



Roj: **SAP V 803/2009 - ECLI:ES:APV:2009:803**

Id Cendoj: **46250370112009100108**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **11**

Fecha: **11/02/2009**

Nº de Recurso: **633/2008**

Nº de Resolución: **85/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALEJANDRO FRANCISCO GIMENEZ MURRIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 803/2009,**  
**STS 2545/2012**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN UNDÉCIMA

VALENCIA

NIG: 46250-37-2-2008-0003512

Procedimiento: Recurso de apelación Nº 633/2008- AM -

Dimana del Juicio Ordinario Nº 001447/2006

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 17 DE VALENCIA

Apelantes: DÑA. Caridad y OTROS

Procurador: ISABEL CAUDET VALERO

Letrado: LUIS LAMANA CHICO

Apelante: ENCOVAL SL

Procurador: ALICIA SUAUA CASADO

Letrado: IGNACIO CARRAU CRIADO

Apelado: D. Alonso , D. Edemiro , D. Isidro Y D.

Rodolfo

D. Juan María

NUESPRI SL

Procuradores : FRANCISCO REAL MARQUES

JOSE A. ORTENBACH CEREZO

PURIFICACION GINER LOPEZ

Letrados: FRANCISCO REAL CUENCA

FERNANDO ALANDETE GORDO

JOSE MANUEL PASTOR ZACARES

**SENTENCIA Nº 85/09**





=====  
Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

D. JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO

Magistrados/as

DÑA. ALEJANDRO GIMENEZ MURRIA

DÑA. CRISTINA DOMENECH GARRET  
=====

En Valencia, a once de febrero de dos mil nueve.

Vistos por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. ALEJANDRO GIMENEZ MURRIA, los autos de Juicio Ordinario 1447/2006, promovidos por DÑA. Caridad , D. Fermín , DÑA. Aida , DÑA. Francisca , D. Oscar , D. Luis María , DÑA. Teodora , DÑA. Delia , DÑA. Micaela , DÑA. Eva María , D. Conrado , D. Hipolito , D. Pelayo , D. Luis Alberto , D. Benigno y DÑA. Hortensia contra D. Alonso , D. Edemiro , D. Isidro Y D. Rodolfo , contra D. Juan María , contra ENCOVAL SL y contra NUESPRI SL sobre "responsabilidad decenal", pendientes ante la misma en virtud de los recursos de apelación interpuestos por DÑA. Caridad , D. Fermín , DÑA. Aida , DÑA. Francisca , D. Oscar , D. Luis María , DÑA. Teodora , DÑA. Delia , DÑA. Micaela , DÑA. Eva María , D. Conrado , D. Hipolito , D. Pelayo , D. Luis Alberto , D. Benigno y DÑA. Hortensia representados por el Procurador Dña. ISABEL CAUDET VALERO y asistido del Letrado D. LUIS LAMANA CHICO y por ENCOVAL SL, representado por el Procurador Dña. ALICIA SUAU CASADO y asistido del Letrado D. IGNACIO CARRAU CRIADO, contra D. Alonso , D. Edemiro , D. Isidro Y D. Rodolfo , representados por el Procurador D. FRANCISCO REAL MARQUES, y asistidos del Letrado D. FRANCISCO REAL CUENCA, contra D. Juan María , representado por el Procurador D. JOSE A. ORTENBACH CEREZO y asistido del Letrado D. FERNANDO ALANDETE GORDO y contra NUESPRI SL, representado por el Procurador Dña. PURIFICACION GINER LOPEZ y asistido del Letrado D. JOSE MANUEL PASTOR ZACARES.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 17 DE VALENCIA, en fecha 6 de marzo de 2008 en el Juicio Ordinario 1447/2006 que se tiene dicho, dictó sentencia conteniendo el siguiente pronunciamiento: "FALLO: 1º.- Estimar parcialmente el apartado I.1 del suplico de la demanda condenando a los demandados a pagar a los demandantes las cantidades indicadas en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia y en relación con los demandantes a que se refiere ese fundamento de derecho. 2º.- Desestimar el partado I.2 del suplico de la demanda. 3º.- Estimar parcialmetne el apartado II.1 del suplico de la demanda condenando a la codemandanda NUESPRI, S.L. a pagar a : - Dña. Caridad la cantidad de 425,02 €. - D. Fermín la cantidad de 937,35 €. - Dña. Aida la cantidad de 1.812,21 €. - D. Oscar la cantidad de 427,01 €. - Dña. Teodora la cantidad de 1.124,82 €. - Dña. Delia la cantida de 1.062,33 €. - Dña. Eva María la cantidad de 1.062, 94 €. - D. Hipolito la cantidad de 1.291,58 €. - D. Pelayo la cantidad de 787,5 €. - D. Luis Alberto la cantidad de 980,66 €. - Dña. Hortensia , la cantidad de 771,72 €. 4º.- Estimar el partado II.2.1 del suplico de la demanda condenando a NUESPRI S.L. a pagar a Dña. Caridad , a D. Fermín , a Dña. Aida , a D. Oscar , a Dña. Teodora , A Dña. Delia y a Dña. Eva María la cantidad de 1.285,16 €, más el 16% de IVA. 5º.- Estimar el apartado II.2.2 del suplico de la demanda condenando a NUESPRI, S.L. a pagar a D. Hipolito , a D. Pelayo , a D. Luis Alberto y a Dña. Hortensia la cantidad de 175,80 € más el 16% de IVA. 6º.- Desestimar el partado II.2.3 del suplico de la demanda. 7º. Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las mitad de las que fueran comunes."

SEGUNDO.-

Contra dicha sentencia, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de DÑA. Caridad , D. Fermín , DÑA. Aida , DÑA. Francisca , D. Oscar , D. Luis María , DÑA. Teodora , DÑA. Delia , DÑA. Micaela , DÑA. Eva María , D. Conrado , D. Hipolito , D. Pelayo , D. Luis Alberto , D. Benigno , DÑA. Hortensia y por la representación procesal de ENCOVAL SL, y emplazadas las demás partes por término de 10 días, se presentaron en tiempo y forma escritos de oposición que constan en autos. Admitidos los recursos de apelación y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, se señaló para deliberación y votación el día 29 de enero de 2009.

TERCERO.-





Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los razonamientos de la resolución que se contrapongan a los siguientes, y.

PRIMERO.-

Este procedimiento se inició por la demanda ejercitando las acciones derivadas de los artículos 1591 y 1101 del C.C., como también del artículo 1258 del C.C., a consecuencia de los defectos existentes en la vivienda de los actores y por el incumplimiento contractual derivado de la venta de las viviendas, que forman parte de una urbanización de 44 viviendas pareadas; en el suplico de la demanda se reclamaba con respecto a la responsabilidad decenal que se condenase a los demandados al importe que se establezca en ejecución sentencia para reparación de estos desperfectos, al igual se condene al importe de reparaciones urgentes que habrá que hacer y por último al importe que fije el perito judicial para eliminar el excesivo nivel sonoro de los aparatos de bomba de calor, y con respecto al incumplimiento contractual que se indemnice en el importe correspondiente al retraso en la entrega de las viviendas según fije el perito judicial y por la diferencia de calidad entre lo pactado en el contrato y lo recibido. Habiéndose dictado sentencia en la que el Juez a quo estimó parcialmente la demanda, se formuló recurso de apelación:

a) por la representación de la parte actora alegando en síntesis: 1º) contra la estimación parcial del punto II.1. referido a la indemnización por retraso en la entrega de la vivienda ya que contrariamente al importe que fija el Juzgador debía haberse acudido al valor en uso, que es el criterio sustentado por el Tribunal Supremo y en este caso con respecto a las viviendas fue consignado en la demanda, y por tanto debía haberse estimado la petición con respecto a la suma fijada en la demanda es decir el precio equivalente al alquiler de las viviendas en la época del retraso; 2º) se centra este motivo en la desestimación del punto I.2 del suplico de la demanda referido a la reparación de los aparatos de aire acondicionado, ha incurrido el Juez a quo en diversos errores de derecho, pues el artículo 1591 del Código Civil, faculta para que se reclamen los daños y perjuicios por estos aparatos, ha invertido el Juzgador la carga probatoria exigiendo a los demandantes que acrediten que el defecto apareció dentro del plazo de garantía, frente a ello los demandados no han acreditado que las bombas de calor cumplan las ordenanzas, respecto a los ruidos ha podido constatar el Juzgador el excesivo nivel sonoro de estos aparatos, por tanto se han acreditado los defectos, el ruido de la bomba de calor conforme las pruebas practicadas, a pesar de la manifestación del señor Jenaro, el Jugador no ha tenido en cuenta que como indicó el perito don Adrian los aparatos instalados están obsoletos y en todo caso las mediciones realizadas acreditan el defecto dentro del plazo de garantía de diez años, sin que sea relevante también el hecho de que el resto de propietarios no ha reclamado, por cuanto ello no quiere decir que el nivel sonoro no sea superior a lo permitido, siendo el excesivo ruido un defecto constructivo conforme a nuestra jurisprudencia; 3º) se recurre la desestimación de la solicitud de los propietarios de las puertas 2,4,6,7, y 8, de reparar el defecto aparecido en el muro del sótano del edificio, sustentándose que los propietarios no pueden obtener el cobro de una cantidad por reparar un elemento común, pero olvidando el Juzgador que los comuneros siempre puede reclamar en beneficio de la Comunidad, en cuanto carece de fundamento legal que un comunero pueda reclamar una obligación de hacer pero no su importe dinerario, de todas maneras dicha legitimación está amparada en la Ley de Propiedad Horizontal y en caso de que los comuneros no cumplieren siempre cabría la reclamación por parte de la Comunidad de Propietarios; 4º) en el fundamento jurídico octavo de la Sentencia se incurrió en error por el Juzgador de Instancia, desde el momento que se indicó que se desestimaba la pretensión de la propietaria del apartamento nº 8, del importe pecuniario por la falta de colocación de la montura decorativa del salón comedor, sin embargo la misma es reconocida dentro de los defectos que se estiman en la demanda que deben ser indemnizados; 5º) en este motivo se solicita que se atienda a los valores propuestos respecto al punto I.1 de la demanda, ya que la sentencia da plena validez al informe de don Jose Francisco y en base al mismo establece unas indemnizaciones que están muy lejos del valor del mercado, ello motiva que en este motivo se solicite que se tenga en cuenta el precio del mercado pues los incluidos por el perito judicial están muy lejos del coste real de la obra, así se observa comparando los diversos informes periciales; 6º) el Juzgador ha reservado para la ejecución de sentencia la determinación de la indemnización a doña Delia para la reparación del conducto del calentador defectuoso, olvidando incluirse esta concreta cuestión en el fallo de la sentencia por lo cual debe subsanarse dicha omisión; 7º) que atendiendo a que la estimación de los motivos, segundo, tercero y cuarto supondría prácticamente la estimación de la demanda, ello determina que deben imponerse las costas a las demandadas, al apreciarse la mala fe de la mismas que hicieron caso omiso a las previas reclamaciones efectuadas por la actora, demostrando que nunca tuvieron intención de reparar los desperfectos existentes en la vivienda y constatados en este procedimiento.



b) Por la representación de la entidad Encoval, S.L., se recurrió la condena impuesta a esta mercantil al pago de las reparaciones que se dicen, alegando como motivo la falta de acción y sustentándola en que: carecen de acción los actores desde el momento que no han dado la posibilidad a la demandada de reparar los defectos de su responsabilidad, así el documento números 10 de la demanda si bien contiene una serie de requerimientos realizados a la mercantil Nuespri, S.L., y a la dirección facultativa de la obra, sin embargo no hay ninguno contra esta demandada, por ello existe falta de acción para reclamar contra ella, ya que sólo se puede reclamar el cumplimiento por equivalencia en los supuestos de que no se pueda ejecutar, de imposibilidad de ejecución, o si se acredita que la demandada ha hecho caso omiso a las reclamaciones formuladas, y por tanto ésta demandada no ha incurrido ni en dolo ni en culpa en el cumplimiento de sus obligaciones, porque, insistiendo, no se le ha reclamado la reparación y la subsanación de las deficiencias constructivas, y ello genera que la demanda debió ser desestimada.

#### SEGUNDO.-

El primer motivo del recurso se ha centrado en la indemnización por retraso en la entrega de las viviendas, ya que según la demanda la entidad promotora y vendedora Nuespri, S.L., las entregó después del 28 junio del 2002, es decir traspasado el plazo, la fecha límite que según los contratos privados era 90 días, después del 30 de marzo de 2002; en el hecho tercero de la demanda los demandantes reseñaban los respectivos retrasos que sufrieron cada uno de ellos y solicitaban que se fijase el precio unitario por día, y en este sentido el suplico de la demanda se remite a "la cuantía indemnizatoria que por día de retraso establezca el perito judicial ", a su vez en el escrito presentado el 15 de enero de 2007, y a fin de subsanada las deficiencias que presentaba la demanda concretó la cuantía que se reclamaba por el retraso en la entrega de las viviendas, basándose en el informe pericial emitido por don Apolonio (f. 781 a 785), que atendió a: el valor de alquiler de la vivienda pareada fijándolo en 625 €, al mes; el valor del apartamento nº 2 con plaza de aparcamiento en 515 €, al mes; el valor de alquiler del apartamento nº 4 incluyendo plaza de aparcamiento a 525 €, al mes; en el apartamento nº 6 550 €, al mes; y en el apartamento nº 8 425 €, al mes. El Juez a quo en la sentencia al analizar esta cuestión, en el fundamento de derecho sexto, después de desestimar las alegaciones de la promotora demandada, en cuanto a la fecha de la entrega de las viviendas, también desestimó la indemnización pedida en base al alquiler de una vivienda de similares características, porque ninguno de ellos ha demostrado haber sufrido ese daño y de ahí que lo cuantifica como daño moral y lo valora en el 50% del importe correspondiente al alquiler de una vivienda. La cuestión planteada radica en el cálculo de la indemnización derivada de la mora en la entrega de las viviendas, su examen debe hacerse partiendo de que la mora no es un supuesto de incumplimiento, sino de cumplimiento tardío de la obligación, por el promotor que permite, de acuerdo con el artículo 1101 del Código Civil , reclamar la indemnización de daños y perjuicios que ese retraso haya producido a la parte contraria. En su cuantificación la jurisprudencia del TS., (SS. 8 febrero 1955 [ RJ 1955\339]; 2 abril 1960 [ RJ 1960\1269]; 13 junio 1981 ; 26 junio y 8 noviembre 1983 [ RJ 1983\6068]; 17 septiembre 1987 [ RJ 1987\6063]; 12 mayo 1994 [RJ 1994\3575] y muchas otras) ha declarado que "no basta para que exista daño probar el incumplimiento de una obligación, porque este incumplimiento por sí solo no lleva consigo en todo caso la producción de daños, que han de ser probados, derivados de aquél y que es cuestión de hecho cuya apreciación incumbe a la Sala de instancia, ocurriendo lo mismo con los perjuicios ( Sentencias de 4 diciembre 1955 ; 7 mayo 1991 [ RJ 1991\3584]; 4 octubre 1991 ; 23 marzo y 13 abril 1992 [RJ 1992\2277 y RJ 1992\3100 ])", no cabe presumir el importe del daño o el perjuicio del retraso sino que aquel debe sustentarse en la carga probatoria que impone el artículo 217 de la LEC ., en relación con la acción ejercitada. Partiendo de estos antecedentes, la conclusión debe ser claramente desestimatoria de la pretensión del actor, en el sentido de que la indemnización de daños y perjuicios no puede quedar presumida por el mero hecho de retraso en la obra, sino que su importe debe ser concretado en base a unos datos acreditados, y como sostuvo el Juez a quo, ninguno de los demandantes ha probado que efectivamente sufrieron ese perjuicio, cuantificado en el alquiler mensual por el retraso en la entrega de la vivienda.

#### TERCERO.-

En segundo lugar, se ha centrado este motivo en la desestimación del punto I.2 del suplico de la demanda, referido a la reparación de los aparatos de aire acondicionado. A este respecto se atiende a que, en la demanda, se reclamó porque determinados aparatos de bomba de calor superaban los niveles sonoros permitidos por la Ordenanza del Ayuntamiento de Valencia, y se solicitaba la adaptación de estos aparatos a la normativa municipal, petición que se concretaba en el extremo tercero de apartado primero del suplico, en el mismo sentido, es decir adecuar el nivel sonoro a la normativa municipal bien reparando las unidades afectadas o bien sustituyéndolas si fuera necesario. En sentencia, se estudió este tema en el fundamento de derecho quinto, en el cual se concluyó que si bien se había probado que el año 2005 esos aparatos de aire acondicionado incumplían la ordenanza municipal, no estaba acreditado que se entregarán con tal defecto. Para su resolución debe atenderse a que la primera ocupación de las viviendas se produjo a parir del día 3 de octubre de 2002 y según la demanda, conforme el informe emitido por la mercantil Aral, el 11 de enero de 2007, que hizo un



estudio de los equipos instalados y su reparación, concluyendo que, para solucionar el problema sonoro deben sustituirse los equipos (folios 786 al 781); por su parte el perito don Millán (folios 1610 a 1614) en el informe emitido el día de octubre de 2007, explicó que: efectuadas las mediciones observo que son superiores a las permitidas por la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones de la ciudad de Valencia; y además calificó el anterior informe de correcto desde un punto de vista técnico. Ahora bien, el Juez a quo al desestimar esta pretensión, en el fundamento de derecho quinto en su párrafo tercero, apreció que no hay prueba ninguna de que al momento de la entrega de la vivienda existiesen estos defectos que si se aprecian en el año 2005, apoyando su afirmación en el documento nº 10 de la demanda, compuesto por una serie de reclamaciones que realizaron los actores a la promotora sobre los desperfectos y en donde no se recogen como tales los ruidos de los aparatos de aire acondicionado. Este extremo, no es desvirtuado por el recurrente sino que entiende que es al actor el que tiene que acreditar su correcta diligencia, dado que la deficiencia ha aparecido dentro del plazo decenal de garantía del artículo 1591 del Código Civil . Su resolución exige atender a que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los vicios y defectos que integran el concepto de ruínogenos del artículo 1591 del C.C ., no ha mantenido un criterio unitario, en cuanto a veces ha incluido vicios y/o defectos constructivos que individualmente considerados no podían calificarse así, desde el momento que no tenían esta singularidad, la que adquieren cuando concurren con otros, si bien con respecto a los ruidos y las vibraciones ha sido tradicional mantener el criterio ya recogió en la sentencia del TS de 10 de marzo de 1993 (RJ 1993/1829), en el sentido de que "entregar una vivienda que no permita el descanso perturbado por ruidos y vibraciones la hacen inapropiada para la finalidad conforme a su naturaleza", de ese tenor la Sentencia de 20 febrero de 1990 (RJ 1990/704 ) y 3 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9002). Estos antecedentes ya nos sitúan en la carga probatoria del artículo 217 de la LEC , que no excluye la obligación del demandado de acreditar que estamos ante un vicio que deriva directamente de la construcción de la vivienda, pues como bien explica el Juez a quo al estar constituido por ruidos derivados de los aparatos, no se acredita que existiese al momento de la compra de vivienda en 2002, nótese que se espera hasta el informe del Ayuntamiento en 2005 y posteriormente hasta el 2007 para constatar la trascendencia de esos ruidos; téngase en consideración que si los aparatos de inicio funcionaban de manera defectuosa desde un primer momento lógicamente esto tenía que haberse puesto de manifiesto en las primeras reclamaciones y no más tarde. Esa realidad fáctica, priva al actor de que pueda imputarse esa responsabilidad directamente a los demandados aunque esas deficiencias hayan aparecido dentro del período de garantía del artículo 1591 del C.C ., dado que este artículo no excluye que se tenga que acreditar el origen o la procedencia de esos vicios y su imputación a la negligencia por parte de los demandados como agentes de la construcción

#### CUARTO.-

El tercer motivo, que plantea el recurrente nace de la desestimación de la solicitud de los propietarios de las puertas 2,4,6,7 y 8, de reparar el defecto aparecido en el muro del sótano del edificio, sustentando que: los propietarios no pueden obtener el cobro de una cantidad por reparar un elemento común, pero olvidando el Juzgador que los comuneros siempre pueden reclamar en beneficio de la Comunidad, en cuanto carece de fundamento legal que un comunero pueda reclamar una obligación de hacer pero no su importe dinerario, legitimación amparada en la Ley de Propiedad Horizontal. En este sentido el Juez a quo, en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, basándose en una Sentencia del Tribunal Supremo del 30 noviembre de 1984 concluyó que los propietarios no pueden pretender que se les pague una cantidad de dinero cuando lo que se está reclamando es la reparación de un elemento común. Esta Sala comparte el anterior criterio, ya que el artículo 1591 del C.C . lo que faculta o legitima es la reclamación de un hacer y en aquellos supuestos de no hacerse el artículo 1098 del C.C ., le faculta la realización a su costa. La reclamación económica nace no tanto del artículo 1591 sino del artículo 1101 ambos del Código Civil , ante el incumplimiento por parte de los demandados ( S. Tribunal Supremo de 3 de julio de 1989 , RJ 1989/ 5281), pero en todo caso cuando se les está reclamando en virtud del precepto citado el legitimado es la Comunidad de Propietarios que es la que va a tener que sufragar la reparaciones del edificio, pues cuando se solicita una cantidad de dinero la deuda se convierte en una deuda "nominalista" es decir por un importe determinado, y en su consecuencia sólo el titular del derecho la Comunidad Propietarios viene legitimada para reclamar esta cantidad.

#### QUINTO.-

Señaló el recurrente que en el fundamento jurídico octavo de la Sentencia se incurrió en error por el Juzgador de Instancia desde el momento que se indicó que se desestimaba la pretensión de la propietaria del apartamento nº 8, referida al importe por la falta de colocación de la montura decorativa del salón comedor; sin embargo, la misma es reconocida dentro de los defectos que se estiman en la demanda que deben ser indemnizados. Para su resolución si atendemos a lo establecido en el fundamento de derecho octavo de la sentencia, constatamos que en el mismo se decidió la reclamación de doña Hortensia y se ciñó a la petición de 300 €, por falta de colocación de la moldura decorativa del salón comedor, el Juez a quo en realidad no desestimó esta pretensión, sino que la desestimó como pretensión autónoma, ya que su valoración se ha incluido ya dentro del defecto



constructivo nº 20. Coincidiendo con el recurrente de que no se debía haber desestimado de manera expresa en el apartado sexto del fallo, la petición de la demandada, pues la misma como tal se estima aunque se integra dentro de las indemnizaciones que recoge el apartado tercero del fallo. Por tanto, aunque esta disquisición carece de trascendencia practica pues la pretensión de la actora ha sido acogida, efectivamente desde un punto de vista formal no puede declararse desestimada al encontrarnos ante su estimación aunque no de manera autónoma.

#### SEXTO.-

En el siguiente motivo el recurrente ha solicitado que se atienda, para cuantificar la reparación, a los valores propuestos por su perito, pues considera que: respecto al punto I.1 de la demanda, la sentencia da plena validez al informe de don Jose Francisco y en base al mismo establece unas indemnizaciones que están muy lejos del valor del mercado, y del coste real de la obra, así se observa comparando los diversos informes periciales. Para la resolución de este motivo, cuestión por demás que de manera reiterada plantea en esta materia, cuando debe decidirse la cuantificación del importe de las reparaciones, máxime cuando junto a los peritos de las partes ha concurrido en ella otro nombrado por el Juzgado, y nace entre ellos divergencia no tanto en los defectos que deben ser reparados sino en la cuantificación de esa reparación en función a la distinta valoración que unos u otros fijan del importe de aquélla; ante esa divergencia, el recurrente, como antes se ha explicado, califica la valoración del perito judicial don Jose Francisco, alejada de la realidad e incluso en el propio recurso hace una enumeración de esa valoración para acreditar su aseveración; a juicio de esta Sala únicamente se apoya en que el importe de su perito es superior al del judicial, aunque ello no implica que este sea inferior al de mercado, pues puede ser explicado por lo contrario, es decir el del actor se excesivo. Teniendo en cuenta que el Tribunal no es técnico en los precios de las obras, la resolución de este motivo pasa por la valoración de las periciales; en este sentido si acudimos a la sentencia constatamos que, en el fundamento de derecho segundo, después de analizar las diferentes cuestiones planteadas sobre las deficiencias, al examinar los diversos informes periciales se decanta el Juez a quo por el del perito de designación judicial, en base a dos criterios: por un lado por su mayor imparcialidad, dado que en principio carece de vinculación con las partes; y fundamentalmente por los objetivos y el rigor que a juicio del Juez a quo presenta ese informe. En el aportado por la parte actora, al valorar las reparaciones, se tuvo en cuenta como criterio: por un lado la fecha a junio de 2005 y por otro lado los precios del año 2003/2004 publicados por el I.V.E., a los que añade el 13% de gastos generales y 16% de beneficio industrial, y sin aplicar depreciación por la mejora de calidad del material existente; frente a ello, en el perito judicial don Jose Francisco, aparte de hacer referencia a la evaluación económica de las reparaciones atendió a los precios unitarios empleados por el IVE de los años 2004-2005. Existiendo esta discrepancia este Tribunal no tiene más remedio que compartir la valoración efectuada por el Juez a quo, por cuanto en el informe del perito judicial se acompañó un presupuesto imparcial distinguiendo partida por partida y siendo mas minucioso que el de la parte actora, mucho menos detallada, en su consecuencia aplicando el criterio de la sana crítica del artículo 348 de la LEC., debe mantenerse la misma conclusión sostenida por el Juez a quo.

#### SEPTIMO.-

Según el recurrente el Juzgador reservó para la ejecución de sentencia la determinación de la indemnización a doña Delia, por la reparación del conducto del calentador defectuoso, olvidando incluir esta concreta cuestión en el fallo de la sentencia por lo cual debe ser subsanada dicha omisión. La lectura de la sentencia referida a las deficiencias del pareado 127, constata que en aquel además de la cuantificación económica se impone a los aparejadores mancomunadamente el pago de la factura de reparación conforme el peritaje y sin embargo esta obligación no se recoge de manera expresa. Este Tribunal no comparte esta conclusión por cuanto, la lectura del fallo permite constatar que está incluida en su primer pronunciamiento del mismo ya que aquel al estimar parcialmente la demanda, remite a la concreta condena a lo especificado en el fundamento de derecho tercero y por tanto también incluye esta concreta obligación de los aparejadores, sin que concurra por ello la omisión alegada.

#### OCTAVO.-

Por la representación de la entidad Encoval, S.L., se recurrió la condena impuesta a esta mercantil al pago de las reparaciones que se dicen, alegando como motivo la falta de acción y sustentándola en que: carecen de acción los actores desde el momento que no han dado la posibilidad a la demandada de reparar los defectos de su responsabilidad, así el documento números 10 de la demanda si bien contiene una serie de requerimientos realizados a la mercantil Nuespri, S.L., y a la dirección facultativa de la obra, sin embargo no hay ninguna contra esta demandada, ya que sólo se puede reclamar el cumplimiento por equivalencia en los supuestos de que no se pueda ejecutar, de imposibilidad de ejecución, o si se acredita que la demandada ha hecho caso omiso a las reclamaciones formuladas. Recoge el recurrente la tradicional doctrina del carácter subsidiario del cumplimiento por equivalencia, en el sentido de que el artículo 1591 del C.C., da derecho a una obligación de hacer y solo en aquellos supuestos en que la obligación de hacer no se atiende nace el



cumplimiento por equivalencia; ahora bien, este criterio hoy en día ya no es el predominante, pues se discute el carácter subsidiario del cumplimiento por equivalencia al no derivarse del tenor del precepto citado. Así podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 20 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8131), en el sentido de que ese precepto permite tanto la reclamación de la reparación in natura, como la reclamación económica junto con la indemnización de daños y perjuicios, en el mismo sentido las sentencias de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004//898 ) o 13 de julio de 2005 (RJ 2005/5098), que apoyan la tesis de que puede en base al artículo 1591 del Código Civil ejercitarse tanto la reparación in natura como la reclamación del importe necesario para su reparación, siempre con la indemnización de daños y perjuicios; en consecuencia, se concluye que el derecho a pedir el cumplimiento in natura no excluye la posibilidad de la reclamación pecuniaria y por tanto se configura como una excepción a regla general del artículo 1098 del Código Civil .

NOVENO.-

La parte actora ha solicitado, en último lugar, la imposición de las costas de primera instancia a las codemandadas partiendo como presupuesto de la estimación de la demanda al prosperar los motivos de su recurso. No habiendo ocurrido así y aplicando el Juez a quo correctamente las reglas del artículo 394 de la LEC , esa pretensión tampoco puede prosperar.

Y respecto a las costas de esta alzada en cuanto se ha estimado parcialmente el recurso interpuesto por la parte actora y desestimado el de la codemandada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se impone a la codemandada el pago de las costas devengadas de su recurso y no se hace especial pronunciamiento en orden a las costas causadas en esta alzada por el recurso de la actora.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

PRIMERO.-

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Caudet Valero en nombre y representación de Dña. Caridad , D. Fermín , Dña. Aida , Dña. Francisca , D. Oscar , D. Luis María , Dña. Teodora , Dña. Delia , Dña. Micaela , Dña. Eva María , D. Conrado , D. Hipolito , D. Pelayo , D. Luis Alberto , D. Benigno y Dña. Hortensia , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Valencia, el 6 de marzo de 2008 , en el Juicio Ordinario seguido con el numero 1447/2006.

SEGUNDO.-

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Suau Casado, en nombre y representación de Encoval, S.L., contra la citada Sentencia.

TERCERO.-

Revocar parcialmente dicha resolución, en el sentido de estimar el apartado II.2.3 del suplico de la demanda, manteniendo el resto de los pronunciamientos del fallo.

CUARTO.-

Se impone a la codemandada la mercantil Encoval, S.L., el pago de las costas devengadas de su recurso y no se hace especial pronunciamiento en orden a las costas causadas en esta alzada por el recurso de la actora.

Notifíquese esta resolución a las partes, y, a su tiempo, devuélvanse los autos principales al Juzgado de procedencia con certificación literal de la misma, debiendo acusar recibo.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación por razón de la cuantía ( artículo 477.2 núm. 2 de la LEC ), y, en su caso y acumuladamente con el anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, los cuales habrán de prepararse en un solo escrito ante esta Sala en el plazo de los 5 días siguientes a su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.