fuera manifiesta la deficiencia que suponía el cambio del sistema de calefacción y se hubiera aceptado así durante años, pero aquí la sentencia reseña, y no se discute de contrario, que el sistema realmente implantado no supone una climatización de la vivienda más deficiente, pero sí que suponía un mayor gasto para el comprador. En fin, a simple vista el defecto que conllevaba el cambio no era perceptible, y en principio se desconocía en los primeros 15 días que el definitivamente instalado iba a resultar más perjudicial que el contemplado en la memoria de calidades, al contrario esto era algo solo evaluable cuando habían transcurrido meses y así la inexistencia de queja en aquel plazo de revisión por sí misma no se puede constituir en un consentimiento tácito que impida reclamar validamente una vez se tuvo real constancia de la deficiencia que ha supuesto

De todo lo expuesto resulta que las promotoras no entregaron a los compradores demandantes lo estrictamente pactado en los contratos de compraventa (que se integraban en su contenido por la memoria de calidades prometidas) y en relación a lo cual los compradores decidieron contratar, y lo que se ha dispuesto en cuanto al sistema de calefacción, aunque no conlleve en abstracto inferior calidad en cuanto a su función o prestaciones respecto de la que tenía el sistema pactado, razón esta por la que el solo cambio podría no justificar la acción ejercitada, si que supone y conlleva no que no es igual en todas sus condiciones al ofertado, al ser más caro y más gravoso para el usuario, lo que supone una deficiencia objetiva del mismo en relación al que los compradores contemplaban al consentir el contrato, y así se configura como un incumplimiento contractual del que deben responder las sociedades demandadas en su condición de vendedoras por haber entregado un sistema de calefacción económicamente más deficiente que el pactado.

Las demandada vendedora y apelada Estrella y Luna de Fatima S.L. alega prescripción de la reclamación que no puede ser acogida y ello porque la alega sobre la base de los plazos de prescripción de la acción establecidos por la LOE, pero no estamos en este caso ante una reclamación por un vicio o defecto en la construcción de las viviendas, de hecho el sistema de calefacción colocado funciona y no se ha alegado deficiencia en la climatización, sino que estamos ante un caso de incumplimiento de una de las condiciones del contrato de compraventa que unió a dichas mercantiles demandadas con los demandantes, por no entregar la vivienda con las concretas instalaciones a que se había comprometido en el contrato, entregando otra económicamente peor, y así dicha reclamación por esta causa no lo es sino por los daños y perjuicios sufridos por los compradores por el incumplimiento parcial de la otra parte contratante en la compraventa, responsabilidad contractual de los arts 1101 y siguientes del C. Civil y que se regula en el art 1124 del mismo texto en relación a contratos bilaterales y recíprocos como el presente, cuya acción de reclamación tiene el plazo de prescripción general del art 1964 del C. Civil vigente para esta contratación que no había transcurrido al formular la demanda.

El recurso debe prosperar en cuanto a este particular y para revocar la sentencia apelada si bien ha de considerarse como alega la oposición al recurso que se reclamaron por tal razón en la demanda 98.878 euros en relación a los perjuicios sufridos vivienda por vivienda en lo que han de gastar de más por el uso de la calefacción, según pericial aportada, pero en la demanda se actuaba por los compradores de 13 viviendas desistiendo posteriormente los compradores de 2 viviendas, por lo que es obvio que no puede concederse dicha cantidad total solo por 11 viviendas y en definitiva procede reducir la misma (7.606 euros por vivienda según decía la demanda) a 83.900 euros, todo lo cual dado que además la citada pericia en que se funda la reclamación no se ha discutido en la oposición al recurso por la mercantil demandada, que solo ha opuesto la existencia de los desistimientos.

CUARTO En relación al recurso del Sr Saturnino y en cuanto a la prescripción que alega de la acción ejercitada debemos señalar que aquí no se discute que los defectos apreciados de todo orden aparecieran en el periodo de garantía de 3 años que tendrían, dada su naturaleza, por el art 17 de la LOE, de hecho lo que se alega en definitiva supone que aparecieron con inmediatez a la entrega misma de las viviendas y del certificado final de obra, pues este es desde donde el recurso comienza a contar el plazo de prescripción, por lo cual entiende que este plazo, de 2 años según art 18 de la LOE, habría transcurrido desde dicha certificación final de obra/ entrega de marzo-octubre de 2008 cuando en marzo de 2011 se le formuló la primera reclamación extrajudicial al apelante que interrumpió la prescripción.

No puede entenderse así. En primer término no cabe porque la demanda no admite llanamente, como alega este apelante, que desde la misma entrega de las viviendas comenzaran a darse cuenta que existían graves deficiencias, que es la razón por la que el recurso cifra la fecha de inicio del cómputo de la prescripción a dicha entrega, y es que en la demanda por una afirmación general de que pronto se conocieron no se admite sin más



que la aparición se diera antes de marzo de 2009, meses después de la entrega de las viviendas, es más, el que a la fecha de entrega de las viviendas existieran y fueran perceptibles los defectos se contradice llanamente por los actos del propio apelante que firmo y emitió los certificados finales de obra sin hacer constar la existencia de tales deficiencias y ello firmándolos a lo largo de 2008, lo que hace presumir que tampoco eran apreciables a la cercana fecha de la entrega.

Además tampoco cabe apreciar lo así alegado porque es la parte que invoca a su interés la concurrencia de una prescripción la que ha de acreditar todos los extremos de la misma y así cual es el día del inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de dos años que según la LOE es el día en que aparecen los defectos, a interpretar en el sentido del día en que se hacen claramente perceptibles como tales, no como anomalía puntual sino como defecto ya permanente con efectos contantes, y ello porque solo con este conocimiento cabal del propietario es cuando se puede por su parte ejercitar la acción como exige el art 1969 del C. Civil, lo cual en cuanto a las características de los que se imputan a este apelante exigía en determinados casos que aparecieran unas condiciones climáticas concretas que no son constantes ni presentes desde el momento de la entrega. Pues bien, el apelante es profesional de la arquitectura y no ha hecho alegación técnica alguna ni aun menos ha probado el que las humedades y olores que se le imputan surgieran con inmediatez a la entrega y no con el transcurso de meses y climatologías distintas durante los mismos

El motivo de recurso no puede prosperar

QUINTO En relación a la responsabilidad que se establece, alega el recurrente que no se corresponde con el ejercicio de sus funciones en la obra la relación de defectos que se le imputan.

Consta que el apelante era arquitecto proyectista y director de la obra. Se le imputan responsabilidades por defectos causantes de humedades por capilaridad, filtración y condensación, así como olores y ello en razón de deficiencias en la ventilación de gases, en la construcción de arquetas, de las acometidas o del forjado sanitario, por defectos en la cubierta de los edificios a sus encuentros con las fachadas, por defectos de estanqueidad o de aislamiento, etc. Estas deficiencias no constituyen meros defectos de instalaciones pactadas o de ejecución material de las mismas, de terminación o acabado, sino que afectan a elementos constructivos esenciales con deficiencias de funcionalidad y habitabilidad, más allá de un simple defecto de remate, siendo vicios calificables de ruinosos. La sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 2006 entre otras estableció que "el concepto de ruina a que alude el art. 15. 91 del Código Civil, no se contrae únicamente a los defectos que hagan temer la próxima pérdida del edificio o que lo hagan inútil o inservible para la finalidad que le es propia, sino también a aquellos defectos de construcción que, por exceder de imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, o más claramente, hay que referir este concepto de ruina, no sólo a lo que en sentido riguroso pudiera implicar derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino a un más amplio contenido del arruinamiento extensivo a vicios o defectos que afectan a los elementos esenciales de la construcción (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1983, 27 de diciembre de 1983, 17 de junio de 1984 y 7 de junio de 1986 entre otras)" La sentencia de esta Audiencia de 18 octubre 2005, ha señalado que para apreciar la existencia de vicios calificables de ruinosos no es preciso que el edificio quede material y físicamente arruinado o comprometida su estabilidad, pues basta con la existencia de vicios graves que afecten a elementos esenciales de la edificación, esto es, aquellos que, por exceder de las imperfecciones corrientes, suponen una vulneración del contrato de obra y, en concreto, hacen temer por la pérdida del inmueble o le hacen inútil o inadecuado para la finalidad que le es propia, incidiendo negativamente en su habitabilidad y dando lugar a un uso anormal e incompleto del mismo (SS.TS. 20 noviembre 1959, 7 junio 1966, 14 mayo 1973, 30 septiembre 1983, 17 febrero 1984 , 20 diciembre 1985, 17 febrero 1986, 17 julio 1987 , 1 febrero 1988, 4 diciembre 1989, 21 diciembre 1990, 21 enero 1991, 31 diciembre 1992, 13 octubre 1994, 22 mayo 1995, 21 marzo 1996, 30 enero 1997, 4 marzo 1998 y 18 diciembre 1999). Este concepto potencial y funcional de ruina la jurisprudencia lo ha extendido incluso a los meros defectos, no fundamentales, pero que atentan o dificultan de manera más o menos intensa la habitabilidad del edificio o de una parte de él, aunque no impliquen una violación del contrato en sentido estricto (S.TS. 10 noviembre 1994, por todas), incluyendo casuísticamente numerosas deficiencias constructivas, como son, entre otras, las grietas y fisuras, las filtraciones de agua, y las humedades que afectan a diversas dependencias, dando lugar a un deterioro progresivo del edificio (SS.TS. 21 abril 1981, 20 octubre 1982, 3 marzo 1983, 16 junio 1984, 20 diciembre 1985, 15 octubre 1990, 2 diciembre 1994, 3 octubre 1996, 8 mayo 1998, 25 junio 1999 y 25 enero 2000 o sentencia de esa A. Provincial de Toledo de 20.5.2002)

Sentado lo anterior ha de señalarse que según el art. 12 de la L.O.E. son funciones del arquitecto director de la obra "b) Verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas. c) Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra. d) Consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las



instrucciones precisas. e) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas. f) Colaborar con los restantes agentes en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control realizado" y aquellas que se establezcan en el art. 13 cuando además de la dirigir la obra controla su ejecución en cuyo el citado art. 13 la atribuye "b) Verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas. c) Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra. d) Consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas. e) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas. f) Colaborar con los restantes agentes en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control realizado".

Las deficiencias apreciadas que afectan tan gravemente a la habitabilidad existen porque, además de otras responsabilidades concurrentes ya declaradas, no se ejerció por el apelante su función de vigilancia superior de la ejecución y de que se cumpliera incluso lo proyectado (como ocurre que no se cumplió en las soluciones antihumedad) y ello porque esta falta de diligencia no lo es en la vigilancia de cualquier detalle, sino que afecta a elementos constructivos tan relevantes como los descritos, de forma que si ni siquiera a ellos afectara la función de vigilancia del apelante director de la obra, esta función prevista por la Ley prácticamente no tendría contenido alguno.

Por lo demás, el recurso se limita a criticar la pericial judicial a la que atiende la sentencia para otorgar valor prevalente a la aportada a su instancia o a la instancia del otro demandado, aunque en realidad estas otras pericias no niegan estos defectos afectantes a habitabilidad o a la normalidad en el uso de las viviendas.

Por lo demás, ha de partirse de que la revocación de la apreciación de la prueba que razona el Juez de Instancia no puede prosperar si simplemente las conclusiones fácticas a que llega el Juez a quo, a través de la valoración del conjunto de prueba, se pretenden desarticular en vía de recurso apoyándose en documentos y pruebas ya examinados y tenidos en cuenta en la Sentencia, para interpretarlos a fin de obtener conclusiones más favorables a los intereses de parte, siendo que solamente cabe dicha revisión de la valoración probatoria de la sentencia si queda patente un error en la misma, o bien por la omisión de la consideración de alguna prueba esencial que arroje un resultado incontrovertible, o bien porque se haya apreciado la prueba de forma ilógica, arbitraria o contradictoria, por lo que no puede producirse tal revisión si se funda en la mera discrepancia personal con la valoración que de la prueba ha dado el órgano judicial, intentando sustituir el criterio objetivo del Juez por las interpretaciones subjetivas e interesadas de la parte. En este caso y por lo expuesto no puede olvidarse que la pericial practicada a instancia de la apelante no es la única practicada en el procedimiento y no es la única a la que el Juez haya de atender por ello en su sentencia. La pericial es solo una prueba a valorar en conjunto con las demás practicadas, y es el Juez el que debe controlar la lógica de las conclusiones de cada una. En fin, es la sana crítica la que permite dar más valor a una pericia sobre otra (art 348 LEC) y en principio ello está sometido al criterio del Juez de Instancia y no es revocable, salvo que contenga consideraciones ilógicas.

No es este el caso puesto que la sentencia apelada determina que valora como más correcta la pericia por perito de designación judicial, ajeno a la contratación como tal por alguna de las partes y presumiblemente más imparcial, ello por encima de la practicada a instancia de la apelante y con razones que aparecen lógicas y nada arbitrarias, las cuales es claro que no son del agrado del apelante, pero cree la Sala completamente razonable apreciar más fundada la pericial judicial en función de las razones de su discusión por la parte apelante que no son suficientes y así alega la apelante que dicha pericial no se basa en la revisión de todas las viviendas como razón para que no sea valorada como prevalente, pero esto no es dato esencial para dejar de fundarse en ella (faltar la revisión de 4 viviendas de 11) pues ello no impide el pronunciamiento de la sentencia que no se refiere a defectos concretos de cada vivienda en cada condena, faltando precisar los de 4, ni a indemnización en cantidad concreta cada vivienda, sino que impone la condena a reparar los defectos que enumera allí donde existan. No hay más motivo relevante alegado de por que han de considerarse prevalentes las pericias a instancia de los demandados.

En conclusión, la prueba valorada en su conjunto arroja lógicamente el resultado que ha apreciado el Juez a quo y la parte apelante no ha indicado de que prueba objetiva aportada en la causa puede derivarse un particular o extremo que justifique realmente su pretensión, por lo que, así las cosas, el recurso no puede prosperar para que prevalezcan las valoraciones subjetivas del interesado, respecto de determinadas pruebas, sobre el juicio de los hechos que se realiza ponderadamente por el Juez de Instancia en relación con la totalidad de las pruebas aportadas, habida cuenta de la abundante doctrina jurisprudencial elaborada acerca de lo contrario: la prevalencia de la valoración de prueba realizada por el órgano judicial por ser más objetiva que la propia y



particular de la parte, debiendo confirmarse la sentencia tanto por la imposibilidad de recoger este Tribunal el criterio personal de la parte recurrente, como por cuanto haciendo uso de la facultad que la LEC le otorga para la valoración de la prueba realizada en la instancia se llega a idéntica conclusión que la obtenida por el Juzgador "a quo".

Por ultimo se alega la posible individualización de responsabilidades, si bien esta ya se ha practicado en la sentencia excluyendo de la responsabilidad del ahora apelante determinadas deficiencias, si bien en las que se imputa responsabilidad al apelante no cabe mas individualización con los demás agentes al concurrir la actuación no diligente de todos como motivo de producción de aquellas, en el caso de otros por falta de diligente ejecución material o control y en su caso por falta de la vigilancia superior que tenia encomendada.

SEXTO Las costas procesales se impondrán al recurrente Sr Saturnino en cuanto las causadas por su recurso no estimado, sin imponer a ninguna de las partes el pago de las costas causadas por el recurso de la parte demandante si estimado, todo ello en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. -

FALLO:

Que **ESTIMANDO** los recursos de apelación que han sido interpuestos por la representación procesal de Cayetano y OTROS y **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Saturnino, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE** la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de Toledo, con fecha 20 de septiembre de 2017, en el procedimiento núm. 504/11, de que dimana este rollo, y en su lugar, estimando en parte la demanda en su día formulada, debemos acordar y acordamos:

1.- Condenar a la demandada Estrella y Luna de Fatima S.L. a las mismas prestaciones de reparación por los defectos concretos a la que fue condenada en la sentencia apelada la entidad codemandada RMA Excavaciones, Derribos y Obras S.L.

2.- Condenar a las mercantiles demandadas Estrella y Luna de Fatima S.L y RMA Excavaciones, Derribos y Obras S.L. a abonar a los demandantes no desistidos la cantidad total de 7606 euros por vivienda, y así un total de 83.666 euros, en concepto de daños y perjuicios

3.- No se impone a ninguna de las partes el pago de las costas procesales causadas en la primera instancia y

Todo ello confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada no expresamente revocados por los pronunciamientos de la presente y sin imponer a ninguna de las partes las costas procesales causadas en esta alzada por el recurso de la parte demandante, ordenando la devolución a esta parte actora del deposito constituido para recurrir, así como imponiendo al apelante Sr Saturnino el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia por su recurso

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación si se dictase para la tutela civil de derechos fundamentales o si la cuantía del procedimiento superase los 600.000 euros o por interés casacional, y asimismo recurso extraordinario por infracción procesal, a interponer en este Tribunal y para ante el Tribunal Supremo en el plazo de los 20 días siguientes a la notificación de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - Léida y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dª Gema Adoración Ocariz Azaustre, en audiencia pública. Doy fe. -