

Roj: STS 2825/2014
Id Cendoj: 28079110012014100326
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1688/2012
Nº de Resolución: 347/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Junio de dos mil catorce.

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 Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 1112/07, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **C.P. de CALLE000 nº NUM000 de Pozuelo de Alarcón (Madrid)**, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Albarracín Pascual; siendo parte recurrida **don Nazario, don Pelayo, Asemas Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, S.A.**, representados por el Procurador de los Tribunales don José Pedro Vila Rodríguez; **Contratas e Infraestructuras, S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Blanca Berriatua Horta y **don Segundo, don Torcuato, don Jose Antonio y Musaat, S.A.**, representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Luisa López-Puigcerver Portillo. Autos en los que también han sido parte los "propietarios individuales" y Promotora Inmobiliaria Pratur SA, que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de don Pedro Jesús y otros, C.P. CALLE000, NUM000 de Pozuelo de Alarcón y los propietarios individuales: don Cipriano, don Eduardo doña Agueda, don Felicísimo, don Gines, don Inocencio, don Juan don Manuel, don Nicanor, doña Emilia, don Romualdo, doña Genoveva, doña Laura, don Jose Francisco, don Luis Carlos, don Juan Ramón, don Abelardo, doña Rebeca, don Aureliano, don Braulio, doña Zulima contra Promotora Inmobiliaria Pratur, S.A., Contratas e Infraestructuras, S.A., don Pelayo y don Nazario, don Florencio, don Torcuato y don Jose Antonio, Musaat Aseguradora, Asemas aseguradora.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se "*... dicte sentencia por la cual, estimando la demanda, condene a los demandados que resulten responsables, bien en el % que considere o solidariamente si no se puede individualizar su responsabilidad, a tenor de las pruebas que se practiquen en el proceso a: 1º.- Indemnizar a la Comunidad de Propietarios, por el valor de todas las reparaciones que tendrían que hacer para dejar correctamente ejecutados, acorde a las normas de la buena construcción y a las NBE recogidas en el proyecto de ejecución y a las Ordenanzas acústicas, el Edificio en sus elementos comunitarios, sin defectos ni imperfecciones constructivas ello con sus correspondientes proyectos, dirección facultativa de Arquitecto y aparejador, visados, plan de seguridad y salud, licencias, IVA, dirección facultativa por redacción de proyecto y por dirección del mismo, seguros incluso con importe de contenedores y retirada a escombros ..., ello a tenor de las pruebas que se practiquen, y en especial de las periciales judiciales de Ingeniero Industrial, Arquitecto Superior y Administrador de Fincas que dejamos interesadas desde este instante.- 2º.- Indemnizar a cada uno de los demandantes particulares, por la subsanación en sus viviendas de todos los defectos, incumplimientos de obra y contractuales, y de normativa constructiva del PE, y los daños y perjuicios que han sufrido como consecuencia de la mala construcción, por sus viviendas, (cada uno por la suya), contabilizando el tiempo de*

duración de las obras, y el coste de alquiler de vivienda de características similares en la zona para indemnizar también como perjuicio derivado de la mala construcción el coste de inhabilitación, mudanza y depósito de los muebles, por el tiempo que se prevea tardarán los mismos con la hipotética indemnización en ejecutar la reparación de sus viviendas.- 3º.- Que estimando de aplicación los arts. 18 y 20 de la Ley de contrato de Seguros, en relación con el art. 24 de la Constitución española, 76 de la Ley de Contratos de Seguro (Acción directa 3º perjudicado), e independientemente a las condenas anteriores y al interés legal, y puesto que ha existido reclamación previa a las aseguradoras sin que hayan resuelto nada, y respecto a las aseguradoras demandadas, si no consignaren en el plazo de 40 días desde la interposición de esta demanda, el importe por ellas o sus peritos evaluado, se les imponga la condena indemnizatoria del interés del 20 % moratorio, desde la interposición de esta demanda hasta la fecha del pago efectivo.- 4º.-Y, por último, con expresa imposición de costas e intereses legales a los demandados, bien en el % que corresponda a cada uno, bien de forma solidaria."

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Pelayo y don Nazario contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "... dicte sentencia por la que: 1. Estime la excepción planteada por esta parte.- 2. O, en su defecto, estime íntegramente los motivos de oposición alegados y, en consecuencia, desestime íntegramente la demanda en lo concerniente a Don Pelayo y Don Nazario .- 3. Condene a satisfacer las costas causadas, o que se causen en este procedimiento a la parte actora."

La representación procesal de Asemas Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija contestó asimismo la demanda, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando la Juzgado: "... dicte sentencia por la que: 1. Estime la excepción planteada por esta parte.- 2. O, en su defecto, estime íntegramente los motivos de oposición alegados y, en consecuencia, desestime íntegramente la demanda en lo concerniente a Don Pelayo y Don Nazario y Asemas Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija.- 3. Condene a la parte actora a satisfacer las costas causadas en este procedimiento."

La representación procesal de don Florencio y don Jose Antonio, contestó la mencionada demanda oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que: "... dicte sentencia, por la que estimando las cuestiones previas invocadas, o en otro caso entrando en el fondo del asunto, se absuelva a mis representados de la demanda con todos los pronunciamientos favorables declarando que los daños reclamados no son imputables a mis mandantes, con expresa imposición de costas a los actores."

La representación procesal de don Torcuato, contestó la demanda, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado: "... dicte sentencia, por la que estimando las cuestiones previas invocadas, o en otro caso entrando en el fondo del asunto, se absuelva a mi representado de la demanda con todos los pronunciamientos favorables declarando que los daños reclamados no son imputables a mi mandante, con expresa imposición de costas a los actores."

La representación procesal de Musaat Mutua de Seguros a Prima Fija contestó asimismo la demanda, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando "... dicte sentencia, por la que: a) estimando las cuestiones previas invocadas, o en otro caso entrando en el fondo del asunto, se absuelva a mi representada de la demanda con todos los pronunciamientos favorables declarando que los daños reclamados no son imputables a mi mandante, como aseguradora de D. Torcuato, D. Florencio y D. Jose Antonio, con expresa imposición de costas a los actores.- b) Que si se estimare en parte la demanda, con declaración de responsabilidad de los asegurados, la indemnización a cargo de Musaat, como aseguradores de los Arquitectos técnicos citados, lo sea hasta el límite de la garantía establecida para cada uno de los asegurados si la indemnización excediera de la suma asegurada, sin imposición de costas."

La representación procesal de Promotora Inmobiliaria Pratur, SA contestó la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación suplicó al Juzgado: "... dicte Sentencia por la cual se desestimen íntegramente las pretensiones formuladas en la demanda contra mi representado, con expresa imposición de costas a la parte actora."

La representación procesal de Contratas e Infraestructuras, SA contestó asimismo la demanda y, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado dicte: "... Sentencia por la que desestime la demanda absolviendo a mi mandante y condene en costas a la actora."

3.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 15 de octubre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimar parcialmente la demanda formulada por la representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n° NUM000 de Pozuelo de Alarcón y por los propietarios individuales Don Cipriano , Don Eduardo , D^a Agueda , Don Felicísimo , Don Gines , Don Inocencio , Don Juan , Don Manuel , Don Nicanor , D^a Emilia , Don Romualdo , D^a Genoveva , D^a Laura , Don Jose Francisco , Don Luis Carlos , Don Juan Ramón , Don Abelardo , D^a Rebeca , Don Aureliano , Don Braulio y D^a Zulima , frente a Promotora Inmobiliaria Pratur, S.A., Contratas e Infraestructuras, S.A., Don Pelayo , Don Nazario , Don Florencio , Don Torcuato y Don Jose Antonio y frente a las entidades aseguradoras Musaat y Asemas y condenar solidariamente a los demandados a que: 1.- Indemnizen a la Comunidad de Propietarios actora en la cantidad de ochocientos setenta y dos mil ciento cuarenta y cinco euros con sesenta y un céntimos (872.145,61 Euros), como valor de todas las reparaciones a realizar para dejar correctamente ejecutados, acorde a las normas de la buena construcción y a las NBE recogidas en el proyecto de ejecución y en las Ordenanzas acústicas, el edificio en sus elementos comunitarios sin defectos ni imperfecciones constructivas.- 2.- A que indemnizen a los demandantes particulares en la cantidad global de trescientos setenta y siete mil ciento setenta y seis euros con veinticuatro céntimos (377.176,24 Euros) como valoración de la subsanación de todos los defectos en sus viviendas.- 3.- Las aseguradoras demandadas responderán hasta el límite de cobertura de los respectivos contratos de seguro.- 4.- Las cantidades de condena devengarán el interés legal desde el dictado de la presente resolución.- 5.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación las representaciones procesales de don Pelayo , don Nazario , Asemas Mutua de Seguros, don Torcuato , don Florencio , don Jose Antonio y Musaat, y sustanciada la alzada, la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 2011 , cuyo Fallo es como sigue: "Estimar en parte el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Pelayo , D. Nazario y Asemas Mutua de Seguros, representados por el Procurador Sr. Vila Rodríguez y por D. Torcuato , D. Florencio , D. Jose Antonio y Musaat, representados por la Procuradora Sra. Puigcerver Portillo, en el sentido único de excluir de la suma concedida la cantidad de 427.615,83 euros, manteniendo el resto de la sentencia. No se hace condena en las costas de esta alzada."

TERCERO.- La procuradora doña María Albarracín Pascual, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , NUM000 de Pozuelo de Alarcón , interpuso recurso de casación por interés casacional, fundado en el artículo 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, fundado como único motivo en la infracción de los artículos 1591 , 1101 y 1124 del Código Civil .

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 5 de marzo de 2013 por el que se acordó la admisión del recurso, así como que se diera traslado del mismo a las partes recurridas, habiéndose opuesto Contratas e Infraestructuras SA, representada por la procuradora doña Blanca Berriatua Horta; don Jose Antonio , don Torcuato , don Florencio y Musaat, representados por la procuradora doña María Luisa López Puigcerver Portillo; y don Pelayo , don Nazario y Asemas, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, representados por el procurador don José Pedro Vila Rodríguez.

QUINTO.- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 5 de junio de 2014.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid, en los autos de procedimiento ordinario nº 1112/2007 seguidos en virtud de demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , NUM000 de Pozuelo de Alarcón (Madrid), y por determinados propietarios individuales, contra don Pelayo y otros, dictó sentencia de fecha 15 de octubre de 2010 por la cual estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados a indemnizar a la comunidad de propietarios en la cantidad de ochocientos setenta y dos mil ciento cuarenta y cinco euros con sesenta y un céntimos (872.145,61 Euros), como valor de todas las reparaciones a realizar para dejar correctamente ejecutados, acorde a las normas de la buena construcción y a las NBE recogidas en el proyecto de ejecución y en las ordenanzas acústicas, el edificio en sus elementos comunitarios, sin defectos ni imperfecciones constructivas, así como a indemnizar a los demandantes particulares en la cantidad global de trescientos setenta y siete mil ciento setenta y seis euros con veinticuatro céntimos (377.176,24 Euros) como valoración de la subsanación de todos los defectos aparecidos

en sus viviendas y a las aseguradoras que fueron demandadas a responder hasta el límite de cobertura de los respectivos contratos de seguro, devengando tales cantidades el interés legal desde la fecha de la sentencia, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Por algunos de los demandados se interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) dictó sentencia de fecha 1 de diciembre de 2011 por la cual estimó en parte el recurso a los solos efectos de excluir del importe de la condena la suma de 427.615,83 euros, manteniendo el resto de la sentencia, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Tal exclusión la justifica la Audiencia (fundamento jurídico cuarto de la sentencia impugnada) en el hecho de que la referida cantidad responde a gastos aleatorios o hipotéticos como es el del impuesto sobre el valor añadido, beneficio industrial, licencias etc. que no deben ser incluidos en la indemnización.

Contra dicha sentencia y en el particular referido recurre ahora en casación la comunidad de propietarios demandante.

SEGUNDO.- La cuestión jurídica que se suscita resulta simple en su planteamiento en cuanto se reduce a precisar si la indemnización correspondiente para acometer las obras necesarias de reparación por parte de los demandantes ha de comprender las cantidades correspondientes a IVA, beneficio industrial y gastos generales, como son las licencias de carácter administrativo que resulten necesarias.

La sentencia impugnada, ante las distintas soluciones que se han adoptado por las Audiencias Provinciales para tales casos, opta por excluir dichos conceptos y por ello estima parcialmente el recurso de apelación.

En el recurso se alega la existencia de interés casacional poniendo de manifiesto lo resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de octubre de 2011, por un lado, y por otro lo resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª) en sentencia de 19 de noviembre de 2007, Barcelona (Sección 16ª) de 3 diciembre 2010, Santander (Sección 2ª) de 13 abril 2010, y Gerona (Sección 1ª), de 30 enero 1998.

Es cierto que la indemnización de daños y perjuicios no devenga IVA según lo previsto en el artículo 78.3.1º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del impuesto sobre el valor añadido, pero no es lo mismo la aplicación del impuesto a una indemnización que la inclusión en la misma de lo que el perjudicado ha de pagar por ello a un tercero que realiza el servicio de que se trata, pues en tal caso el IVA va comprendido necesariamente en la propia indemnización de daños y perjuicios ya que, de no ser así, la misma no sería íntegra como requiere el artículo 1101 y concordantes del Código Civil. Efectivamente al tratarse de la reparación de unos vicios o defectos constructivos, el importe de la indemnización debe fijarse teniendo en cuenta el importe total que el perjudicado debe abonar para la reparación de los vicios y defectos constructivos, sin que en este caso se pueda plantear el posible enriquecimiento injusto de la comunidad de propietarios; en cuanto dicha comunidad, carente de personalidad jurídica, no es sujeto pasivo del impuesto y por tanto no puede compensar en declaración tributaria lo abonado.

TERCERO.- Procede por ello la estimación del recurso, casando la sentencia recurrida y confirmando la dictada en primera instancia, sin especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con imposición a los recurrentes de las costas causadas por la apelación, en cuanto debió ser desestimada (artículo 398.1)

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

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar al recurso de casación** interpuesto por la representación procesal de la **Comunidad de Propietarios de la CALLE000, NUM000 de Pozuelode Alarcón** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) de fecha 1 de diciembre de 2011, en Rollo de Apelación nº 733/2011 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de dicha ciudad con el número 1112/2007, en virtud de demanda interpuesta por dicha recurrente contra don Pelayo y otros, la que **casamos y anulamos** y, en su lugar, **confirmamos** la dictada en primera instancia, sin especial declaración sobre costas causadas en el presente recurso y con imposición a los recurrentes en apelación de las causadas en segunda instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y



Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ