

Roj: STS 6932/2010
 Id Cendoj: 28079110012010100784
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 149/2007
 Nº de Resolución: 885/2010
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA x
- x CONTRATO DE OBRA x
- x RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA x
- x VICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN x
- x RUINA DEL EDIFICIO (CONTRATO DE OBRA) x
- x INDEMNIZACIÓN (INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES) x
- x DAÑOS Y PERJUICIOS (INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES) x
- x REPARACIÓN DE LA COSA x
- x REPARACIÓN DEL DAÑO x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x
- x ÁMBITO (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x
- x SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x
- x RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL x
- x INCONGRUENCIA x
- x MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA x
- x TRIBUNALES COLEGIADOS x
- x FORMACIÓN DE SALA x
- x CARGA DE LA PRUEBA x

Resumen:

Responsabilidad decenal. Vicios de la construcción.

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación y el recurso por infracción procesal, interpuestos ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5ª, por JARDIN DE ALAMA, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Carmen Vidal Maestre, contra la Sentencia dictada, el día 2 de noviembre de 2006, por la Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 563-A/05, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número nº 3 de Benidorm (antes Mixto nº 7) en el procedimiento ordinario nº 340/03. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de Dª Mariola, en calidad de parte recurrida. Asimismo comparece el Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, en nombre y representación de JARDIN DE ALAMA, S.L., en calidad de parte recurrente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Benidorm, interpuso demanda de juicio ordinario, Dª. Mariola, contra JARDIN DE ALAMA, S.L., D. Elias, y D. Romeo. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia, por la que estimándola en todos sus extremos;

1º. - Se declare que los demandados han incumplido sus obligaciones de ejecución de la CASA000 , nº NUM000 de Altea La Vieja por defectos y vicios ruinógenos referidos en el informe acompañado como documento nº 6, complementado con el acompañado como documento nº 12, y consecuentemente:

a) Se condene de forma solidaria a la reparación de las patologías y vicios de la construcción, contenidos y denunciados en el informe técnico acompañado a la demanda como documento nº 6 (complementado con el doc. 12) a la vendedora promotora de la vivienda JARDÍN DE ALAMA, S.L., al Arquitecto D. Elias y al Aparejador D. Romeo , con el apercibimiento de que de no iniciarse de forma inmediata y urgente en el plazo de 15 días y concluirse en un plazo prudencial de tres meses, las obras serán ejecutadas a costa de los demandados y su importe quedará presupuestado inicialmente en la cantidad de 181.736,82 Euros, que deberá ser actualizado conforme a las variaciones del precio de los materiales y de la mano de obra referidos al momento de su ejecución material, más los gastos de proyectos, licencias, honorarios, trabajos previos, de preparación, desmontes picados, etc., necesarios para su realización.

La entidad Jardín de Alama, S.L., por su doble cualidad de promotora, equiparada por la jurisprudencia al contratista y vendedora en base al incumplimiento contractual.

El Sr. Elias por autorizar el proyecto y firmar el certificado final de obra, existiendo graves defectos en el proyecto y en la dirección de obra.

El Sr. Romeo por incumplimiento de su labor de vigilancia y negligencia grave en su función de dirección de la ejecución de la obra.

b) Se condene solidariamente a los codemandados a indemnizar a mi mandante en los daños sufridos como consecuencia de la obligación de abandonar la que constituye su vivienda habitual durante el tiempo en el que se estén ejecutando las obras, indemnización que se fijará en ejecución de sentencia al no poder determinarse en este momento por su dependencia de los hechos futuros.

c) Todo ello con expresa condena solidariamente a los demandados al pago de las costas causadas en el presente procedimiento e intereses de legal aplicación.

2º.- En relación con el objeto de las otras acciones ejercitadas acumuladamente.

d) Que se declare la propiedad de mi mandante del trozo de terreno con una superficie aproximada de 126,71 m2 situada en la parte sur de la parcela nº NUM000 de la CASA000 en Altea, a un nivel inferior del resto de la misma, y que constituye el muro de contención del resto de la parcela, y ello como consecuencia de las actuaciones que ha venido realizando esporádicamente la entidad codemandada Jardines de Alama, S.L., obviando dicho derecho de propiedad.

e) Que se condene a la entidad Jardines de Alama, S.L. a retirar la parte de la estructura de una rampa de acceso de vehículos que ha ubicado parcialmente sobre los 15 m2 del linde Sur de la zona referida en el apartado anterior, dejando dicha zona libre y expedita y a disposición de mi mandante.

f) Con expresa imposición de costas a la entidad Jardines de Alama, S.L., en relación con las pretensiones referidas en los apartados d) y e) de este suplico."

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación JARDIN DE ALAMA, S.L., los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...dicte sentencia por la que absuelva a nuestra manante de los pedimentos contra ella formulados, conforme a lo expuesto en la fundamentación fáctica y jurídica de este escrito, con expresa condena en costas a la parte actora".

La representación de D. Romeo , alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... se declare no haber lugar a la demanda seguida frente a mi representado, absolviendo al mismo con expresa imposición de sus costas al demandante".

Por resolución de fecha 5 de marzo de 2004, se acordó declarar en situación de rebeldía a DON Elias

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a Audiencia Previa, señalándose día y hora a tal efecto, y compareciendo a la misma las partes debidamente

representadas, y habiéndose solicitado el recibimiento a prueba se acordó señalar día y hora para la celebración del oportuno Juicio Verbal, practicándose en el mismo las pruebas previamente declaradas pertinentes y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Benidorm, dictó Sentencia con fecha 1 de abril de 2005 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que estimando en parte la demanda interpuesta por Dª Mariola , DEBO DECLARAR Y DECLARO, que la mercantil "JARDINES DE ALAMA, S.L.", ha incumplido sus obligaciones de ejecución de la CASA000 nº NUM000 de Altea la Vieja por los defectos y vicios ruinógenos apreciados y consecuentemente DEBO CONDENAR Y CONDENO a JARDINES DE ALAMA, S.L., a la reparación de las patologías y vicios de la construcción, contenidos y denunciados en el informe técnico acompañado, con el escrito de demanda como documento nº 6 (complementado con el doc. 12), ABSOLVIENDOLE del resto de las pretensiones que frente a la misma se han ejercitado, no procediendo respecto de la misma pronunciamiento sobre costas, debiendo la mercantil satisfacer las causadas a su instancia y la comunes por mitad, al igual que la Sra. Mariola , en lo que atañe a la demanda interpuesta frente a JARDINES DE ALAMA, S.L.*

QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a D. Elias y a D. Romeo , de las pretensiones que frente a ellos se han ejercitado, con expresa imposición de las costas que se les han causado a la demandante, Dª Mariola "

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación Dª. Mariola y la entidad JARDIN DE ALAMA, S.L. . Sustanciada la apelación, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó Sentencia, con fecha 2 de noviembre de 2006 , con el siguiente fallo: *"Que con desestimación del recurso deducido por la demandada Jardín de Alama, S.L. contra la sentencia de fecha 1 de abril de 2005 dictada en los autos de juicio ordinario nº 340/03 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 (antes Mixto nº 7) de Benidorm y estimando, en los términos que se expondrán, el recurso formulado frente a la misma resolución por la demandante Dª Mariola ., debemos REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE dicha resolución y en su lugar:*

1º) *Estimando en lo esencial la demanda dirigida contra Jardín de Alama, S.L. y de modo parcial la demanda formulada frente a D. Elias , condenamos a la citada mercantil a que repare las patologías y vicios de construcción relacionados en informe pericial aportado como documento 6 de la demanda, con arreglo a las obras de reparación establecidas en dicho informe y apercibiéndole que de no iniciarse las obras de forma inmediata y en el plazo de quince días desde la notificación de la presente sentencia y de no concluirse en el plazo de tres meses, la reparación será ejecutada a su costa, quedando a tal fin presupuestado su coste en la suma de 181.736,82 euros que, en su caso, será actualizado con arreglo a los precios de los materiales y de mano de obra vigentes a la fecha de conclusión del plazo de cumplimiento voluntario de la prestación de hacer y, en todo caso, a abono de la suma de 2.400 euros en concepto de gasto necesario para el arrendamiento de una vivienda durante el período de realización de los trabajos de reparación; cuyas obligaciones se imponen para su cumplimiento de forma solidaria también al codemandado Sr. Elias en lo referente a las obras del mencionado informe necesarias para la eliminación de humedades de la escalera exterior, reparación de fisuras en parámetros verticales, reparación de la formación de pendientes en terraza y las comprendidas en el apartado "varios", con el mismo apercibimiento y obligación pecuniaria subsidiaria que para esta concreta prestación de hacer queda concretada en la suma de 8.812,63 euros, siendo asimismo solidaria para ambos codemandados la obligación de indemnizar en concepto de gastos de alquiler de una vivienda hasta la suma de 800 euros.*

2º) *desestimando íntegramente la demanda dirigida frente al codemandado D. Romeo , debemos absolver y absolvemos a éste de todas las pretensiones deducidas en su contra.*

3º) *estimando asimismo las acciones reales planteadas en la demanda frente a Jardín de Alama, S.L., se declara que es propiedad de la demandante la franja de terreno con una superficie aproximada de 126,71 metros cuadrados situada en la parte sur de la parcela nº NUM000 de la CASA000 de Altea y comprendida entre los dos niveles del muro de contención de la parcela y se condena a dicha mercantil a retirar la parte de estructura de una rampa de acceso de vehículos que ha ubicado sobre un trozo de dicha franja de unos 15 metros cuadrados y delimitada en el fundamento jurídico octavo de la presente resolución, dejando dicha zona libre y expedita y a disposición de la demandante.*

4º) *en lo relativo a las costas de primera instancia, Jardín de Alama, S.L. deberá abonar las originadas a la actora y ésta las causadas al Aparejador absuelto y en cuanto a las devengadas por la demanda dirigida frente al Arquitecto Superior codemandado, se abonarán por cada parte las causadas a su instancia y por ambas parte las que sean comunes.*

5º) por lo que respecta a las costas de la alzada, no se hace especial pronunciamiento con relación a las originadas por el recurso dirigido por la demandante frente a Jardín de Alama, S.L. y frente al Sr. Elias y se imponen, de un lado, a la actora las causadas al Sr. Romeo y a Jardín de Alama, S.L. las devengadas por su respectiva apelación".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por JARDIN DE ALAMA, S.L., contra la sentencia de apelación, el Tribunal de Instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora Dª Carmen Vidal Maestre, lo interpuso articulándose el *recurso extraordinario por infracción procesal*, en base a los siguientes motivos:

Primero: Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, vulneración del *art. 218.1 de la LEC*.

Segundo: Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el *art. 24 de la CE*.

El recurso de casación se interpuso en base a los siguientes motivos:

Primero: Incorrecta aplicación del *art. 1591 del Código Civil*.

Segundo: Incorrecta aplicación de los *arts. 348, 438, 573, 609, 1095, 1462 y 1469 del Código Civil*, así como del *art. 38 de la Ley Hipotecaria*.

Por resolución de fecha 11 de enero de 2007, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de Dª Mariola, en calidad de parte recurrida. Asimismo comparece el Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, en nombre y representación de JARDIN DE ALAMA, S.L., en calidad de parte recurrente. Admitidos los recursos por auto de fecha 16 de diciembre de 2008, y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de Mariola, impugnó los mismos, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el nueve de diciembre de dos mil diez, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. Dª. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º Dª Mariola compró una casa a la promotora JARDÍN DE ALAMA, S.L. Al cabo de un tiempo aparecieron una serie de vicios de la construcción, que fueron probados durante el procedimiento. Además, la promotora se había apropiado de una parte de la parcela.

2º La propietaria demandó a JARDÍN DE ALAMA, S.L., a D. Elias y a D. Romeo, arquitecto y arquitecto técnico respectivamente de la obra. Ejercitó en su demanda dos acciones: **a)** una por el incumplimiento, para la reparación de los defectos y vicios ruinógenos descritos en el informe que acompañaba su demanda, pidiendo que se condenara a los demandados en forma solidaria, a reparar los vicios de la construcción, con el apercibimiento de que si no lo iniciaban en 15 días y concluirse en un plazo prudencial de 3 meses, las obras serían ejecutadas a costa de los demandados; su importe quedaba presupuestado inicialmente en la cantidad de 181.736,82€, que debería ser actualizado de acuerdo con los criterios que establecía en la demanda; añadía, además, la petición de la condena a indemnizar los daños sufridos como consecuencia de tener que abandonar la vivienda durante las obras; **b)** pedía en la segunda acción que se declarara la propiedad de un trozo de terreno de 126,71 m², situado en la parte norte de su parcela, que constituye el muro de contención del resto del terreno, y ello como consecuencia de las actividades que había llevado a cabo JARDÍN, condenándola a retirar la parte de estructura de una rampa de acceso de vehículos, que había colocado en dicha parte.

3º La sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº 3 Benidorm, de 1 abril 2005, estimó parcialmente la demanda. Condenó a JARDÍN DE ALAMA a reparar las patologías de la construcción, pero la absolvió del

resto de las peticiones y absolvió también al arquitecto y al arquitecto técnico.

4º Recurrieron la anterior sentencia la demandante D^a Mariola , y la demandada JARDÍN DE ALAMA, S.L. La sentencia de la AP de Alicante, sección 5^a, de 2 noviembre 2006 estima el recurso de apelación. Estima en lo esencial la reclamación contra JARDÍN y también en parte la demanda interpuesta contra el arquitecto D. Elias ; en cambio, desestima la demanda contra el aparejador D. Romeo . Asimismo, estima íntegramente la demanda contra JARDÍN declarando además, que la recurrente-demandante es la propietaria de la parte de la parcela reivindicada. Se van a distinguir, a continuación, los distintos argumentos utilizados en la condena de cada uno de los daños:

a) Se enumeran los defectos constructivos relacionados con los vicios del suelo, de los que se hace responsables solidariamente a la promotora JARDÍN y al arquitecto superior D. Elias . También se les imputa la responsabilidad en relación con los problemas de humedades en interiores y exteriores de la vivienda. En cambio se exonera al arquitecto técnico también demandado.

b) Se atribuye en exclusiva a la promotora JARDÍN la responsabilidad por vicios e imperfecciones de los exteriores. Por ello, se la condena a la realización de trabajos para muros de contención, eliminación de humedades del muro exterior y reparación del pavimento de la piscina. Al arquitecto y a la promotora, se les condena solidariamente a ejecutar las obras especificadas en uno de los peritajes para la eliminación de humedades de la escalera exterior, reparación de fisuras en paramentos verticales, reparación de la formación de pendientes en terrazas y otros.

c) Se incluye en la condena la obligación subsidiaria de indemnizar en el importe de las reparaciones. Las cantidades que se establecen como indemnización, deben ser completadas en las cuantías que se establecen. Se condena asimismo a abonar la suma que se ha acreditado en los autos en relación al alquiler de una vivienda mientras duren las reparaciones.

d) Condena a la devolución de los metros cuadrados ocupados por JARDÍN, lo que deduce de los informes periciales, ya que considera plenamente justificado el derecho de propiedad sobre la zona sobre la que se interesaba la declaración de dominio.

5º La demandada JARDÍN DE ALAMA, S.L. presenta recurso extraordinario por infracción procesal, con dos motivos y recurso de casación, dividido también en dos motivos. Fueron admitidos por auto de esta Sala de 16 diciembre 2008 .

A) RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL .

SEGUNDO. El recurso extraordinario por infracción procesal presentado por JARDÍN DE ALAMA, S.A. aparece formalmente dividido en dos motivos, pero dentro de cada motivo se denuncian diversas infracciones procesales, que se van a examinar de forma independiente.

TERCERO. Primer motivo. Se fundamenta en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Del examen de lo pedido y del fallo que se ha transcrito resumido en el anterior Fundamento, que incluía la obligación subsidiaria de indemnizar en el caso de incumplimiento de la principal, que es la de reparar, deduce la recurrente las siguientes infracciones:

1º *Incongruencia*, o sea, infracción del *Art. 218.1 LEC* , porque habiéndose estimado la petición principal, que es la reparación, resulta incongruente que se condene igualmente a la subsidiaria, que más adelante la recurrente calificará como *extra petita* , Además, denuncia falta de motivación, con infracción del *Art. 219.1 LEC* porque no se puede plantear una sentencia meramente declarativa del derecho a percibir las actualizaciones de las cantidades a que se condena. Estas mismas razones deberían haber llevado a desestimar la condena a abonar el precio del arrendamiento de una nueva vivienda mientras duren las obras. Además, señala la infracción de las reglas procesales relativas a las costas.

El submotivo se desestima .

La condena principal consiste en la imposición de la obligación de reparar; por tanto, la aceptación de la petición subsidiaria referida al pago de la correspondiente indemnización si las obras de reparación no se llevan a cabo dentro del plazo establecido, es una condena cautelar, mediante la cual una cuestión correspondiente a la ejecución, se resuelve en sentencia. Esta decisión no constituye una infracción procesal y mucho menos, una incongruencia, ya que así había sido pedido en la demanda rectora del pleito y la decisión de la Audiencia constituye un complemento, que consiste en anticipar a fase de sentencia un problema que muy probablemente se presente en fase de ejecución. De este modo, se resuelven

anticipadamente todas las posibles incidencias que estos casos suelen presentar en la fase de ejecución de la sentencia.

Estas mismas razones llevan a desestimar el submotivo en aquello que afecta a la falta de motivación. Ciertamente existe motivación, aunque no sea favorable a los intereses de la recurrente.

2º *Carga de la prueba*. La recurrente entiende que la sentencia recurrida ha vulnerado asimismo las reglas relativas a la carga de la prueba contenidas en el *Art. 217 LEC* , dando lugar a una inversión, teniendo en cuenta que la valoración de la presentada ha sido realizada de forma ilógica.

Este submotivo se desestima.

Como afirma la sentencia de 28 octubre 2010 (rec. 2268/2006), " (ii) *la denuncia de vulneración de las reglas de distribución de la carga de la prueba solo procede en los casos en que el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía efectuar dicha prueba, lo que no acontece en el presente caso porque la carga de la prueba de los hechos que constituyen la causa petendi[causa de pedir] de la demanda corresponde al recurrente, conforme al artículo 217.2 LEC [...]*" , doctrina que debe ser aplicada al presente recurso.

3º *Principio iura novit curia*. Sigue argumentando JARDÍN DE ALAMA, S.A. que la decisión con respecto a la acción real ejercitada se basa en el *Art. 573 CC* , que ni ha sido alegado ni, por ello, puede alterar la causa de pedir, teniendo en cuenta, además, que la sentencia carece de motivación, por lo que se ha producido indefensión.

El submotivo se desestima.

Como se puede deducir fácilmente de la sentencia recurrida, la cita del *art. 573 CC* solo se realiza como argumento para fundar la decisión de estimar la acción reivindicatoria interpuesta por la demandante. La elección del derecho aplicable con la correspondiente cita, corresponde a los tribunales y ello no cambia la causa de pedir, por la vigencia del principio *iura novit curia* .

4º *Composición del Tribunal*. Finalmente, la recurrente señala que no se han respetado las reglas establecidas para la votación y fallo de la sentencia en los órganos jurisdiccionales colegiados, porque el Ponente designado no fue el redactor final de la sentencia recurrida.

Este submotivo se desestima.

Según consta en el rollo de apelación, se había designado un Ponente. Mediante Providencia de la Sala de 7 septiembre 2006, se comunicó a todas las partes, incluida la recurrente, la baja del inicialmente designado y el nombramiento de una nueva Ponente. Por otra parte, en aquel momento no se recurrió dicho cambio. Razones todas ellas que determinan la desestimación.

CUARTO. Los argumentos expuestos en el Fundamento segundo deben considerarse reproducidos para la *desestimación del segundo motivo* . En él se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el *Art. 24 CE* . Insiste la recurrente en lo que dice en el anterior respecto a la incongruencia en relación a la condena al entender que la demandante no formuló la pretensión, lo que a su parecer llevaría a una incongruencia *extra petita*.

B) RECURSO DE CASACIÓN.

QUINTO. *Primer motivo* . Incorrecta aplicación del *Art. 1591 CC* . Dice que habiendo condenado la sentencia recurrida a ejecutar las obras de reparación, no debería haber procedido igualmente a condenar al pago de una cantidad de dinero de forma subsidiaria, máxime cuando dicha cantidad aun no ha sido pagada por la demandante recurrida. Centra la argumentación de este primer motivo en los siguientes extremos: a) el condenado a reparar puede escoger los medios, empresas y técnicos que realicen la reparación, y b) la reparación no puede suponer un enriquecimiento para el actor.

El motivo primero se desestima.

La cuestión planteada en el presente motivo ha sido ya objeto de diversas sentencias, algunas ciertamente recientes, cuyos argumentos se van a reproducir a continuación. La sentencia de 13 julio 2007

dice: « Como afirma la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 2004 , existen tres posibilidades por lo que se refiere a la satisfacción del derecho a la reparación del dueño de la obra: a) «obras de subsanación y reparación "in natura"; b) reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas por la Comunidad de propietarios, y c) solicitar que se fije cantidad determinada para que la Comunidad de propietarios pueda afrontar por sí misma y atender al costo de los trabajos y actividades necesarias para la consolidación, refuerzo y reparaciones en general en las zonas afectadas por la situación de ruina que se denuncia, solución esta última que esta Sala aceptó» . Después de decir que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de obra da derecho a quien la contrató a pedir la reparación *in natura* , añade que cuando "[...] el perjudicado haya pretendido infructuosamente la reparación de los defectos constatados, haya que considerar que se ha efectuado la reparación incorrectamente o bien, que habiéndose requerido el cumplimiento de la obligación, el obligado no lo ha realizado, por lo que el principio indemnizatorio está también presente en el artículo. 1591 CC (Sentencia de 7 de mayo de 2002) , ya que responde a la protección del interés más fundado en derecho" , de modo que "[...]el derecho a pedir el cumplimiento *in natura* no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. Pero esta es una excepción a la regla general del artículo. 1098 CC y para ello se requiere: a) que el demandante haya requerido por cualquier medio que debe ser probado la realización de las reparaciones exigidas según el estado de la obra; b) que el demandado haya incumplido la obligación voluntariamente «por haber incurrido en dolo o culpa o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (artículo. 1101 CC)» (sentencias de 3 de julio de 1989 y 12 de diciembre de 1990) , y c) que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales" . La doctrina expresada en la sentencia citada es constante en las decisiones de esta Sala que han debido pronunciarse sobre esta cuestión. Pueden citarse, entre otras, las de 29 mayo (rec. 2503/2001) y 27 noviembre 2007 (rec. 4260/2000) ; esta, además, añade el siguiente argumento: "Además, esta cuestión, tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, no difiere del planteamiento expresado, pues de acuerdo con su texto, y con la única matización de su artículo 17.1 , en el que se concreta la responsabilidad de los agentes a "daños materiales", no se ha alterado la posibilidad de optar por la reparación o por la indemnización para que efectúe la restauración el propio perjudicado".

En este recurso resulta plenamente aplicable la doctrina resumida, ya que: a) consta la denuncia de las reparaciones que deben efectuarse según los defectos probados; b) la demandada no ha reparado hasta ahora con la extensión requerida los defectos que aparecieron y que siguen produciéndose, y c) no se ha sustituido la condena a reparar por la condena a indemnizar, porque esta última solo tendría lugar si no se repararan los defectos constructivos en el plazo señalado en la sentencia recurrida.

Estos argumentos llevan a la desestimación del presente motivo, que además, debería ser desestimado también porque en realidad pretende una nueva revisión de la prueba, lo que no está permitido en casación.

SSEXTO. *Segundo motivo.* Aplicación incorrecta de los Arts. 348, 438, 573, 609, 1095, 1462 y 1469 CC, así como del Art. 38 LH en relación con las acciones declarativa y reivindicatoria ejercitadas por la demandante recurrida. Entiende errónea la aplicación de los Arts. 438 y 573 CC porque no hubo tradición real, se trataba de una compraventa sobre cuerpo cierto.

El motivo segundo se desestima.

Bajo la apariencia de un problema de correcta aplicación del derecho, que es lo propio del recurso de casación, la recurrente está pretendiendo introducir una cuestión relacionada con la valoración de la prueba efectuada en la sala de instancia.

SÉPTIMO. La desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la recurrente JARDÍN DE ALAMA, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 5ª, de 2 noviembre 2006 , determina la desestimación de su recurso.

Así mismo, la desestimación de los motivos del recurso de casación presentado por la misma recurrente JARDÍN DE ALAMA, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5ª, de 2 noviembre 2006 , determina la desestimación de su recurso.

Se imponen las costas de ambos recursos a la recurrente JARDÍN DE ALAMA , S.L. , en virtud de lo dispuesto en el art. 398.1 LEC .

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

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de JARDÍN DE ALAMA, S.L. contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, de 2 noviembre 2006 , dictada en el rollo de apelación nº 563-A/2005.

2º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de JARDÍN DE ALAMA, S.L., contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, de 2 noviembre 2006 , dictada en el rollo de apelación nº 563-A/2005.

3º Confirmar con este alcance la sentencia recurrida.

4º Imponer a JARDÍN DE ALAMA, S.L. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y las del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos .- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, 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.