

**D/D<sup>a</sup> LAURA MIRAUT MARTÍN, SECRETARIO/A DEL  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS DE LA  
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA,**

**CERTIFICA,**

Que el Consejo de Doctores del Departamento en su sesión de fecha 14/04/2015 tomó el acuerdo de dar el consentimiento para su tramitación, a la tesis doctoral titulada "LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN" presentada por el/la doctorando/a D/D<sup>a</sup> FRANCISCO LEOPOLDO SANTANA NAVARRO y dirigida por el/la Doctor/a IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO Y LUIS ALBERTO GODOY DOMÍNGUEZ.

Y para que así conste, y a efectos de lo previsto en el Artº 6 del Reglamento para la elaboración, defensa, tribunal y evaluación de tesis doctorales de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, firmo la presente en Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de abril de dos mil quince.

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA  
Dpto. de Ciencias Jurídicas Básicas



## Anexo II

### **UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA**

Departamento/Instituto/Facultad CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS

Programa de doctorado DERECHO PRIVADO

#### **Título de la Tesis**

***"LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN"***

Tesis Doctoral presentada por D/D<sup>a</sup> Francisco Leopoldo Santana Navarro.

Dirigida por el Dr/a. D/D<sup>a</sup>. Ignacio Díaz de Lezcano Sevillano.

Codirigida por el Dr/a. D/D<sup>a</sup>. Luis Alberto Godoy Domínguez.

**El/la Director/a,**

(firma)

**El/la Codirector/a**

(firma)

  
Luis A. Godoy Domínguez

**El/la Doctorando/a,**

(firma)

Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de abril de 2015.

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES DE LA  
EDIFICACIÓN EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA  
EDIFICACIÓN**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR  
FRANCISCO L. SANTANA NAVARRO**

**BAJO LA DIRECCIÓN DE LOS PROFESORES DR. DON  
IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO Y DR. DON LUIS  
GODOY DOMÍNGUEZ**

**UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE  
GRAN CANARIA.  
FACULTAD DE DERECHO.**

**ABRIL 2015.**

**TOMO I**

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>I</b>
--------------------------	----------

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>III</b>
--------------------------	------------

### **I.- ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS REALIZADA POR LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN**

1. Visión panorámica del art. 1591.1º CC y su interpretación por el Tribunal Supremo .....	1
1.1 Naturaleza y fundamento de la responsabilidad regulada en el artículo 1591.1º CC .....	1
1.1.1 Carácter contractual, extracontractual o legal de la responsabilidad ....	2
1.1.2 Naturaleza subjetiva u objetiva de la responsabilidad .....	8
1.2 El concepto de edificio .....	16
1.3 El concepto de ruina .....	20
1.4 Clases de vicios que contempla .....	34
1.4.1 Vicios manifestados tras la terminación de la obra y su carácter oculto o aparente .....	34
1.4.2 Vicios de la construcción, del suelo y de la dirección .....	37
1.5 Daños reparables.....	47
1.6 Legitimación activa para la acción prevista en el art. 1.591.1º CC.....	50
1.7 Legitimación pasiva de la acción prevista en el art. 1.591.1º CC. Remisión .....	58
2. Elementos temporales: plazo de garantía y de prescripción del art. 1.591 CC .....	59
2.1 Plazo de garantía del art. 1.591.1º CC .....	59
2.2 Plazo de prescripción del art. 1.591.1º CC .....	63
2.3 El párrafo segundo del art. 1.591 CC .....	66

### **II.- LA LEY GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN: CUESTIONES GENERALES Y ÁMBITO**

1. Carencias del art. 1.591 CC y defectos de su interpretación jurisprudencial ..	71
2. Breve referencia a los sucesivos intentos de reforma del art. 1.591 CC, y a la tramitación parlamentaria de la Ley de Ordenación de la Edificación.....	76
3. Objetivos y contenido de la Ley de Ordenación de la Edificación .....	79
4. Inspiración de la Ley de Ordenación de la Edificación.....	85

5. Valoración global de la Ley de Ordenación de la Edificación.....	88
6. La Ley de Ordenación de la Edificación y las Administraciones Públicas .....	99
7. Ámbito de aplicación material de la Ley de Ordenación de la Edificación.....	106
7.1 Ideas previas.....	106
7.2 El requisito de permanencia del edificio. La exclusión de las obras provisionales. Las obras prefabricadas. Referencia al ámbito de aplicación del CTE .....	115
7.3 El requisito de la entidad constructiva y la complejidad técnica del edificio y excepciones a su exigencia. Referencia al ámbito de aplicación del CTE.....	122
7.4 Intervenciones sobre edificios existentes. Referencia al ámbito de aplicación del CTE .....	131
7.4.1 Intervenciones totales y parciales que alteren la configuración arquitectónica del edificio.....	131
7.4.2 Los cambios de uso del edificio .....	143
7.4.3 Ámbito del CTE en cuanto a las intervenciones en edificios preexistentes .....	145
7.4.4 El supuesto particular de las intervenciones realizadas en edificios protegidos.....	150
7.5 Los elementos accesorios de la edificación: instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización adscritos.....	152
7.6 Obras excluidas: remisión a epígrafes anteriores y estudio de las obras diferentes a los edificios.....	157
8. Ámbito de aplicación temporal de la Ley de Ordenación de la Edificación ...	166
8.1 Entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación.....	166
8.2 La irretroactividad de la Ley de Ordenación de la Edificación .....	172
8.2.1 Debate doctrinal sobre la irretroactividad de la Ley de Ordenación de la Edificación .....	172
8.2.2 Debate doctrinal sobre la irretroactividad del plazo de prescripción previsto en el art. 18 de la Ley de Ordenación de la Edificación .....	176
8.2.3 Posición del Tribunal Supremo acerca de la irretroactividad de la Ley de Ordenación de la Edificación .....	183

### **III.- NATURALEZA Y CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD CONSAGRADA EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN**

1. Naturaleza de la responsabilidad por defectos constructivos prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación.....	186
1.1 Carácter contractual, extracontractual o legal de la responsabilidad .....	186
1.1.1 La postura legalista y extracontractual .....	187
1.1.2 La postura contractualista .....	193
1.1.3 Valoración crítica .....	197

1.2 Carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad. En especial la naturaleza de la responsabilidad del constructor.....	202
1.2.1 Diferentes posturas doctrinales.....	202
1.2.2 La naturaleza de la responsabilidad del constructor y su obligación de resultado.....	211
1.2.3 Valoración crítica .....	217
2. Carácter indisponible de la responsabilidad por defectos constructivos prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación.....	227
2.1 Introducción .....	227
2.2 Posturas doctrinales en torno al carácter indisponible de la responsabilidad prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación .....	229
2.3 Valoración crítica y postura del Tribunal Supremo .....	234
2.4 La disposición de los plazos de garantía concedidos por la Ley de Ordenación de la Edificación.....	241

#### **IV.- LOS VICIOS CONSTRUCTIVOS, LOS DAÑOS MATERIALES, SU PRUEBA E IMPUTACIÓN A LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN**

1. Los vicios o defectos constructivos como causa de los daños materiales cubiertos por la Ley de Ordenación de la Edificación .....	244
2. Los daños materiales cubiertos .....	254
2.1 La limitación de la Ley de Ordenación de la Edificación a los daños materiales causados en el edificio.....	254
2.2 Valoración de la limitación de los daños resarcibles realizada por la Ley de Ordenación de la Edificación.....	258
2.3 La concreción de los daños materiales cubiertos: la reparación de defecto, de sus consecuencias en el edificio, y el reembolso de los gastos de minoración del daño.....	262
2.4 Los daños excluidos de la Ley de Ordenación de la Edificación.....	268
3. Régimen de prueba de los daños materiales causados al edificio y su imputación a los agentes.....	274
3.1 La presunción de causalidad del daño material causado al edificio con la intervención de los agentes de la edificación .....	274
3.2 La imputación a los agentes de la edificación de los daños materiales causados a ella .....	282

#### **V.- LAS RESPONSABILIDADES DECENAL, TRIENAL Y ANUAL PREVISTAS EN LA LOE**

1. Los requisitos básicos de la edificación.....	288
1.1 Introducción .....	288

1.2 El Código Técnico de la Edificación .....	292
1.3 Los requisitos básicos relativos a la funcionalidad del edificio.....	302
1.4 Los requisitos básicos de la edificación relativos a su seguridad estructural, a la seguridad en caso de incendio y a la seguridad en su utilización .....	309
1.5 Los requisitos básicos de la edificación relativos a la habitabilidad .....	321
2. Las responsabilidades decenal, trienal y anual previstas en el art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación.....	334
2.1 Cuestiones generales. ....	334
2.1.1 El criterio delimitador de las responsabilidades previstas en el art. 17 de la LOE.....	334
2.1.2 Los defectos constructivos excluidos del art. 17 de la LOE.....	340
2.1.3 La prueba de la inclusión del defecto constructivo en las responsabilidades previstas en el art. 17 de la LOE .....	345
2.2 La responsabilidad decenal.....	348
2.2.1 El compromiso de la estabilidad y resistencia mecánica del edificio como requisito de la responsabilidad decenal.....	348
2.2.2 El requisito de que los vicios o defectos afecten a elementos estructurales del edificio .....	354
2.2.3 La correspondencia de la responsabilidad decenal con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la ruina actual y potencial .....	365
2.3 La responsabilidad trienal .....	367
2.3.1 Introducción .....	367
2.3.2 El incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación .....	369
2.3.3 La inclusión en la responsabilidad trienal de los defectos constitutivos de la ruina funcional manejada por el Tribunal Supremo .....	374
2.3.4 Determinación de los elementos constructivos e instalaciones afectados por los defectos o vicios .....	383
2.3.5 La incidencia del Código Técnico de la Edificación en la responsabilidad de los agentes de la edificación .....	386
2.3.5.1 Introducción .....	386
2.3.5.2 Diferentes posturas doctrinales.....	387
2.3.5.3 Valoración crítica .....	395
2.4 La responsabilidad anual .....	401
2.4.1 Introducción .....	401
2.4.2 Contenido .....	405

## VI.- LOS PLAZOS DE GARANTÍA PREVISTOS EN LA LOE

1. Función de los plazos de garantía y críticas a su duración.....	414
1.1 Introducción .....	414
1.2 Función de los plazos de garantía.....	416
1.3 Valoración de la duración de los plazos de garantía .....	422
2. Cómputo de los plazos de garantía .....	430
2.1 La recepción de obra como inicio de los plazos de garantía. Valoración de la opción legislativa .....	430
2.1.1 Introducción .....	430
2.1.2 La recepción de la obra como inicio del cómputo de los plazos de garantía y su valoración.....	433
2.2 Cómputo de los plazos de garantía desde la recepción de obra según los diferentes tipos de ésta .....	443
2.2.1 La recepción expresa. Supuestos problemáticos: promotor-constructor y especial referencia a la formulación de reservas.....	443
2.2.1.1 Distinción del supuesto de rechazo de la obra y el deber de documentarse en acta de recepción .....	443
2.2.1.2 El supuesto particular del promotor-constructor .....	445
2.2.1.3 La recepción expresa con reservas .....	447
2.2.2 La recepción parcial.....	456
2.2.3 La recepción tácita.....	461
2.2.4 La recepciones provisional y definitiva .....	468
3. Imposibilidad de interrupción y suspensión de los plazos de garantía. Cómputo civil de los plazos de garantía .....	473
4. Determinación del suceso que debe producirse dentro de los plazos de garantía y su régimen de prueba, y falta de necesidad de denuncia previa de la manifestación del defecto y de ejercicio de la acción dentro de los plazos de garantía.....	474
5. Supuestos particulares: Los daños aparecidos fuera de los plazos de garantía derivados de la falta de reparación, y los daños generalizados.....	481
6. La obligación de recepcionar la obra por parte del promotor .....	486
6.1 Caracteres de la recepción .....	486
6.2 Fases del proceso de recepción: entrega, verificación, aprobación y recepción. El acta de recepción .....	488
6.2.1 Introducción .....	488
6.2.2 La comunicación de terminación de la obra y su entrega.....	490
6.2.3 La verificación de la obra .....	495
6.2.4 Aprobación y recepción de la obra. El acta de recepción .....	499
6.3 El rechazo de la obra por parte del promotor .....	502



6.4 La formulación de reservas por parte del promotor a la recepción de la obra .....	508
6.5 La no formulación de reservas por parte del promotor ante defectos aparentes.....	513
6.5.1 La liberación del constructor frente al promotor de los defectos aparentes no reservados .....	513
6.5.2 Debate sobre el necesario carácter oculto de los defectos de terminación o acabado para que responda el constructor frente al promotor .....	520
6.5.3 Determinación del carácter oculto de los defectos constructivos.....	521
6.5.4 Alcance subjetivo de la liberación frente a los defectos aparentes no reservados: la subsistencia de las acciones de los adquirentes.....	524

## VII.- LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CONSAGRADA EN LA LOE

1. El plazo de prescripción y su función. Valoración de su duración. Referencia al retraso desleal.....	530
1.1 Introducción .....	530
1.2 Función del plazo de prescripción .....	532
1.3 Valoración de la duración del plazo de prescripción.....	534
1.4 El retraso desleal .....	542
2. Estudio de la posibilidad de alteración convencional del plazo de prescripción .....	544
3. Cómputo del plazo de prescripción .....	551
3.1 Introducción .....	551
3.2 Inicio del cómputo .....	553
3.3 Inoperancia de las circunstancias personales del adquirente en el cómputo del plazo de prescripción y efectos de determinados impedimentos para accionar .....	563
3.4 Los daños continuados como excepción al inicio del cómputo del plazo de prescripción .....	568
3.4.1 Introducción sobre la doctrina de los daños continuados .....	568
3.4.2 Estudio de la aplicación de la doctrina de los daños continuados a los daños producidos por defectos constructivos .....	572
4. La interrupción de la prescripción.....	582
4.1 Medios de interrupción de la prescripción .....	582
4.1.1 Introducción .....	582
4.1.2 Los concretos medio de interrupción de la prescripción.....	583
4.1.2.1 La reclamación judicial.....	583
4.1.2.2 La reclamación extrajudicial.....	586

4.1.2.3 El reconocimiento de la deuda.....	592
4.2 Solidaridad y prescripción .....	594
4.2.1 Introducción y debate anterior a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003.....	594
4.2.2 La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003.....	598
4.2.3 Estudio de la posibilidad de aplicación a nuestra materia de la sentencia de 14 de marzo de 2003.....	605
4.2.4 La presunción de conocimiento del acto interruptivo como vía para aplicar el art. 1.974 CC a la acción de la LOE.....	610
5. Régimen de alegación y prueba en materia de prescripción .....	612

## **VIII.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA DE LA ACCIÓN PREVISTA EN LA LOE, LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN Y LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN**

1. La legitimación activa de la acción prevista en el art. 17 de la LOE.....	616
1.1 Los propietarios y terceros adquirentes.....	616
1.2 El promotor .....	621
1.3 La legitimación activa en edificios divididos horizontalmente .....	626
2. La legitimación pasiva de la acción prevista en el art. 17 de la LOE.....	630
2.1 Los agentes de la edificación legitimados pasivamente .....	630
2.1.1 Introducción .....	630
2.1.2 Diferentes posturas doctrinales sobre los agentes de la edificación legitimados pasivamente .....	631
2.1.2.1 La postura mayoritaria sobre la legitimación pasiva amplia.....	631
2.1.2.2 La postura sobre la legitimación pasiva restringida .....	634
2.1.3 La legitimación pasiva del subcontratista .....	636
2.1.4 La legitimación pasiva del suministrador de productos de la construcción, de las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación y de los profesionales que realizan cálculos, dictámenes, estudios o informes.....	639
2.1.5 Valoración crítica .....	641
2.2 La responsabilidad particular de los principales agentes de la edificación. Especial referencia a la figura del promotor y del constructor .....	643
2.2.1 El promotor .....	643
2.2.1.1 El reconocimiento de la figura del promotor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo .....	643
2.2.1.2 La responsabilidad del promotor en la LOE .....	653

2.2.1.2.1 El concepto de promotor en la LOE.....	653
2.2.1.2.2 La responsabilidad del promotor como garante de la buena construcción por el resto de agentes.....	657
2.2.1.2.3 La responsabilidad del promotor por hechos propios .....	668
2.2.1.2.4 Figuras que integran la noción de promotor .....	675
2.2.2 La responsabilidad del constructor en la LOE .....	682
2.2.2.1 El concepto de constructor y sus obligaciones.....	682
2.2.2.2 La responsabilidad del constructor.....	686
2.2.2.2.1 La responsabilidad del constructor por vicios de ejecución material.....	686
2.2.2.2.2 La responsabilidad del constructor por actos de sus dependientes y subcontratistas .....	688
2.2.2.2.3 La responsabilidad del constructor por los materiales de la construcción.....	690
2.2.2.2.4 La responsabilidad del constructor por defectos de terminación o acabado .....	695
2.2.3 La responsabilidad de los técnicos en la LOE.....	697
2.2.3.1 La responsabilidad del proyectista de la obra .....	697
2.2.3.2 La responsabilidad del director de la obra.....	704
2.2.3.2.1 Obligaciones del director de la obra .....	704
2.2.3.2.2 La responsabilidad del director de la obra .....	706
2.2.3.3 La responsabilidad del director de ejecución de la obra.....	716
2.2.3.3.1 Las obligaciones del director de ejecución de la obra.....	716
2.2.3.3.2 La responsabilidad del director de ejecución de la obra .....	718
3. El carácter individualizado o solidario de la responsabilidad de los agentes intervinientes en el proceso de la edificación .....	728
3.1 La responsabilidad individualizada o solidaria en el art. 1591.1º CC .....	728
3.1.1 El carácter individualizado de la responsabilidad como principio .....	728
3.1.2 La solidaridad como salida a la imposibilidad de determinación del agente responsable del defecto constructivo y a la indeterminación del grado de participación de los responsables .....	732
3.1.3 La justificación del establecimiento de la solidaridad por imposibilidad de determinación del causante del defecto constructivo y del grado de participación de los responsables .....	739
3.1.4 Valoración de la solidaridad por imposibilidad de determinación del responsable del defecto constructivo y de la determinación del grado de participación de los varios responsables.....	745
3.1.5 La falta de litisconsorcio pasivo necesario en los procedimientos en que se ejercita la acción del art. 1.591.1º CC.....	751

3.2 La responsabilidad individualizada o solidaria en la LOE .....	756
3.2.1 El carácter individualizado como principio.....	756
3.2.2 La solidaridad por imposibilidad de determinación del responsable del defecto constructivo o del grado de participación de los responsables .....	758
3.3 La inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario en la acción de responsabilidad por defectos constructivos prevista en el art. 17 de la LOE .	763
3.4 La acción de repetición entre los agentes de la edificación .....	768
4. Las causas de exoneración de los agentes de la edificación.....	775
4.1 Introducción .....	775
4.2 El caso fortuito y la fuerza mayor .....	777
4.2.1 Determinación del caso fortuito y de la fuerza mayor .....	777
4.2.2 Alcance práctico del caso fortuito y de la fuerza mayor.....	780
4.3 Acto de tercero.....	784
4.4 Acto del propio perjudicado. Especial referencia al deber de uso y mantenimiento adecuados del edificio .....	785
4.4.1 Introducción .....	785
4.4.2 El deber de uso y mantenimiento adecuados del edificio .....	786
4.4.3 Los deberes de los propietarios como asegurados .....	792
5. La reparación del daño material causado al edificio .....	794
5.1 La forma de reparación .....	794
5.1.1 La jurisprudencia tradicional sobre la preferencia de la reparación <i>in natura</i> .....	794
5.1.2 La excepciones a la jurisprudencia tradicional sobre la preferencia de la reparación <i>in natura</i> .....	800
5.1.3 El cambio de la jurisprudencia: la posibilidad de opción del perjudicado. Su aplicación a la LOE.....	802
5.2 La cuantificación de la reparación .....	812

## **IX.- LA COORDINACIÓN DE LA LOE CON EL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO**

1. La Ley de Ordenación de la Edificación y el Código civil .....	816
1.1 Introducción .....	816
1.2 La Ley de Ordenación de la Edificación y las acciones derivadas del contrato de compraventa .....	818
1.2.1 La acumulación de las acciones derivadas del contrato de compraventa a las acciones reconocidas en el art. 17 de la LOE, y el ámbito de la primeras .....	818
1.2.1.1 La acumulación de las acciones derivadas del contrato de compraventa.....	818

1.2.1.2 El ámbito de las acciones derivadas del contrato de compraventa .....	821
1.2.1.2.1 Introducción.....	821
1.2.1.2.2 La postura limitadora de las acciones contractuales al ámbito negativo de la LOE.....	822
1.2.1.2.3 La postura extensiva de las acciones contractuales al ámbito cubierto por la LOE y su admisión por el Tribunal Supremo.....	825
1.3 La Ley de Ordenación de la Edificación y la responsabilidad extracontractual .....	837
1.3.1 Las acciones extracontractuales en general .....	837
1.3.2 Los efectos de la Ley de Ordenación de la Edificación sobre el art. 1.909 CC .....	844
1.4 La Ley de Ordenación de la Edificación, el contrato de obra y los demás contratos que unen al promotor con los agentes de la edificación.....	847
1.5 La vigencia o derogación del art. 1.591 CC, y los efectos de la Ley de Ordenación de la Edificación sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo .....	853
1.5.1 Introducción .....	853
1.5.2 El debate acerca de la derogación del art. 1.591.1º CC o su vigencia residual.....	856
1.5.3 Valoración crítica y el posicionamiento del Tribunal Supremo.....	867
1.5.4 Efectos de la Ley de Ordenación de la Edificación sobre la jurisprudencia dictada en aplicación del art. 1.591.1º CC a las obras sometidas a él por razones temporales .....	870
1.5.5 La vigencia o derogación del art. 1.591.2º CC .....	873
2. La Ley de Ordenación de la Edificación y la legislación de protección de los consumidores y usuarios.....	875
2.1 El panorama antes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias .....	875
2.2 La situación tras el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias .....	881
2.2.1 La responsabilidad por productos defectuosos en el TRLGDCU.....	881
2.2.2 La responsabilidad por otros bienes y servicios defectuosos en el TRLGDCU .....	885
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>892</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>900</b>

## ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Aranzadi Civil
Act. Administrativa	Actualidad Administrativa
Act. Civil	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho civil
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJEE	Anuario Jurídico y Económico Esculiareense
Art.	Artículo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCJC	Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil
CE	Constitución Española
CEC	Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía
CES	Consejo Económico y Social
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CTE	Código Técnico de la Edificación
DB	Documentos Básicos
DCFR	Proyecto de Marco Común de Referencia para la Unificación del Derecho privado europeo
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DR	Documentos Reconocidos
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ECI	El Consultor Inmobiliario
EHE-98	Instrucción de Hormigón Estructural
ICT	Infraestructuras comunes de telecomunicaciones
LC	Ley Concursal
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
LCS	Ley de Contrato de Seguro

LEC	Ley de Enjuiciamiento civil de 2000
LEC de 1881	Ley de Enjuiciamiento civil de 1881
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
LRJAP-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRP	Ley de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos
LSV	Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones
NBE	Normas Básicas de la Edificación
NTE	Normas Tecnológicas de la Edificación
Núm.	Número
o.c.	Obra citada
p.	página
PECL	Principios del Derecho Europeo de Contratos
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RdP	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDUMA	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
RES	Revista Española de Seguros
RGD	Revista General de Derecho
RITE	Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RRCCS	Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLCSP	Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRLGDCU	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
V.g.	Verbigracia
VV.AA.	Varios autores

En esta tesis doctoral estudiaremos el régimen de responsabilidad por defectos constructivos que consagra la Ley de Ordenación de la Edificación, y que posee una indudable importancia al tener por objeto la seguridad y habitabilidad de los edificios.

Para tal cometido resulta imprescindible analizar la jurisprudencia elaborada en torno al art. 1.591 CC puesto que ha inspirado a la nueva norma, pero también porque la LOE pretende superar algunos excesos a los que dio lugar aquélla al cargar enormemente a los agentes de la edificación con una amplia noción de ruina funcional conectada a unos plazos de garantía y de prescripción largos.

El referido análisis, en sus líneas generales, es acometido con carácter previo al de la nueva disciplina, lo que permite realizar un estudio más fluido de ésta, sin perjuicio de que con ocasión de él se aborden en profundidad aspectos particulares de la jurisprudencia anterior con la finalidad de determinar en qué extremos la LOE se distancia de ella, y en qué otros puede ser integrada.

Más allá del estudio de la responsabilidad de los principales agentes de la edificación, prestamos especial atención a la disciplina general de responsabilidad por defectos constructivos establecida por la LOE. Ello viene motivado porque la LOE, además de poner fin a la reparación integral a la que daba lugar el art. 1.591 CC, fija para defectos no estructurales unos plazos de garantía más reducidos que el decenal, y en general un plazo de prescripción igualmente más corto que el que se vinculaba a aquel precepto, todo lo cual conlleva una litigiosidad que los plazos anteriores no generaban.

Esta sobrecarga que sufrirá la LOE requiere un estudio eminentemente práctico de los problemas que plantean los plazos de la nueva norma, como son el cómputo e interrupción del plazo de prescripción, el cómputo de los plazos de garantía desde la recepción de la obra por parte del promotor, o el estudio de la disposición de dichos plazos. Por las mismas razones, analizamos figuras que inciden en ellos, tales como el retraso desleal, los daños continuados, los daños generalizados, así como el régimen de interrupción en los supuestos de responsabilidad solidaria.



No obstante, también estudiamos cuestiones generales como los fines de la nueva norma, la naturaleza objetiva y el carácter indisponible de la responsabilidad que regula, así como el régimen de imputación de los vicios constructivos y de los daños derivados de ellos. Lo anterior, entendemos que nos ofrece un mejor entendimiento de la responsabilidad por defectos constructivos, pero además posee consecuencias prácticas en la operativa de las causas de exoneración o en el innecesario carácter oculto de los defectos.

El estudio del régimen de responsabilidad establecido en la LOE se realiza prestando especial atención a la jurisprudencia y doctrina científica elaboradas en torno al art. 1.591 CC y a la propia LOE, pero sin descuidar la doctrina civilista y jurisprudencia general. Esto último nos permite conectar el régimen de la nueva norma con el régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual, y particularmente con el derivado del contrato de obra. Ello lo hacemos con la finalidad de integrar el régimen de la LOE, pero a la vez con la de poner de relieve que determinados preceptos de nuestro Código civil no operan en su ámbito por las especiales características de la responsabilidad que configura.

Finalizaremos nuestro trabajo con los importantes problemas de coordinación que conlleva que el legislador haya optado por una ley especial para limitar los daños resarcibles y poner fin a la aplicación de los plazos decenal de garantía y quincenal de prescripción a cualquier tipo de defecto constitutivo de la amplia noción de ruina funcional aunque no afecte a la estructura del edificio.

Particularmente, determinaremos qué ha ocurrido con la jurisprudencia recaída sobre el art. 1.591 CC, si la responsabilidad establecida en la LOE se superpone a las acciones derivadas del incumplimiento contractual y de la responsabilidad extracontractual, o las expulsa del ámbito cubierto por ella, y el alcance de la legislación de protección de los consumidores y usuarios en materia de responsabilidad por defectos constructivos.

## **I.- ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS REALIZADA POR LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN**

### **1. Visión panorámica del art. 1591.1º CC y su interpretación por el Tribunal Supremo**

Somos de la opinión de que no puede realizarse un trabajo acerca de la Ley de Ordenación de la Edificación sin un estudio del art. 1.591.1º CC, por ser éste sobre el que se ha construido toda una doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad de los agentes de la edificación por defectos de la construcción que constituye el objeto de la nueva norma.

Por ello, dedicaremos los siguientes subepígrafes al estudio de la naturaleza de esta responsabilidad; su ámbito de aplicación, estudiando el alcance que se le da al término edificio que utiliza el precepto por parte del Tribunal Supremo; la noción de ruina que maneja el mismo; los vicios de la construcción que dan lugar a tal responsabilidad; y, por último, el alcance del daño resarcible.

Para finalizar el presente capítulo estudiaremos los plazos de garantía y de prescripción que se asocian a la responsabilidad establecida en el art. 1.591.1º CC, elementos claves en este particular régimen.

#### **1.1 Naturaleza y fundamento de la responsabilidad regulada en el artículo 1591.1º CC**

Comenzaremos este trabajo con el estudio de la naturaleza de la responsabilidad que consagra el art. 1.591.1º CC, esto es, de la cuestión relativa a si nos encontramos ante una responsabilidad contractual, extracontractual, o legal, la cual dividió a la doctrina y de la que se derivaban importantes consecuencias en materia de la duración del plazo de prescripción de la acción; así como con la determinación de la

necesidad o no de culpa para el nacimiento de la responsabilidad, es decir, si nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva u objetiva.

### **1.1.1 Carácter contractual, extracontractual o legal de la responsabilidad**

Como es conocido, la doctrina ha discutido ampliamente sobre el fundamento de la responsabilidad consagrada en el art. 1.591.1º CC, concretamente si se está ante una responsabilidad contractual, extracontractual o legal.

La opinión doctrinal mayoritaria considera que se trata de una responsabilidad contractual<sup>1</sup>. Se alude como fundamento de esta

---

<sup>1</sup> Entre otros, SALOM ANTEQUERA, S., *La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas según el Código Civil español*. *Anales de la Universidad de Valencia*, año XVII (1940), p. 61; DE LA CÁMARA MINGO, F., en LÓPEZ MORA, L. y DE LA CÁMARA MINGO, F., *Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción*, en *Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, dir. por A. García Gallo y L. López Ortiz, IV, ed. INEJ y COAM, Madrid, 1964, p. 544; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, X-2, ed. Reus, Madrid, 1969, p. 708; CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976, pp. 101 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, ed. Montecorvo, Madrid, 1978, pp. 117 y 118; LUCAS FERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García, XX-2, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, p. 277. Señala además este autor que, aunque se considerara legal, habría que acudir subsidiariamente al régimen de las obligaciones contractuales de conformidad con el art. 1.090 del CC; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y R., *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 258; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La evolución de las responsabilidades en la construcción*, en VV.AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, I, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 361; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 64 y 65; GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la Construcción*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 405, que la consideraba contractual entre el comitente y el resto de agentes de la edificación con que mediara contrato; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, III, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 256 y 262; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Ley de Edificación y Código civil*, ADC 1 (2000), p. 6; RUIZ-RICO RUIZ, J. M., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002, pp. 87-88; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *(Clausura) La responsabilidad de los agentes de la construcción (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación)*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, ed. CPGJ, Madrid, 2004, p. 487; LACRUZ BERDEJO, J. L.,

responsabilidad a la naturaleza de las edificaciones. Así, Manresa comentaba que el art. 1591.1º constituye una excepción a la responsabilidad del arrendador que se extingue con la entrega, porque el examen de la cosa no es suficiente<sup>2</sup>; y más modernamente Lucas Fernández señalaba que en las construcciones no suelen ponerse de manifiesto los vicios en el momento de la recepción de las mismas, sino tras un cierto tiempo; de ahí que sea necesario imponer a los agentes una mayor duración de la responsabilidad de la obra mal hecha<sup>3</sup>.

Los autores que califican la responsabilidad estudiada como contractual se fundamentan mayoritariamente en que la obligación de construir del contratista y del arquitecto, conforme a las reglas de la *lex artis* o pericia profesional, aunque no se haya pactado expresamente, se integra en el contrato de obra de conformidad con el art. 1.258 CC, y también, en la ubicación sistemática del art. 1.591 en sede de normativa del Código dedicada al contrato de obra. Sin perjuicio de la opinión de otros autores igualmente partidarios de esta calificación y argumentos<sup>4</sup>,

---

*Elementos de Derecho civil*, II-2, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 190; CORDERO LOBATO, E., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p. 381; ABASCAL MONEDERO, P. J., *Responsabilidad civil en la construcción: ¿Sigue vigente el artículo 1591 del Código Civil tras la publicación de la Ley de Ordenación de la Edificación?*, Act. Civil 1 (2003), p. 132; ARNAU MOYA, F., *Los vicios de la construcción (Su régimen en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 25.

Reconociendo dicha mayoría, entre otros, se pronuncian: SIERRA PÉREZ, I., *La responsabilidad en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación*. RdP 3 (1999), p. 118; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La Figura del Promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 140; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 12; y GONZÁLEZ POVEDA, P., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, VIII, ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 155.

<sup>2</sup> MANRESA, o.c. nota 1, p. 709.

<sup>3</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 275.

<sup>4</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, IV, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 391, considera que “De algún modo, se trata de un contrato cuya liquidación definitiva se retrasa porque es necesario experimentar la solidez del inmueble y la buena ejecución de los trabajos de construcción...”; tratándose “de una garantía establecida ex lege”; señalando en o.c. nota 1, p. 6, en cuanto a la *lex artis*, “que es prestación contractual el desarrollo de toda la diligencia profesional necesaria y la falta de diligencia es incumplimiento”. Siguiéndole, se

particularmente para Cadarso Palau<sup>5</sup>, la responsabilidad del art. 1.591.1º CC surge del incumplimiento de las obligaciones contractuales, recordando que “*en el contrato no todo es voluntad*”, y también se basa en que los arts. 1.907 y 1.909 CC regulan daños por ruina entre personas no vinculadas contractualmente, mientras que el art. 1.591.1º regula los daños causados por ruina entre personas vinculadas contractualmente<sup>6</sup>.

---

pronuncia HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios (después de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación)*, ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 141. Con claridad DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, pp. 64-65, reconociendo la existencia de un amplio sector de la doctrina favorable al carácter contractual, considera que no cabe duda del carácter contractual del art. 1.591.1º por su ubicación sistemática, porque “*tanto el arquitecto como el contratista prometen el resultado de la obra, y si tal resultado falla...es porque la ley presume que la actuación del contratista o del arquitecto no se ha ajustado a las reglas de la pericia profesional, que, aunque no estipuladas expresamente en el contrato, implícitamente forman parte del mismo, y, por tanto, la inobservancia de tales reglas puede reconducirse a la responsabilidad de orden contractual*”.

Otros autores que califican la responsabilidad como contractual, porque la obligación de ejecutar la obra sin vicios deriva del contrato, son SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 116, para la que el art. 1.591 se debe aplicar a un incumplimiento contractual en sentido amplio, basándose en la fuerza del artículo 1.258 CC que hace que los contratos obliguen además de a lo expresamente pactado, a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley; ÁLVAREZ OLALLA, P., *La Responsabilidad por Defectos en la Edificación. El Código Civil y la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 34 y 37, señalando el vínculo contractual y la ubicación del precepto, que el primer párrafo del art. 1.591 hace nacer responsabilidad por incumplimiento de la *lex artis*, y que el incumplimiento de ella es de corte contractual conforme al artículo 1.258 CC; ORTI VALLEJO, A., *La responsabilidad civil en la edificación, en Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por F. Reglero Campos, II, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 1.133-1.134, considera que el deber de ejecutar conforme a la *lex artis* lo impone el contrato de conformidad con el artículo 1.258, tanto frente al comitente como frente al adquirente porque en definitiva se trata de las mismas obligaciones incumplidas; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades en la construcción: Regímenes jurídicos y jurisprudencia*, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 248, considera que la ruina obedece al incumplimiento de las reglas del arte constructivo, las cuales forman parte del contrato.

Por su parte LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 190, considera que concurren matices de responsabilidad contractual, al estimar que la diligencia de los agentes es la exigida por sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra.

<sup>5</sup> Según RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 88, a Cadarso Palau se debe el mérito de replantear la tesis contractualista de forma más rigurosa.

<sup>6</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 97 y ss. Añadía el autor “*Y si los constructores están obligados a construir bien aun con independencia de haberse comprometido a*

Los autores que se alinean en torno a la consideración contractual reconocen los inconvenientes de la misma para admitir la legitimación de los adquirentes de lo edificado que no han sido parte en el contrato de obra<sup>7</sup>, pero sin que ello influya en la naturaleza de la responsabilidad<sup>8</sup>.

Como hemos anticipado, otro sector de la doctrina ha defendido que la responsabilidad del art. 1.591.1º CC posee naturaleza extracontractual. Así, García Cantero<sup>9</sup> aludía como fundamento de esta responsabilidad al interés general, puesto que a la comunidad le interesa que las edificaciones destinadas a tener una duración prolongada estén construidas conforme a las reglas de la técnica. Este autor considera que en relación al contratista el art. 1.591.1º CC consiste en una sanción por incumplimiento de un específico deber de no dañar al patrimonio ajeno, y en cuanto al arquitecto, que se sanciona el incumplimiento de observar la *lex artis*, siendo ambos deberes legales, sin que tengan nada que ver con el contrato, y sosteniendo que sólo mediante la admisión de su naturaleza extracontractual se puede coordinar el art. 1.591.1º CC con el art. 1.909 CC, concretamente la remisión que hace este último al tiempo legal

---

*ello mediante contrato*", el artículo 1.258 del CC conlleva la "determinación heterónoma de la reglamentación contractual".

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión véase epígrafe 1.6 dedicado a la legitimación activa.

<sup>8</sup> Así CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 195, señala gráficamente que la legitimación activa de los sucesivos adquirentes de lo edificado "*ocurre, no en razón del carácter legal de la responsabilidad decenal, sino a pesar de su naturaleza contractual*". RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 88, señala los problemas de la legitimación de los adquirentes no ligados contractualmente con los agentes de la edificación y la legitimación pasiva de arquitectos que pueden no estar ligados contractualmente con el comitente, apreciando que la especial garantía que late bajo el precepto hace que dentro del plazo previsto en el art. 1.591 CC se establezca "*una vinculación entre los partícipes de la construcción y sus titulares actuales, aunque no sean los que la encargaron*". Sin embargo, para el último autor "*este planteamiento es el fruto de un análisis a posteriori de los problemas que pueden surgir en la actividad constructiva, más que una interpretación del precepto legal, que sin duda parte de un vínculo contractual de obra entre los litigantes*".

<sup>9</sup> GARCÍA CANTERO, G., *La responsabilidad por ruina de edificios ex art. 1.591 del Código Civil*, ADC 5 (1963), pp. 1.091 y ss.

dentro del cual el tercero ha de sufrir el daño por ruina que le permite dirigirse contra el contratista y el arquitecto<sup>10</sup>.

Otros autores se han pronunciado sobre el carácter legal de esta responsabilidad. Este es el caso de Mucius Scaevola<sup>11</sup> y también de Nart<sup>12</sup> quien pone de manifiesto que así se permite la legitimación activa de los adquirentes no vinculados contractualmente. Por su parte, para Herrera Catena<sup>13</sup> el art. 1591.1º CC establece una responsabilidad “*ex lege*” porque fija por sí mismo las consecuencias de la construcción

---

<sup>10</sup> También se alineaban con tal postura SANTOS BRIZ, J., *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, RDP 5 (1972), pp. 412-413; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., *La Responsabilidad civil en la construcción*, ed. Colex, Madrid, 1987, p. 183; DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, I, ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 605. Recientemente han sostenido la misma tesis otros autores como por ejemplo RAYÓN BALLESTEROS, M. C., *Las responsabilidades por defectos en la construcción de las obras: La nueva Ley de Ordenación de la Edificación y el artículo 1591 del Código Civil*, AJEE 35 (2002), p. 180.

<sup>11</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, XXIV, parte 2ª, Madrid, 1951, pp. 93 y ss.

<sup>12</sup> NART, I., *Contrato de obra y empresa*, RDP (1951), p. 824.

<sup>13</sup> HERRERA CATENA, J., *Responsabilidades en la construcción*, I-1, ed. Gráficas del Sur, Granada, 1974, pp. 195 y 196. Siguiéndole FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato del arquitecto en la edificación*, EDESA, Madrid, 1977, p. 314. HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 195, coincide con García Cantero en que estamos ante deberes legales, pero no en que de tal realidad se derive su calificación como extracontractual. También considera que estamos ante una garantía legal, SALVADOR CODERCH, P., en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P. Salvador Coderch, II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1.192.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción. (Estudio del artículo 1.591 del Código Civil y su problemática actual)*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1993, pp. 74 y ss., se desmarca de las tesis contractual y extracontractual, aceptando la legalista, pero matizando que la obligación de indemnizar, *ex arts.* 1.101 y 1.902 CC, también deriva de la ley. Termina el autor calificando la responsabilidad como un supuesto autónomo de resarcimiento de daños causados en el ámbito de la construcción inmobiliaria, una suerte de responsabilidad civil especial por incumplimiento de un deber impuesto por la ley. Rechaza la calificación como contractual fundamentalmente por la imposibilidad de que pueda aplicarse a personas no ligadas contractualmente. Se opone a la tesis de la responsabilidad extracontractual porque no considera un lapsus del legislador la ubicación sistemática del precepto, dada la remisión que hace al mismo el art. 1.909 en sede de responsabilidad extracontractual.

ruinosa. Esta tesis legalista sigue sosteniéndose por más autores en la actualidad<sup>14</sup>.

Por su parte, Fernández Hierro<sup>15</sup> calificaba la responsabilidad como legal y extracontractual, basándose para negar el carácter contractual en diversas razones, como son su nacimiento en la ley, que la regulación legal no es supletoria sino de *ius cogens*, y la posibilidad de ser exigida esta responsabilidad frente a personas no ligadas por contrato.

Analizada la doctrina científica, procede ahora hacer lo propio con la jurisprudencial. Pues bien, podemos afirmar que en el Tribunal Supremo, tras un período de dudas en el que se calificaba algunas veces como contractual y otras como legal, se ha impuesto la postura que la considera una responsabilidad *ex lege* o autónoma compatible<sup>16</sup>. No obstante, con posterioridad han recaído sentencias que califican la responsabilidad como contractual<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Como MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: Régimen jurídico y técnico*, coord. por R. García Macho, ed. Colex, Madrid, 2000, p. 101; PRENDES CARRIL, P., *El artículo 1591 CC tras la nueva Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (LOE). Vigencia o derogación. Especial consideración a la ruina funcional*. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 6 (2001), p. 29; y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 42-43, quien propugna la superación de las reticencias a desvincular la responsabilidad decenal del contrato de obra, reconociendo su naturaleza legal, en un momento en el que la edificación se dirige primordialmente a su venta a terceros.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1976, p. 63. Al mismo tiempo criticaba la ubicación sistemática del precepto en sede de contratos.

<sup>16</sup> Cfr., entre otras, las SSTs de 5 de mayo de 1961 (RJ 2310), 17 de mayo de 1967 (RJ 2423), 28 de octubre de 1974 (RJ 4041), 14 de noviembre de 1984 (RJ 5552), 28 de diciembre de 1989 (RJ 6969), 27 de junio de 1994 (RJ 6505), 7 de febrero de 1995 (RJ 3130), 21 de marzo de 1996 (RJ 2233), 5 de abril de 2001 (RJ 3192), 8 de noviembre de 2002 (RJ 9833), 15 de diciembre de 2003 (RJ 7013) y 14 de mayo de 2008 (RJ 3067).

<sup>17</sup> Véase, entre otras, las SSTs de 1 de abril de 1977 (RJ 1510), 9 de junio de 1989 (RJ 4417), 30 de enero de 1997 (RJ 845), 29 de mayo de 1997 (RJ 4117), 4 de marzo de 1998 (RJ 1039), 15 de marzo de 2001 (RJ 3195), 31 de octubre de 2002 (RJ 9736), 20 de diciembre de 2002 (RJ 10984), 16 de diciembre de 2005 (RJ 2006/1222).

Esta intercalación ha hecho que algunos autores llamen la atención sobre la falta de claridad y de uniformidad de la postura del Tribunal Supremo en torno a la



Hay que decir que la discusión sobre la naturaleza legal, contractual o extracontractual era determinante para fijar qué plazo de prescripción era aplicable al art. 1591.1º: si el quincenal previsto en el art. 1.964, o el anual propio de la responsabilidad extracontractual, establecido en el art. 1.968.2º, ambos del CC. Ya veremos que en la LOE este debate ya no será relevante de cara a fijar el plazo de prescripción, al haber previsto dicha norma un plazo especial<sup>18</sup>.

### 1.1.2 Naturaleza subjetiva u objetiva de la responsabilidad

También en referencia a la naturaleza de la responsabilidad prevista en el art. 1591.1º, se ha discutido si tiene carácter subjetivo, esto es, si exige culpa; o si es objetiva y, por tanto, no se exige aquélla. En este punto, la generalidad de la doctrina considera que su carácter es subjetivo, exigiéndose, por tanto, culpa para el nacimiento de la responsabilidad, aunque se presume *iuris tantum*, con inversión pues la carga de la prueba<sup>19</sup>.

---

naturaleza de la responsabilidad. Nos referimos a SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 119; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 12; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 34.

<sup>18</sup> Sobre ambas ideas puede verse SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, pp. 125-126.

<sup>19</sup> GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.105; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 170-172, considera que no hay que probar la culpa porque la deuda del contratista es una deuda de resultado, siendo el mismo responsable salvo que pruebe que el incumplimiento fue debido a un hecho imprevisto, sin que le pueda exonerar la prueba de la diligencia, porque la misma no es compatible con la ruina; HERRERA CATENA, J., *Responsabilidades en la construcción*, I-2, ed. Gráficas del Sur, Granada, 1977, pp. 141-145; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 374-376; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 197, señala que los agentes deberían demostrar su diligencia; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, pp. 1.192 y 1.193, afirmando que, acaecida la ruina, no se presume el caso fortuito sino la culpa; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 190, considera que los demandados habrán de demostrar su diligencia; SAN SEGUNDO MANUEL, T., *La verificación de la obra*, ECI 15 (2001), p. 30, expone que es una presunción de impericia profesional, por no haber seguido los dictados de la *lex artis*; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 177, negando que sea una responsabilidad objetiva.

Otros autores que califican la responsabilidad como subjetiva son SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, II, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 920; DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos y civiles)*, ed. Comares, Granada, 2010, p.

La mayoría de la doctrina considera que el demandante sólo tiene que probar la ruina, y no que la misma ha sido debida a vicios constructivos<sup>20</sup>. En tal sentido, García Cantero<sup>21</sup> señalaba que *“arruinado un edificio y demostrado por sumaria investigación que la ruina ha obedecido a vicio de la construcción, la ley presume la culpabilidad”*. Con mayor claridad se pronuncia Cadarso Palau para el que existe una doble presunción: de causalidad entre la ruina y el vicio, y de imputación del vicio a los agentes<sup>22</sup>. Para Fernández Hierro<sup>23</sup> *“el hecho en sí del arruinamiento... parece revelar una culpa en las personas que en ella han intervenido”*. Puntualizando esta idea, Gómez de la Escalera considera que la presunción de causalidad es a la vez de culpabilidad, porque la ruina se presume debida a los vicios constructivos que no son más que el resultado de la culpa de los agentes; y concluye que *«Se trataría, en definitiva, de la aplicación del principio res ipsa loquitur: la ruina acaecida*

---

496; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 396.

Sin embargo, HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 147, aunque reconoce esta coincidencia doctrinal, considera que según los antecedentes históricos (particularmente en el Derecho romano, en las Partidas, y en el art. 1.792 del *Code* francés) nuestro precepto estaba pensado más bien como una presunción *iuris et de iure*, puesto que sólo había exoneración por caso fortuito o fuerza mayor.

<sup>20</sup> En cambio, MANRESA, o.c. nota 1, p. 711, señalaba que para dirigirse contra el contratista o contra el arquitecto, se debía probar que la ruina se debía a vicios de la construcción, del suelo o de la dirección.

<sup>21</sup> GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.105.

<sup>22</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 171 y 172. En el mismo sentido HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 151, y ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 38, señalando que *“el contratista crea la obra y, por tanto, el vicio, por lo que debe presumirse iuris tantum el carácter originario de los vicios, si éstos afloran durante la fase de garantía...Una vez partimos del carácter originario de los mismos, se puede afirmar que el sistema está basado en el criterio subjetivo de la culpa, si bien ésta también se presume”*. También reconoce la doble presunción RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 9. En análogo sentido sobre los efectos de la ruina puede verse LÓPEZ SÁNCHEZ, o.c. nota 19, p. 397, o SIERRA PÉREZ, I., *La responsabilidad de los agentes de la construcción*, en *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, dir. por A. E. Humero Martín, III, primera parte, coord. por I. Sierra Pérez, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 135.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 93.

*dentro del plazo decenal “habla por sí misma” y nos dice que tuvo su causa en los vicios constructivos»<sup>24</sup>.*

Por tanto, la ruina, dado que habla por sí misma, prueba la existencia del vicio y éste, a su vez, lleva intrínsecamente la culpa, con lo que se debe coincidir plenamente. De esta opinión doctrinal de la doble presunción se ha hecho eco el Tribunal Supremo<sup>25</sup>. Para el Alto Tribunal, acaecida la ruina dentro del plazo legal, se presume *iuris tantum* la culpabilidad de los agentes de la edificación, por lo que basta a los adquirentes probar el hecho de la ruina, siendo los agentes quienes tienen que demostrar su falta de responsabilidad<sup>26</sup>.

Esta presunción se fundamenta en las dificultades probatorias que tendrían los demandantes para demostrar que la causa de la ruina se debe a los agentes de la edificación, argumento que ha tenido gran arraigo<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 99-100, quien argumenta que *“la presunción de culpa operaría como presunción de causalidad: la ruina dentro del plazo decenal se presume ocurrida por causa de los vicios constructivos de la obra, y como éstos no son más que el resultado de la culpa profesional de quienes intervinieron en la obra, por ende, la presunción de causalidad de la ruina es también presunción de culpabilidad”*. En parecido sentido LÓPEZ SÁNCHEZ, o.c. nota 19, p. 397.

<sup>25</sup> Así, STS de 12 de julio de 2006 (RJ 4508): *“...es opinión general de la doctrina científica la de fundar la responsabilidad decenal en la culpa, así como que el párrafo primero del artículo 1591 establece una presunción «iuris tantum» de responsabilidad, que actuará en un doble espacio: a) en el de la causalidad, en el sentido de que la ruina ocurrida dentro de los diez años es atribuible, antes a que al caso fortuito, a defectuosa construcción, entendida como causa originaria; y b) en el de la imputabilidad, que permite atribuir el vicio al constructor”*.

<sup>26</sup> Cfr. STS de 28 de octubre 1989 (RJ 6969): *“La responsabilidad «ex lege» derivada del art. 1591 del Código Civil lleva consigo la existencia de una presunción «iuris tantum» de que si la obra ejecutada padece ruina, ésta es debida a las personas que en ella intervinieron, de tal forma que los actores sólo han de probar el hecho de la ruina”*. También con claridad se pronuncia la STS de 29 de mayo de 1997 (RJ 4117): *“El artículo 1591 del Código Civil establece una responsabilidad basada en el contrato de obra que se fundamenta en su incumplimiento y presume la culpabilidad”*. Esta misma doctrina puede verse, entre otras, en las SSTs de 22 de julio de 2004 (RJ 6629), 12 de julio de 2006 (RJ 4508), 25 de octubre de 2006 (RJ 6707) y de 14 de mayo de 2008 (RJ 3067).

<sup>27</sup> GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.105, veía como fundamento además del interés público que inspira la norma, la dificultad de probar la culpa del autor del daño;

Además, la doctrina se ha apoyado en la consideración de la obligación del contratista como obligación de resultado<sup>28</sup>. Así, entre otros, Cadarso Palau<sup>29</sup> aludía a que la obligación de resultado que asume el contratista hace que la no obtención del mismo conlleve incumplimiento, sin que le pueda exonerar demostrar su diligencia. Como expone Lobato Gómez<sup>30</sup>,

---

CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 170, sostenía que “Exigir la prueba de la culpabilidad al demandante supondría, ciertamente, privarle en gran medida de las posibilidades de obtener una reparación”; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 94, consideraba que exigir la prueba de la culpa al dueño de la obra sería en muchos casos una *probatio diabólica*; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, pp. 132-136, aludía a la dificultad de probar las causas de la ruina y responsables, y a las mayores posibilidades de los constructores y técnicos para exonerarse; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ADC 2 (2000), pp. 422-423; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 7; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 39-40.

<sup>28</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 138; RUIZ RICO-RUIZ, o.c. nota 1, p. 105 (nota 31) señala que la presunción de culpa no es sólo un efecto normal del funcionamiento y las reglas de responsabilidad contractual, sino que además deriva del carácter de obligación de resultado típico de los contratos de obra; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 185, señala que la obligación de ejecutar la obra y hacerlo con la necesaria perfección constituye una deuda de resultado, advirtiendo el autor que el cliente no tiene que probar la culpa sino el incumplimiento, siendo el contratista quien deba probar la fuerza mayor. DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 378, señala que tal calificación quiere decir que una de las partes compromete no el puro despliegue de su actividad o esfuerzo, sino la concreción del mismo en un determinado resultado que es convenido de manera que la contraprestación y algunas otras consecuencias jurídicas dependerán rigurosamente de su obtención. También puede verse sobre la calificación de la obra como un resultado, el mismo autor, o.c. nota 2, pp. 6-7, y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, II-1, ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 129, señalando que sólo hay cumplimiento si el resultado se obtiene; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 256, quien destaca que la nota distintiva del contrato de obra es el resultado del trabajo: la obra; LÓPEZ SÁNCHEZ, o.c. nota 19, p. 397.

<sup>29</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 170. Ahora bien, como se encarga de advertir CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1993, pp. 158-159, el art. 1.591 del CC a la hora de establecer la presunción de culpa no tiene en cuenta si la obligación es de resultado o de actividad aplicándose también a los técnicos, argumentando que el fundamento de la misma está en la dificultad de la prueba de la culpa por parte del comitente. El plazo de garantía viene a corroborar esta presunción, porque sólo tras él desaparece la sospecha de que la ruina se debe a la conducta culpable del contratista, del arquitecto y de los técnicos.

<sup>30</sup> LOBATO GÓMEZ, J. M., *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, ADC 2 (1992), pp. 713-717. Señala el meritado autor que, como entiende toda la doctrina, en la obligación de resultado el incumplimiento viene determinado por su no obtención. El autor, en cuanto a la carga de la prueba, no considera que la misma se distribuye en las obligaciones de

la consideración de esta obligación como de resultado hace que se impute el daño sin prueba de negligencia, dado que en ella el fundamento es el objeto de la obligación, no la diligencia exigible, por lo que la no consecución del resultado determina el incumplimiento; o, como señala Cabanillas Sánchez<sup>31</sup>, el contratista no cumple con una actividad diligente, sino con la consecución del resultado que es el objeto de la obligación.

No obstante, hay autores que le restan importancia a la presunción de culpa del art. 1.591.1º CC, basándose en que todo incumplimiento contractual conlleva una presunción de culpa<sup>32</sup>. Además no han faltado autores que, sin prescindir de la idea de culpa, atribuyen al precepto un matiz objetivo a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es el caso de Cadarso Palau, por el carácter profesional de los agentes y de su obligación de resultado<sup>33</sup>, o de Cabanillas Sánchez, quien no duda en

---

resultado de diferente manera que en las de medios, sino de lo que se trata es que el objeto de la prueba varía, mientras en las de resultado es el incumplimiento, en las de medios la diligencia, (o.c. pp. 725 y ss.). En parecido sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, pp. 148 y 154, señala que en las primeras *“basta la prueba de la falta o defectuosidad del opus debido”*, mientras que en las segundas hay que demostrar *“la falta total de la actividad debida o su defectuosidad (la negligencia)”*, y que *“la distinción entre las obligaciones de actividad y de resultado adquiere relevancia, en el ámbito de la carga de la prueba, por el distinto contenido de la prestación y, en definitiva, por el diverso contenido de la prueba de la contravención del tenor de la obligación en uno y otro caso”*. Sobre los motivos de este diferente contenido de la prestación véase epígrafe 1.2.2 del capítulo III.

<sup>31</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, p. 61, quien señala que *“el contratista no se libera ni cumple con la simple realización de una actividad diligente ... El objeto de la obligación es el resultado mismo, que satisface el interés primario del acreedor (el comitente) y no sólo la actividad normalmente empleada para alcanzarlo”*.

<sup>32</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 255, citando en apoyo la STS de 15 de marzo de 2002 (RJ 2843) que señala: *“en responsabilidad contractual (y extracontractual) al causante del daño se presume la culpabilidad aplicando extensivamente la norma del artículo 1.183 del Código Civil”*; RUIZ-RICO RUIZ (véase nota 28). En este sentido, puede verse DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 203, quienes señalan que la doctrina y jurisprudencia dominante estiman que al acreedor le basta probar el incumplimiento, presumiéndose la culpa del deudor, por aplicación analógica del art. 1.183 del CC.

<sup>33</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 162, señala que *«aun sin llegar a pensar en un sistema de responsabilidad objetiva, sí cabe anotar un tratamiento especialmente riguroso...a través de una severa apreciación del comportamiento de acuerdo con el criterio de “profesionalidad”...en conexión con la idea de “resultado” que contribuye a caracterizar las obligaciones derivadas del contrato de obra»*.

afirmar una marcada tendencia a la objetivación, o lo que es lo mismo -en palabras del autor- a la culpa presunta, en este caso profesional, al consagrarse el apotegma romano “*quod imperitia preccavit culpam esse*”, exponiendo que sólo transcurrido el plazo de garantía se comprueba la solidez de la obra y desaparece la sospecha de que la ruina se deba a la culpa de los agentes<sup>34</sup>. De estas opiniones doctrinales también se ha hecho eco el Alto Tribunal<sup>35</sup>.

El Tribunal Supremo ha acudido a un progresivo aumento de la diligencia exigible, requiriendo de los agentes de la edificación no la propia de un hombre medio, sino aquella que corresponde a la especialidad de sus conocimientos y a la garantía técnica y profesional que conlleva su intervención en la obra<sup>36</sup>, y ha reconocido en varias ocasiones que la responsabilidad se encuentra objetivada<sup>37</sup>.

Es una afirmación habitual que la presunción de la culpa conlleva en la práctica una responsabilidad objetiva<sup>38</sup>, incidiéndose en la dificultad de

---

<sup>34</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 422, el cual fundamenta su opinión en los antecedentes históricos y la doctrina que cita del s. XIX. En el mismo sentido, DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 74.

<sup>35</sup> Cfr. STS de 12 de julio de 2006 (RJ 4508) en la que se señala: “*relevante doctrina científica ha aceptado que la denominada «responsabilidad decenal», aunque inspirada en un sistema de valoración del comportamiento y de la imputabilidad, se encuentra en muy buena medida objetivada...*”. En igual sentido puede verse la STS de 14 de mayo de 2008 (RJ 3067).

<sup>36</sup> En tal sentido se pronuncian las SSTS de 29 de noviembre de 1985 (RJ 5916) y de 27 de junio de 1994 (RJ 6505). También pueden verse las SSTS de 8 de junio de 1984 (RJ 3222), de 5 de abril de 2001 (RJ 3192), de 10 de julio de 2001 (RJ 5151) y de 29 de diciembre de 2003 (RJ 2004\356).

<sup>37</sup> Las SSTS de 29 de noviembre de 1985 (RJ 5916) y de 27 de junio de 1994 (RJ 6505) señalan: “*el dueño de la obra no necesita probar la culpa del arquitecto, siendo suficiente demostrar el incumplimiento, construcción esta que contiene una cierta objetivación de la responsabilidad de dichos profesionales*”. Esta última sentencia para RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 7, es muestra de que la jurisprudencia se hace eco de la tendencia objetivadora. En la misma línea, la STS de 8 de noviembre de 2002 (RJ 9833) señala que “*la denominada responsabilidad decenal se halla considerablemente objetivada*”.

<sup>38</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 9, reconoce que la presunción de culpa en la práctica ha derivado en una responsabilidad de hecho objetivada, porque los demandados deben probar la inexistencia del nexo para exonerarse, acreditando que la ruina fue provocada en la esfera de otros agentes. En análogo sentido SIERRA

exoneración de los demandados mediante la prueba de la diligencia debida por la especial que se les exige dada su profesionalidad<sup>39</sup>. Idea que se ve corroborada por la doctrina jurisprudencial, puesto que en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha equiparado la presunción de culpa con la tendencia a la objetivación de la responsabilidad<sup>40</sup>.

Otra parte de la doctrina considera que, en realidad, el Tribunal Supremo no se basa en la culpa de los demandados. Así, Carrasco Perera señala que, a pesar de las justificaciones culpabilísticas del Tribunal Supremo, no significa juicio alguno sobre la culpabilidad del agente demandado, sino existencia de relación de causalidad entre la ruina y las acciones u omisiones producidas en la esfera de actuación del agente demandado; juicio sobre la culpa que es innecesario en las obligaciones de hacer, donde “*quod imperitia preccavit culpam esse*”, por lo que se concluye que si la ruina se produce dentro del riesgo propio que corresponde a los agentes no puede exonerarse alegando caso fortuito o no culpa<sup>41</sup>.

Un sector doctrinal estima que nos encontramos ante una responsabilidad objetiva debido al escaso papel que la culpa juega en

---

PÉREZ, o.c. nota 22, p. 136, considera que, a pesar de que se trata de una responsabilidad subjetiva, la inversión de la carga de la prueba hace que esté objetivada.

<sup>39</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 66; MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2008, p. 22.

<sup>40</sup> La sentencia de 22 de julio de 2004 [RJ 6629], con abundante cita de otras, expresa: “según doctrina reiterada de esta Sala, que tiene como punto de partida la objetivación de dicha responsabilidad mediante una presunción de culpa de los partícipes en la edificación (sentencias de 17 de febrero de 1982 [RJ 1982, 743], 28 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6969], 30 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6075], 27 de junio de 1994 y 15 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3195]), una vez probados los defectos por el demandante incumbe a los demandados demostrar su falta de responsabilidad en aquéllos (sentencias de 17 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994, 19 de octubre de 1998 [RJ 1998, 7440], 25 de junio de 1999 [RJ 1999, 4560] y 5 de noviembre de 2001 [RJ 2002, 235])”.

<sup>41</sup> CARRASCO PERERA, A., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García, XV-1, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pp. 588 y 642.

ella<sup>42</sup>. Así, para sostener el carácter objetivo de esta responsabilidad se argumenta que será suficiente el carácter originario del defecto [para que los agentes respondan]; y, para que no lo hagan, la necesidad de que la causa de la ruina sea ajena a sus funciones<sup>43</sup>.

Y es que el Tribunal Supremo ha señalado en otras ocasiones que estamos ante una responsabilidad objetiva sin más, y a descartar incluso que nos hallemos ante una presunción de culpa<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 487, para el que se trata de una responsabilidad objetiva, señalando que más que una presunción de culpa es una imputación de responsabilidad; en análogo sentido DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho de la Construcción*, ed. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 91; RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 181, afirma que se trata de una responsabilidad de matiz objetivista; REGLERO CAMPOS, L. F., *Responsabilidad civil en la edificación*, en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 352, para quien el art. 1.591.1º CC establece un sistema de responsabilidad objetiva durante el plazo decenal; SEIJAS QUINTANA, J. A., *Aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y jurisprudencia*, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, dir. por C. Hernández Pezzi, ed. CGPJ, Madrid, 2007, p. 22, califica la responsabilidad estudiada como una responsabilidad objetiva pura, apoyándose en la STS de 2 de junio de 2005 (RJ 5308) extractada en nota 44.

<sup>43</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.140, para el que basta el carácter originario del defecto para responder; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 251, que valora que el hecho de que producida la ruina, los agentes sólo se exoneren probando la fuerza mayor, caso fortuito, o que las causas se encuentran fuera de sus atribuciones profesionales, no es sino la objetivación de la responsabilidad.

<sup>44</sup> La STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 9736) al referirse al art. 1.591, señala: "Aquella norma del Código Civil prevé un plazo (de caducidad) de garantía en la edificación (en sentido amplio) en virtud del cual, si en éste, de diez años, se produce la ruina (en sentido amplísimo) se impone una responsabilidad objetiva...". La STS de 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002\235): "Dicha norma impone una responsabilidad objetiva, en el sentido de que establece una imputación de responsabilidad a cargo de las personas que han intervenido en el proceso constructivo, siempre que la ruina se haya producido en el plazo de garantía, de diez años". Más contundente aún es la STS de 2 de junio de 2005 (RJ 5308) al señalar: "en efecto, dicha norma impone una responsabilidad objetiva pura y durísima; no se trata tanto de una presunción de culpa, sino de una imputación de responsabilidad a cargo de unas personas a quienes se atribuye la ruina por darse el nexo causal".



## 1.2 El concepto de edificio

El art. 1591.1º CC ninguna precisión realiza en cuanto al concepto de edificio que maneja, por lo que la doctrina se ha planteado su alcance, manteniendo una concepción amplia al igual que hace la jurisprudencia<sup>45</sup>.

Concretamente, la doctrina viene a equiparar la noción de edificio a la de obra inmobiliaria<sup>46</sup>, y el Tribunal Supremo aplica el art. 1.591 CC tanto a edificios como a infraestructuras<sup>47</sup>, por lo que existen sentencias que contemplan construcciones sin destino residencial<sup>48</sup>.

Además, se considera por el Alto Tribunal que dentro del término edificio no sólo tiene cabida la construcción “ex novo”, sino que deben

---

<sup>45</sup> Como ponen de manifiesto CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 431; GARCÍA MACHO, R. y BLASCO DÍAZ, J. L., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: Régimen jurídico y técnico*, coord. por R. García Macho, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 27-28; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 22-24; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 489; BRENES CORTÉS, J., *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 157-159.

<sup>46</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 114, señala después de referirse a diversas opiniones doctrinales y a la jurisprudencia: «De todo ello resulta que no debe mantenerse una noción estricta de “edificio”, sino que ha de interpretarse aludiendo al género al que pertenece, en cuanto obra de construcción inmobiliaria». En el mismo sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 432. También para Díez-Picazo L., o.c. nota 1, p. 9, la expresión edificio ha de aplicarse a todas la obras inmobiliarias.

En esta línea, SALOM ANTEQUERA, o.c. nota 1, pp. 44-46, definía el edificio como “toda obra de albañilería, forjada con materiales de varias clases, adherida de una manera permanente al suelo, ya esté en superficie, ya en el subsuelo y destinada a un fin de la vida humana”; y GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.103, contemplaba dentro del concepto de edificio otras construcciones como puentes, pantanos, carreteras, vías férreas, depósitos de agua, cuevas, subterráneos, muros de contención, campos de deportes, plazas de toro, diques, muelles, etc.

Como otros autores partidarios de una noción amplia cabe citar a HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 238; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 319-320; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 89; LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, pp. 280 y ss.; y SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.190.

<sup>47</sup> Así puede verse la STS de 9 de febrero de 2006 (RJ 673) sobre defectos en embalse que provocaban fugas de agua.

<sup>48</sup> SSTs de 24 de diciembre de 1982 (RJ 7981) sobre un campo de fútbol; de 13 de mayo de 1996 (RJ 3876) sobre muro de contención; de 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002\235) sobre tapia de cerramiento de una parcela; y de 14 de noviembre de 1984 (RJ 5552) sobre un pabellón agrario.

Con razón la STS de 21 de febrero de 1994 (RJ 1107) negó la aplicación del precepto a los buques, dado que no son bienes inmuebles.

incluirse las obras de rehabilitación, modificación y reparación de cierta importancia de los edificios, lo que secundan la mayoría de autores<sup>49</sup>. No obstante, existen autores contrarios a la inclusión de las obras de reparación en el art. 1591.1º por su poca entidad<sup>50</sup>, o por razón de las consecuencias que tiene el precepto en materia de prueba, puesto que la facilidad probatoria que dispensa no puede ser aplicada, porque las causas y sujetos hipotéticamente responsables pueden ser más variados que en la construcción *ex novo* de un edificio<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> La STS de 19 de febrero de 1959 (RJ 486) señaló: *“...la culpa por impericia profesional lo mismo puede darse cuando se levanta un edificio de nueva Planta que en el caso de la reparación de alguno de sus elementos esenciales, como lo es sin duda la cubierta llevada a cabo con exceso de carga, sin los cálculos apropiados y con el riesgo de un futuro desplome por rompimiento de las vigas y paredes maestras...”* Con gran claridad la STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 9099) se refiere a esta doctrina en los siguientes términos: *“El artículo 1591 hace mención a un edificio, cuyo concepto jurídico debe entenderse en sentido amplio, de conformidad con los artículos 389, 391, 1907 y 1908 del Código Civil, como ha declarado esta Sala al precisar que aquel precepto alcanza no solo a las nuevas construcciones, sino también a todas las que, por su importancia o trascendencia, supongan la transformación de otras subsistentes. En general, existe coincidencia entre la jurisprudencia y la doctrina científica en dicha materia y ambas entienden que habrá de tratarse de una obra inmueble por naturaleza o destino; plasmarse mediante obra nueva o refacción de parte importante de otra subsistente; estar destinada a una duración razonablemente larga; y, por último, poseer como objetivo la habitación humana u otro similar. Además, el texto legal no se refiere sólo a las nuevas construcciones, por lo que, como antes se ha expresado, las obras de refacción o reparación de un edificio preexistente están también incluidas en la definición, la cual es una solución adecuada dado que la reparación defectuosa puede también ocasionar la ruina”*.

GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.103, se refiere a *“la reconstrucción y a la reparación de una parte importante del mismo (muros maestros, techumbre) o a la elevación de nuevas plantas sobre un antiguo edificio”*; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 251-252, también incluye obras de modificación o reparación, considerando necesario fijar la entidad de estas últimas para que den lugar a la responsabilidad decenal; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 75, basándose en que tienen el mismo fundamento las obras de reparación, y en que la Ley no distingue. En el mismo sentido CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 121-123, admite la inclusión de las obras de reconstrucción y de reparación de importancia, como también RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, pp. 54-55; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 92; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 432; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 188.

<sup>50</sup> DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, ed. Tecnos, Madrid, 1975, p. 127, quien, comentando la citada STS de 19 de febrero de 1959 (RJ 486), defiende que de la garantía decenal quedan excluidos los trabajos de mera conservación o reparación.

<sup>51</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 31-32.

A pesar de la concepción, amplísima podríamos decir, de edificio, y salvo algunos autores que admitían que en el caso de obras provisionales se accionara si padecían ruina dentro de su plazo de duración<sup>52</sup>, la mayoría de la doctrina niega que les sea de aplicación el art. 1591.1º CC porque se considera que estaba previsto para obras de larga duración<sup>53</sup>, y acuden a la hora de juzgar su provisionalidad a su naturaleza<sup>54</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo también ha afirmado la necesidad de que la obra tenga carácter permanente o al menos una larga duración<sup>55</sup>.

Por otro lado, diversos autores incluían las obras prefabricadas en el ámbito del art. 1.591.1º CC, porque en ellas también concurre la adherencia permanente al suelo exigida por el art. 334.1º CC<sup>56</sup>.

Se ha discutido si el art. 1.591.1º CC se aplicaba a las obras menores, a lo que se mostraban contrarios algunos autores por exigir a las obras cierta entidad o importancia<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 74-75, permitía que se accionara dentro del plazo de diez años si la obra no tenía prevista una duración larga, pero sí superior a diez años, y dentro del plazo inferior de duración previsto para ellas, en el caso de que éste fuera inferior a diez años, y para LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 281, la temporalidad no impedía que se exigiera responsabilidad si la ruina sobrevenía dentro del tiempo de duración predeterminado de la obra.

<sup>53</sup> SALOM ANTEQUERA, o.c. nota 1, pp. 45-46, refiriéndose a postes de madera, kioscos desmontables, circos o teatros ambulantes; DE LA CÁMARA MINGO, o.c. nota 1, p. 545; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 243-244; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 119; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 320; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o. c. nota 18, pp. 89-90; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 188.

<sup>54</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 243; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 432; CASTRO BOBILLO, J. C., *Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Act. Civil 12 (2001), p. 421; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 160.

<sup>55</sup> Cfr. SSTs de 12 de mayo de 1979 (RJ 2839) y de 17 de diciembre de 1997 (RJ 9099).

<sup>56</sup> En tal sentido HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 253-259, señala que una cosa son las obras excluidas por Salom Antequera (véase nota 53) por no ser permanentes, y otra cosa son las viviendas prefabricadas en las que concurre la referida adherencia y están destinadas a larga duración. También incluyen las obras prefabricadas RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 102 y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 357.

<sup>57</sup> Como MUCIUS SCAEVOLA, o.c. nota 11, p. 88, aunque sostenía que el CC no autoriza diferencias, de tal modo que el art. 1.591 es aplicable *“a toda clase de construcciones, desde un simple cobertizo a un edificio público de grandes*

En cambio, otro sector ponía la atención en que el art. 1.591 CC no distinguía entre edificios mayores y menores<sup>58</sup>, criterio que asume el Tribunal Supremo al interpretar ampliamente la noción de edificio, como hemos tenido ocasión de ver, puesto que incluye construcciones que no son propiamente edificios<sup>59</sup>, o las obras de reparación. Además ha llegado a señalar en la STS de 22 de marzo de 2010 que no existe tal distinción en el precepto estudiado<sup>60</sup>.

Las instalaciones del edificio también se incluyen por la doctrina en el ámbito de protección del precepto, porque forman parte de aquél al ser bienes inmuebles por incorporación<sup>61</sup>. El mismo criterio mantiene el Tribunal Supremo extendiendo la aplicación del art. 1591.1º a las instalaciones de los edificios<sup>62</sup> y a los elementos de urbanización de los mismos<sup>63</sup>.

---

*dimensiones*”, las excluía, basándose en la sencillez de las mismas. CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 114-115 y 118, que se refiere como criterio básico para la noción de edificio a “*las construcciones inmobiliarias en cuanto obras de una cierta entidad, de cierta importancia*”, apreciando que la distinción viene justificada por el tiempo en que tardan en aparecer los vicios constructivos. Siguiéndole GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 90, señala que con este requisito de cierta importancia, de Cadarso, en buena medida se trasladaría a nuestro Derecho la distinción francesa entre obras mayores y obras menores.

<sup>58</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 242; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 73; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, pp. 154-155.

<sup>59</sup> Para RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 155, también se asume por el TS esta falta de distinción entre obras mayores y menores, al aplicar el art. 1.591.1º CC a muros (véase nota 48).

<sup>60</sup> (RJ 2410). Véase CORDERO LOBATO, E., *Comentario a la STS de 22 de marzo de 2010*, CCJC 85 (2011). Véase dicha sentencia extractada en epígrafe 7.3 de capítulo II.

<sup>61</sup> Cfr. art. 334.3º del CC. Entre los autores que incluían estas instalaciones, podemos citar a HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 246-247; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 319; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 90-91. CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 120 y 141, incluía estos elementos porque “*aun sin contribuir a la solidez del edificio, se integran en él y participan, con el edificio mismo, de la destinación a larga duración*”.

<sup>62</sup> Cfr. STS de 5 de marzo de 1984 (RJ 1200) sobre instalaciones de agua residuales; SSTs de 24 de febrero de 1979 (RJ 816), 20 de junio de 1995 (RJ 4934) y 4 de noviembre de 2002 (RJ 9630) sobre instalación de calefacción.

<sup>63</sup> Cfr. SSTs de 26 de marzo de 1988 (RJ 2478) sobre red de fontanería, y de 29 de noviembre de 1999 (RJ 9139) sobre calles de urbanización.

Por tanto, sintetizando como hace Cabanillas Sánchez<sup>64</sup>, se puede concluir de todo lo dicho que ha de tratarse de una obra inmueble por naturaleza o destino; plasmarse mediante obra nueva o refacción de parte importante; haber sido ejecutada para durar un tiempo razonablemente largo; y, por último, poseer como finalidad la habitación humana u otro similar.

### 1.3 El concepto de ruina

Sabido es que el art. 1591.1º del CC habla del edificio que “se arruinase”, razón por la que se ha de determinar el significado del término ruina. Pues bien, el DRAE<sup>65</sup> define el término ruina como “*acción de caer o destruirse algo*”.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretan la locución “*ruina*” de manera amplia incluyendo en la misma supuestos en los que no se produce el derrumbamiento del edificio<sup>66</sup>. Como botón de muestra, la STS de 29 de mayo de 1997<sup>67</sup> expone: “*el concepto de ruina... no es el restrictivo que significa destrucción de la obra, sino uno*

---

<sup>64</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p 432.

<sup>65</sup> Diccionario de la lengua española (22ª ed), Real Academia Española, 2001. Consultado en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.

<sup>66</sup> Expone DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, pp. 391-392, que no había dudas de que el precepto se refería a la ruina en sentido estricto, puesto que los viejos textos hablaban de derrumbamiento y el Código civil francés de perecimiento. Aunque la idea de que se negaba la solidez del inmueble y la buena ejecución de las obras, apuntaban hacia otras situaciones distintas, apareciendo así algunas dosis de ampliación en la jurisprudencia francesa de los años veinte, para incluir la ruina inminente o peligro de ruina.

Sobre los antecedentes históricos de la regulación de la ruina, desde el Digesto hasta el Proyecto del CC de 1851, véase FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 76; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 264 y ss.; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 390, y o.c. nota 1, pp. 8-9.

<sup>67</sup> (RJ 4117). Señala gráficamente RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 242, que en la interpretación del art. 1591 CC que hace el Tribunal Supremo entra toda la gama de acepciones del término ruina, desde las más estrictas, “*hasta los supuestos de hecho que en otro tiempo pudieron ser insospechados y que pueden suponer una serie de defectos graves que evidenciaban la ruina del edificio...*”. Cita como ejemplos, entre otros, humedades, mal funcionamiento de desagües, grietas en diversas partes.

*mucho más amplio, el de ruina funcional que alcanza o bien a toda la construcción o bien a parte o elementos de la misma, excediendo de imperfecciones corrientes”.*

Han sido bastantes los autores que se han mostrado partidarios de esta noción amplia de ruina<sup>68</sup>. Así, García Cantero y otros que le seguían<sup>69</sup> apreciaban que el texto legal era lo suficientemente elástico para ello.

Como justificación de la ampliación del término ruina se han esgrimido varios motivos. Así, se considera como razones que justifican la interpretación amplia del término ruina la armonización del art. 1.591 con los arts. 389, 1.907 y 1.909; la interpretación histórica del precepto; la tendencia del derecho comparado y, finalmente, razones de orden teleológico<sup>70</sup>.

En relación con esto último se sostiene la ausencia de una regulación legal de los defectos de la construcción, al margen de las acciones de

---

<sup>68</sup> GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, pp. 1.103 y 1.104; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 261-262; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 79 y ss; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 138; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal. Comentario a la STS de 1 de abril de 1977*, ADC 3 (1978), pp. 671 y 672; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, pp. 241 y 242; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, pp. 1.190-1.191; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 321-324; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 138 y ss; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 913; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, pp. 488-489; VICENTE DOMINGO, E., *Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código Civil?*, Act. Civil 37 (2000), p. 1.386. Expone la autora que son vicios de la construcción de carácter grave y excesivo que hacen que el edificio sufra importantes daños y deterioros con los que no tiene por qué correr el adquirente durante los diez primeros años.

<sup>69</sup> GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, pp. 1.103-1.104. Al que siguen HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 260, y FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 323, como también CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 131, en cuanto a la inclusión sin inconvenientes de la ruina parcial o riesgo de ruina, pero no así en cuanto a la ruina funcional, cuestión que ve más problemática, pero concluyendo afirmativamente (véase nota 79).

<sup>70</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 68, pp. 671 y 672; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 51. También FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 76 y ss., se basa en razones históricas, en el derecho comparado y en el argumento teleológico.

Sobre la evolución en el Derecho francés hasta llegar a incluir los defectos que hagan la obra impropia, y sobre el art. 1.669 del Código civil italiano, que incluye también los defectos graves, puede verse CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 131-135.

saneamiento por vicios ocultos reconocidas en los arts. 1.484 y ss. CC, con su breve plazo de seis meses previsto en el art. 1.490 CC, y que estas acciones no satisfacen el interés del adquirente de conseguir la reparación del edificio, e imponen otro régimen de prueba menos favorable<sup>71</sup>. Así, se mantiene abiertamente que la necesidad de protección inspira esta jurisprudencia<sup>72</sup>, y se pone de relieve que en muchas resoluciones judiciales aparece como justificación de estos fallos

---

<sup>71</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 392, afirma como razón de la ampliación que, para los defectos no ruinógenos en sentido estricto, la única norma de posible aplicación es la que considera el contrato de obra como un arrendamiento y la que en materia de arrendamiento remite a la compraventa, añadiendo el breve plazo de ejercicio de las acciones de saneamiento por vicios ocultos que, además, es de caducidad, y que ni la *quantum minoris* ni la redhibitoria satisfacen los intereses del adquirente, que son los de reparar (o.c. nota 1, pp. 7-8). Señala expresivamente (o.c. nota 4, p. 394), aludiendo a las acciones de saneamiento, que es evidente que en seis meses son muy pocas las cosas que se pueden descubrir. Además, expone el autor que a partir de la STS de 11 de noviembre de 1974 en la que por primera vez se impone la responsabilidad del art. 1.591 CC al promotor inmobiliario, los abogados se acostumbraron a invocar este precepto.

También se refiere a la insuficiencia de este plazo semestral CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad de los constructores en la Ley de Ordenación de la Edificación. Una aproximación a la nueva disciplina*, ECI 7 (2000), p. 9; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 364. Igualmente LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 191, alude a la ausencia de regulación legal explícita de los vicios o defectos de la construcción, lo que hace que se comprenda la tendencia a incluir el mayor número posible de supuestos en el concepto de ruina. SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 119, se refiere a los problemas de prueba que plantean los otros regímenes de responsabilidad, sosteniendo que en caso de que no se acogiera la interpretación amplia del art. 1.591 se tendría que acudir a la responsabilidad contractual, arts. 1.101 y ss. del Código civil, a la responsabilidad extracontractual de los arts. 1.902 y ss., o al régimen de saneamiento por vicios ocultos, debiéndose probar la relación de causalidad y la actitud negligente de los demandados, lo cual resultaría muy difícil. RUIZ-RICO RUIZ o.c. nota 1, p. 13, expone que de lo contrario el resto de defectos no constitutivos de ruina parcial o total, quedarían sin regulación legal al margen de la muy deficiente disciplina de saneamiento por vicios ocultos.

<sup>72</sup> Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 488, afirma que la jurisprudencia está, entre otras cosas, para adaptar una norma insuficiente a la realidad social actual y adaptarla en beneficio del perjudicado. También MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 38, alude a voluntad tuitiva del Tribunal Supremo frente a situaciones de desamparo. Por su parte, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 364, señala que tanto el régimen de saneamiento como el de responsabilidad contractual (donde el plazo es quincenal) ponían la insatisfacción del comprador a cargo del vendedor, quien en muchas ocasiones o era insolvente o desaparecía. También ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 51, alude a la necesidad de protección. TALMA CHARLES, J., en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 613, considera esta jurisprudencia como ejemplar, una espiritualización de los daños que ennoblece la ciencia jurídica.

que el edificio se destine a morada y, por tanto, resulte preciso que sea adecuado para el uso que le es propio<sup>73</sup>.

Concretamente la doctrina científica y el Tribunal Supremo han comprendido dentro del concepto de ruina los supuestos de ruina parcial, funcional y potencial.

En lo referente a la ruina parcial, ésta es admitida de forma unánime por la doctrina científica y por la jurisprudencia. La doctrina argumenta que el art. 1.591 CC no precisa si la ruina ha de ser total<sup>74</sup>, que el art. 1.907 CC contempla la ruina parcial<sup>75</sup>, y que las razones de protección son las mismas en caso de derrumbe del edificio que en caso de ruina parcial<sup>76</sup>. En cuanto a la jurisprudencia son innumerables los pronunciamientos que han aplicado el art. 1.591.1º CC a supuestos de ruina parcial de lo edificado<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 59-61, donde extracta, entre otras, las SSTs de 30 de septiembre de 1991 (RJ 6075), 19 de octubre de 2006 (RJ 6524), 30 de enero de 1997 (RJ 845) y 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233).

<sup>74</sup> Cfr. GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, pp. 1.103 y 1.104, sobre la elasticidad del precepto.

<sup>75</sup> Efectivamente establece el citado artículo: *“El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él...”*. Utilizaba este argumento SANTOS BRIZ, o.c. nota 10, p. 416.

<sup>76</sup> Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 80. En esta línea, DE LA CÁMARA MINGO, o.c. nota 1, pp. 545-546, señala que, *“reconocida la ruina parcial como causa de responsabilidad, estimamos que dentro de la misma caben multitud de posibilidades... y, en especial, todos aquellos menoscabos graves que no entrañen la ruina total...”*; MUCIUS SCAEVOLA, o.c. nota 11, p. 99, por su parte, expresa: *“para nosotros no es dudoso que el artículo se ha referido a la ruina en su sentido genérico, comprensivo del específico, a la ruina total y la parcial, al derrumbamiento de toda construcción o de los elementos sustanciales de la misma, o de una parte de ella...”*. También incluyen la ruina parcial autores como GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, pp. 1.103 y 1.104; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 79-80; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 260 y ss.; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 125-127; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 323; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 242, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 139-141.

<sup>77</sup> Como representativa de la inclusión de la ruina parcial, la STS de 17 de febrero de 1986 (RJ 683) señaló: *“la responsabilidad regida por el párrafo primero del artículo 1591 del Código Civil...aunque la ruina así entendida no afecte al edificio en su totalidad y se limite a una de sus partes esenciales, afectando bien a su solidez o a su utilidad...”*. Se pueden citar también las SSTs de 17 de julio de 1987 (RJ 5805), 16 de julio de 1992 (RJ 6623), 25 de enero de 1993 (RJ 356), 29 de marzo de 1994 (RJ



En la misma línea de ampliación, doctrina y jurisprudencia entienden incluidos dentro del concepto de ruina no sólo los supuestos de ruina total y parcial que están anclados en la idea de perecimiento físico de la obra<sup>78</sup>, sino también las anomalías que aunque no comprometen la propia existencia, solidez o estabilidad de la edificación, la afectan de tal modo que restan, dificultan o impiden la utilidad para la que fue construida, haciéndola impropia para el destino al que debería servir.

En este sentido, la doctrina española, basándose en la jurisprudencia y doctrina francesas, se mostró partidaria de incluir en el art. 1.591.1º CC supuestos en que la obra resulte inadecuada para el fin al que se destina<sup>79</sup>. Se trata, por tanto, de incidir en la idea de la falta de idoneidad del edificio que conlleva el defecto constructivo, o en los efectos del mismo sobre el uso adecuado de aquél, pero con exclusión de las imperfecciones corrientes de la obra<sup>80</sup>.

---

2531), 7 de febrero de 1995 (RJ 3130), 22 de mayo de 1995 (RJ 4090), 17 de diciembre de 1997 (RJ 9099), 15 de diciembre de 2000 (RJ 10445) y 4 de noviembre de 2002 (RJ 9630).

<sup>78</sup> Como pone de relieve GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 142.

<sup>79</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 87, y HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 261 y ss., quienes se refieren expresamente al término ruina funcional; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 130-141, incluye los defectos importantes que afecten a aquellos elementos de la obra que estén destinados a larga duración. El autor señala que el art. 1.591 *“admite una interpretación amplia, incluso extensiva, no limitada a los casos en que la solidez o estabilidad del edificio se vea comprometida”*. Como otros autores partidarios de esta ruina funcional, cabe citar a FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 321-324; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 142-143.

Este tipo de ruina funcional alcanzaría expreso reconocimiento legal en el Derecho francés por medio de la Ley 78-12, de 4 de enero de 1978, que reformó el art. 1.792 de su Código civil, haciendo responsable al constructor de los daños que afecten a uno de los elementos constructivos o de equipamiento y la hagan impropia para su destino.

<sup>80</sup> Así, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 139, excluye *“las imperfecciones de mínima importancia, aquellos defectos que, en fórmula tan reiterada por la doctrina, cabe esperar en una construcción”*; O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 489, define la ruina funcional como aquellos *“defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, comprenden los que hacen temer la pérdida del edificio o lo hacen inidóneo para cumplir con la finalidad que le es propia y también que inciden en la habitabilidad o el uso adecuado del edificio”*. En parecido sentido, ABASCAL MONEDERO, P. J., *La Responsabilidad por vicios en la construcción. Análisis del Art. 1.591 del Código Civil*, ed. Hispalex, Sevilla, 1999, p. 95, la define como *“aquellos*

Como origen de la ruina funcional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se cita como primera la STS de 20 de noviembre de 1959<sup>81</sup>.

Como ejemplos de defectos constructivos considerados como ruina por el Tribunal Supremo, siguiendo a Estruch Estruch<sup>82</sup>, pueden señalarse humedades, filtraciones y goteras<sup>83</sup>, caída de placas o losetas de fachada

---

*defectos graves que hagan temer la pérdida total o parcial del inmueble o que le hagan inútil para la finalidad que le es propia... así como aquellos otros, que por exceder de imperfecciones corrientes, configura una violación del contrato o inciden en la habitabilidad del edificio”.*

La STS de 27 de mayo de 2011 (RJ 3991) centra la atención en la idoneidad del edificio y en su utilidad, excluyendo las imperfecciones corrientes, en los siguientes términos: *“Es reiterada la jurisprudencia al precisar que el concepto de ruina funcional gravita en torno a la idoneidad de la cosa para su normal destino y al valor práctico de la utilidad y seguridad de una adecuada construcción. Los desperfectos y deficiencias existentes trascienden de meras imperfecciones corrientes, y hacen difícil o penosa la normal utilización y habitabilidad del inmueble, convirtiendo su uso en irritante o molesto, y en tal sentido han de ser reputadas deficiencias graves, constitutivas de vicios ruinógenos a los efectos de la responsabilidad decenal el artículo 1591 del Código Civil, en línea con el criterio o regla de juicio que cabe deducir de las sentencias de esta Sala (SSTS de 21 de marzo de 2002 ; 13 de febrero de 2007 ; 5 de junio 2008 ; 19 de julio 2010 )”.* Sobre la exclusión de las imperfecciones corrientes también puede verse la STS de 15 de octubre de 2012 (RJ 9346).

<sup>81</sup> (RJ 4452). HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 265 y ss; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 10, expone que a partir de esta sentencia se produce la recarga del art. 1.591, lo que termina llevando a la ruina funcional.

Se trataba de un supuesto de ejecución de unas soleras de hormigón sin el espesor pactado y la proporción de cemento convenida, en el que el TS no aceptó el recurso de los condenados que se fundamentaba en que la sentencia recurrida daba por inexistente la ruina. Señala la sentencia que el concepto de ruina a que se refiere el art. 1.591 CC *“no hay que referirla tan sólo a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar, es decir, el inmediato y actual derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino a un más amplio y lato contenido del arruinamiento, extensivo a la estimación de tan graves defectos de construcción que hacen temer la próxima pérdida de la misma, si inmediatamente no se sustituye, como impropia e inútil para la finalidad a que se destinó”.*

<sup>82</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 85-101.

<sup>83</sup> Sobre humedades: SSTS de 19 de julio de 2010 (RJ 6559), 10 de junio de 2010 (RJ 2672), 5 de junio de 2008 (RJ 3207), 20 de diciembre de 2006 (RJ 8226), 1 de diciembre de 2004 (RJ 2098), 6 de mayo de 2004 (RJ 134), 27 de junio de 2002 (RJ 5505), 21 marzo de 2002 (RJ 2853), 5 de marzo de 1998 (RJ 1575), 4 de octubre de 1996 (RJ 7035), 31 de marzo de 1992 (RJ 2311), y 22 de julio de 1991 (RJ 5407).

Sobre filtraciones: SSTS de 22 de octubre de 2012 (11064), 14 de mayo de 2008 (RJ 3067), 29 de noviembre de 2006 (RJ 9132), 2 de abril de 2003 (RJ 3001), 28 de mayo de 2001 (RJ 3437), 25 de julio de 2000 (RJ 6475), 9 de marzo de 2000 (RJ

o desconchados de la misma<sup>84</sup>, rotura de elementos constructivos<sup>85</sup>, defectos en elementos técnicos<sup>86</sup>, defectuosa estructura del edificio<sup>87</sup>, ausencia de elementos constructivos<sup>88</sup>, grietas y fisuras<sup>89</sup>,

---

1515), 21 de marzo de 1996 (RJ 2233), 21 de junio de 1986 (RJ 4769/1989), y 14 de julio de 1988 (RJ 5993).

Sobre goteras: SSTS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2100), 22 de mayo de 1995 (RJ 4090), y 11 de febrero de 1985 (RJ 4281).

<sup>84</sup> Cfr. SSTS de 24 de mayo de 2006 (RJ 3118) sobre desprendimiento de placas de fachada; de 4 de noviembre de 2004 (RJ 6654) sobre desprendimiento de algunas baldosas de las fachadas de los patios; de 6 de junio de 2002 (RJ 5254) sobre caída de placas de fachada; de 13 de noviembre de 1999 (RJ 8288) sobre desconchados en los revestimientos de las fachadas; de 25 de octubre de 1988 (RJ 7640) sobre la disgregación del mortero empleado para la trabazón y asiento de los ladrillos y demás elementos que configuren la fachada y revestimiento del edificio, y la disgregación y desmoronamiento de los ladrillos que recubren las fachadas y superficies exteriores.

<sup>85</sup> Cfr. SSTS de 28 de junio de 2005 (RJ 9690) sobre roturas de baldosas, fisuras de peldaños y desplome de escalera, entre otros defectos; de 12 de noviembre de 2003 (RJ 8296) sobre rotura de losetas de mármol en piscina y terraza circundante; de 12 de febrero de 2000 (RJ 821) sobre rotura de piezas que cubren la escalera común, y desprendimientos y roturas del alicatado de las viviendas.

<sup>86</sup> Cfr. SSTS de 13 de febrero de 2007 (RJ 735) sobre sistema de calefacción; de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007/399) sobre conductos de ventilación y evacuación de humos.

<sup>87</sup> Cfr. SSTS de 16 de diciembre de 2005 (RJ 2006\1222) sobre defectos estructurales, que agrupan grietas y fisuras en elementos estructurales, en tabiques, muros de cerramiento y en antepechos de terrazas de fachada, en galerías y en la cubierta; de 24 de septiembre de 2004 (RJ 6179) sobre defectuosa compactación de terrenos; de 8 de noviembre de 2002 (RJ 9833) sobre asiento diferencial de la estructura; de 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233) sobre merma de coeficientes de seguridad de los pilares del edificio ocasionando su falta de estabilidad y firmeza; de 18 de junio de 1998 (5064) sobre falta de vibrado del hormigón, recubrimiento de armadura en vigas y otros elementos estructurales, calidad deficiente del hormigón y otros defectos estructurales; de 2 de junio de 1998 (RJ 3754) sobre inadecuada estructura del edificio que produce agrietamientos de paredes y techos; de 30 de enero de 1996 (RJ 740) sobre hundimiento por falta de resistencia de estructura; de 13 de julio de 1987 (RJ 5461) sobre agrietamiento general con riesgo de colapso de la estructura.

<sup>88</sup> Cfr. SSTS de 5 junio de 2008 (RJ 3207) sobre ausencia de bateaguas que cobije el encuentro entre la cubierta de chapa de los miradores y el cierre de la fachada de mortero monocalca; de 12 de noviembre de 2003 (RJ 8296) sobre ausencia de juntas de dilatación en terraza; de 16 de noviembre de 2001 (RJ 9459) sobre falta de chimeneas de ventilación; de 5 de octubre de 1999 (RJ 7014) sobre ausencia de descalsificador; de 29 de diciembre de 1998 (RJ 10140) sobre falta el revestimiento pétreo en las fachadas y los dinteles de granito; de 5 de noviembre de 1992 (RJ 9198) sobre inexistencia de medias cañas en cámaras de aire; de 8 de octubre de 1990 (RJ

desprendimientos de azulejos u otros elementos constructivos<sup>90</sup>, mala ejecución de algunos elementos constructivos<sup>91</sup>, desplazamiento del pavimento<sup>92</sup>, y ruidos y vibraciones<sup>93</sup>.

---

7585) sobre humedades por la ausencia de canalillos de desagüe en algunas ventanas.

<sup>89</sup> Cfr. SSTs de 16 marzo de 2011 (RJ 2877) sobre grietas en interiores de viviendas y zonas comunes; de 19 de julio de 2010 (RJ 6559) y de 28 de abril de 2008 (RJ 2681) sobre grietas y fisuras; de 26 de octubre de 2006 (RJ 8821) sobre grietas en los paramentos verticales en sus aristas de unión con pilares de estructura y que permite ver a través de las mismas las naves colindantes; de 4 de noviembre de 2002 (RJ 9630) sobre grietas y fisuras en techos, paramentos y fachadas; de 25 de junio de 1999 (RJ 4560) sobre diversos agrietamientos; de 31 de enero de 1998 (RJ 355) sobre grietas y fisuras en la tabiquería, de 18 de octubre de 1996 (RJ 7162) sobre grietas y fisuras en el acerado; de 22 de marzo de 1991 (RJ 2427) sobre grietas en las fachadas y en los muros perimetrales de la urbanización, de 17 de junio de 1985 (RJ 3276) sobre grietas en los muros de las edificaciones.

<sup>90</sup> SSTs de 25 de octubre 2006 (RJ 6707) sobre desprendimientos y abombamientos de alicatados y azulejos de baños y cocinas; de 27 de febrero de 2003 (RJ 2515) sobre desprendimiento generalizado de los azulejos en los alicatados y el abombamiento y desprendimiento de las baldosas en los suelos del edificio; de 16 de abril de 2001 (RJ 5278) sobre numerosas grietas y desconchones en el pavimento, desaparición del mismo en numerosos lugares, dejando al descubierto la capa de mortero; de 16 de noviembre de 1996 (RJ 8262) sobre desprendimiento de azulejos; de 23 de julio de 1994 (RJ 6775) sobre desprendimiento de zócalos; de 12 de diciembre de 1990 (RJ 1999) sobre baldosas sin material de agarre; de 12 de diciembre de 1985 (RJ 6525) sobre abombamiento y desprendimiento de azulejos.

<sup>91</sup> SSTs de 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003/337) sobre deficiente tratamiento de impermeabilización; de 14 de mayo de 2002 (RJ 4443) sobre deficiencias de compactación de la explanada con desperfectos en la red de abastecimiento de agua; de 3 de marzo de 1995 (RJ 1777) sobre encharcamiento de pavimento de garaje por falta de nivelación y espesor de la solera; de 31 de mayo de 1995 (4103) sobre defectuosa ejecución de la junta de dilatación del techo del garaje; de 29 de septiembre de 1993 (RJ 6659) sobre la mala ejecución de la instalación de tuberías porque están en contacto directo con el yeso del enlucido o con el mortero de cal, sin haberse protegido del ataque de ambos materiales, lo que ha generado una corrosión; de 24 de noviembre de 1988 (RJ 9040) sobre deficiente conexión de las cazoletas de los sumideros de aguas pluviales e incorrecto sellado de sus juntas.

<sup>92</sup> SSTs de 3 abril de 1995 (RJ 2930) sobre descensos de pavimento en el interior, tanto de la nave como de las oficinas; de 24 de enero de 1989 (RJ 120) sobre hundimiento de pavimento de cocina y aseo en diversos pisos.

<sup>93</sup> SSTs de 15 de noviembre de 2005 (RJ 7631) sobre la falta de colocación de aislante termo-acústico; de 4 de noviembre de 2004 (RJ 6654) sobre deficitario aislamiento acústico y térmico; de 16 de noviembre de 2001 (RJ 9459) sobre deficiencias en el aislamiento acústico de las viviendas; de 10 de marzo de 1993 (RJ 1829) sobre ruidos y vibraciones.

La mayoría de la doctrina ha aplaudido la jurisprudencia recaída en torno a la ruina por razones de protección de los perjudicados por ella<sup>94</sup>. No obstante, la ampliación del concepto de ruina por parte de la jurisprudencia también ha merecido críticas desde un punto de vista técnico, por producirse una descodificación o una creación de normas por medio de la jurisprudencia, lo cual ha llegado a reconocer el propio Tribunal Supremo<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 394, señala que frente al rigor de conceptos, el Tribunal Supremo, como todo tribunal, prefiere la justicia de la causa; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 488, alude a la adaptación de una norma insuficiente en beneficio del perjudicado. Este autor, a pesar de reconocer que por medio de la jurisprudencia se ha dicho lo que nunca dijo no quiso decir el Código civil, afirma que no es una crítica sino una alabanza; LASARTE ALVÁREZ, o.c. nota 2, p. 263, califica el criterio del Tribunal Supremo de absolutamente indiscutible, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 364, no deja de reconocer que, desde el punto de vista de la protección de los compradores, los resultados de la jurisprudencia, en general, han sido satisfactorios. También pueden verse RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 11, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 38.

<sup>95</sup> Así ALONSO PRIETO, L., *Las acciones de saneamiento en la compraventa de edificios*, RDP 3 (1971), p. 254, sin dejar de considerar irreproachable esta doctrina desde el punto de vista de su justicia intrínseca, la considera muy discutible en el aspecto rigurosamente técnico; GARCÍA CANTERO, G., *Nota a la STS de 20 de diciembre de 1985*, ADC 2 (1987), p. 768, considera que el corpus de soluciones que ha elaborado la doctrina jurisprudencial es audaz lo que, no obstante, no significa que se haya llegado a consecuencias imprudentes; CARRASCO PERERA, A., *La insistente recurrencia de un falso problema: ¿está derogado el art. 1591 del Código Civil?*, AJA 454 (2000), p. 3, afirma que la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por ruina es un conjunto de reglas que se construyen *praeter legem*, y que la jurisprudencia jamás realizó una interpretación del art. 1.591, no siendo el mencionado artículo más que un modo simplificado de citar una determinada doctrina jurisprudencial; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, pp. 3-4, habla de descodificación por vía jurisprudencial; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 364, de una laguna legal impropia que hizo que el art. el 1.591 adquiriera un contenido normativo que, en su origen, no estaba llamado a tener, citando la STS de 22 de junio de 2001 (RJ 5074) en la que el TS declaró la existencia de defectos estéticos en el pavimento; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 11, habla de verdadera creación de normas jurídicas, sin suficiente apoyo ni en la norma ni en principios el derecho de obligaciones; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 18, considera que se trata de una jurisprudencia más creativa que interpretativa, apreciando que se va más allá de lo que autoriza el art. 1 del CC, al establecer la doctrina legal simplemente como fuente complementaria.

La STS de 30 de septiembre de 1991 (RJ 6075) reconoce que se trata de una jurisprudencia interpretadora y constructiva: *“En este sentido el artículo 1591, del Código Civil, establece el ámbito jurídico adecuado y preciso, para el encuadre de la responsabilidad decenal que se demanda, toda vez que si bien el precepto emplea el*

También se ha criticado esta doctrina por conllevar una excesiva ampliación del concepto de ruina<sup>96</sup>. Concretamente, se sostiene que la noción de ruina manejada por el Tribunal Supremo ha conllevado un vaciamiento de la responsabilidad contractual. En este sentido, Díez-Picazo señala que el art. 1.591.1º CC se ha convertido en el cajón de sastre en que cabe todo lo que en un momento dado quiera considerarse como vicio ruinógeno, y que se debería trasladar cada cosa a su sitio, distinguiendo los defectos frente a lo que es ruina en sentido estricto, llevando los primeros al ámbito de la responsabilidad contractual, porque en definitiva la ruina funcional no es ruina<sup>97</sup>.

---

*vocablo ruina, la jurisprudencia interpretadora y constructiva de esta Sala...lo ha adaptado a la realidad social presente”.*

<sup>96</sup> GARCÍA CONESA, A., *Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación*, RJC 2 (2001), p. 357, considera que se ha llevado la *lex artis* hasta nuevas fronteras; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.139, habla de extremada amplitud del concepto de ruina, siendo muy forzado que el concepto de ruina funcional esté en el espíritu del artículo 1.591; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 52-53, expone que la jurisprudencia ha realizado una labor, a veces discutible, de ampliación e integración de conceptos, por incluir imperfecciones constructivas menores. Se habla de jurisprudencia exagerada, forzada y de un exceso interpretativo por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La falsa identificación entre el régimen de responsabilidad civil por vicios o defectos de construcción y la versión legal y jurisprudencial del régimen de responsabilidad por ruina del edificio*, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, II, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 4.590.

<sup>97</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 10, y o.c. nota 4, p. 393. Expone el autor que desde los años ochenta el Tribunal Supremo empieza a hablar de vicios ruinógenos, los cuales, pese a su nombre, no son defectos de la construcción que, como los genes, incorporan la posibilidad de que en el futuro exista la ruina, sino defectos de alguna entidad en la construcción de las obras. En el mismo sentido, HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 190, habla de desmesurada extensión del término ruina, y defiende que lo que no es ruina estructural es incumplimiento contractual; y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 39, también reprocha que se han incluido “*supuestos de escasa relevancia que no debían ir más allá de una simple violación del contrato*”, citando la STS de 22 de junio de 2001 (RJ 5074) que calificó como ruinógeno un defecto, según la autora, de carácter puramente estético como es la pavimentación con baldosas de diferente color y con tamaño de áridos o granos distintos, proponiendo la autora reconducir el supuesto al ámbito de las acciones contractuales por defectuoso cumplimiento de contrato de obra con plazo de prescripción de 15 años (o.c. nota 14, pp. 39-40). En parecido sentido puede verse ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 101-102, quien añade que el Tribunal Supremo mezcla los defectos que no son ruina, ni incluso conforme a la concepción amplia de

Igualmente se reprocha que la inclusión de defectos que implican inutilidad para su habitabilidad, y que pueden no afectar a la solidez del edificio, supone distorsionar la letra del art. 1591.1º CC<sup>98</sup>.

Tampoco se valora positivamente que esta jurisprudencia conlleve aplicar idéntico plazo decenal de garantía a todos los defectos constitutivos de ruina funcional<sup>99</sup>, y que se apliquen a éstos las presunciones propias del art. 1.591 CC, con la consecuente dificultad de probar que el origen de los daños se encuentra en el mero desgaste o falta de mantenimiento<sup>100</sup>.

Además, se critica que en ocasiones el Tribunal Supremo incluye dentro del concepto de ruina defectos que exceden de imperfecciones corrientes, sin precisar si es necesario o no que sean constitutivos de ruina funcional o futura, así como que dicha expresión resulta muy maleable puesto que permite incluir cualquier supuesto porque habrá violación del contrato de obra aunque no haya ruina física actual ni haga temer por la pérdida de la edificación o la haga gravemente incómoda, inútil o impropia para su finalidad<sup>101</sup>.

---

la misma, con otros que sí, condenando por todos ellos con base en el art. 1.591.1º, por razones de economía procesal. Cita el autor la sentencia de 4 de noviembre de 2002 (RJ 9630) que con claridad señala *“No obsta a la congruencia que alguno de los vicios o defectos constructivos denunciados carezca de la gravedad precisa para ser calificado, en su individualidad, de constitutivo de ruina potencial o funcional, pues concurriendo ésta en otros defectos, dichas imperfecciones menores forman con las restantes un conjunto determinante de una apreciación unitaria”*. Por su parte, SALA SÁNCHEZ, P., *El art. 1.591 CC y la LOE*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 564-565, reprocha que el Tribunal Supremo haya jugado indistintamente con lo que son responsabilidades derivadas del incumplimiento contractual y lo que son responsabilidades *ex lege*. Considera el autor que las primeras deberían encontrar su natural fundamento en los arts. 1.091 y 1.098 CC y, principalmente en el art. 1.101; y las segundas en el art. 1.591.

<sup>98</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 495. Añade el autor que no sería una interpretación, sino una ruptura del precepto.

<sup>99</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 13, pone de relieve que se ha degenerado en una casi total catalogación como ruínógeno de cualesquiera defectos constructivos, con el mismo plazo de garantía, lo cual, en su opinión, no parece de recibo.

<sup>100</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 39.

<sup>101</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 65-79, quien pone de manifiesto cómo la expresión *“defectos de la construcción que por exceder de imperfecciones corrientes,*

También se ha reprochado a esta jurisprudencia una falta de coherencia en tanto que se aprecia una delimitación caso por caso del concepto de ruina en función de si se cree o no razonable condenar también, junto al promotor, a los técnicos<sup>102</sup>; y porque en ocasiones el mismo defecto es considerado como ruinógeno y en otras no, como

---

*configuran una violación del contrato de obra” se han convertido en una frase hecha, profusamente utilizada como equivalente al concepto de ruina, ampliación del art. 1.591 CC, que para el autor no se puede justificar porque no tiene límite, dado que toda imperfección constituirá una violación del contrato de obra. Se refiere el autor a las SSTS de 21 de junio de 1999 (RJ 4390), 15 de junio de 1990 (RJ 4761), 30 de octubre de 1986 (RJ 6021) y 9 de mayo de 1983 (RJ 2674). Efectivamente, la primera señala: el concepto de ruina en este aspecto del artículo 1.591 del Código hay que entenderlo a tenor de constante y pacífica jurisprudencia como no sólo reducida al supuesto de derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato de obra...”. Así, el autor considera, por ejemplo, que un defecto de desprendimientos de azulejos sólo entrará en el art. 1.591 CC si afecta a la habitabilidad del inmueble o a la consideración de obra propia y útil para la finalidad a la que se destina, en contra de lo que ha entendido el TS en sentencias de 16 de noviembre de 1996 (RJ 8262) y 3 de marzo de 1995 (RJ 1777) en las que considera además del desprendimiento de azulejos, la mala colocación de carpintería de aluminio y el abofamiento de pintura exterior, respectivamente.*

No obstante, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 66-70, reconoce otras dos líneas jurisprudenciales: una, en las que los defectos se relacionan con los conceptos de ruina futura o funcional; y otra, en la que el Tribunal Supremo contrapone los defectos que exceden de imperfecciones corrientes, a aquellos que provocan ruina funcional o potencial. En cuanto a la primera línea, el autor se refiere a las SSTS de 2 de abril de 2003 (RJ 3001), 17 de diciembre de 1997 (RJ 9099), 16 de julio de 1992 (RJ 6623), 13 de julio de 1990 (RJ 5858), 4 de diciembre de 1989 (RJ 8793) y 17 de julio de 1987 (RJ 5805). La primera de ellas señala: “el concepto de ruina...ha evolucionado en la doctrina jurisprudencial, extendido y ampliado a aquellos defectos que por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, viniendo a significar meros defectos constructivos determinantes del concepto de ruina funcional, al hacerse la edificación inútil para el fin que le es propio o, como señaló la de 21 de marzo de 1996, los vicios que impidan el disfrute, la normal utilización y habitabilidad y cuya inutilidad se acrecienta”. Y sobre la segunda línea, se citan las SSTS de 4 de marzo de 1998 (RJ 1039) y de 30 de diciembre de 1987 (RJ 2490). Se aprecia la distinción en la primera de ellas que dice: “La doctrina que reiteradamente ha venido manteniendo esta Sala para perfilar el concepto de ruina, abunda en la idea de separarle de una interpretación literal, identificativa con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él a aquellos graves defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como a aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio”.

<sup>102</sup> CARRASCO PERERA, A., (Conferencia inaugural) *La jurisprudencia post-LOE. ¿Ha cambiado algo en el régimen de la responsabilidad por ruina?*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, ed. CPGJ, Madrid, 2004, p. 35.



ocurre con los supuestos de desprendimientos de azulejos, grietas y humedades<sup>103</sup>.

Pero es más, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de diciembre de 1991 llega incluso a decir que dentro del concepto legal de ruina se comprenden también “*las imperfecciones corrientes*”<sup>104</sup>, cuando, como hemos expuesto, el propio Tribunal alude constantemente a defectos que exceden de imperfecciones corrientes.

Por otro lado, doctrina y jurisprudencia han incluido dentro del concepto de ruina, tanto la ruina actual como la futura o potencial, esto es, aquellos

---

<sup>103</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 101-107, quien pone como ejemplos, entre otros, los supuestos de desprendimientos de azulejos y de grietas y humedades. Cita el autor las SSTs de 16 de noviembre de 1996 (RJ 8262) que además de condenar por desprendimiento de azulejos lo hace por mala colocación de carpintería de aluminio, y de 3 de marzo de 1995 (RJ 1777) que igualmente no sólo condena por desprendimiento de azulejos, sino que incluye el “abofamiento” de la pintura exterior, y en contraste la de 23 de febrero de 1983 (RJ 1068) que no consideró constitutivos de ruina las grietas que presentaba la fachada y las humedades en varios pisos, y la sentencia de 29 de noviembre de 1993 (RJ 9145) que no calificó como ruina el reiterado desprendimiento de ladrillos de las fachadas. No obstante, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 49, ha intentado justificar estos pronunciamientos dispares en que se trata de vicios que se encuentran en una zona fronteriza.

En referencia al supuesto de desprendimiento de azulejos, conviene señalar que son varios los autores que se muestran contrarios a su calificación como ruina. Es el caso de CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria. Responsabilidad del Promotor. Legitimación de los subadquirentes de pisos en régimen de propiedad horizontal. Legitimación del presidente de la Comunidad de Propietarios Comentario a STS de 3 de octubre de 1979*, ADC 1 (1980), p. 204, quien considera que por muy ampliamente que se haya entendido el término “ruina”, el desprendimiento de los azulejos de las terrazas de los pisos no da lugar a la aplicación del citado artículo. En parecido sentido, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 74 y 103, salvo que afecte a la habitabilidad del inmueble o a la consideración de obra propia y útil para la finalidad a la que se destina.

<sup>104</sup> DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, pp. 67 y 68. (RJ 9715). Señala la sentencia: “...respecto del concepto de ruina, la Sala igualmente, ha señalado con meridiana claridad, como recuerda la S 19-10-1990 (RJ 1990\7983), que dentro del concepto legal de ruina que establece el art. 1591 del Código Civil, no sólo se ha de comprender la destrucción total o parcial del edificio, sino también las imperfecciones corrientes que sufre una obra que suponen defectos constructivos y hacen surgir la figura de la «ruina funcional». En parecido sentido SALA SÁNCHEZ, o.c. nota 97, p. 563, citando la STS de 21 de marzo de 1996 (RJ 2233) en la que se llega a afirmar: “La más moderna doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre el concepto de ruina en proyección de progresiva, entiende que concurre cuando se genera estado de imperfecciones corrientes y derivadas del uso normal de las cosas (Sentencias de 25 enero 1993 [RJ 1993\356], 29 marzo 1994 [RJ 1994\2531] y 13 octubre 1995)...”.

defectos que provocarán con el paso del tiempo la ruina del edificio, esto es, los supuestos de peligro de derrumbamiento o deterioro progresivo<sup>105</sup>. Así, la doctrina se mostró a favor de la inclusión de esta ruina futura, no dudándose en afirmar que se encuentra en el art. 1.591.1º CC<sup>106</sup>.

Además, esta ruina futura no sólo se refiere a la ruina física, sino también a la ruina funcional, lo cual se observa en la STS de 20 de noviembre de 1959<sup>107</sup> cuando expresa *“que hagan temer la próxima pérdida de la misma si inmediatamente no se sustituye, como impropio o inútil, para la finalidad a la que se destinó”*.

En línea con lo anterior, del concepto de ruina funcional se ha pasado a un concepto más amplio aún, como expone Díaz de Lezcano<sup>108</sup>, que el Tribunal Supremo denomina en las sentencias de 13 de octubre de

---

<sup>105</sup> En tal sentido cabe citar SSTs de 16 de julio de 2009 (RJ 6472), 5 de junio de 2008 (RJ 3207), 17 de diciembre de 1997 (RJ 9099) 15 de mayo de 1995 (RJ 4237), 12 de febrero de 1988 (RJ 941), 31 de octubre de 1979 (RJ 3462). Esta última señala *“la ruina a que esta disposición se contrae no hay que referirla tan sólo a lo que en sentido riguroso y estricto, y conforme al significado usual y gramatical de la misma, pudiera implicar, o sea, al inmediato y actual derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino a un más alto y amplio contenido del arruinamiento, extensivo a la estimación de tan graves defectos de construcción que puedan determinar la pérdida del edificio, de no ser oportunamente reparados, haciéndola impropia o inútil para la finalidad a que se destina, y así lo tiene declarado la doctrina jurisprudencial de esta Sala en sentencias, entre otras, de 20 noviembre 1959 (RJ 1959\4452), 5 mayo 1961 (RJ 1961\2310), 28 noviembre 1970 (RJ 1970\5249 ), 27 febrero 1975 (RJ 1975\729) y 10 diciembre 1976 (RJ 1976\5376)”*.

El Tribunal Supremo, admite la ruina futura a partir de sentencia de 20 de noviembre de 1959 (RJ 4452) como señala DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 392.

<sup>106</sup> Cfr. SANTOS BRIZ, o.c. nota 10, p. 416; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 260-261; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 127-130, quien señala como antecedente el Código italiano de 1865 que contemplaba el evidente peligro de ruina, y que sigue constando en el art. 1.669 del Código de 1942; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 322-323; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 141, hacía referencia a que bastaba con que la edificación *“adolezca de tales anomalías constructivas que éstas, conforme al curso normal de las cosas, permitan prever razonablemente la destrucción de la edificación en un momento posterior...”*; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 913; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 62; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1137, para el que la ruina potencial *“cabría en el espíritu del art. 1591”*; SALA SÁNCHEZ, o.c. nota 97, p. 562, quien pone de relieve que *«el concepto de ruina... es el de “ruina real”, o, lo que es lo mismo, la que abarca tanto el peligro próximo de derrumbamiento de una construcción, como el resultado de abatimiento producido»*.

<sup>107</sup> (RJ 4452).

<sup>108</sup> DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 67.

1994<sup>109</sup> y 15 de mayo de 1995<sup>110</sup> como “ruina funcional progresiva” por exceder los defectos en la construcción de las imperfecciones corrientes y derivadas del uso normal de los bienes, y representar una situación de riesgo por la pérdida o deterioro del edificio hasta el punto de que, sin perjuicio de la situación de peligro potencial, configuran una violación del contrato e inciden en su habitabilidad<sup>111</sup>.

## 1.4 Clases de vicios que contempla

### 1.4.1 Vicios manifestados tras la terminación de la obra y su carácter oculto o aparente

El art. 1.591 CC, a diferencia del Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”<sup>112</sup>, no regula los vicios de lo edificado

---

<sup>109</sup> (RJ 7547). Señaló la misma: “Los defectos de referencia se encuadran en el concepto de ruina funcional progresiva, por exceder de imperfecciones corrientes y derivadas del uso normal de los bienes [Sentencias de 23 diciembre 1991 (RJ 1991\9477), 25 enero 1993 (RJ 1993\356) y 29 marzo 1994 (RJ 1994\2531), entre muchas más], ya que, aparte de hacer difícil su adecuada habitabilidad, representan una situación de riesgo por la pérdida o deterioro de la casa hasta el punto de que, sin perjuicio de la situación de peligro potencial, también resalta muy directa y eficientemente que se llegue a estado en que la construcción devenga en inútil para las finalidades que le son propias”.

<sup>110</sup> (RJ 4237): “...lo que ha venido configurando la doctrina jurisprudencial elaborada por esta Sala de casación civil sobre el concepto de ruina funcional progresiva, aplicable a supuestos como el de autos, en cuanto, aparte de dificultar la utilización y habitabilidad, se manifiesta generando situación de riesgo potencial de llegar a hacer inútil la edificación, lo que acrecienta el transcurso del tiempo, si no se adoptan las medidas correctoras necesarias, adecuadas y efectivas”.

<sup>111</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 128, se hace eco igualmente de dicho tipo de ruina citando la sentencia de 13 de diciembre de 2007 (RJ 2008/329) que pronunció: “Dichos defectos no deben producirse necesariamente en dicho momento, bastando la mera constatación del riesgo potencial de pérdida de la función propia del bien, lo que resulta determinante de la necesidad de la realización de las obras de reparación y rehabilitación”.

<sup>112</sup> BOCG. V Legislatura. Serie A. Congreso de los Diputados, núm. 58-1, de 12 de abril de 1994, Proyecto de Ley 121/43. Cfr. art. 1.596 CC según redacción dada por dicho proyecto, que permitía al comitente requerir durante la ejecución la

manifestados durante la construcción, sino los exteriorizados tras la finalización de la ejecución, como se deriva de su texto, al señalar el plazo de diez años *“contados desde que se concluyó la construcción”*.

La doctrina mayoritaria es contraria a la aplicación del precepto a los vicios manifestados durante la ejecución, derivándolos al régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual o al de responsabilidad extracontractual, según sea el perjudicado el comitente o un tercero<sup>113</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, aunque algunas resoluciones han considerado la aplicación del art. 1.591 CC a los vicios manifestados durante la ejecución, la gran mayoría de las sentencias no la admiten<sup>114</sup>.

Relacionada con la anterior, otra cuestión de interés es la referida a si los vicios ruinógenos que contempla el art. 1591.1º CC han de ser ocultos a la finalización de la obra, esto es, si se exonera el constructor de los

---

subsanación de los defectos advertidos, y en caso de que los requerimientos no fueren atendidos, resolver el contrato de obra.

<sup>113</sup> Así, entre otros, DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 68, siguiendo a CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 352, advierte que será necesario acudir al régimen general de la responsabilidad por incumplimiento contractual (arts. 1.096, 1.098, 1.101 y 1.124 del CC) si el perjudicado es el comitente, y al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 del CC) si el perjudicado es un tercero. En el mismo sentido MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 75, y SEIJAS QUINTANA, J. A., *Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico*, en *El desarrollo de la Ley de Ordenación de la Edificación. Código Técnico de la Edificación*, dir. por J. A. Seijas Quintana y C. Alvira Duplá, ed. CGPJ, Madrid, 2008, p. 333. En parecido sentido puede verse ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 51, que siguiendo a MARTÍNEZ MAS, F., *La recepción en el contrato de obra*, ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 99, considera más adecuado acudir a las acciones generales de incumplimiento, pudiendo optar por la subsanación de los defectos o incluso, si los vicios son de tal entidad, acudir a la resolución contractual.

Sin embargo, GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 419, admite el ejercicio de la acción aunque el vicio salga a la luz antes de la entrega.

<sup>114</sup> La admiten las SSTs de 17 de julio de 1990 (RJ 5890) y de 30 de octubre de 1994 (RJ 8001). En cambio la niegan las SSTs de 5 de junio de 1985 (RJ 3094), 7 de febrero de 1996 (RJ 951), 7 de mayo de 2001 (RJ 6897) y 11 de octubre de 2006 (RJ 6444). Esta última dispuso: *“por ello no se trata de que las dos acciones (art. 1.101 y 1.591) sean compatibles y acumulables en su ejercicio, sino que estamos ante una obra en construcción paralizada por la promotora en razón de las deficiencias observadas para la que se habilitan las acciones apoyadas en el cumplimiento defectuoso de contrato que posibilitó la construcción entre los distintos Agentes y la promotora”*. En el mismo sentido puede verse la sentencia de 24 de abril de 2012 (RJ 6096).

vicios aparentes, o si por el contrario, ampara también los vicios aparentes o manifiestos a la terminación de la obra, cuestión esta sobre la que el precepto guarda silencio<sup>115</sup>. Pues bien, el Tribunal Supremo sólo exonera al constructor de los vicios aparentes al tiempo de la recepción<sup>116</sup>, y la doctrina generalmente concede efectos liberatorios a la recepción de la obra en cuanto a los defectos aparentes que presente la misma, solución que se extrae de la regulación de la compraventa y se inspira en el derecho comparado, sobre lo que volveremos detenidamente<sup>117</sup>.

Sin embargo, es comúnmente admitido que el vicio oculto no es sólo el que permanece como tal, sino también el que siendo aparente, es oculto en sus consecuencias<sup>118</sup>.

Otro sector, integrado fundamentalmente por autores que rechazaban el carácter contractual de esta responsabilidad, niega que la recepción de la obra sin reservas por el comitente libere al constructor de los defectos aparentes, por el carácter de orden público de esta responsabilidad<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Por todos CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 143, y SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, p. 82.

<sup>116</sup> SSTs de 8 abril de 1983 (RJ 2108), 29 de noviembre de 1991 (RJ 8575), 16 de junio de 1994 (RJ 4927), 12 de julio de 1994 (RJ 6731) y 7 de diciembre de 1996 (RJ 9196). Para más referencias véase epígrafe 6.5 de capítulo VI.

<sup>117</sup> MANRESA, o.c. nota 1, pp. 708-709, quien señalaba que el carácter oculto hace que no se puedan entender renunciados los defectos, puesto que no se puede renunciar a algo que se desconoce; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, II-2, ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 145; SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, p. 81; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 435.

Sobre los motivos de esta liberación, véase epígrafe 6.5 de capítulo VI.

<sup>118</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 159; SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, p. 78; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 440; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.192.

<sup>119</sup> Se incidía por estos autores en que el carácter de orden público de esta responsabilidad conllevaba su desvinculación con el contrato de obra. En tal sentido, GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.104; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 84 y 85; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 85-101; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 295-296, aunque se refería sólo al caso de que la ruina afectase a la solidez y estabilidad del edificio; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 189.

Además, se argumentaba que el CC no distingue entre uno y otro tipo de defectos. Es el caso de FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 84 y 85; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 85-101.

También se ha discutido el ámbito subjetivo de esta liberación. Así, algunos autores entienden que el constructor y técnicos sólo se eximían de responsabilidad frente al comitente, sin que alcanzara dicha liberación a los sucesivos adquirentes de lo edificado, por ser ajenos al acto de recepción<sup>120</sup>. En otros casos se ha sostenido la aplicación de la jurisprudencia que declara la nulidad de las cláusulas por las que el comprador renuncia a la responsabilidad por defectos ruinógenos<sup>121</sup>. Sin embargo, otros autores abiertamente otorgan efectos generales a la recepción<sup>122</sup>.

#### 1.4.2 Vicios de la construcción, del suelo y de la dirección

Como sabemos, el art. 1.591.1º CC fija, de un lado, la responsabilidad del contratista si la ruina proviene de vicios de la construcción; y de otro, la del arquitecto si es debida a vicios del suelo o dirección<sup>123</sup>, por lo que

---

Igualmente este último autor se basaba en concordancias con los arts. 1.908 y 1.909 del CC, puesto que en el primero figura simplemente la expresión defectos de construcción, y en el segundo, una responsabilidad ante terceros, ajenos a la recepción; en que se responde por la función desempeñada, y no por el contrato suscrito; y en el Derecho francés.

También LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184, excluía de los efectos de la recepción la responsabilidad prevista en el art. 1.591 CC, aunque era partidario de su naturaleza contractual.

<sup>120</sup> Así GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 190, exponía que “*resulta absurdo, incluso peligroso, que un acto, como la recepción, ajeno al perjudicado efectivo, pueda decidir qué defectos estarán cubiertos y qué defectos quedarán excluidos de la responsabilidad decenal*”.

<sup>121</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 374-375, se basa en las SSTs de 13 de junio de 1984 (RJ 3236), 12 de febrero de 1988 (RJ 941) y 2 de octubre de 1992 (RJ 7516). Para un estudio más profundo de esta naturaleza indisponible de la responsabilidad, véase epígrafe 2 de Capítulo III.

<sup>122</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La recepción de la obra en el Código civil y en la Ley de ordenación de la edificación*, ADC 2 (2002), p. 612. Aunque refiriéndose a la Ley de ordenación de la edificación, es trasladable su opinión al ámbito del art. 1.591 CC.

<sup>123</sup> Sobre la falta de distinción histórica entre la figura del contratista y del arquitecto, porque éste era un personaje con pericia en la materia que al mismo tiempo era contratista, pueden verse Díez-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 9, y LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 176, el cual informa que los contratistas frecuentemente suministraban los planos de la obra.

se atiende a la causa generadora de la ruina<sup>124</sup>, y funciona el vicio como criterio de imputación de la responsabilidad<sup>125</sup>.

Pues bien, los vicios de la construcción, no en su sentido genérico, sino en el específico con que es utilizado en el precepto, que apunta a la actividad del constructor<sup>126</sup>, los podemos definir como aquellos que están relacionados con la ejecución de los trabajos y con los materiales empleados en la misma<sup>127</sup>.

Por su parte, los vicios del suelo aluden a que éste exige, debido a sus características, las cuales debe conocer el arquitecto<sup>128</sup>, la aplicación de unas determinadas soluciones técnicas para dar lugar a una construcción que cumpla los requisitos de solidez y estabilidad<sup>129</sup>. Por esta razón la

---

<sup>124</sup> Por todos, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 253; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 182; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 101; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 109.

<sup>125</sup> Entre muchos otros, CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 6; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, pp. 70-71; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 231; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 31.

<sup>126</sup> Por todos, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 262-263, señalando además que en sentido genérico sería imputable, en principio, a todos los intervinientes en la obra.

<sup>127</sup> En tal sentido, SALOM ANTEQUERA, o.c. nota 1, pp. 66-67; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 263-264; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 191; FERNÁNDEZ COSTALES o.c. nota 13, p. 289; ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 80 p. 104.

<sup>128</sup> Cfr. art. 1 del Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se dictan normas sobre la redacción de proyectos y la dirección de obras de edificación (BOE, 24 de marzo de 1971) que dispone: *“En los proyectos de obras de edificación de cualquier tipo se hará constar expresamente: A) En la Memoria y en el pliego de prescripciones técnicas particulares...Dos. Una exposición detallada de las características del terreno y de las hipótesis en que se basa el cálculo de la cimentación de los edificios. A estos efectos, el Técnico encargado de la redacción del proyecto podrá exigir previamente, cuando lo considere necesario, un estudio del suelo y subsuelo que formulado por Técnico competente, deberá ser aportado por el propietario o promotor”*.

<sup>129</sup> En dicho sentido, se pronunciaba GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 103, diciendo gráficamente: *“No puede, por tanto, hablarse propiamente de vicios del suelo, sino de edificios viciosamente contruidos sobre el suelo”*. En igual sentido, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 387, el cual reconoce por ello que la expresión vicios de suelo tiene un cierto sentido figurado. También CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 276, señalaba que se debe hablar de vicio de la cimentación.

doctrina mayoritaria y la jurisprudencia los ve como una especie de los defectos de proyecto de la obra<sup>130</sup>.

Por último, en cuanto a los vicios de la dirección, mientras unos autores los delimitan de los vicios del suelo en atención a que su causa se encuentra en la dirección de la obra<sup>131</sup>, otros consideran, dada la expresión del art. 1.591.1º CC (*“el arquitecto que la dirige, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección”*) que los vicios de la dirección comprenden tanto la fase del proyecto (vicios de suelo) como la fase de la dirección técnica<sup>132</sup>. Estos vicios de dirección abarcan la ejecución de la

---

<sup>130</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 277; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, pp. 213-216; LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 328; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, pp. 87-88; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 104; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 80. En esta línea ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 80, p. 102, los define como *“todos aquellos que se derivan de un estudio inexacto o incumplimiento de las características del terreno donde se levantará al edificación en relación con las condiciones específicas de ésta”*, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 112, *“como vicio del proyecto realizado por el arquitecto que no tuvo en cuenta las específicas características del terreno en relación con la obra que sobre el mismo se pretendía realizar”*. Se trata, por tanto, de vicios que se vinculan a la concepción de la obra como señalan CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 277, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 112.

En cambio, FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 271, los incluía además en los vicios de ejecución técnica.

Sobre la calificación de estos defectos del suelo como defectos de proyecto, entre otras, STS de 6 de noviembre de 2003 (RJ 8265) al señalar: *“un arquitecto debe conocer las condiciones del terreno sobre el que se construye, por lo que la ruina de lo que edifique sobre él a consecuencia del vicio del suelo, le hace responsable”*. Con mayor claridad, la STS de 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003/337) dispone: *“...cuando la ruina se debe a vicio del suelo, debe entenderse en sentido amplio como vicios del proyecto”*, y la de 15 de marzo de 2001 (RJ 3195): *“hay que tener en cuenta que dicho artículo 1591 del código civil distingue tres clases de vicios: de la construcción, de la dirección y del suelo; de estos dos últimos responsabiliza al arquitecto; del vicio del suelo es responsable por no haber tenido el debido conocimiento del mismo, sobre el que se va a edificar. El vicio es, en realidad, del proyecto, ya que para su confección se ha debido tener en cuenta necesariamente el asentamiento de la construcción. Conociendo el vicio, no ya es deber del arquitecto tomar medidas para evitarlo, sino no realizar la edificación si el vicio no es subsanable”*. Igualmente puede verse la STS de 18 de octubre de 1996 (RJ 7162) al señalar: *“es preciso tener en cuenta que el art. 1591 CC responsabiliza al primero por vicios del suelo (entendido en un sentido amplio como vicios de proyecto)”*.

<sup>131</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 281-282; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, pp. 266-280; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 131.

<sup>132</sup> En tal sentido NART, o.c. nota 12, p. 823; SANTOS BRIZ, o.c. nota 10, p. 417, para el que proyecto forma parte de la dirección de la obra, y GÓMEZ DE LA ESCALERA,



obra con incumplimiento del proyecto<sup>133</sup>, el control de los materiales<sup>134</sup>, y la falta de impartición de las instrucciones y órdenes adecuadas para que la obra llegue a ejecutarse correctamente<sup>135</sup>. Ello en línea con la definición de la dirección técnica de la obra que se contiene en el Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se dictan normas sobre la redacción de proyectos y la dirección de obras de edificación<sup>136</sup>.

---

nota 18, p. 109, para el que los vicios de la dirección abarcaría también los vicios del suelo, de acuerdo con la expresión referida del precepto.

<sup>133</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 267; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 110; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 54; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 132. En este sentido la STS de 3 de julio de 2000 (RJ 6877) es clara al señalar: *“por dirección de obra ha de entenderse, según el decreto de 17 de junio de 1977 ( RCL 1977, 2113 y ApNDL 713) , «la fase en que el arquitecto lleva a cabo la coordinación del equipo técnico-facultativo de la obra, la interpretación técnica, económica y estética del proyecto de ejecución, así como la adopción de las medidas necesarias para llevar a término el desarrollo del proyecto de ejecución, estableciendo las adaptaciones, detalles complementarios y modificaciones que puedan requerirse con el fin de alcanzar la realización total de la obra, de acuerdo con lo que establece el proyecto de ejecución correspondiente» y el Real Decreto de 23 de enero de 1985 ( RCL 1985, 295 y ApNDL 14172) define la dirección de obra como «la actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnicos, económicos y estéticos, coordinando a tal efecto las intervenciones de otros profesionales técnicos cuando concurran en la misma»”.*

<sup>134</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 267; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 111; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 55; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 132. Entre otras, SSTs de 7 de noviembre de 1989 (RJ 7857), 19 de diciembre de 1989 (RJ 8843), 28 de octubre de 1991 (RJ 7242), 5 de marzo de 1998 (RJ 1575) y 5 de abril de 2001 (RJ 3192).

<sup>135</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 267; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 112; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 54; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 132-133. STS de 10 de junio de 2004 (RJ 3822) sobre la falta de previsión en proyecto de canalización de aguas pluviales no subsanada en fase de ejecución por arquitecto director de la obra. También pueden verse SSTs de 22 de septiembre de 1994 (RJ 6982) y 9 de marzo de 2000 (RJ 1515).

<sup>136</sup> En la redacción dada por el RD 129/1985, de 23 de enero (BOE, 7 de febrero de 1985) a su artículo 3: *“1. La Dirección técnica de las obras es la actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnicos, económicos y estéticos coordinando, a tal efecto, las intervenciones de otros profesionales Técnicos cuando concurran en la misma. 2. Los Técnicos Directores de la obra tienen como función esencial velar por la adecuación de la edificación en construcción al proyecto y, a tal efecto, harán las comprobaciones oportunas del mismo, e impartirán al constructor las instrucciones precisas, suministrando gráficos, planos y cuantos datos sean necesarios para interpretar y llevar a la práctica las especificaciones de aquél. En consecuencia, tendrán obligación de asistir a la obra cuantas veces fuese necesario, de acuerdo con la naturaleza y complejidad de la misma”.*

Sin embargo, dada la aparición de la figura del arquitecto técnico o aparejador<sup>137</sup> como técnico también encargado de labores de dirección de la obra<sup>138</sup>, se planteó el problema de determinar quién es el responsable, lo que se resolvería mediante la atribución al arquitecto superior de la función de vigilancia general de la obra, y al arquitecto técnico de la inmediata<sup>139</sup>.

A pesar de que los agentes respondían de diferentes clases de vicios según el texto legal, ello nunca conllevó, por la propia naturaleza de las cosas, que la responsabilidad de uno liberara al otro, porque un daño podía provenir a la vez de varios tipos de vicios<sup>140</sup>. Así, al margen del supuesto de responsabilidad por la mala calidad de los materiales que, como veremos, conllevaba una responsabilidad múltiple<sup>141</sup>, los vicios de la

---

<sup>137</sup> Se estableció como titulación oficial mediante Real Orden de 24 de marzo de 1854.

<sup>138</sup> Cfr. con art. 1 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Arquitectos Técnicos (BOE, 20 de febrero de 1971) que dispone: *“Las facultades y competencias profesionales de los Arquitectos Técnicos serán las siguientes: A. Atribuciones en la dirección de las obras. Uno. Ordenar y dirigir la ejecución material de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando los trabajos de acuerdo con el proyecto que las define con las normas y reglas de la buena construcción y con las instrucciones del Arquitecto superior, director de las obras. Dos. Inspeccionar los materiales a emplear, dosificaciones y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación. Tres. Controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo. Cuatro. Ordenar la elaboración y puesta en obra de cada una de sus unidades, comprobando las dimensiones y correcta disposición de los elementos constructivos. Cinco. Medir las unidades de obra ejecutadas y confeccionar las relaciones valoradas de las mismas, de acuerdo con las condiciones establecidas en el proyecto y documentación que las define, así como las relaciones cuantitativas de los materiales a emplear en obra. Seis. Suscribir, de conformidad con el Arquitecto superior y conjuntamente con él, actas y certificaciones sobre replanteo, comienzo, desarrollo y terminación de las obras.*

<sup>139</sup> Por todos, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 199; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 136; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 280; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 158-159; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 123-124, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 133 y 135.

<sup>140</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 387, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 116.

<sup>141</sup> Véase SSTs citadas en nota 160.

construcción podrían ser demostrativos de un vicio de la dirección<sup>142</sup>, o los vicios del suelo podrían conllevar un vicio de la construcción<sup>143</sup>, o imputarse al director de la obra por no haber corregido los errores del proyecto<sup>144</sup>, o también al arquitecto técnico<sup>145</sup>.

Adentrándonos con mayor detalle en la responsabilidad del constructor, hemos de destacar que la misma viene inspirada por su obligación de producción de un resultado útil al comitente, con lo que sólo cumple obteniendo el resultado prometido<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> La STS de 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233) con abundante cita de otras, señala: *“El arquitecto técnico asume función de colaborador especializado de la construcción y las actividades de inspeccionar, controlar y ordenar la correcta ejecución de la obra le vienen impuestas por ley, siendo el profesional que debe de mantener más contactos directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo, conservando la necesaria autonomía profesional operativa; por lo que habiéndose establecido como hecho probado, defectuosa vigilancia y control y empleo de los materiales correctos, su responsabilidad concurrente se impone y así lo declara la jurisprudencia (Sentencias de 15-10-1991 [ RJ 1991\7449 ], 11-7-1992 [ RJ 1992\6281 ], 12-11-1992 [ RJ 1992\9397 ], 5-2-1993 [ RJ 1993\829 ] y 2-12-1994 [ RJ 1994\9394 ]), alcanzándole cuando se produce no sólo mala ejecución de la obra, sino además una defectuosa dirección de la misma (Sentencia de 22-9-1994 [ RJ 1994\6982 ]), extendiéndose a los mismos la responsabilidad del artículo 1591 (Sentencias de 14-10-1994 [ RJ 1994\7552 ] y 15-5-1995 [ RJ 1995\4237 ]) por razón de obra deficientemente ejecutada o en forma descuidada (Sentencias de 29-11-1993 [ RJ 1993\9183 ] y 2-2-1996 [ RJ 1996\1082 ])”*.

En la doctrina, por todos, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 266, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 116.

<sup>143</sup> En tal sentido, la STS de 23 de junio de 2003 (RJ 4253) ante la ausencia de estudio de las características del suelo, condenó al arquitecto pero también a la constructora porque el terreno no fue compactado en forma adecuada, señalando: *“...cuya responsabilidad es directa y personal si el daño proviene únicamente de vicio de la construcción, y solidaria con los demás agentes si se debe además a vicios del suelo o de la dirección”*. Pueden verse otros pronunciamientos en CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 288-290.

<sup>144</sup> En la doctrina, entre otros, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 284; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 270; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 131; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 56. En la jurisprudencia, entre otras, STS de 5 de diciembre de 1981 (RJ 5046) y STS de 10 de junio de 2004 (RJ 3822) referida en nota 238.

<sup>145</sup> Cfr. STS de 23 de junio de 2003 (RJ 4253) que condenó al arquitecto técnico porque si bien se trataba de un vicio del suelo, el mismo lo conocía y no hizo ninguna reserva al ejecutar la cimentación.

<sup>146</sup> En tal sentido CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 309, de ahí, como expone la autora, que hasta el momento del cumplimiento soporta el coste de destrucción de la

Concretamente, el constructor respondía si por apartarse del proyecto se generaban daños en la obra<sup>147</sup>. En cambio, no lo hacía si se sujetaba a él<sup>148</sup>, salvo los supuestos en los que se consideraba que los conocimientos con que contara, o debiera contar, le permitieran juzgar los errores del proyecto causante de los daños y conforme al cual ejecutó la obra<sup>149</sup>. Estos supuestos a los que aludimos, se refieren precisamente a la obligación de ejecutar la obra conforme a las reglas del arte de la construcción<sup>150</sup> o reglas de su arte o profesión, como las llaman Díez-Picazo y Gullón<sup>151</sup>.

---

obra por caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1.589 y 1.590 CC). Sobre su consideración como obligación de resultado, nos remitimos al epígrafe 1.1.

<sup>147</sup> Entre otras, SSTs de 12 de mayo de 1979 (RJ 2839), 23 de enero de 1985 (RJ 193), 9 de julio de 1985 (RJ 4134), 15 de julio de 1992 (RJ 1546), 13 de julio de 1993 (RJ 6014) y 23 de marzo de 1999 (RJ 2382). En la doctrina, pueden verse, entre otros, FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 291, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 130.

<sup>148</sup> En tal sentido pueden verse SSTs de 29 de diciembre de 1999 (RJ 9381) y de 23 de junio de 2004 (RJ 3634).

<sup>149</sup> Tal posición era mantenida por la jurisprudencia, entre otras, en SSTs de 22 de septiembre 1986 (RJ 4781), 15 de mayo de 1995 (RJ 4237), y 27 de febrero de 2003 (RJ 2515) que señaló: *“En efecto, la ejecución de un proyecto y la actuación profesional del arquitecto y del arquitecto técnico no eximen al constructor de la responsabilidad por la mala realización efectiva de la obra y, así, en el presente caso, en que el alcatado y el suelo presentan evidentes vicios que atentan a las mínimas normas de una buena construcción”*, y en la de 2 de octubre de 2003 (RJ 6451) que resolvió que *“sin que en ningún caso pudiera servirle de disculpa que se ajustó al proyecto porque... un constructor no puede llevar a cabo una obra que no responde a las exigencias de la finalidad a que ha de destinarse”*. También era la posición de la doctrina, entre ellos, HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 194; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 257. No obstante, hay que citar la STS de 1 de junio de 1998 (RJ 3749) que no consideró contratista al que había ejecutado la obra, parece por las peculiares circunstancias del caso, pues su actividad se limitó a construir lo que el propietario ordenaba, porque éste dirigía la obra y daba las órdenes *“erigiéndose en propietario y contratista”*.

<sup>150</sup> Por todos, FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 291; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 130; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.194. En tal sentido, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 162, identifica a estos vicios con cualquier incumplimiento de estas reglas del arte de la construcción. Véase para más referencias epígrafe 1.1, sobre la integración de las reglas del arte de la construcción en el contrato de obra.

<sup>151</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, o.c. nota 117, p. 141, quienes resaltan que la impericia, por ello, es sinónimo de culpabilidad. También hace sinónimo de la impericia el incumplimiento de la *lex artis* DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 70.

Igualmente el constructor debía sujetarse a las instrucciones impartidas por la dirección de obra<sup>152</sup> pero, de la misma manera que dijimos en cuanto al proyecto, en caso de que las instrucciones fueran incorrectas debía advertirlo puesto que de lo contrario incurría en responsabilidad<sup>153</sup>.

Dado que el constructor precisa de una plantilla de operarios que son los que en realidad ejecutarán la obra<sup>154</sup>, debe responder de los daños causados por sus dependientes de acuerdo con el art. 1.596 CC<sup>155</sup>, a los cuales se les negaba la legitimación pasiva<sup>156</sup>.

---

En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, p. 25, las define como “las normas, criterios o conocimientos generales dictadas por la técnica, y las máximas de la experiencia profesional que constituyen patrimonio común de todos lo que ejercitan una determinada actividad, y, en el contrato de obra, también los principios elaborados por la ciencia de la construcción”.

Sobre el papel de la *lex artis* en la responsabilidad estudiada, nos remitimos a la parte de este trabajo dedicada a la LOE, concretamente al epígrafe 1.2.2 de capítulo III.

<sup>152</sup> Entre otros, FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 291; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 130, y CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 310.

<sup>153</sup> SSTs de 26 de diciembre de 1995 (RJ 9399) que gráficamente dice que no puede escudarse en que “*hace lo que le mandan pues, de lo contrario, sobraría su mención entre los responsables de los daños que enumera el artículo 1591: siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas de los técnicos.*”; 8 de febrero de 1994 (RJ 836); de 3 de diciembre de 2008 (RJ 6946) que señaló: “*Esta Sala tiene declarado que “el contratista, como profesional que es en el ramo en que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se deben seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de la obra, salvando su responsabilidad, siempre que por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos*”. En el mismo sentido puede verse la STS de 3 de julio de 2008 (RJ 4365).

<sup>154</sup> Como afirma GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 218, la figura del constructor presupone una organización empresarial a la que es inherente una plantilla, más o menos numerosa y cualificada, de operarios y auxiliares que son quienes en realidad afrontan los trabajos de ejecución material de la obra.

<sup>155</sup> Entre otros, MANRESA, o.c. nota 1, p. 733; SALOM ANTEQUERA, o.c. nota 1, p. 66; GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.099; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 127; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 209; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1206, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 218.

Dispone dicho precepto: “*El contratista es responsable del trabajo ejecutado por la personas que ocupare en la obra*”.

<sup>156</sup> Así se extrae de la STS de 14 de febrero de 1991 (RJ 1267). En la doctrina, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 127, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 236.

También responde el contratista, con fundamento en dicho precepto, de los daños causados por los subcontratistas<sup>157</sup> contratados por él<sup>158</sup>, porque se entiende incluidos dentro del art. 1.596 CC tanto los trabajadores dependientes, como los no dependientes, como normalmente sucederá con los subcontratistas, porque todos ellos merecen la calificación de auxiliares<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> Cfr. SSTs de 22 de junio de 1996 (RJ 6607); 30 de diciembre de 1993 (RJ 9904) (aunque se refería a reclamación de cantidad realizada por la subcontratista) que expuso claramente: *"1596 del Código Civil, en cuanto se refiere a las personas que el contratista ocupare en las obras y no por sólo relaciones laborales y de servicios, sino todas aquellas con intervención constatada, pues el precepto no distingue y no procede interpretaciones restrictivas que afectan al acontecer normal en las relaciones jurídicas"*; 4 de junio de 2002 (RJ 7574) en un supuesto de resolución de contrato de obra instado por una comunidad de propietarios, señala: *"Ha de recordarse que esta Sala tiene declarado que no exime de responsabilidad la circunstancia de que se encomiende la ejecución de la obra a otro contratista, pues el art. 1596 C.c. hace responsable al contratista del trabajo efectuado por las personas que ocupare en la obra (S<sup>a</sup> 28 Septiembre 1987)"*. En el mismo sentido, puede verse, entre otras, la sentencia de 28 de septiembre de 1987 (RJ 6451) (aunque se refiere a una petición de resolución de contrato de obra ejercitada frente a un contratista por defectos constructivos, ante lo que el mismo alegó su falta de responsabilidad por asesorarse por un tercero y encargar la obra a otra entidad) en la que el Tribunal Supremo afirmó: *"sin que excuse su responsabilidad las circunstancias del asesoramiento técnico de un tercero o la de que encomendara la ejecución de la obra a otro contratista, pues como con acierto y justeza pone de relieve la sentencia recurrida, el artículo 1.596 del Código Civil hace responsable al contratista del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra"*.

Por todos, GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.099; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 231 y 232; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 291; LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 348; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 458; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 236.

<sup>158</sup> Aunque lo cierto es que, por definición, en caso contrario no existiría subcontrato, sino contrato realizado directamente entre el promotor y otro contratista, y es que, como dice la STS 10 de octubre de 1994 (RJ 7474) en un supuesto en que un promotor-constructor contrató con otra empresa la ejecución de determinada parte de la obra, citando la STS de 14 de febrero de 1991 (RJ 1267) *"la aplicación del artículo 1596 al caso de autos resulta infundada, ya que el contratista de que habla no tiene ninguna relación con la figura del promotor que cupiera entender incluida en el ámbito del artículo 1591, pues la responsabilidad de aquel contratista viene referida a la del trabajo realizado por las personas (empleados u operarios) que tuviese ocupadas en la obra que él, a su vez, hubiese contratado con el dueño de ella..."*.

<sup>159</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 458; Díez-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 18, entiende englobados en el art. 1.596 tanto a los trabajadores (cualquiera que sea su calificación profesional, dice el autor) como a subcontratistas. También CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390. Se incide en que la expresión *"ocupare"* que utiliza el precepto admite esta interpretación por CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 232.

El contratista, además de la correcta ejecución de los trabajos propiamente dichos, responde de los daños que se causen a la edificación por razón de los materiales empleados para su construcción<sup>160</sup>,

---

También RODRÍGUEZ MORATA, F., en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 2.130, resalta que la expresión ocupare no tiene porqué interpretarse en sentido estricto. Se llegaba incluso a contemplar a los técnicos contratados por la constructora, por TORRALBA SORIANO, V., *Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el art. 1591 del Código Civil*, ADC 1 (1970), pp. 137 y ss.; y CARDARSO PALAU, o.c. nota 2, p. 204. Contrario era GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.100.

No obstante, han existido algunos pronunciamientos en contra, como la STS de 22 de junio de 1990 (RJ 4861) que tras desligar la responsabilidad del art. 1.591 CC de la responsabilidad contractual señala que por ello *“la situación del subcontratista no es de necesaria incardinación en el art. 1596 del Cc.”*. Este pronunciamiento, en palabras de MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 64-65, se debe a que, aunque el art. 1.596 no exige dependencia, hay una falta de ella en los casos de subcontratación. No obstante, conviene apuntar que en este supuesto no se resolvía la responsabilidad del contratista por actos del subcontratista, sino la legitimación del subcontratista, lo que explique quizás el recurso del TS, para fundamentar la legitimación de aquél, al argumento de que el contratista no debe responder del mismo por dicho precepto. En la línea de no incluir al subcontratista en el art. 1.596 CC, la STS de 14 de febrero de 1991 (RJ 1267) exige también para la aplicación del mismo una relación de dependencia, aunque bien es cierto que se trataba de un supuesto en el que se pretendía que el promotor respondiera y no el constructor, con base en dicho precepto.

<sup>160</sup> Entre otras, SSTS de 9 de mayo de 1983 (RJ 2679) y de 26 de noviembre de 1984 (RJ 5661) sobre la deficiente calidad de áridos utilizados para la elaboración del hormigón; 31 de enero de 1985 (RJ 223) por deficiente calidad de mortero de agarre utilizado en remodelación de cubierta; 18 de enero de 1988 (RJ 123) y de 22 de abril de 1988 (RJ 3274) sobre utilización de áridos inadecuados; 19 de diciembre de 1989 (RJ 8843) sobre agrietamientos y humedades en elementos no estructurales (tabiques interiores, cerramientos, cubiertas, etc.) por causa de la deficiente calidad de los materiales empleados; 29 de noviembre de 1999 (RJ 9139); 21 de octubre de 2011 (RJ 2012/1122) que entre otros defectos de materiales, trataba sobre mala calidad de las abrazaderas de agarre de los conductos de ventilación y del cableado.

Esta responsabilidad por materiales también alcanzaba a los técnicos. En tal sentido la STS de 28 de octubre de 1991 (RJ 7242) sobre mala calidad de materiales utilizados en fachada, declara: *“resulta indudable que cuando la dinámica ruinógena sea debida a la mala calidad de los materiales empleados, como es el caso que nos ocupa, ello entraña, frente a los directamente perjudicados por el arruinamiento de la obra, una responsabilidad múltiple y solidaria, que alcanza al constructor por su negligente y descuidada, cuando no interesada, selección (que es de su incumbencia) y posterior utilización de esos materiales de mala calidad, y a los técnicos, por la omisión o incumplimiento de su deber profesional de controlar la calidad de los materiales seleccionados o adquiridos por el constructor”*. También sobre la responsabilidad múltiple del constructor junto con los técnicos en caso de mala calidad de los materiales, puede verse, entre otras, la STS de 29 de octubre de 2003 (RJ 7773) con abundante cita de otras.

tanto si él los adquirió, como si lo hizo otro agente de la obra y él los aceptó, porque se viene a considerar que su *lex artis* le permite conocer la existencia de deficiencias en la calidad de los materiales<sup>161</sup>. No obstante, algunos autores inciden en que dicha responsabilidad puede no darse en caso de que los defectos pasaren inadvertidos para el constructor, aunque hubiera examinado los materiales, cuestión sobre la que volveremos adelantando por ahora que no estamos conforme con tal exención<sup>162</sup>.

### 1.5 Daños reparables

Ni la jurisprudencia ni la doctrina han limitado los daños a indemnizar en virtud del art. 1.591.1º CC, habida cuenta de la expresión utilizada por aquél, esto es, “daños y perjuicios”<sup>163</sup>; ello, siempre, claro está, que se acrediten adecuadamente. Y es que el Tribunal Supremo con fundamento en la referida expresión ha entendido que se tutela cualquier interés del

---

<sup>161</sup> En este sentido, las SSTs 18 de enero de 1988 (RJ 123) y de 22 de abril de 1988 (RJ 3274) inciden en que si la constructora hubiera acomodado su conducta a la buena práctica de la construcción o empleado la diligencia necesaria, no hubiera utilizado los áridos inadecuados. En la doctrina, SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.186; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1.734.

<sup>162</sup> Es el caso de HERRERA CATENA, o.c. nota 19, pp. 195-197, que expone que el art. 1.588 CC parece resolver el problema al calificar como arrendamiento de obra la ejecución de la misma con suministro de materiales, y no como venta, en cuyo caso el art. 1.485 del CC impondría la responsabilidad aunque se desconociesen los vicios, salvo pacto en contrario. Más claramente ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 166, exige que sean manifiestos los defectos según la *lex artis*, de lo que se entiende que considere como supuesto aparte de responsabilidad la falta de seguimiento de las advertencias de los técnicos sobre la deficiente calidad de materiales. Volveremos sobre esta cuestión en epígrafe 2.2.2.2.4 de capítulo VIII.

<sup>163</sup> En este sentido, GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.104, señalaba que la obligación de indemnizar se extiende a todo daño causado por la ruina de un edificio, tanto a las personas (vida, integridad) como al patrimonio; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 342-344, incluía no sólo el daño emergente, incluido el moral, sino también el lucro cesante; como también GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 273. Sobre esta amplitud se han manifestado recientemente CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5, el cual pone de manifiesto que la jurisprudencia reconoce, sin polémica, ampliamente los daños resarcibles; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 92-93, quien destaca que lo permiten los genéricos términos del art. 1.591 CC, al igual que ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 473, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 131.



perjudicado que hubiera podido menoscabar el defecto ruinoso, y ha podido utilizar las reglas de los arts. 1.101 y ss. del CC para determinar los daños resarcibles<sup>164</sup>. Efectivamente, el Alto Tribunal ha considerado incluidos dentro del art. 1591.1º no sólo los daños materiales causados en el edificio, sino también en elementos distintos al mismo, como son los bienes muebles existentes en él, inclusive el coste de su traslado a otro lugar<sup>165</sup>, el coste de la vivienda o local de reemplazo<sup>166</sup>, el lucro dejado de obtener por la interrupción de la explotación del negocio<sup>167</sup> o por los alquileres dejados de percibir<sup>168</sup>, los costes de la defensa del derecho del perjudicado<sup>169</sup>, gastos financieros<sup>170</sup>, e incluso daños morales<sup>171</sup>.

---

<sup>164</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 368-369. En igual sentido COLINA GAREA, R., *La determinación del daño resarcible en la Ley de ordenación de la edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación*, RDP 5 (2003), p. 566, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 155.

<sup>165</sup> SSTs de 8 de junio de 1998 (RJ 4279) sobre daños en enseres de las viviendas, así como gastos de guarda de muebles durante el curso de las obras; de 1 de febrero de 2001 (RJ 1159) sobre pérdidas y deterioros sufridos en los artículos y enseres existentes en el interior del inmueble utilizados para el ejercicio de actividad mercantil y accesorios propios de ésta, y los gastos para el transporte y el almacenamiento en otro lugar; y de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007\399) sobre traslado, roturas o desperfectos de muebles o enseres con ocasión de las obras.

<sup>166</sup> SSTs de 3 de febrero de 1995 (RJ 734), 22 de noviembre de 1997 (RJ 8097), y 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007\399) que además condenó a las cuotas de suministros de electricidad y teléfono de las viviendas durante el tiempo que no pudieran ser usadas por sus propietarios.

<sup>167</sup> SSTs de 29 de noviembre de 1985 (RJ 5916), 18 de junio de 1998 (RJ 5064), 1 de febrero de 2001 (RJ 1159) y 18 de junio de 2004 (RJ 3954).

<sup>168</sup> STS de 18 de junio de 1998 (RJ 5064).

<sup>169</sup> SSTs de 6 de abril de 1994 (RJ 2940), 24 de abril de 1997 (RJ 3396) y 8 de octubre de 2004 (RJ 6695) en las que condena a satisfacer el importe de los dictámenes periciales encargados por los demandantes.

<sup>170</sup> STS de 27 de abril de 1989 (RJ 3268) en un supuesto en el que los defectos de las viviendas impedían a los adquirentes ocuparlas.

<sup>171</sup> SSTs de 22 de noviembre de 1997 (RJ 8097), 26 de noviembre de 2001 (RJ 9524) y 24 de noviembre de 2005 (RJ 7644) que, citando la primera, señala con claridad: *“No ha de dejarse de lado el grave quebranto económico y también moral que la situación de desalojo puede causar en los que resultasen afectados, por tratarse de personas que adquirieron las viviendas y locales para una habitabilidad segura y se ven sometidas a estas contingencias no deseadas y sufrimientos inevitables por una*

De esta forma, el propio Tribunal Supremo ha llegado a reconocer la tendencia ampliadora de los daños resarcibles en virtud del art. 1591.1º y la reparación integral que tal precepto conlleva<sup>172</sup>. No obstante, esta jurisprudencia también tiene detractores desde el punto de vista técnico que consideran que el resto de daños diferentes a los causados en el propio edificio no encuentran su base el art. 1591.1º CC, sino en los arts. 1.101 y ss. del CC<sup>173</sup>, o que son contrarios a que se apliquen las presunciones que conlleva el precepto a otros daños diferentes a los causados al edificio<sup>174</sup>.

---

*defectuosa construcción que les viene impuesta ( Sentencia de 22-11-1997 [ RJ 1997, 8097] )". También puede verse la STS de 10 de octubre de 2012 (RJ 2013/1537).*

En cambio negaron la posibilidad de indemnizar el daño moral como consecuencia de vicios ruinógenos las SSTS de 31 de octubre de 2002 (RJ 9736) porque *"no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial"*; y de 7 de marzo de 2005 (RJ 2214) porque los demandantes no se habían visto privados del uso de sus viviendas ni de los cuartos de baño en que aparecieron los defectos denunciados. Se trata, por tanto, de sentencias en las que simplemente no se considera producido un daño moral, no de sentencias que nieguen que del art. 1591.1º pueda derivarse daño moral. Así lo reconoce la STS de 15 de julio de 2011 (RJ 5123), sentencia que también negó el daño moral porque los cooperativistas no se habían visto privados del uso de sus viviendas.

<sup>172</sup> Sentencia de 15 de julio de 2011 (RJ 5123) que señala: *"En la responsabilidad que se exige a los agentes de la construcción, el artículo 1591 del Código Civil, bajo el concepto "daños y perjuicios", no excluye ninguna suerte de daños causalmente vinculados a una defectuosa construcción"*. Esta sentencia se refiere a *"tendencia decididamente expansiva del concepto de daños que se había producido en la jurisprudencia"*.

<sup>173</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5. En análogo sentido SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.591, considera que la jurisprudencia resultó excesiva, por incluirse otros daños diferentes a los materiales causados en el edificio.

<sup>174</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 14, 18, 67 y 68, quien se basa en los antecedentes históricos del precepto, concretamente en las Partidas y los Proyectos de Código civil de 1836 y 1851.

## 1.6 Legitimación activa para la acción prevista en el art. 1.591.1º CC

Como han puesto de manifiesto algunos autores, el art. 1.591 CC no establece una legitimación concreta<sup>175</sup>. Obviamente, se reconoce la legitimación al comitente o propietario del edificio, que había sido parte en el contrato de obra que regula dicho precepto, porque se desprende de la normativa del Código civil<sup>176</sup>. Los problemas surgieron con la aparición del fenómeno de la promoción inmobiliaria, cuando el tradicional comitente que encargaba la obra para sí, pasó a ser un promotor que construía para vender<sup>177</sup>. Pues bien, desde antiguo, se admite la legitimación de los adquirentes y subadquirentes de lo edificado, con independencia de la naturaleza que se le atribuyera a la responsabilidad estudiada<sup>178</sup>.

El reconocimiento de la legitimación a los adquirentes de la construcción fue motivado por la entidad del supuesto que contempla el art. 1.591.1º CC, y porque además el art. 1.909 CC otorga acción a los

---

<sup>175</sup> Entre otros, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 351, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.132. Lo anterior, de acuerdo, según el mismo autor, con su precedente francés, el primitivo art. 1.792 del *Code civile*, pero, como apunta el autor, la jurisprudencia francesa entendió que las acciones se transmitían con la propiedad del inmueble. Otros ordenamientos sí señalan la legitimación activa del adquirente, como el art. 1.669 del Código italiano. Sobre estos antecedentes, por todos, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 182-186.

Igualmente preveía la legitimación el art. 1.600 CC en la redacción dada por el Proyecto de Ley por la que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 12 de abril de 1994, al establecer la legitimación del comitente y sucesivos adquirentes.

<sup>176</sup> Por todos, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 180-181, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 196. Sostienen que se desprende del Código civil, DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 69, quien se refiere a los arts. 1.588 a 1.600 CC. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 161, p. 1.736.

<sup>177</sup> Como pone de manifiesto ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 96.

<sup>178</sup> Así cabe citar, entre otros, a TRAVIESAS, M., *Contrato de arrendamiento*, RDP (1919), p. 45; NART, o.c. nota 12, p. 823; GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.098; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 159; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 181; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 366; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 194; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.194; GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 441. Más recientemente ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 351; RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 187; YZQUIERDO TOLSADA, M., *El borroso contorno del daño extracontractual*, en *Manual de Derecho de la Construcción*, coord. por S. San Cristóbal Reales, ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 305.

terceros completamente ajenos a la propiedad de la edificación, con lo que con mayor razón estarán asistidos los posteriores adquirentes de ella<sup>179</sup>.

Sin embargo, en lo que no había acuerdo era en el fundamento de esta legitimación, motivado en gran medida por las diferentes opiniones en torno a la naturaleza contractual, extracontractual o legal de la responsabilidad estudiada<sup>180</sup>. De esta forma, quienes defienden la naturaleza extracontractual de la responsabilidad no tienen inconveniente en admitir la legitimación del adquirente ya que la misma, a su parecer, no precisa vínculo contractual<sup>181</sup>; como tampoco quienes sostienen la naturaleza legal, apoyados en que es una responsabilidad legal por razón de la cosa<sup>182</sup>.

Por su parte, quienes propugnan la naturaleza contractual se encuentran con el escollo del principio de relatividad de los contratos<sup>183</sup>, concretamente del contrato de obra, en el que no participan los adquirentes. Este inconveniente es sorteado desde la consideración del mentado principio como no absoluto, para lo que se argumenta que se produce la extensión de la eficacia del contrato a los sucesores por actos

---

<sup>179</sup> Por todos, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.132, y CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 193-194.

<sup>180</sup> En cuanto a la relación entre la fundamentación de la legitimación y la naturaleza de la responsabilidad, pueden verse, entre otros, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 353, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 43.

<sup>181</sup> Así GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.098, entendía que la acción de los adquirentes se basaba en la responsabilidad extracontractual, en su condición de perjudicados. También ALONSO PRIETO, o.c. nota 95, pp. 256-257, se basaba en el carácter extracontractual de la responsabilidad. FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 159-160, consideraba que cualquier perjudicado tendría acción.

<sup>182</sup> NART, o.c. nota 12, p. 823. En parecido sentido, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 195, considera que para estar legitimado sólo basta la condición de propietario de lo edificado y haber sido perjudicado por la ruina. No obstante este autor le atribuía una especial naturaleza a esta responsabilidad aceptando la tesis legalista con matizaciones (véase epígrafe 1.1).

<sup>183</sup> En tal sentido, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 118; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 353, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 43. Se consagra dicho principio en el art. 1.257 del CC, cuyo primer párrafo dispone en su inicio: *“Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos...”*.

*inter vivos* y que se ceden las acciones derivadas del contrato a los causahabientes a título particular<sup>184</sup>, o bien que el derecho a ejercitar la acción de responsabilidad o el interés protegido se transmitía junto con la propiedad, del comitente al adquirente<sup>185</sup>.

En cuanto a la doctrina legal, el Tribunal Supremo legitima tanto al comitente como también y, sobre todo, al comprador del edificio o de partes del mismo<sup>186</sup>.

A la hora de fundamentar técnicamente la legitimación de los adquirentes, el Tribunal Supremo utiliza varios argumentos. Unas veces señala que la responsabilidad del art. 1.591.1º CC es una excepción al principio de relatividad de los contratos<sup>187</sup>, o que el adquirente sucede al dueño de la obra en todos los derechos y acciones que le competen por razón del contrato de obra<sup>188</sup>. Mientras, en otras ocasiones se sostiene que junto con la propiedad de la cosa se transfieren las acciones del art. 1.591 CC<sup>189</sup>. Por lo anterior, no es de extrañar que haya una falta de un

---

<sup>184</sup> En tal sentido FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 366; LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, pp. 308 y ss.; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 353-354, el cual además fundamenta la excepción al principio de relatividad de los contratos en la larga duración de la garantía, que en caso de no excepcionarse el principio quedaría sin posibilidad de aplicación en aquellos supuestos de desaparición de la promotora, única legitimada.

<sup>185</sup> DE LA CÁMARA MINGO, o.c. nota 1, p. 548; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 196; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.193.

<sup>186</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 204; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 354, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 42, consideran la STS de 5 de mayo de 1961 (RJ 2310) como la primera que reconoció la legitimación ex art. 1.591 a los adquirentes.

<sup>187</sup> En tal sentido, STS de 11 de marzo de 1996 (RJ 2416).

<sup>188</sup> Entre otras, SSTS de 1 de abril de 1977 (RJ 1510), 3 de octubre de 1979 (RJ 3236), 20 de febrero de 1981 (RJ 1007), 30 de abril de 1982 (RJ 1969), 22 de marzo de 1986 (RJ 1468), 22 de junio de 1990 (RJ 4861), 3 de febrero de 1995 (RJ 734) y 24 de noviembre de 2003 (RJ 8088).

<sup>189</sup> SSTS de 5 de mayo de 1961 (RJ 2310), 17 de octubre de 1974 (RJ 3896), 2 de noviembre de 1981 (RJ 4412), 22 de abril de 1988 (RJ 3271), 9 de junio de 1989 (RJ 4417), 8 de junio de 1992 (RJ 5168), 29 de septiembre de 1993 (RJ 6659), 27 de marzo de 1995 (RJ 2143), 6 de mayo de 2003 (RJ 3745) que gráficamente dice: *“La casa se transmite con todos sus derechos y acciones y, por tanto, el adquirente no queda eximido de la acción decenal”*, de 23 de junio de 2003 (RJ 4253) y de 11 de diciembre de 2003 (RJ 8658).

fundamento claro, y que esta jurisprudencia, a pesar de su bondad, sea criticable desde el punto de vista técnico<sup>190</sup>.

En lo referente a la legitimación del comitente, como propietario de la obra o autopromotor<sup>191</sup>, ya hemos señalado que no había ningún inconveniente en reconocerla. Ahora bien, el problema se planteaba cuando el tradicional comitente que encargaba la obra para sí, pasó a ser un promotor que construía para vender y, por ello, a primera vista carecería de interés al no ser propietario y, además, suponía estar a la vez legitimado activa y pasivamente como veremos en el epígrafe siguiente.

No obstante los inconvenientes señalados, se reconoce la legitimación del promotor, aún después de haber enajenado el edificio, puesto que la

---

<sup>190</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 193-194, reconoce en cuanto a las diferentes justificaciones esgrimidas para reconocer la legitimación, “*por encima de su corrección técnica...se trata de atender a una necesidad*”; en parecido sentido GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 207-208, señala que se reconocía la legitimación más por una necesidad práctica que por una visión clara del fundamento de la misma; MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 103, señala que primero se reconoció la legitimación, y luego se buscó la fundamentación.

Critican abiertamente esta jurisprudencia desde el punto de vista técnico, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p. 523, quien reconoce las buenas intenciones del Tribunal Supremo, pero en el amplio concepto de partes del contrato entiende el autor englobados a los causahabientes a título particular, cuando sean cesionarios del contrato o de derechos de origen contractual, pero distingue este supuesto de los causahabientes por haber adquirido del contratante algún bien o derecho, cual es el caso analizado, puesto que aprecia bastante discutible que desde el punto de vista dogmático exista una subrogación de los adquirentes en las acciones del promotor contra el resto de agentes; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, pp. 5-6, el cual califica las diferentes vías de fundamentación como más o menos forzadas o artificiosas, más o menos correctas; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.591, quien considera forzada desde un punto de vista de técnica legislativa la legitimación estudiada.

<sup>191</sup> Sobre la equivalencia de los dos últimos términos se pronuncia FERNÁNDEZ GREGORACI, B., *La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación*, RdP 23 (2009), p. 259. Sin embargo, tales figuras no coinciden plenamente porque el promotor puede ser propietario de la obra sin ser autopromotor, ello por la simple razón de que puede no haber enajenado aún a terceros.

legitimación de los adquirentes no se considera un obstáculo para ello <sup>192</sup>. El Tribunal Supremo reconoce incluso la legitimación al promotor aun cuando no haya sido demandado por los adquirentes, ni haya reparado extrajudicialmente los defectos, cuando ha sido requerido de forma fehaciente por los adquirentes para la reparación, precisamente para que el promotor arrendador trate, legítima y legalmente, de eludir esa responsabilidad demandando anticipadamente al resto de los agentes <sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> La STS de 26 de noviembre de 1984 (RJ 5659) en un supuesto en el que el promotor había reparado los vicios constructivos, y procedió a demandar a los técnicos y constructor, señaló: *“esta legitimación pasiva del vendedor frente a los compradores supone en principio, la activa para dirigirse contra los técnicos o constructores con quienes contrató la edificación cuando como aquí ocurre ante las reclamaciones extrajudiciales de aquéllos a los que vendió las viviendas y reconociendo su razón de pedir, lleva a cabo la subsanación de lo que entiende son vicios, defectos e incumplimientos de contrato, asumiendo al propio tiempo el coste de las obras”*. La STS de 17 de julio de 1990 (RJ 5890) resuelve: *“El destino que el dueño de la obra haya decidido dar a la misma, en nada incide con la obligación de los contratantes de cumplir lo pactado respecto a su edificación; incluso la responsabilidad solidaria de constructor y promotor frente a los terceros adquirentes de los pisos, trae derivativamente su causa del contrato de obra -Sentencias 22-3-86 (RJ 1986\1468), 1-12-1984 (RJ 1984\6021)-; doctrina que de ningún modo contradice, sino más bien reafirma la legitimación de cualquiera de los propietarios posteriores para reclamar del promotor y constructor la reparación solidaria de lo daños.”* En el mismo sentido pueden verse las SSTs de 3 de julio de 2000 (RJ 6877); 7 de noviembre de 2005 (RJ 8068) cuando señala: *“Su legitimación adquirida por subrogación junto con el piso, no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base en el vínculo nacido precisamente del mismo”*; 16 de septiembre de 1988 (RJ 6692); 20 de febrero de 1989 (RJ 1212); 8 de junio de 1992 (RJ 5168) y 27 de abril de 1995 (RJ 3259).

En la doctrina, sobre esta legitimación del promotor que ha enajenado el edificio, y sobre la falta de impedimento de la legitimación de los adquirentes, pueden verse LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, pp. 308 y 309; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, pp. 1.193 y 1.194; GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, pp. 436 y 437; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 70; DÍAZ VALES, F., *Legitimación activa del promotor que enajenó los pisos y locales para reclamar la responsabilidad ex art. 1591 CC. Comentario a la STS de 10 de febrero de 2004*, La Ley 1 (2005), p. 1.628; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, pp. 929-930; SANTOS MORÓN, M. J., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 322; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 363.

<sup>193</sup> En tal sentido cabe citar la STS de 28 de junio de 2006 (RJ 3550) comentada por SALAS CARCELLER, A., *La legitimación “ad causam” del promotor para reclamar frente al constructor y técnicos por vicios ruínógenos. (Comentario sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2006)*, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 7 (2006), pp. 21.307-21.309, quien reconoce la complejidad del tema cuando el promotor pretenda que se repare a cargo de los demandados.

No obstante, ha recaído una sentencia que niega la legitimación del promotor, aunque tal vez por las circunstancias del caso concreto, puesto que en el mismo procedimiento se ejercitaban acciones por los adquirentes<sup>194</sup>.

---

La STS de 28 de febrero de 2011 (RJ 455) califica de reiterada la alegada doctrina: *"...la jurisprudencia respecto del artículo 1.591 CC, que admite reiteradamente la legitimación activa del promotor frente al contratista y técnicos intervinientes en el proceso constructivo (entre otras, SSTS de 26 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5659), 9 de junio de 1989 (RJ 1989, 4417) y 21 de junio de 1999 (RJ 1999, 4390)), no sólo para el caso de que continúe siendo propietario de la edificación, sino también cuando los posteriores adquirentes le hubieran reclamado, de forma fehaciente, la reparación de los daños sobrevenidos a la construcción..."* *"...de ahí que el promotor arrendador trate, legítima y legalmente, de eludir esa responsabilidad, demandando anticipadamente al ejecutor material, para que éste se responsabilice de su conducta incumplidora, origen del defecto constructivo (STS de 17 de julio de 1990 (RJ 1990, 5890))"*. Se trataba de una demanda interpuesta por la empresa promotora de un centro comercial en reclamación de vicios ruínógenos frente a la entidad encargada de los proyectos de instalación y de la posterior dirección facultativa de la obra, la adjudicataria de la mayor parte de la obra, y los técnicos redactores de los proyectos básicos y de ejecución, y en la se solicitaba que se condenase solidariamente a todos ellos a realizar las obras de reparación necesarias. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados. Dicha resolución fue apelada por los demandados y la sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los técnicos y desestimó los formulados por el resto de los demandados. El recurso de casación interpuesto por la entidad encargada de los proyectos de instalación y de la posterior dirección facultativa de la obra, negando la legitimación activa del promotor, fue desestimado.

<sup>194</sup> Nos referimos a la STS de 10 de febrero de 2004 (RJ 457) comentada por DÍAZ VALES, o.c. nota 192, pp. 1.626-1.630. Se trataba de un procedimiento en el que el promotor había demandado a la constructora y a los técnicos de la obra por deficiencias constructivas, y al cual se acumularon los derivados de la acción ejercitada por los adquirentes contra la promotora, la constructora y el arquitecto. Tanto en primera instancia como en apelación se negó la legitimación de la promotora, tras lo que la misma interpuso recurso de casación que fue desestimado porque el Alto Tribunal estimó que con la venta desapareció la condición de perjudicada de aquélla. Continúa la sentencia argumentando la falta de legitimación en que: *"la legitimación activa, de unos u otros, para reclamar viene atribuida, según a quién se reputa como perjudicado (al promotor, antes de vender los pisos, o respecto a los que se reserve o no haya vendido, o en cuanto haya abonado o reparado los desperfectos; y al comprador, una vez los haya adquirido y le afecten los daños), pudiendo coexistir ambas legitimaciones, aunque no en el presente caso, como antes se ha dicho"*.

En palabras del autor, el sentido de esta sentencia se debe a la imposibilidad de conciliar los intereses del promotor y de los adquirentes, por lo que se concedió prioridad a los de éstos, lo cual parece justificarse en que la sentencia terminó condenando solidariamente al promotor. Precisamente por lo dicho, el autor considera que los planteamientos de la sentencia no pueden generalizarse negando



Por el Tribunal Supremo se fundamentaba la legitimación del promotor no propietario en el interés en ver cumplido el contrato de obra en el que había sido parte<sup>195</sup>, y en no llegar a ser demandado<sup>196</sup>.

En cualquier caso, el reconocimiento de la legitimación tratada después de la venta constituye una doctrina jurisprudencial discutida<sup>197</sup>. Se insiste en que el promotor no ha sufrido ningún perjuicio, porque no ha tenido que responder frente a los adquirentes; en que los que sufren el perjuicio son los propietarios; así como el riesgo de que las cantidades obtenidas en el proceso judicial no sean entregadas a los adquirentes<sup>198</sup>. Por ello,

---

de modo categórico interés al promotor. El tiempo parece haberle dado la razón, como lo demuestran las sentencias posteriores que han reconocido la legitimación del promotor, aun no habiendo reparado ni siendo propietario.

<sup>195</sup> En dicho sentido la STS de 9 de junio de 1989 (RJ 4417) (sentencia que fue objeto de un voto particular negando la legitimación tratada) resolvió: *"los promotores pueden actuar en interés propio de que la prestación sea correctamente cumplida, aunque ello redunde en beneficio de los propietarios"*. Esta fundamentación puede verse en SSTs de 8 de junio de 1992 (RJ 5168), 27 de abril de 1995 (RJ 3259), 21 de junio de 1999 (RJ 4390), y 3 de julio de 2000 (RJ 6877).

<sup>196</sup> STS de 28 de febrero de 2011 (RJ 455) extractada y las que ella cita (véase nota 193).

En idéntico sentido, sobre esta fundamentación alegada por el Tribunal Supremo, entre otros, pueden verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 44; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 12; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 363-364; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 127; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 186; ABRIL CAMPOY, J. M., *La responsabilidad del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre)*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por A. Cabanillas Sánchez, II, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 1.235; DÍAZ VALES, o.c. nota 192, p. 1.628, señala como fundamento tanto las reparaciones realizadas por el promotor, como el desprestigio profesional, incluso aunque no hayan mediado reclamaciones de los propietarios, como por ejemplo, dice el autor, cuando se colocan pancartas de protesta en la fachada del edificio.

<sup>197</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 181, la veía como una cuestión radicalmente polémica, y SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.193, como discutible, al que sigue ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 128.

<sup>198</sup> Argumentos sostenidos por MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 44; CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, pp. 38-40, califica esta legitimación de inaceptable si el promotor no ha pagado aún, siendo su fundamento en cualquier caso el art. 1.145 CC o el art. 1.838; PASTOR VITA, F. J., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002, pp. 82-84, niega interés para pedir la indemnización y también para solicitar una reparación *in natura*. En el primer caso por no haber perjuicio, y en el segundo, por ser necesario consentimiento.

debemos concluir sobre la necesidad de adoptarse las cautelas precisas para que se proceda a la reparación efectiva del edificio<sup>199</sup>.

Por otro lado, en materia de edificios divididos horizontalmente, hemos de señalar que el Tribunal Supremo ha admitido la legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para reclamar la reparación de defectos constructivos que afectan a los elementos comunes del edificio, e incluso a los existentes en elementos privativos. Como igualmente ha reconocido la legitimación de los comuneros para solicitar no sólo la reparación de su propiedad privativa, sino también de los elementos comunes del edificio, cuestiones estas que estudiaremos, para evitar reiteraciones, a propósito de la legitimación activa de las acciones previstas en la LOE, dado que la jurisprudencia recaída sobre el art. 1.591.1º CC es aplicable a la nueva norma.

Como otros legitimados para el ejercicio de la acción prevista en el art. 1591.1º CC, se ha reconocido por el Tribunal Supremo a las asociaciones de consumidores y usuarios<sup>200</sup>.

Por último, en el plano negativo, la amplitud del Tribunal Supremo en el reconocimiento de los legitimados ex art. 1591.1º CC no llegó a los terceros, los cuales fueron excluidos también por la generalidad de la

---

En sentido contrario, MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, pp. 100-101, quien expone que el promotor tiene interés en no ser demandado, y que si se condena a la reparación específica no habrá el riesgo de no invertir las cantidades al que alude Martínez Escribano.

<sup>199</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 196-197, quien se refiere a los supuestos extremos en que el promotor no destine la indemnización obtenida a reparar o la realiza de la “forma más económica” (el entrecomillado es del autor) o falsee la entidad de los defectos en connivencia con el resto de los agentes; GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 152, alude a la necesidad de evitar el fraude procesal.

Incluso algunos autores descartan la posibilidad de pedir la reparación por equivalente, como son ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 374, y DÍAZ VALES, o.c. nota 192, p. 1.628.

<sup>200</sup> En tal sentido STS de 7 de noviembre de 2003 (RJ 8272).

doctrina. Concretamente, no ostentan legitimación activa los titulares de otros derechos reales o de goce sobre la cosa, como los arrendatarios<sup>201</sup>.

### 1.7 Legitimación pasiva de la acción prevista en el art. 1.591.1º CC.

#### Remisión

Como sabemos, el art. 1591.1º CC únicamente se refiere al contratista y al arquitecto que dirige la obra como sujetos responsables de la ruina debido a la sencillez que caracterizaba la construcción del siglo XIX<sup>202</sup>. Sin embargo, dada la evolución y especialización experimentada en la construcción, y consecuentemente a la interpretación jurisprudencial del precepto, actualmente la enumeración legal no debe contemplarse como un *numerus clausus*<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> En este sentido, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 191 y 196; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 369; Díez-PICAZO, o.c. nota 51, p. 127; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 361; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 195; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 355; GONZÁLEZ POVEDA, P., *Responsabilidades y garantías*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 360.

En sentido contrario los defensores de la tesis extracontractual, para los que el único requisito es verse perjudicado por la ruina. Nos referimos a GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.098, quien reconoce legitimación activa a todo titular de un derecho real sobre la cosa o personal y a los ocupantes del inmueble por cualquier motivo (precaristas, simples visitantes); FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 159. Más recientemente, ÁLVAREZ MORENO, M. T., *La protección del consumidor en el mercado inmobiliario: compraventa y arrendamiento de vivienda*, RDP 6 (2009), p. 34, reconoce la legitimación de titulares de otros derechos reales diferentes al dominio o de los arrendatarios.

Sin embargo, el Tribunal Supremo reconoció legitimación al arrendatario en la sentencia de 19 de febrero de 1959 (RJ 486) en la que se accionó con base tanto en el art. 1.591 CC como en el art. 1.909 CC.

<sup>202</sup> En tal sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 47, y la STS de 11 de octubre de 1974 (RJ 3798), que afirma que el art. 1591 “*fue promulgado en época en que la relación jurídica normal que ofrecía la construcción de edificios era la derivada del contrato de empresa que concertaba el dueño del terreno con un empresario constructor*”.

<sup>203</sup> RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 188.

Concretamente, el Tribunal Supremo ha reconocido como legitimados pasivos además de a los referidos contratista y arquitecto director<sup>204</sup>, a los diversos técnicos intervinientes en la construcción (arquitecto proyectista<sup>205</sup>, arquitecto técnico<sup>206</sup>, además de geólogos<sup>207</sup> e ingenieros<sup>208</sup>) y al promotor.

A fin de evitar reiteraciones y hacer un estudio simultáneo de la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1.591 CC y de la LOE, dado que, como veremos, este cuerpo legal se inspira en aquélla<sup>209</sup>, nos remitimos al estudio que realizaremos de la legitimación pasiva de los agentes de la edificación en la parte de este trabajo correspondiente a la LOE<sup>210</sup>.

## **2. Elementos temporales: plazo de garantía y de prescripción del art. 1.591 CC**

### **2.1 Plazo de garantía del art. 1.591.1º CC**

El art. 1.591 CC en su primer párrafo señala que los agentes a los que hace referencia responderán *“de los daños y perjuicios si la ruina tuviere*

---

<sup>204</sup> Cfr. SSTs de 26 de marzo de 1988 (RJ 2478), 28 de enero de 1994 (RJ 575), 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233), 9 de marzo de 2000 (RJ 1515), 6 de mayo de 2004 (RJ 2696) y 8 de mayo de 2007 (RJ 2135).

<sup>205</sup> Cfr. SSTs de 10 de mayo de 1986 (RJ 2677), 14 de noviembre de 1988 (RJ 8444), 29 de noviembre de 1990 (RJ 9059), 27 de febrero de 1993 (RJ 1302), 15 de julio de 2000 (RJ 6752), 27 de junio de 2002 (RJ 5505), 6 de mayo de 2004 (RJ 2696) y 21 de octubre de 2012 (RJ 1122).

<sup>206</sup> Cfr. SSTs de 17 de febrero de 1984 (RJ 690), 29 de noviembre de 1990 (RJ 9059), 15 de abril de 1991 (RJ 2691), 5 de febrero de 1993 (RJ 829), 3 de octubre de 1996 (RJ 7006), 23 de marzo de 1999 (RJ 2382), 25 octubre de 2006 (RJ 6707) y 23 febrero de 2010 (RJ 4342).

<sup>207</sup> STS de 8 de mayo de 2007 (RJ 2135).

<sup>208</sup> STS de 14 de noviembre de 1984 (RJ 5552).

<sup>209</sup> Véase epígrafe 4 de capítulo II.

<sup>210</sup> Véase epígrafe 2 de capítulo VIII.

lugar dentro de diez años, contados desde que se concluyó la construcción”.

El referido plazo decenal es un plazo de garantía, un plazo de prueba de la buena o correcta construcción<sup>211</sup>, aunque en alguna ocasión de manera confusa se llegó a calificar de caducidad<sup>212</sup>. Se trata de un plazo durante el cual tiene que manifestarse la ruina, porque de lo contrario no nacería la acción<sup>213</sup>, salvo las excepciones que serán analizadas en la

---

<sup>211</sup> Para referencias jurisprudenciales véase nota 213. Por todos, GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.107; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 342; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 146-147; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 3; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 378; SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, pp. 121-122; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, pp. 198-199; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 283; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 65; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 327; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 40, JIMÉNEZ MORAGO, J. T., *Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación: ¿subsiste el art. 1591 CC?*, La Ley 6 (2001), p. 1.439, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.143; VILLAGÓMEZ RODIL, A., *La edificación en el S. XXI*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 86, quien destaca que a partir del año 1970 el Tribunal Supremo ha fijado la doctrina de que el plazo actúa como plazo de garantía.

<sup>212</sup> Además de O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Contrato de obra. Responsabilidad por ruina*, Act. Civil 27 (1988), p. 1.695, quien consideró que el art. 1.591 establece un plazo de caducidad para el caso de ruina, el Alto Tribunal también llegó a calificarlo de tal modo, como señala MORENO-TORRES HERRERA, M. L., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002, p. 223, citando las SSTs de 20 de octubre de 1989 (RJ 6941) y de 28 de diciembre de 1998 (RJ 10160) pero en realidad, como advierte la autora, en esta última sentencia se quería poner de manifiesto que no admite interrupción, y además en sentido contrario se han pronunciado más sentencias (véase nota siguiente). Pero lo más importante, es que como expone SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch. Barcelona, 2008, p. 404, ello no tiene especiales resultados prácticos, y es que ambos no son susceptibles de interrupción.

<sup>213</sup> Entre otras, STS de 19 de julio de 2010 (RJ 6559): “La garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado -diez años- de los daños causados por una mala construcción...Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, como señala reiterada jurisprudencia (SSTS 4 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6881); 15 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7867); 14 de noviembre de 1991), en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad ex lege es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia”; en el mismo sentido SSTs de 13 de marzo de 2007 (RJ 2569); 23 de mayo de 2005 (RJ 6362); 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233) que señaló: “Para que resulte inaplicable el artículo 1591 ha de tratarse de vicios posteriores al plazo decenal, lo que aquí no ocurre”; 14 de febrero de 1991 (RJ 1267).

parte de este trabajo dedicada a la LOE<sup>214</sup>. Dicho plazo de garantía, por su propia naturaleza, no es susceptible de interrupción ni de suspensión<sup>215</sup>.

En cuanto al cómputo del plazo de garantía, el art. 1591.1º CC acoge según su literalidad el criterio de terminación de la obra al señalar que los diez años serán *“contados desde que se concluyó la construcción”*.

Ahora bien, a la hora de determinar la finalización de la obra, la doctrina se cuestiona cuál contempla dicho precepto: si una terminación física o material, o una terminación jurídica, por exigirse en este último caso además la recepción o aprobación de la obra por el comitente<sup>216</sup>. La mayoría de los autores acude a la terminación en sentido jurídico, así se apoyan en que la construcción como obligación del contratista requiere su entrega al comitente, puesto que la obra sólo puede considerarse terminada cuando es aprobada y recibida definitivamente por el comitente, además de señalar los problemas de prueba de la terminación de la obra<sup>217</sup>.

---

En la doctrina, GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.107; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 315-316, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 146 y 147, SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, p. 122; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 176; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 80. Como autores más recientes, por todos pueden verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 41, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 334.

En cambio FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 17, pp. 379 y 386, consideraba que el transcurso del plazo de garantía conllevaba únicamente que no regía la presunción de culpa.

<sup>214</sup> Véase epígrafe 5 de capítulo VI.

<sup>215</sup> En tal sentido, STS de 3 de julio de 1989 (RJ 5281). En la doctrina, GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.107, que argumentaba que son términos finales de una relación de derecho sustancial; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 342; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 377 y 378, GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 471; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.196; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 176. Como autores más recientes, entre muchos, VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 86; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 404; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 80; ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 80, p. 137; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 334.

<sup>216</sup> División doctrinal de la que se hace eco la STS de 19 de julio de 2010 (RJ 6559).

<sup>217</sup> Aprecian esta mayoría, LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 192; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 218, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 57, pudiéndose citar como defensores de tal criterio, entre otros, a FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13,

Otros autores sostienen como criterio la terminación de la obra en sentido físico, y resaltan los problemas que plantea la otra opción en el caso del promotor-constructor y de las recepciones parciales<sup>218</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia no se ha pronunciado claramente<sup>219</sup>, lo cual se constata con pronunciamientos que acuden al criterio de la

---

pp. 385-386; LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 297; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.196; MARTÍNEZ MAS, F. *El Contrato de Obra analizado para Constructores y Promotores*, ed. Cisspraxis, Barcelona, 2000, pp. 154-155. En este grupo de autores, también podemos incardinar a SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, p. 79, quien sitúa el inicio del plazo en la aceptación de la obra por el comitente, como momento distinto a la recepción, al definirla (o.c. p. 54) como “*el acto jurídico por el cual el comitente manifiesta su satisfacción por la prestación del contratista, y en cuya virtud queda obligado a recibir la obra y a pagar su importe*”.

Particularmente CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 346, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 472, argumentan que el constructor sólo cumple entregando la obra al comitente, dado que es preciso la aprobación y recepción por parte de éste. Además, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 349, y HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 27, se referían a la difícil prueba de la terminación física de la obra.

<sup>218</sup> Se trata en gran parte de autores que niegan la naturaleza contractual de esta responsabilidad, como MUCIUS SCAEVOLA, o.c. nota 11, pp. 94-95; GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.107; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 145; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 183 y ss., quien alegaba que la recepción no resuelve el supuesto de que el promotor y constructor sean la misma persona, porque tendría que considerarse el de la entrega de cada una de las viviendas, ni tampoco la recepción que se realiza en la práctica sin que esté concluida la obra, o el supuesto de recepciones parciales. Igualmente se refería a las consecuencias que tendría la recepción de la obra para los compradores que no intervinieron en ella en materia de defectos no reservados por el promotor. Así, el autor admitía cualquier medio de prueba para acreditar la fecha de terminación de la obra, proponiendo el certificado final de obra expedido por los técnicos. No obstante, sobre ello hemos de decir que igualmente en la práctica el certificado final se anticipa.

Como otros autores partidarios de este criterio, podemos citar a GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 471; ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 80, p. 137, quien se refiere como momento a la finalización de la obra notificada por el contratista al comitente; ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J. I. y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, M. P., *Artículo 1591 del Código Civil y Ley de Ordenación de la Edificación: especial referencia a la prescripción, la solidaridad y la llamada en garantía*, Revista jurídica de Asturias 28 (2004), p. 98.

<sup>219</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 186; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 340-341, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 58, señalan que el Tribunal Supremo se limita a transcribir el art. 1.591, sin aclarar a qué terminación se refiere; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 219, sostiene que la jurisprudencia no ha llegado a pronunciarse a favor de ninguna de las teorías de la doctrina, porque los pronunciamientos no tienen como *ratio decidendi* el inicio del plazo. Reconocen la falta de unanimidad en la jurisprudencia, ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 98.

recepción o entrega de la obra<sup>220</sup>, aunque es mayor el número de sentencias que aplican el criterio de terminación<sup>221</sup>.

## 2.2 Plazo de prescripción del art. 1.591.1º CC

Además del plazo de garantía estudiado en el epígrafe anterior, existe otro plazo más de ejercicio de la acción, un plazo de prescripción<sup>222</sup>.

En cuanto a la duración del plazo de prescripción, dado que el estudiado precepto no establece el tiempo durante el que la acción debe

---

<sup>220</sup> Alude indistintamente a la terminación y entrega de la obra la STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 10160). La STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 6724) con cierta confusión parece acoger el criterio de entrega, al señalar: *“En el caso que nos ocupa la responsabilidad decenal del párrafo primero del art. 1591 debe radicalmente rechazarse, pues los vicios ruinógenos se manifiestan doce años después de entregada la obra terminada”*.

Como pronunciamientos que fijan el inicio del plazo en la recepción, cabe referir las SSTs de 1 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7515), y de 16 abril de 2001 (RJ 5278). En esta última, además de confundirse el certificado final de obra con la recepción de la misma, se considera como doctrina de la Sala el cómputo desde la recepción.

El propio Tribunal Supremo se hace eco de estos pronunciamientos que acuden al momento de la entrega de la obra en SSTs de 23 de mayo de 2005 (RJ 6362), y 20 de julio de 2002 (RJ 7473).

<sup>221</sup> Entre otras, SSTs de 30 de julio de 1991 (RJ 5424) que señala: *“ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruinógeno forzosamente dentro del plazo de diez años a constar desde la terminación de la obra”*, 15 de octubre de 1991 (RJ 7449), 15 de mayo de 1995 (RJ 4237), 21 de marzo de 1996 (RJ 2233), 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233), 8 de octubre de 2001 (RJ 7549), 20 de julio de 2002 (RJ 7473) y 23 de mayo de 2005 (RJ 6362). Estas dos últimas sentencias señalan claramente que la doctrina jurisprudencial entiende como *dies a quo* el de la terminación de la construcción.

<sup>222</sup> Véase pronunciamientos en páginas ss. Salvo algún autor como TRAVIESAS, o.c. nota 178, p. 45, y HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 164 y ss., defienden un plazo de prescripción adicional al de garantía, GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.107; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 333 y ss; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 146-147; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, pp. 1 y ss; GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 470; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 376 y ss.; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.196; LOBATO GÓMEZ, J. M., *Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción*, ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 22; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 198; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 283.

No obstante, hay que apuntar que GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 281-283, vio a partir de la STS de 30 de septiembre de 1983 (RJ 4690) una corriente jurisprudencial de plazo único, que sería posteriormente desechada.



ser ejercitada, y puesto que hemos visto que la doctrina se encontraba dividida acerca de la naturaleza jurídica de la acción, igualmente se discutía el referido término. No obstante, dado que ya vimos<sup>223</sup> que la opinión mayoritaria es la que considera que se trata de una responsabilidad contractual, la mayoría de la doctrina le aplica el plazo de prescripción quincenal propio de las acciones contractuales sin plazo especial previsto (art. 1.964 CC)<sup>224</sup>, en lo que además coinciden los partidarios de la naturaleza legal<sup>225</sup>. Idéntico criterio mantiene el Tribunal Supremo, puesto que aplica de forma constante el término de prescripción quincenal<sup>226</sup>.

Para el cómputo de tal plazo, se acude al art. 1.969 CC, esto es, al criterio de la *actio nata*, según el cual las acciones comienzan a prescribir a partir del momento en que pueden ser ejercitadas, lo que se considera producido en el instante en que la ruina o el vicio o defecto constructivo se

---

<sup>223</sup> Véase epígrafe 1.1.

<sup>224</sup> Entre otros, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 339-340; SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, p. 122; GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 470; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.196; Díez-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 20; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 264; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 80; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 540; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 139; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 426-427; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 336-337.

<sup>225</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 199; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 378-379; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 283.

En cambio, para aquellos que veían en la acción un supuesto de responsabilidad extracontractual, el plazo de prescripción sería el de un año previsto en el art. 1.968 CC para las acciones de tal naturaleza. Nos referimos a GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.108, el cual exponía que el plazo de prescripción de quince años previsto para las acciones contractuales “*hace mantener por demasiado tiempo en estado de pendencia la liquidación de las consecuencias jurídicas de la ruina*”.

No obstante, también entre ellos algunos defendían que el plazo era el quincenal propio de las acciones contractuales sin plazo especial previsto (art. 1.964 CC). Nos referimos a FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 148-149, quien consideraba injusto el plazo de un año, a pesar de la naturaleza legal y extracontractual que la atribuía, y a RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 198.

<sup>226</sup> En tal sentido se pueden citar las SSTs de 6 de marzo de 1990 (RJ 1672); 9 de abril de 1990 (RJ 2710); 14 de febrero de 1991 (RJ 1267); 30 de julio 1991 (RJ 5424); 21 de marzo de 1996 (RJ 2233); 3 de mayo de 1996 (RJ 3775); 28 de diciembre de 1998 (RJ 10160); 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233); 20 de julio de 2002 (RJ 7473); 27 de octubre de 2003 (RJ 8719); 2 de junio de 2005 (RJ 5308) y 19 de mayo de 2006 (RJ 2371).

manifiesta<sup>227</sup>, aunque se ha llegado a computar en algún pronunciamiento a partir del conocimiento de los vicios por parte del accionante<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Con rica cita de otras, la STS de 20 de julio de 2002 (RJ 7473) señala: “...como día inicial de su cómputo, se ha declarado en esta sede que habrá de estarse a la fecha en que se produjo la ruina o manifestó el vicio ruinógeno (SSTS 15 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7867] y 28 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10160] ), desde la de la aparición de los vicios de la construcción ( SSTS de 6 de abril de 1994 [RJ 1994, 2940] y 3 de mayo de 1996 [RJ 1996, 3775] ), desde que se aprecie la ruina ( STS de 17 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6724] ), o desde el momento en que se detecta el desperfecto en que el vicio se hace patente ( STS de 29 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9381] )...”. En el mismo sentido, con cita de otras, SSTS de 13 de marzo de 2007 (RJ 2569); 13 de diciembre de 2007 (RJ 2008\529). También pueden verse las SSTS de 7 de febrero de 1995 (RJ 3130) y de 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233).

Sobre la aplicación del criterio de la *actio nata* que supone la anterior jurisprudencia, entre otros, DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 80; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Ley de Ordenación de la Edificación*, La Ley 6 (1999), p. 1.872; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 420; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 962.

Sostienen idéntico cómputo en aplicación del criterio de la *actio nata*, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 340; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 149-150; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 16; SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, p. 122; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 198; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.196; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 278; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 80; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 264; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 540.

En contra se posicionaba FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 386, para el que, sin negar la dualidad de plazos, computaba el plazo de prescripción también desde la recepción, porque lo contrario haría “mantener por demasiado tiempo en estado de pendencia los efectos del incumplimiento contractual...”.

<sup>228</sup> Nos referimos a la STS de 15 de octubre de 1991 (RJ 7449) que tuvo en cuenta el conocimiento de los vicios ruinógenos a través de informe pericial, al señalar: “...plazo este último que comenzará a contar desde que la acción pudo ejercitarse, es decir, desde que se tuvo conocimiento de la aparición de los vicios ruinógenos. De acuerdo con tales consideraciones, y dado que la resolución recurrida sienta como hechos probados, tanto la aparición de los defectos constitutivos de ruina dentro de los diez años que siguieron a la conclusión de la obra, como el ejercicio de la acción antes de que transcurrieran quince años desde que se emitió el primer informe acerca del mal estado de los hormigones, obvio es que la misma no había prescrito cuando fue ejercitada, por lo que la Sala sentenciadora, al así entenderlo, no violó el artículo 1591, debiendo, en su consecuencia, rechazarse este primer motivo del recurso”.

A estos pronunciamientos dispares se refieren MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 237 (nota 107); MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 159; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 60, quienes citan además la STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 3130) que no señalamos nosotros como tal dado que, aunque maneja los dos criterios, se decanta de manera más clara por el de la manifestación de la ruina, al optar por la posibilidad de conocimiento de los vicios. Dispone la misma: “...plazo de quince años que señala el artículo 1964 del Código Civil, los cuales se contarán desde el día en que la acción pudo ejercitarse, esto es, desde que su titular tuvo conocimiento del daño o la ruina consiguiente; en resumen, el plazo para el ejercicio de la acción de

### 2.3 El párrafo segundo del art. 1.591 CC

Analizaremos en este epígrafe la ruina producida por “la falta del contratista a las condiciones del contrato”, a la que se refiere el párrafo segundo del art. 1.591 CC, y para la que establece que la “acción de indemnización durará quince años”. Estamos ante una agravación de la responsabilidad del contratista por incumplir las condiciones establecidas en el contrato<sup>229</sup>.

A la hora de perfilar el supuesto de hecho de esta responsabilidad, en primer lugar es evidente que el término “condiciones” no es utilizado por el precepto en sentido estricto, como referido a que se encuentre el contrato sometido a condición, sino que apunta a sus estipulaciones<sup>230</sup>. Dicho esto, conviene precisar los incumplimientos contractuales que contempla el párrafo comentado. En este punto, por algunos autores se consideraba imposible que se ocasionara la ruina por dichas faltas del contratista, diferenciadas de los vicios constructivos<sup>231</sup>. Por otros se sostenía sin embargo que podía haber correcta ejecución conforme a la *lex artis* pero

---

*resarcimiento por vicios en la construcción es de quince años señalados para las acciones personales al no tener ningún otro especial, prescripción que se inicia desde que pudo hacerse valer, es decir, desde que se manifiestan los vicios o pudieron ser conocidos...”*

<sup>229</sup> En tal sentido, podemos citar a HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 221; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 153-155; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 361; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 84, DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 65; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 333; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 168.

Véase STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 6724) extractada en nota 238

<sup>230</sup> Entre otros, lo ponía de manifiesto GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.111, al aludir a “*pliego de condiciones del contrato de obra*”; siguiéndole FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 154-155, quien añadía los pliegos de condiciones técnicas del arquitecto si el contrato hace remisión a los mismos. También siguiendo a García Cantero, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 84. DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 388, alude a “*un incumplimiento o una inobservancia de deberes contractuales especialmente pactados*”. En parecido sentido pueden verse ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 167-168, y CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6.

<sup>231</sup> Nos referimos a CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 99 y 105, que se preguntaba “*en qué sentido podría imaginarse una “falta del contratista a las condiciones del contrato” que, determinando la ruina del edificio, no supusiese al mismo tiempo un vicio de la construcción*”; y que consideraba lo contrario inviable.

de manera diferente a lo acordado<sup>232</sup>, con lo que surgiría el presupuesto del art. 1591.2º.

No obstante, lo normal es que la ruina se deba a vicios constructivos, como pone de manifiesto los escasos fallos que aplican el art. 1.591.2º CC<sup>233</sup>.

Con todo, conviene insistir en que los incumplimientos contractuales previstos en este artículo son sólo los que provoquen ruina<sup>234</sup>, pudiendo señalarse como ejemplos de incumplimientos diferentes a los de la *lex artis* que pueden provocar ruina, el empleo de materiales de calidad inferior a los contratados, o el cambio de un sistema constructivo por otro<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> En tal sentido, HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 220-221; GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, pp. 429 y 430; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 168.

Se destaca además por HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 223, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 169, que la ruina puede haberse producido por vicios constructivos y además por incumplimientos contractuales, en cuyo caso, también se aplicará el párrafo comentado.

<sup>233</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 221; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.191; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 168.

Se refieren a los pocos pronunciamientos que han aplicado el párrafo estudiado, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 41; SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 117, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 33.

<sup>234</sup> Como dice GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 333, el precepto “*establecía como presupuesto de la responsabilidad del contratista por la falta a las condiciones del contrato, la causación de la ruina de la construcción*”. Así, entre otras, la STS de 13 de mayo de 2008 (RJ 3060) excluye los incumplimientos contractuales que no convierten a la obra en defectuosa desde el punto de vista técnico. Contraria a esta opinión es HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 171, quien ve en dicho párrafo todo incumplimiento contractual. En línea con esta autora la STS de 8 de marzo de 2011 (RJ 2758) en un supuesto en que existían tanto defectos constructivos como el incumplimiento de las calidades en viviendas y la urbanización privada, ante la alegación del promotor demandado de que lo anterior no conllevaba incumplimiento contractual de acuerdo con el art. 1.101 CC, además de considerar que se hacía supuesto de la cuestión, utilizó el art. 1.591.2 CC.

<sup>235</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 282; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 170.

En cuanto al plazo al que se refiere este párrafo, aunque su redacción haría pensar en un plazo de prescripción<sup>236</sup>, gran parte de la doctrina, aunque no sin polémica, ve en él un plazo de garantía<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 79, y CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6, resaltan cómo el precepto señala que *“la acción de indemnización durará”*.

La redacción del párrafo estudiado ha sido objeto de durísimas críticas: MUCIUS SCAEVOLA, o.c. nota 11, p. 117, decía que cuando se redactó el segundo párrafo estaba interrumpida la corriente entre el cerebro y la mano del redactor; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 220, habla de oscuridad; CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6, dice que es un misterio.

Lo cierto es que estamos ante un precepto que no existe en los países de nuestro entorno, y que tiene su origen en las Partidas, a diferencia del párrafo primero que procede del Derecho francés. Al respecto pueden verse, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 152; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 9-11; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.189; CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6, quien se refiere concretamente a la Partida 3.32.21; GARCÍA VARELA, R., *La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en el proceso edificatorio*, ECI 1 (2000), p. 4.

Contraria es HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 159, quien sostiene que el hecho de que el plazo quincenal del Derecho Romano y de las Partidas coincida con el art. 1591.2º no convierte a aquéllos en su antecedente, estando relacionados con la responsabilidad legal prevista en el párrafo primero, siendo lo anterior una simple coincidencia.

<sup>237</sup> Como autores que consideran un plazo de garantía, podemos citar a HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 2-3, y 219; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 153-154; GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 470; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 244 y 378; LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 298; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.196; ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 80, p. 137; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 264; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por A. Cabanillas Sánchez, II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 1.216. De igual forma que vimos en referencia al párrafo primero, se trataría de un plazo no susceptible de interrupción ni de suspensión, como señalan, entre otros, GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 471; ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 80, p. 137; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 378; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 347.

Como autores que ven un plazo de prescripción, y que, por tanto, no añadiría nada al régimen general de incumplimiento contractual con plazo prescriptivo quincenal, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 361; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 79 y 105; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 186; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 65; CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6, entiende el plazo de quince años como de prescripción cuando hay contrato entre contratista y dueño de la obra, concluyendo que nada ocurriría si el precepto no existiera y que la ruina siempre provendrá de incumplimiento contractual en aquel caso, y lo contrario, por ello, conllevaría que nunca se aplicara el art. 1.591.1º; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 284-285; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.117; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 144 y 171; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 426.

En la jurisprudencia tampoco se aprecia una línea consolidada, ya que en algunas ocasiones se ha considerado que estamos ante un plazo de garantía quincenal y en otras ante un plazo de prescripción<sup>238</sup>.

En lo que sí hay acuerdo es en que esta acción, con o sin plazo de garantía propio, prescribe a los quince años, como acción contractual que

---

<sup>238</sup> La STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 6724) (Comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., CCJC 43 (1997), pp. 153 y ss.) se pronuncia con gran claridad al distinguir que en el art. 1591 se contemplan dos plazos de garantía diferentes, que no se pueden confundir con los de prescripción: *“El segundo plazo de garantía, se regula en el párrafo 2.º del citado artículo 1591, y se refiere a una causa agravatoria, como es cuando la ruina se debiere «a la falta del contratista a las condiciones del contrato», en cuyo supuesto el plazo de garantía se prolonga hasta los 15 años, plazo que tampoco puede confundirse con el de prescripción, que opera de la misma forma antes descrita (Sentencias entre otras muchas de 17 julio y 4 diciembre 1989 [ RJ 1989\5709 y RJ 1989\8793 ]; 4 diciembre y 3 julio 1989 [ RJ 1989\8793 y RJ 1989\5281 ]; 15 octubre 1990 [ RJ 1990\7867 ]; 15 julio 1991 [ RJ 1992\1546 ], etc)”*.

Esta sentencia es criticada por CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6, porque considera que es la única que dice que el plazo es de garantía pese a citar otras en apoyo. Lo cierto es que incluso dos de las sentencias citadas en apoyo parecen ver un plazo de prescripción en el segundo párrafo. Nos referimos a las STS de 15 de julio de 1991 (RJ 1992\1546): *“...El mismo artículo contempla, en su último párrafo, el supuesto de deberse la ruina a la falta por parte del contratista de la condiciones del contrato, en cuyo caso la acción indemnizatoria, como personal que es, será la de 15 años del artículo 1.964 del Código Civil”*, y de 17 de julio de 1989 (RJ 5709): *“el plazo de prescripción de la acción de indemnización sería el genérico de quince años, como paladinamente se establece en el último de los párrafos del ya citado precepto”*. Y las SSTs de 3 de julio (RJ 5281), 4 de diciembre de 1989 (RJ 8793) y 15 de octubre de 1990 (RJ 7867) sólo se tratan el párrafo primero del art. 1.591.

No obstante, la sentencia de 15 de octubre de 1991 (RJ 7449) sí distingue dos plazos de garantía en el art. 1.591, aunque se trataba de un supuesto en el que se habían manifestado los defectos dentro del plazo decenal y se había ejercitado la acción en el plazo de quince años desde tal manifestación, razón por la que se desestimó el motivo de prescripción que se fundamentaba en haberse interpuesto la demanda ya transcurridos más de diez años desde la finalización de la obra.

En contra, la STS de 20 de julio de 2002 (RJ 7473) en un supuesto en que la obra se había finalizado en 1976 y la primera reclamación se realizó en 1993, desestima el recurso de casación interpuesto por una comunidad de propietarios frente a la sentencia de la audiencia que, con revocación de la de primera instancia, había desestimado la demanda, absolviendo a la constructora, por considerar que no había nacido la acción. Señala el Alto Tribunal que ver en el párrafo segundo del artículo 1591 *“un plazo de garantía de quince años y otro de prescripción igual, a partir del descubrimiento del defecto edificatorio, no tiene adecuado soporte en el precepto de que se trata”*.

es, en torno a lo cual es unánime la opinión doctrinal<sup>239</sup>. Y al margen de las discusiones sobre la clase de término contemplado en este precepto, para su cómputo resultarán aplicables las mismas reglas que para los plazos de garantía y prescripción del párrafo primero<sup>240</sup>.

Por nuestra parte, apreciamos en el párrafo estudiado un término de prescripción por la aludida literalidad de la norma, y porque vemos excesivo someter esta responsabilidad a un plazo quincenal de garantía además de a otro de prescripción de la misma duración.

Respecto a los beneficios probatorios del término que contempla el párrafo analizado, consideramos que debe probarse la relación de causalidad entre la ruina y el incumplimiento contractual porque no estamos ante un plazo de garantía<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> Incluso para los que ven en el párrafo primero un supuesto de responsabilidad extracontractual, como GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.112; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 153 y 156. En esta línea, por GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 356, se señala que es exclusivamente contractualista, o netamente contractual.

<sup>240</sup> Véase epígrafes 2.1 y 2.2. Sobre la aplicación de dichas consideraciones al párrafo segundo, por todos, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 153-154; GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 470; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 264; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 346 y 348, y la STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 6724). En particular en cuanto al cómputo del plazo de prescripción desde la manifestación de la ruina, también puede verse HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 18. En contra, FERNÁNDEZ COSTALES (véase nota 227).

Igualmente se ha sostenido el mismo cómputo del plazo de prescripción por autores que niegan que estemos ante un doble plazo en el caso de este párrafo segundo, como HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 145 y 171.

<sup>241</sup> Sin embargo, básicamente autores que defienden que nos hallamos ante un plazo de garantía justifican tales reglas probatorias en su excepcionalidad. Nos referimos a FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 155, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 85. En parecido sentido, HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 146, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 172, exigen dicha prueba cuando la ruina acaezca pasados los diez años, y antes de los quince.

También se aprecia este argumento en STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 6724): *“Y con esto entramos en la posible existencia de ese incumplimiento atribuible al contratista o promotor que extiende el plazo de garantía hasta los quince años. Debe aparecer claramente probado: el incumplimiento específico del contrato de ejecución de obra, y la existencia de una relación directa entre ese incumplimiento y los daños ruinógenos”*.

En sentido contrario, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 133, defiende que deberían aplicarse a este párrafo las mismas reglas que se aplican al primero, esto es, presumirse la responsabilidad de los agentes.

Por último, hay que aclarar que, a pesar de que el párrafo estudiado sólo se refiere al contratista y no a los técnicos intervinientes en la obra, con carácter general tanto la doctrina científica como el Tribunal Supremo los considera legitimados<sup>242</sup>.

## **II.- LA LEY GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN: CUESTIONES GENERALES Y ÁMBITO**

### **1. Carencias del art. 1.591 CC y defectos de su interpretación jurisprudencial**

Durante los últimos cincuenta años del pasado siglo el sector de la construcción se desarrolló espectacularmente en nuestro país, siendo uno de sus principales sectores económicos, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE)<sup>243</sup>, dando lugar a una nueva disciplina a la que se ha denominado por algunos autores Derecho de la construcción<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, pp. 1.111-1.112; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 156; HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 224; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 302; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 171-172. SSTs de 17 de junio de 1930 (RJ 2018) y de 5 de mayo de 1961 (RJ 2310), tratándose la primera de una reclamación del dueño de la obra dirigida contra el contratista y arquitecto, y la segunda, en la que se incluía además al aparejador.

En sentido contrario, RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 192, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 85, quienes argumentan respectivamente, que debe aplicarse con carácter restrictivo, y ser una regla especial de responsabilidad contractual expresamente contemplada por el legislador para el contratista.

<sup>243</sup> Cfr. primer párrafo de la Exposición de Motivos.

<sup>244</sup> En tal sentido, RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 177 (nota 2) cita diferentes obras de otros autores que se refieren a dicha terminología en sus títulos, entre ellas, la o.c. nota 1, de GARCÍA CONESA, y la o.c. nota 19, de DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ.



Sin embargo, como reconoce la propia LOE en su parte programática, a diferencia del suelo que ha sido objeto de gran atención por parte del legislador, el proceso edificatorio no ha merecido la misma suerte<sup>245</sup>.

Así, como también reconoce la propia ley, el proceso edificatorio sólo disponía de un conjunto de normas administrativas y dispersas, junto con la regulación del contrato de obra de nuestro Código civil, en sus arts. 1.588 a 1.600, que se califica de insuficiente o inadecuada, cuando no, directamente de obsoleta o anacrónica<sup>246</sup>. Mediante aquellas disposiciones administrativas sólo se regulaba a los técnicos, sin tener como finalidad principal la regulación de su profesión, sino determinadas fases de la edificación (como la dirección o la emisión del certificado final

---

<sup>245</sup> Cfr. segundo párrafo de Exposición de Motivos. VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 76, destaca que la normativa reguladora del suelo no se acompañó con la correspondiente a la construcción de edificios. En análogo sentido, puede verse GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p. 19.

<sup>246</sup> Cfr. segundo párrafo de Exposición de Motivos.

Entre innumerables, destacan la insuficiencia y el anacronismo del art. 1.591 CC y en general de la regulación del contrato de obra: LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 188; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 257; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 10; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 19; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.586; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 490; TAPIA GUTIÉRREZ, P., *La protección de los consumidores y la Ley de Ordenación de la Edificación*, ECI 8 (2000), p. 36; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 418; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 76.

Ponen de relieve el carácter fragmentario y disperso de las normas administrativas: DE LA SERNA BILBAO, M. N., *Manual de Derecho de la Edificación. Instituciones básicas*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 27, quien se refiere a normas que atendían a diversos fines, dando como resultado un conjunto normativo disperso, fragmentario, con normas, en ocasiones, incluso, contradictorias entre sí, y en gran parte anquilosadas; en el mismo sentido GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 21; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 19, la cual apunta una normativa de carácter técnico y disperso, de muy diverso rango normativo; RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, pp. 178 y 181, se refiere a normas dispersas que regulan aspectos parciales, a veces de marcado carácter tecnológico; JIMÉNEZ CLAR, A. J., *El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación*, RdP 6 (2001), p. 21, habla de regulación tangencial; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 23 y 24; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 67.

de obra), y se empleaban incluso para tal fin reglamentos sobre tarifas y honorarios profesionales<sup>247</sup>.

En cuanto a las disposiciones del Código civil, conviene tener en cuenta que el art. 1.591 CC estaba pensado para la construcción de una obra para uso propio del comitente, y que el proceso constructivo resulta en la actualidad más complejo técnicamente<sup>248</sup>. Concretamente, el art. 1.591 CC planteaba diversos problemas (muchos de los cuales ya hemos tratado) puesto que sólo se refería a la ruina, sin tratar los vicios no constitutivos de la misma; no regulaba la recepción de la obra; únicamente contemplaba la responsabilidad del constructor y del arquitecto; planteaba problemas en torno a la delimitación de responsabilidades cuando no se conocía la causa de la ruina, o conociéndose, no podía ser imputada a un sujeto concreto; no contemplaba al adquirente ni aclaraba si el comitente estaba legitimado después de vender; y tampoco preveía la forma de reparación *in natura* o por equivalente de los daños<sup>249</sup>.

Señalado lo anterior en cuanto a las carencias del precepto, procede entrar en los defectos de la interpretación jurisprudencial de la que ha sido objeto, ello a pesar de que, como ha reconocido la STS de 8 de junio de 1992, toda la evolución jurisprudencial ha sido con el propósito de

---

<sup>247</sup> En tal sentido, por todos, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 263.

<sup>248</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 23, quien señala que el art. 1.591 CC “*no atendía a la complejidad del actual proceso constructivo, unimaginable para el legislador decimonónico, sino que estaba pensado más bien para situaciones sencillas, de mera contratación con un constructor y a lo sumo con un arquitecto para construir un edificio destinado a un uso propio*”; SEIJAS QUINTANA, J. A. y SACRISTÁN REPRESA, G., *Responsabilidad civil. Construcción y proceso*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, ed. Sepín, Madrid, 2007, p. 183, sostienen gráficamente que “*la construcción de entonces nada tiene que ver con la de ahora, ni en los aspectos objetivos ni en los subjetivos...*”; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 151, destacan como causas de que las normas del Código civil sean inapropiadas, la complejidad técnica del proceso constructivo y la calidad y seguridad que se exigen a los edificios.

<sup>249</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 17-21; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 177 y 179. Sobre la falta de regulación de la recepción, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.149.

fortalecer a la parte más débil<sup>250</sup>. Efectivamente, esta jurisprudencia también tiene defectos, puesto que se le achaca un dudoso apoyo legal o la provocación de inseguridad jurídica<sup>251</sup>.

Concretamente, resulta excesiva la duración de los plazos de garantía y de prescripción<sup>252</sup>, y más específicamente es reprochable la aplicación del plazo decenal a cualquier tipo de defecto incluido dentro de la amplia concepción de la ruina que abarca tanto defectos graves (como un

---

<sup>250</sup> (RJ 5168). Por todos, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 184, aluden al referido propósito de esta jurisprudencia que califican de intereses. Véase para más referencias notas 72 y 73.

En cuanto a las plasmaciones concretas de esta finalidad protectora, nos remitimos al capítulo I de este trabajo, y además a los epígrafes 2.2.1 y 3 del capítulo VIII, relativos a la responsabilidad del promotor y a la distribución de responsabilidades.

<sup>251</sup> De excesos habla HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 193; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.588 y ss., califica la práctica jurisprudencial de saludable y satisfactoria en algunos aspectos (véase epígrafe 2.2.1.1 de capítulo VIII, sobre la legitimación pasiva del promotor en la jurisprudencia) y de exagerada, forzada, injusta e insegura en otros (véase pp. 29 y 49, sobre la ampliación de la noción de ruina y de los daños resarcibles).

Reprochan un dudoso apoyo legal, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 81; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 25, quien destaca que contiene interpretaciones *praeter legem*. Véase para más referencias nota 95. Se refieren a la provocación de inseguridad jurídica, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 184; ALMAGRO NOSETE, J., *Algunas cuestiones procesales*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 539. Véase para más referencias nota 95.

<sup>252</sup> Veían excesivo el plazo de garantía, MUCIUS SCAEVOLA, o.c. nota 11, p. 97; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 153. Se referían a ambos plazos, FERNÁNDEZ COSTALES, véase nota 227, quien era contrario al amplio periodo de tiempo a que daba lugar la suma de los plazos de garantía y prescripción; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 479, señalaba que las consecuencias de la suma de dichos plazos es una de las críticas más fundadas que se han dirigido contra el art. 1.591; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 356. Véase *infra* opinión de LASARTE ÁLVAREZ.

En cuanto a lo excesivo del plazo de prescripción quincenal propio de las acciones personales sin plazo específico que era de aplicación según la jurisprudencia y la mayoría de autores, véase epígrafe 2.2 de capítulo I, concretamente aquellos autores que siendo partidarios de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad decenal, defendían un plazo anual de prescripción. CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 339, proponía reducir el plazo de prescripción a uno o dos años, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 283, señalaba la necesidad de reforma para reducirlo a uno más breve.

defecto estructural del edificio) como un defecto que no entrañare tal gravedad<sup>253</sup>.

Además, esta jurisprudencia tenía el gran inconveniente de hacer cargar una excesiva responsabilidad en los técnicos intervinientes en la dirección de la obra, debido a la frecuente insolvencia de promotores y constructores, normalmente personas jurídicas, dado que los técnicos no adoptaban comúnmente tal forma y además disponían de un seguro de responsabilidad civil<sup>254</sup>. Es más, se puede señalar que no es la

---

<sup>253</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 18; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.148; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 41, quien señala que *“la tutela debía adecuarse a la gravedad del supuesto y a sus particulares circunstancias”*. SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 21, quien pone de relieve que no se tiene en cuenta la peculiaridad y características de cada uno de los elementos de la obra y la naturaleza y utilidad de los materiales empleados; y añade que no es lo mismo garantizar la estructura del edificio, que un correcto alicatado. Como destaca MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 41, la postura mayoritaria sobre el plazo de prescripción quincenal provocaba *“como efecto negativo una excesiva prolongación en el tiempo de la responsabilidad decenal particularmente difícil de justificar cuando los vicios ruinógenos no entrañaban el derrumbamiento del edificio”*.

<sup>254</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 4, quien considera que aunque muy beneficiosa para comitentes, propietarios y adquirentes, generaba una comprensible inquietud en los profesionales; PANTALEÓN PRIETO, F., *Responsabilidades y Garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación. II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro. Ponencias*, Córdoba, 3 y 4 de mayo de 2001 (publicado en <http://civil.udg.edu/cordoba/pon/pantaleon.htm>), señala que *“los profesionales técnicos de la construcción, que reiteradamente se habían quejado, y no sin alguna parte de razón, de que estaban soportando una cuota injustamente elevada de las responsabilidades por los vicios o defectos de construcción”*; AVILÉS INGLÉS, F., *Encuentros Consejo Superior del Poder Judicial-Consejo Superior de Arquitectos*, en *Estudio sobre la nueva ley de ordenación de la edificación*, dir. por R. Fernández Valverde y J. Díez Delgado, ed. CGPJ, Madrid, 2000, pp. 332-333; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 184, también aluden al sacrificio de los intereses profesionales que conlleva la jurisprudencia; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.148, destaca la incorrecta definición de las funciones de cada agente y la condena a los arquitectos por disponer de un seguro más completo que garantizaba la reparación.

Han sido muchos los autores que aluden a presiones de los técnicos y de sus aseguradoras, como SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.586; TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 36; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 264, quien se refiere como motivos a la idea de ruina funcional y la amplitud de los plazos de garantía y de prescripción; LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de ordenación de la edificación*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 22; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 354, hace referencia en general a *“la lógica presión de un «lobby» tan importante como el de la construcción”*.

discordancia entre la regulación del contrato de obra y la realidad lo que movió al legislador, sino que con el art. 1.591.1º CC era difícil atender a los requerimientos de calidad del proceso constructivo que demandan los adquirentes sin cargar las consecuencias desfavorables de los daños en el colectivo de los técnicos superiores<sup>255</sup>.

## **2. Breve referencia a los sucesivos intentos de reforma del art. 1.591 CC, y a la tramitación parlamentaria de la Ley de Ordenación de la Edificación**

Por la insuficiencia de la normativa del contrato de obra del Código civil que se ha expuesto en el epígrafe anterior, desde los años setenta del siglo anterior se intentó dotar al sector de una norma que regulara adecuadamente la responsabilidad estudiada<sup>256</sup>.

Lo anterior se intentaría por dos vías: por medio de la modificación de la regulación del Código civil del arrendamiento de obras y servicios impulsada por el Ministerio de Justicia, y a través de una ley especial del Ministerio de Fomento, imponiéndose finalmente la segunda, lo que provocó el fracaso de la primera<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 22, quien se refiere a la línea jurisprudencial que considera al arquitecto director como “supremo responsable”, que le hace responder de todo defecto constructivo.

<sup>256</sup> Como señala GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 19 y 20, la LOE ha sido “*el resultado de una larga y costosa gestación que se ha venido desarrollando a lo largo de todas las legislaturas democráticas*”. DíEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 10, expone que las dificultades que plantea la regulación del contrato de obra, junto con su anacronismo, aconsejaba desde los años setenta la reforma por la Comisión General de Codificación del CC, “*restituyendo al artículo 1.591 convenientemente descargado, su inicial función de garantía ex lege frente a la ruina*”. Se celebraron jornadas y congresos, se publicaron artículos y monografías, y se redactaron borradores y anteproyectos de ley, como informa O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p 490.

<sup>257</sup> En tal sentido, DíEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 11, quien alude además a tensiones ministeriales. El mismo autor, o.c. nota 4, p. 376, señala que el Proyecto remitido a la Cortes no pasó el trámite de enmiendas probablemente por la coincidencia con la proposición de la Ley de Ordenación por otros sectores de la Administración y distinguidos profesionales. En igual sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 512. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 24, apunta que es el fracaso de la

En cuanto a la segunda de ellas, ya en 1978 en el Libro Blanco de la Edificación de la Dirección General de Arquitectura se pidió por medio de una Ley de Edificación la regulación de los aspectos esenciales del proceso constructivo<sup>258</sup>. En 1980, el Consejo Superior de Arquitectos designó una Comisión para preparar un proyecto de Ley de la Edificación, que se cursaría como Anteproyecto de Ley en 1984 sin fructificar, tras lo que se dictó la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos, que obligaba al Gobierno a que en el plazo de un año presentara una iniciativa sobre la Ley de Edificación donde se concretaran las atribuciones de los técnicos en el ámbito de la edificación<sup>259</sup>. Posteriormente, se redactaron sucesivos borradores y anteproyectos, hasta que se consigue el Anteproyecto de Ley que se aprueba el día 27 de diciembre de 1995 por el Consejo de Ministros, que no se llegó a tramitar por la disolución de las Cortes<sup>260</sup>.

Tras las elecciones generales, en 1996 se retoma el interés por la LOE, se elabora el borrador de anteproyecto de 11 de junio de 1998 que tras

---

reforma del CC lo que permite a la LOE “*escapar del control de la Comisión General de Codificación, agilizándose así su tramitación*”.

<sup>258</sup> Como nos informa SÁNCHEZ-CÍA, A. L., *Ley de Edificación. Comentarios Jurídicos (Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación)*, ed. Edijus, Zaragoza, 2000, p. 11. Entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 17, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 70, sitúan el origen más remoto de la ley en el Libro Blanco.

El Libro Blanco de la Dirección General de Arquitectura fue elaborado por el Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación, el cual en 1973 había propuesto reformar el art. 1.591 del CC, como informa CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 410, donde refiere las bases de dicha reforma. También sobre lo anterior y el referido libro pueden consultarse RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 182, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 77.

<sup>259</sup> BOE, 2 de abril de 1986. Concretamente su disposición final primera, apartado 3, que señalaba: “*El gobierno remitirá en el plazo de un año a las Cortes Generales un proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, en la que se regularán las intervenciones profesionales de los técnicos facultativos conforme a lo previsto en número 2 del artículo de esta Ley y de los demás agentes que intervienen en el proceso de la edificación*”.

<sup>260</sup> El proyecto se encuentra publicado en BOCG. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, núm. 146-1, de 9 de enero de 1996, disponiendo de 51 artículos.

las correspondientes consultas dio lugar al anteproyecto del día 21 de septiembre siguiente<sup>261</sup>. Después de esta larga andadura, vería la luz el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación en Consejo de Ministros de 5 de marzo de 1999<sup>262</sup>, el cual, tras remitirse a las Cortes, y sin mucho debate<sup>263</sup>, se aprobaría en sesión plenaria y extraordinaria del Congreso<sup>264</sup>, se envió al Senado para su tramitación, para finalmente aprobarse por la Cámara baja el 21 de octubre de 1999<sup>265</sup> y publicarse

---

<sup>261</sup> SÁNCHEZ-CÍA, o.c. nota 258, p. 13, y ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 1, p. 129, señalan que tal borrador se remitió a las entidades aseguradoras, a la Dirección General de Seguros, al Instituto de Consumo y al Ministerio de Justicia, además de a las Comunidades Autónomas y a los Consejos y Colegios Profesionales, Asociaciones de Promotores, Constructores y Fabricantes y sindicatos. Por dicho sistema de amplias consultas, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 417, le atribuye al Proyecto un amplio respaldo social.

Además, para consensuar determinados preceptos se suscribió un acuerdo entre los Consejos Generales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, Arquitectos y presidentes elegidos en representación de la Mesa de la Ingeniería, que dio como resultado los arts. 2, 4, 10, 12 y 13, como informan GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 20, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 71.

<sup>262</sup> Publicado en el BOCG. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, núm. 163-1, de 15 de marzo de 1999, como Proyecto de Ley 121/163, de Ordenación de la Edificación.

<sup>263</sup> Destaca CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 4, un paupérrimo debate y unas enmiendas casi totalmente anodinas; SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 111, habla de ligeras modificaciones de redacción y contenido de este Proyecto; SERRANO ALONSO, E., *Sobre la responsabilidad por "ruina" en el Código civil y en la Ley de Edificación*, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, coord. por M. P. García Rubio, ed. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 851, habla de pequeñas modificaciones, y resalta que la mayor parte fueron referidas a sus disposiciones adicionales.

Lo cierto es que si comparamos el proyecto aprobado por el Consejo de Ministros y el texto aprobado sólo se observan modificaciones en sus disposiciones adicionales, transitorias y derogatorias.

Sin embargo, se habían realizado sucesivas ampliaciones del plazo de enmiendas (Boletines Oficiales de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, a partir del 24 de marzo, núms. 163-2 a 163-9, de 21 de mayo, publicándose índice de enmiendas el 28 de mayo de 1999, en el núm. 163-10).

<sup>264</sup> Sesión nº 244. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 252, de 1 de julio de 1999.

<sup>265</sup> BOCG. Serie A, núm. 163-15, de 28 de octubre de 1999.

como Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación

266

### 3. Objetivos y contenido de la Ley de Ordenación de la Edificación

En este epígrafe analizaremos los objetivos a los que la Ley de Ordenación de la Edificación pretende dar satisfacción, más concretamente, a qué pretende dar satisfacción, para posteriormente analizar en el siguiente epígrafe si sólo obedecía a los objetivos que apunta la ley o también a otros, y si los que explicita se pueden considerar a grandes rasgos cumplidos.

En cuanto a los objetivos que según la ley se quieren cumplir, hemos de acudir a su Exposición de Motivos, donde se nos dice: *“El objetivo prioritario es regular el proceso de la edificación actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías a los usuarios, en base a una definición de los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios”*, lo cual es reiterado prácticamente en el art. 1.1 de la LOE. Este fragmento ha sido considerado como el objetivo de la ley, y específicamente apunta al propósito de regular la actividad constructiva, que posee la LOE<sup>267</sup>.

La Exposición de Motivos después de fijar el contenido de la ley, sobre el que iremos entrando, señala: *“La Ley, en definitiva, trata, dentro del*

---

<sup>266</sup> BOE, 6 de noviembre.

<sup>267</sup> Aprecian en este fragmento el objetivo de la ley, O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 492; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 23, y PAREJO ALFONSO, L., en *Comentarios a la Ley de ordenación de la edificación*, dir. por L. Parejo Alfonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. de la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 19. Sostienen concretamente el propósito de la LOE de regular la actividad edificadora, DE LA SERNA BILBAO, o.c. nota 246, p. 128; PRATS ALBENTOSA, L., *Ley de Ordenación de la Edificación: disposiciones generales y exigencias de la edificación*, RdP 4 (2000), p. 447; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 16 y 17; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 23.

Contraria es MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 15, quien considera que *“no intenta ordenar la construcción... sino el sistema de responsabilidades y garantías...”*.



*marco de competencias del Estado, de fomentar la calidad incidiendo en los requisitos básicos y en las obligaciones de los distintos agentes que se encargan de desarrollar las actividades del proceso de la edificación, para poder fijar las responsabilidades y las garantías que protejan al usuario y para dar cumplimiento al derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada*". En esta línea se apuntaba durante la tramitación parlamentaria como objetivos de la ley el fomento de la calidad mediante el establecimiento de los requisitos básicos de la edificación, la delimitación de las responsabilidades de los agentes y la fijación de las garantías para asegurar la reparación de los daños materiales causados al edificio<sup>268</sup>.

Pues bien, con carácter general se considera la protección de los adquirentes y la calidad de la edificación como objetivos prioritarios o fundamentales de la ley<sup>269</sup>, y que se responde a la demanda social de

---

<sup>268</sup> Declaraciones del Ministro de Fomento Sr. Arias Salgado en el debate de totalidad del Proyecto, Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, núm. 235, de 29 de abril de 1999, p. 12.578.

<sup>269</sup> Entre innumerables, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 417, ve la calidad como un objetivo principal, junto con el de delimitar las responsabilidades y establecer las garantías; en el mismo sentido, ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M., *La Ley 38/1999, de 5 de noviembre de ordenación de la edificación*, Economist & Jurist, 41 (2000), p. 32; DE LA SERNA BILBAO, o.c. nota 246, p. 129, destaca como uno de los objetivos satisfacer la demanda social de calidad; FUENTESECA DEGENEFFE, C., *La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación deroga el contenido del art. 1591 del Código Civil a partir del 6 de mayo del año 2000*, Act. Civil 12 (2000), p. 445, considera como finalidad última la protección del consumidor o usuario al regular principalmente la calidad de lo edificado, y que ello se deriva de las rúbricas de los capítulos II "exigencias técnicas y administrativas de la edificación", III "agentes de la edificación", IV "Responsabilidades y garantías", además de los títulos de los arts. 1 a 20, de las continuas alusiones a la calidad por parte de la Ley, y del primer párrafo del art. 3, que según la autora señala los objetivos de la Ley ("*Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes*"). También ven la calidad y la protección como los dos fines fundamentales de la LOE, JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 23; GARCÍA MACHO Y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, pp. 19 y 21; RIERA I BARNIOL, E., *El sistema de responsabilidades y garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ECI 18 (2001), p. 35, ve la protección del consumidor o usuario como objetivo principal; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 15 y 21; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 13; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 185; RÍOS DÁVILA, M. L., *Las responsabilidades en la Ley de Ordenación de la Edificación*, en *Manual de Derecho de*

calidad<sup>270</sup>. En relación con lo anterior, también se ha destacado por algún autor la búsqueda de la profesionalización de los agentes de la edificación, precisamente para conseguir una construcción de calidad<sup>271</sup>.

Por otro lado, un grupo de autores, en sintonía con lo que señala la parte programática de la norma<sup>272</sup>, afirman que la ley tiene como objetivo

---

*la Construcción*, coord. por S. San Cristóbal Reales, ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 333; SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 851; FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 257; BADIOLA DÍEZ, R., *Responsabilidades jurídicas en la edificación*, en *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, dir. por A. E. Humero Martín, III, Primera Parte, coord. por I. Sierra Pérez, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 61 y 62; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 24; PRATS ALBENTOSA, o.c. nota 267, pp. 447-448. Incluso se destaca la calidad como una preocupación casi obsesiva del legislador, por MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 26; MARTÍN BERNAL, J. M., *La ley de ordenación de la edificación como garantía de calidad*. Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales 17 (2001), p. 12, quien señala que en pocas leyes ha visto expresiones tan reiteradas como en la LOE.

<sup>270</sup> Véase nota anterior, DE LA SERNA BILBAO; BOLDÓ RODA, C., *Régimen de Garantías por daños materiales ocasionados por vicios o defectos en la construcción*, RES 103 (2000), p. 532; RAYÓN BALLESTEROS, M. C., *El artículo 1.591 del Código civil y la nueva Ley de Ordenación de la Edificación: un salto normativo de más de un siglo*, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, coord. por L. Martínez-Calcerrada y Gómez, II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 1.609; GONZÁLEZ TAUSZ, R., *El nuevo régimen del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación*, RCDI 661 (2000), p. 2.692, quien refiere estadística acerca de que en 1998 el 30% de las consultas y reclamaciones recibidas por la Unión de Consumidores de España eran derivadas de la mala calidad de los edificios, y cita como fuente *El País (Suplemento de Negocios)*, 3 de octubre de 1999, p. 34. El Ministro de Fomento, Sr. Arias Salgado en el debate de totalidad del Proyecto, señalaba que las reclamaciones ascendían al 35% (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 235, de 29 de abril de 1999, p. 12.578.); GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 346, señala expresivamente que se “*pretende, entre otras cosas, establecer un marco general que fomente la calidad de los edificios*”; NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., *Entidades de control y verificación de la calidad de la edificación: estatuto jurídico público básico*, ECI 24 (2002), p. 23, quien alude a un sentimiento relativamente generalizado en la sociedad sobre la escasa o deficiente calidad de las viviendas no proporcional, además, al coste económico que supone su adquisición.

<sup>271</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 19.

<sup>272</sup> “Respondiendo a este orden de principios, la necesidad, por una parte, de dar continuidad a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, ordenando la construcción de los edificios, y de superar, por otra, la discrepancia existente entre la legislación vigente y la realidad por la insuficiente regulación actual del proceso de la edificación, así como de establecer el marco general en el que pueda fomentarse la calidad de los edificios y, por último, el compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños, como una aportación más a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, son los motivos que justifican sobradamente esta Ley de Ordenación de la Edificación”.

dar continuidad a la antigua Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LSV)<sup>273</sup>, puesto que el objeto de la regulación de la LOE comienza donde acaba aquella<sup>274</sup>, y que ha venido a complementar la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), ello mediante la fijación de las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños<sup>275</sup>.

Para conseguir los objetivos que se marca la ley, después de determinar su objeto en el art. 1, y su ámbito de aplicación en el art. 2 mediante el concepto de edificación<sup>276</sup>, tiene el siguiente contenido<sup>277</sup>:

---

<sup>273</sup> Derogada por disposición derogatoria única de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. Cfr. BOE, 29 de mayo de 2007.

<sup>274</sup> GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 22; ECHEVARRÍA SUMMERS, o.c. nota 269, p. 32; BOLDÓ RODA, o.c. nota 270, p. 532; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.435; RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 35; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 23.

Sin embargo, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de ordenación de la edificación*, ed. Civitas, Madrid, 2000, pp. 39 y 57, considera que no es tanto continuación de la Ley 6/1998, sino de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos, puesto que la LOE no es una ley urbanística, ni regula la edificación desde dicha perspectiva, como última fase del proceso, sino que la normativa de la edificación se ha producido en el último siglo en el ámbito del Derecho administrativo de ahí que la Exposición de Motivos se refiera a la Ley 6/1998.

<sup>275</sup> Derogada mediante la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) (BOE, 30 de noviembre de 2007), modificado a su vez por Ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE, 28 de marzo de 2014). Ven dicho complemento GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, pp. 22 y 23; BOLDÓ RODA, o.c. nota 270, p. 532; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.435; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 23. ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 15.

<sup>276</sup> Reza la Exposición de Motivos: *"Para ello, se define técnicamente el concepto jurídico de la edificación y los principios esenciales que han de presidir esta actividad y se delimita el ámbito de la Ley, precisando aquellas obras, tanto de nueva construcción como en edificios existentes, a las que debe aplicarse"*.

<sup>277</sup> Las grandes líneas del mismo se refieren en los ptos. 2 a 8 de su Exposición de Motivos, y en su art. 1.1 que dispone: *"Esta Ley tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios"*.

En primer lugar, en su art. 3 se regulan los requisitos básicos que deben cumplir los edificios, respecto a la seguridad, funcionalidad y habitabilidad<sup>278</sup>, y se remite su desarrollo al Código Técnico de la Edificación<sup>279</sup>. Ello lo hace la ley junto con la regulación del Proyecto de la obra (art. 4) de las licencias y autorizaciones administrativas (art. 5) de la recepción de obra (art. 6) y de la documentación de la obra ejecutada (art. 7), en lo que podríamos considerar su primer bloque, el dedicado a las exigencias técnicas y administrativas de la edificación<sup>280</sup> que es el título del capítulo II en el que se insertan los anteriores preceptos.

Tras ello, la ley dedica los arts. 8 a 16 a los agentes de la edificación. Concretamente regula sus obligaciones, la reparación de las consecuencias perjudiciales derivadas de una defectuosa edificación, mediante el tratamiento de la responsabilidad civil por defectos constructivos en sus arts. 17 y 18, e impone en el art. 19 la necesidad de constituir una garantía para hacer frente a las responsabilidades y en el art. 20 los mecanismos para garantizar tal constitución.

Dentro del contenido señalado, el más novedoso es el aseguramiento de la responsabilidad de los agentes de la edificación<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> Así, señala la parte expositiva de la ley: *“Por otra parte, la sociedad demanda cada vez más la calidad de los edificios y ello incide tanto en la seguridad estructural y la protección contra incendios como en otros aspectos vinculados al bienestar de las personas, como la protección contra el ruido, el aislamiento térmico o la accesibilidad para personas con movilidad reducida”. “Ante la creciente demanda de calidad por parte de la sociedad, la Ley establece los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios de tal forma que la garantía para proteger a los usuarios se asiente no sólo en los requisitos técnicos de lo construido sino también en el establecimiento de un seguro de daños o de caución. Estos requisitos abarcan tanto los aspectos de funcionalidad y de seguridad de los edificios como aquellos referentes a la habitabilidad”.*

<sup>279</sup> Aprobado mediante RD 314/2006, de 17 de mayo. BOE, 28 de marzo de 2006. Aunque la remisión no se realiza para el desarrollo de todos ellos. Véase epígrafe 1.1 de capítulo V.

<sup>280</sup> En tal sentido O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 492.

<sup>281</sup> Entre otros, FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *La responsabilidad civil en la nueva Ley de ordenación de la edificación (38/1999, de 5 de noviembre)*, Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto 2 (1999), p. 93; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 405 y 406; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 27; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 22; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 348, y MUÑOZ GARCÍA, C., *El contrato de*

La regulación se completa con siete disposiciones adicionales, dos transitorias, dos derogatorias y cuatro finales, de las que interesa destacar la disposición adicional primera que regula la garantía de la percepción de cantidades entregadas a cuenta del precio de la compraventa, la segunda referida a la obligatoriedad de las garantías que cubren la responsabilidad por defectos en la construcción, y la séptima que permite al agente de la edificación demandado en un procedimiento de exigencia de responsabilidad por defectos de la construcción llamar a otros agentes que considere responsables, así como la disposición derogatoria primera que deroga todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la misma.

A la vista de los objetivos y del contenido de la ley, en el que se entrecruzan materias jurídico-administrativas con otras que son propias del derecho privado<sup>282</sup>, era de aventurar que la naturaleza de las normas contenidas en la LOE fuera variada<sup>283</sup>.

---

*obra inmobiliaria*, en *Manual de Derecho de la Construcción*, coord. por S. San Cristóbal Reales, ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 214.

No obstante, se destaca al mismo nivel la relevancia de la regulación de los requisitos básicos por parte de CORDERO LOBATO, E., *El Código Técnico de Edificación como Norma Jurídica. A Propósito de la Eficacia Jurídica y los Límites del RD 314/2006*, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 17.

<sup>282</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 377.

<sup>283</sup> En tal sentido, entre otros: GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 61; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 419; GARCÍA MAS, F. J., *Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación*, RCDI 664 (2001), p. 652; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 26; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 179.

Como dice GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 61, nos encontramos con normas civiles cuando se regulan las relaciones jurídicas entre los agentes y su responsabilidad. En el mismo sentido, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 493, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 26.

También señala GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 61, que se trata de normas mercantiles las que imponen los seguros que cubren aquella responsabilidad, aunque parecen considerarse civiles por O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 493.

Igualmente destaca GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 62 y 63, que son normas administrativas las que regulan los requisitos básicos de la edificación, la obligatoriedad de licencias y autorizaciones administrativas y titulaciones de los técnicos; en el mismo sentido DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 26.

#### 4. Inspiración de la Ley de Ordenación de la Edificación

Con carácter general, la Ley de Ordenación de la Edificación se ha inspirado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>284</sup>, y es que la necesidad de ser tenida en cuenta la jurisprudencia para una futura reforma era puesta de manifiesto desde hace bastantes años<sup>285</sup>.

---

Por último, expone GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 62, que existen normas de derecho notarial y registral cuando se prohíbe por el art. 20 la autorización e inscripción de escrituras de obra nueva o el cierre de la hoja abierta al promotor individual en el Registro Mercantil ni la inscripción de liquidación de sociedades promotoras sin la constitución de los seguros; en el mismo sentido DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 26.

A todo lo anterior, hay que unir normas de derecho procesal, como es la disposición adicional séptima que permite al agente demandado llamar al proceso a los que considere responsables, como señalan DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 26.

<sup>284</sup> Con mayor o menor rotundidad se pronuncian sobre la inspiración aludida o la coincidencia en las soluciones dadas por el Tribunal Supremo y la LOE, además de SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA (véase nota 313); LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 188, señala que muchas de sus soluciones, “*siguen cerca la jurisprudencia anterior*”; ALARCÓN FIDALGO, J., *La Ley de Ordenación de la Edificación: La responsabilidad civil de los agentes y su aseguramiento. Aspectos Procesales*, RES 101 (2000), p. 104, para el que recoge en gran medida los criterios jurisprudenciales; RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 36, señala que prácticamente se limita a recoger en su articulado la doctrina del Tribunal Supremo; en análogo sentido, PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 22. También pueden verse MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 16; MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 214, la cual considera que valida en ocasiones la jurisprudencia; SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 853, se refiere a que el Capítulo III convierte en norma positiva dicha jurisprudencia; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 28 y 29, considera que “*en gran medida ha venido a positivizar la doctrina jurisprudencial...*”; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.149, la ve como la fuente de inspiración de la LOE, reprochando por ello que la Exposición de Motivos no se refiera a ella, y REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 345, señala que viene a recoger buena parte de la jurisprudencia.

Así lo ha reconocido la STS de 19 de julio de 2010 (RJ 6559) que señala en cuanto a la responsabilidad del promotor: “*Pero es que, además, estos criterios de jurisprudencia han sido incorporados a la Ley de Ordenación de la Edificación en la que el Promotor figura como uno más de los Agentes que la misma refiere...*”.

<sup>285</sup> RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, pp. 287 y ss.; GARCÍA CANTERO, o.c. nota 95, p. 768; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 370, quien argumentaba que “*la misma se adecúa al principio constitucional de protección de los consumidores y usuarios, que ha de presidir la tarea del legislador (arts. 53.2 de la Constitución y 1 de la Ley General para la Defensa de los Derechos de los Usuarios y Consumidores y preámbulo de la misma)*”.

No obstante, también se incide en que existen diferencias entre la jurisprudencia y la LOE<sup>286</sup> sobre las que entraremos evidentemente, e incluso se llega a considerar por algunos autores que ésta ha deslegitimado la jurisprudencia<sup>287</sup>.

En el ámbito del derecho comparado, la LOE se ha inspirado en la normativa francesa, cuya necesidad de tomarse como referencia, al igual que sucedía con la jurisprudencia recaída sobre el art. 1.591 CC, ya era puesta de manifiesto mucho antes<sup>288</sup>. Nos referimos concretamente a la Ley de 4 de enero de 1978, denominada Ley *Spinetta*, que reformó los arts. 1.792 y 2.270 del *Code* e impuso un seguro a los intervinientes en la construcción<sup>289</sup>. Sin embargo, dicha inspiración ha sido sólo parcial<sup>290</sup> como iremos viendo a lo largo de este trabajo.

---

<sup>286</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 4, señala que “*El legislador recibe ahora en parte, y en parte también depura, todo ese desenvolvimiento jurisprudencial*”; con carácter general LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 264, señala que la LOE: “*replantea, en gran medida, el tema de la responsabilidad por ruina de los edificios*”; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 21 y 23, aunque reconoce la inspiración en la doctrina del TS, señala que la LOE no se ha limitado a trasladar la jurisprudencia, sino que “*ha dado un paso más, y ha transformado los criterios para el establecimiento de responsabilidades constructivas, al introducir supuestos diversos... y ampliar el elenco de sujetos hipotéticamente responsables.*”; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4.586-4.587, quien destaca que es “*un régimen de responsabilidad más limitado en el tiempo y más restrictivo en determinados aspectos*”; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.149, señala en cuanto a la jurisprudencia que una “*parte importante ha de entenderse desautorizada*”; en análogo sentido, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 19, resalta que la LOE no se ha limitado a llegar hasta donde lo había hecho la jurisprudencia; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 74, destacan que en muchos aspectos la acoge, pero en otros se aparta o regula aspectos nuevos.

<sup>287</sup> Nos referimos a O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 491; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 193, quien señala además que se corrigen ciertos excesos de la interpretación jurisprudencial del art. 1.591. En análogo sentido, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 37.

No obstante, en referencia particular a la regla jurisprudencial del arquitecto como supremo responsable se habla de un intento infructuoso de deslegitimación de la jurisprudencia por RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.117.

<sup>288</sup> RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 288; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 20.

<sup>289</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 410-411; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 16; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 69; PEÑAS MOYANO, M. J., *Edificación y seguro: Modalidades contractuales exigidas como garantía en la LOE*, RES 110 (2002), p. 147.

De igual modo, la ley se ve influida por la Directiva 89/106/CEE, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción<sup>291</sup>, puesto que también recoge los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad de la edificación con idéntica perspectiva prestacional<sup>292</sup>. También por la Directiva 85/384 CEE<sup>293</sup>, al recoger la ley en su Exposición de Motivos su mensaje esencial de que la calidad de las construcciones reviste un interés público<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> Por el momento cabe citar a CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 5, que ve dicha correspondencia en cuanto a la diversificación de plazos según la naturaleza de los defectos, pero no en cuanto a los daños resarcibles, rebajados por la LOE a los daños materiales causados en el edificio; parece seguirlo MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 16-17; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.586, ve una separación del modelo francés.

<sup>291</sup> DOCE, serie L, de 11 de febrero de 1989. Dicha directiva fue transpuesta por el Real Decreto 1630/1992, de 29 de diciembre, por el que se dictan disposiciones para la libre circulación de productos de construcción, en aplicación de aquella (BOE, de 9 de febrero de 1993).

<sup>292</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 419, destaca la inspiración porque los requisitos de seguridad y habitabilidad de la LOE son considerados esenciales por la Directiva, y porque la LOE pretende que se cumplan dichos requisitos durante un tiempo de vida económicamente razonable, como señala la Directiva (art. 3), sobre lo que se entrará con detalle (véase epígrafe 1.1 de capítulo VI). En idéntico sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 17 y 18. También destaca la inspiración FUENTESECA DEGENEFEE, o.c. nota 269, p. 449.

Además, como señala SEOANE PRADO, J., *El Código Técnico de la Edificación. Un nuevo paso en la nueva normativa sobre edificación*, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, dir. por C. Hernández Pezzi, ed. CGPJ, Madrid, 2007, p. 192, responde a la perspectiva prestacional implantada por la Resolución de 7 de mayo de 1985 del Consejo de la Comunidad Europea que dio lugar a la referida directiva, porque a la hora de establecer los requisitos básicos que han de reunir los edificios no obliga al empleo de una determinada técnica o material, esto es, no tiene normas de carácter prescriptivo.

<sup>293</sup> De 10 de junio de 1985, para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el sector de la arquitectura, y que incluye medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios. DOCE, Serie L, de 21 de agosto de 1985.

<sup>294</sup> Son palabras de VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 76. También pueden verse en sentido análogo, entre otros, PRATS ALBENTOSA, o.c. nota 267, p. 448; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 23; SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 851; FUENTESECA DEGENEFEE, o.c. nota 269, p. 449; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 74.



Por último, se alude a inspiraciones más puntuales, en la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda, en el derecho italiano, en el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”, en el último Proyecto de Ley de Ordenación de la V legislatura<sup>295</sup>, y en la disciplina de la recepción de las obras públicas<sup>296</sup>.

## 5. Valoración global de la Ley de Ordenación de la Edificación

Ante todo, debe señalarse que la Ley de Ordenación de la Edificación ha sido objeto de duras críticas, a pesar de que fue saludada con alborozo su aparición, al pensarse que clarificaba a los agentes y que imponía una garantía para los consumidores<sup>297</sup>.

Bastante generalizada es la crítica de que no cumple con el objetivo de protección de los adquirentes de la edificación. Así, pondría de manifiesto el Consejo Económico y Social<sup>298</sup> que no contiene medidas necesarias de

---

Efectivamente la Exposición de Motivos expresa: “En todo caso, el proceso de la edificación, por su directa incidencia en la configuración de los espacios, implica siempre un compromiso de funcionalidad, economía, armonía y equilibrio medioambiental de evidente relevancia desde el punto de vista del interés general; así se contempla en la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea, cuando declara que la creación arquitectónica, la calidad de las construcciones, su inserción armoniosa en el entorno, el respeto de los paisajes naturales y urbanos, así como del patrimonio colectivo y privado, revisten un interés público”.

<sup>295</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 17.

<sup>296</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 414.

<sup>297</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 490.

<sup>298</sup> Consejo Económico y Social. “Dictamen sobre el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación”, Dictámenes, núm. 5, 1999, p. 10, donde se señala: “Finalmente, el CES quiere llamar la atención sobre la falta de concordancia que se encuentra entre la redacción de la Exposición de Motivos y el articulado del Proyecto de Ley. Por una parte, se menciona la protección del usuario final de la vivienda como uno de los principales objetivos, y el texto incluye una serie de requisitos básicos a cumplir en la edificación, que sin duda beneficiarán al usuario final en cuanto a su uso y disfrute. También define los responsables y sus responsabilidades, lo que permitirá asegurar a los participantes en todo el proceso y establece una serie de garantías, para hacer frente a los posibles problemas que puedan surgir. Sin embargo, se echa en falta mención a las medidas necesarias que contemplen al consumidor final y sus derechos para solucionar problemas derivados del posible incumplimiento, en los casos que pudiera ocurrir. Por ello, el CES estima que, en lo que se refiere a la protección del

protección, a pesar de que la protección del adquirente sea uno de los principales objetivos según la Exposición de Motivos.

Más concretamente, se considera que la LOE recorta los derechos de los adquirentes de la edificación y beneficia a los agentes de la edificación<sup>299</sup>, como también se pondría de manifiesto durante la tramitación parlamentaria<sup>300</sup>. Se viene a sostener que la LOE, fundamentalmente por la reducción de los plazos de garantía y de prescripción que eran aplicables al art. 1.591 CC, y por la limitación de los daños resarcibles a los causados al edificio, es menos protectora que tal precepto<sup>301</sup>, como veremos más detalladamente al tratar dichas materias.

---

*consumidor, se encuentra cierta falta de plasmación en el articulado de los contenidos de la Exposición de Motivos, como se puede percibir en algunas de las observaciones al articulado. Para contribuir a la efectiva protección al consumidor o usuario final, el CES considera que las obligaciones establecidas en este Proyecto de Ley se deberían trasladar a la legislación de protección al consumidor, tipificando las correspondientes infracciones y sanciones”.*

<sup>299</sup> En tal sentido, O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 491, autor que además se hace eco de las críticas realizadas por la Comisión de Derecho privado de Jueces para la Democracia, y alude a que la deslegitimación de la labor jurisprudencial que, según el mismo, provoca la ley, es en beneficio de los agentes de la edificación y en perjuicio del consumidor. En sentido análogo, entre otros, LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 265, señala que *“La impresión generalizada es que los «agentes de la construcción»... han ganado la partida y que los preceptos de la LOE son más defensores de ellos que de los consumidores”*; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.148, considera que *“introduce recortes en detrimento del adquirente de viviendas y, lógicamente, como correlativo, favoreciendo los intereses de técnicos y de constructores”*; TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, pp. 36-37, quien resalta que parte esencial del articulado *“es una pura contradicción con los objetivos generales de protección social y garantía para los consumidores...”* y que su regulación *“se opone a los más elementales criterios de protección de los intereses, no sólo de consumidores y usuarios, sino del mero contratante civil”*.

<sup>300</sup> En sesión del Senado, el Grupo Parlamentario Socialista (Cortes Generales. Diario de Sesiones. Senado. Comisiones, núm. 479, de 23 de septiembre de 1999) subrayó que el Proyecto no protege eficazmente a los consumidores, y que los grandes beneficiarios son los agentes de la edificación: *“De todo el régimen de responsabilidades y garantías, los que se pueden definir como grandes beneficiarios de este proyecto de ley del Gobierno Popular son, sin duda, los agentes que intervienen en la edificación, pero en ningún caso el consumidor”*.

<sup>301</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 21, quien señala con carácter general que la LOE *“protege...de forma mucho menos generosa que la jurisprudencia recaída sobre el art. 1591 CC”*; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 23, el cual observa que el *“verdadero paso atrás”* proviene de la reducción de los plazos de garantía y de prescripción; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 28, para el que la situación del adquirente *“no es*

En relación con lo anterior, debe señalarse que no estamos ante una ley que tenga como fin la protección de los consumidores puesto que alcanza a todo propietario, con independencia de su condición de consumidor<sup>302</sup>.

Es más, se ha advertido que el objetivo inicial de la ley era el de delimitar las competencias y obligaciones de los agentes para poner fin a los conflictos de competencias entre los técnicos<sup>303</sup>, y que la inclusión del régimen de responsabilidad y garantías fue un intento de justificar la ley como una norma de protección<sup>304</sup>.

En la misma línea de “objetivos no confesados”, se sostiene que es una norma que protege a los técnicos frente al resto de agentes<sup>305</sup>, y que

---

*mejor que la que tenía anteriormente*”; MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 214, quien apunta a la limitación a los daños materiales causados al edificio; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 25, quien se refiere al cómputo de los plazos de garantía desde la recepción de la obra, y no desde la adquisición de los inmuebles.

<sup>302</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 324; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 617. Moderadamente RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 20, aunque reconoce que nace con la finalidad, entre otras, de proteger a los consumidores, destaca que no alcanza sólo al consumidor la tutela de la ley. Véase sobre ello epígrafe 1.1 de capítulo VIII.

<sup>303</sup> PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 173-174. Cfr. disposición final primera, apartado 3, de la Ley 12/1986, que contenía el mandato de elaborar una iniciativa sobre la Ley de Edificación donde se concretaran las atribuciones de los técnicos en el ámbito de la edificación. Otros autores también se refieren a dicho objetivo de delimitar las atribuciones de los técnicos, como CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 418; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 15 y 16, para el cual la LOE gira en torno a dos temas, además del de la protección de los adquirentes de los inmuebles, la determinación de las funciones, atribuciones y obligaciones de los agentes, en especial de los profesionales.

No obstante, otros autores inciden en que la LOE no es una ley de competencias profesionales: O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 492, y REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 346.

<sup>304</sup> Nos referimos a MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 174, quien llega a hablar de oportunismo político por tal razón.

<sup>305</sup> PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254, quien señala: “No habla, sin embargo, de la otra clara, pero mucho menos popular, finalidad protectora de la Ley: la de proteger a los referidos profesionales técnicos de la construcción, que reiteradamente se habían quejado, y no sin alguna parte de razón, de que estaban soportando una cuota injustamente elevada de las responsabilidades por los vicios o defectos de construcción”. En el mismo sentido LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 173-174. FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 101, el cual sostiene: “Con la nueva Ley se favorece claramente a los técnicos -arquitectos y aparejadores- mientras que salen perjudicados los promotores y constructores”.

conlleva la asunción del coste del aseguramiento de los daños entre los principales agentes intervinientes<sup>306</sup>.

También se ha criticado que la LOE no persigue la calidad de la edificación, porque es una ley que centra más en determinar el responsable del defecto constructivo<sup>307</sup>.

En cambio, otros autores valoran positivamente la Ley de Ordenación de la Edificación y, en muchas ocasiones, aprecian como virtudes lo que es visto como defectos por los críticos con la norma.

Ya hemos visto<sup>308</sup> que con carácter general se considera la protección de los adquirentes y la calidad de la edificación como objetivos prioritarios o fundamentales de la ley. Así, se destaca que se protege a los adquirentes mediante el establecimiento de los requisitos básicos de la edificación y el sistema de responsabilidad y de aseguramiento de los

---

<sup>306</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 22, para la cual los objetivos básicos de fomento de la calidad, delimitación de funciones y responsabilidades de los agentes, y establecimiento de garantías, son sólo el presupuesto necesario para la consecución del verdadero objetivo apuntado.

Ciertamente por los técnicos fue valorado positivamente el seguro aludiendo precisamente a ello en Centro de Asesoramiento Tecnológico. 16 de marzo de 2000. Colegio de Arquitectos de Asturias, cuya opinión extractan SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 187: *“ya que con la implantación plena de las garantías previstas en la Ley se superaría la situación que arquitectos y aparejadores están sufriendo de manera sistemática, al ser en definitiva quienes asumen las consecuencias de sentencias condenatorias solidarias basadas en la insolvencia o desaparición del resto de los agentes...”*.

<sup>307</sup> ORTEGA ANDRADE, F., *La calidad de la edificación y la Ley de Ordenación de la Edificación*, en *Estudio sobre la nueva ley de ordenación de la edificación*, dir. por R. Fernández Valverde y J. Díez Delgado, ed. CGPJ, Madrid, 2000, pp. 345-347, quien reprocha además que no es posible elevar la calidad de la construcción si no se eleva la cualificación de sus operarios. En igual sentido, ALMENAR BELENGUER, M., JIMÉNEZ LÓPEZ, C. y PÉREZ PAZ, O., *Aspectos generales del Código Técnico de la Edificación: Sistemática y aplicación*, en *El desarrollo de la Ley de Ordenación de la Edificación. Código Técnico de la Edificación*, dir. por J. A. Seijas Quintana y C. Alvira Duplá, ed. CGPJ, Madrid, 2008, p. 72.

Lo anterior se pondría de relieve durante la tramitación parlamentaria en la propuesta de veto núm. 1 de don Manuel Cámara Fernández y don José Fermín Román Clemente (GPMX) IU (Mixto): *“...entendemos que el texto que remite el Gobierno, lejos de promover una edificación de mayor calidad, lo que hace es buscar una solución a los problemas de la mala edificación”* (BOCG. Senado. Serie II. Proyectos de Ley, núm. 148 (c), de 21 de septiembre de 1999).

<sup>308</sup> Véase p. 80.

daños<sup>309</sup>. Igualmente se sostiene que se consigue la calidad de la edificación al establecerse los requisitos básicos de la edificación<sup>310</sup>, y a través del referido sistema de responsabilidades y de aseguramiento<sup>311</sup>.

En la misma línea de valoración positiva, se ha insistido en que la LOE no recorta la protección que tenían los adquirentes con el art. 1.591 CC<sup>312</sup>.

Igualmente se destaca la seguridad jurídica que conlleva la LOE, por acoger como norma legal la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1.591 CC<sup>313</sup>, y en relación con ello, no se considera que se deslegitime tal doctrina legal, aunque sí que la modifique o matice en algunos aspectos<sup>314</sup>.

---

<sup>309</sup> RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 184; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 14 y 15.

<sup>310</sup> MARTÍ FERRER, M., *La Ley de Ordenación de la Edificación: El punto de vista del promotor*, RDUMA 177 (2000), p. 468; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 90. Véase *infra* PRATS ALBENTOSA.

<sup>311</sup> PRATS ALBENTOSA, o.c. nota 267, p. 448, señala que la calidad se pretende alcanzar de un modo “preventivo”, reglamentando de una forma más precisa las exigencias técnicas del proyecto y los requisitos básicos, y “reactivo” con mayor precisión del perfil y los cometidos de los diversos agentes, facilitándose la imputación y, por último, la más adecuada satisfacción mediante la garantía, a pesar de que ella pueda hacer menos diligente; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 15, destaca el sistema de responsabilidad y garantías favorece la calidad; BOLDÓ RODA, o.c. nota 270, p. 532, considera que la calidad se apoya en el pilar básico del sistema de garantías; en idéntico sentido BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 26.

Hay que apuntar que la Exposición de Motivos parece anudar la calidad a los seguros que implanta la norma al decir: “Ante la creciente demanda de calidad por parte de la sociedad, la Ley establece los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios de tal forma que la garantía para proteger a los usuarios se asiente no sólo en los requisitos técnicos de lo construido sino también en el establecimiento de un seguro de daños o de caución”.

<sup>312</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 18, quien señala: “No es una Ley, como se ha dicho por alguno, que recorte los derechos que tenía el adquirente-consumidor...”.

<sup>313</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 18; el mismo autor y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 184. Valora como plenamente acertado el acogimiento de la jurisprudencia, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 412. Sobre la introducción por la LOE de claridad y seguridad jurídica se pronuncia también SALA SÁNCHEZ, o.c. nota 97, p. 565.

<sup>314</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 18. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 81.

También se ve con buenos ojos que se termine con la situación que conllevaba el art. 1.591 CC en su interpretación jurisprudencial, puesto que con él eran resarcibles todos los daños derivados del defecto constructivo<sup>315</sup> y resultaba excesiva la duración de los plazos de garantía y de prescripción, aunque se llama la atención sobre el recorte de la duración del plazo de prescripción, que ha pasado de quincenal a bienal, y su cómputo desde la producción de los daños<sup>316</sup>.

Como veremos con más detalle, se valora positivamente la diversidad de plazos de garantía en atención al tipo de defecto<sup>317</sup>, porque ya señalamos que era objeto de críticas la aplicación del plazo decenal a cualquier defecto dentro de la amplia noción de ruina<sup>318</sup>. Sin embargo, como igualmente analizaremos en profundidad, se critica su cómputo desde la recepción por no proteger, puesto que este momento es anterior al de la adquisición por los destinatarios finales del edificio<sup>319</sup>.

En cuanto a la reducción del plazo de prescripción, como abordaremos, parece que la amplitud del preexistente ha hecho que no sea criticada en exceso<sup>320</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que la LOE evidentemente recorta la protección que tenían los adquirentes con la interpretación dada al art. 1.591 CC, puesto que su plazo decenal de garantía junto con la amplía

---

<sup>315</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 18, para el cual la LOE *“aclara las dudas sobre el contenido de los daños...”* y *“...frena una tendencia marcadamente ampliatoria del concepto de daños”*.

<sup>316</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 21, quien señala: *“Ha logrado un justo equilibrio entre los derecho de los usuarios y el de los Profesionales, vinculados hasta la fecha a la obra durante unos plazos de garantía y prescripción excesivamente largos...”*. No obstante, el autor reconoce que el plazo de prescripción es *“un plazo corto, que matiza en cierta forma los principios fundamentales en los que se asienta la Ley, de protección del consumidor, no tanto por el tiempo que la norma establece, cuanto por la forma de computarse...”*.

<sup>317</sup> Entre otros, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 24-25; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 21. Para más referencias, véase epígrafe 1 de capítulo VI.

<sup>318</sup> Véase epígrafe 1 de este capítulo.

<sup>319</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 25. Para más referencias véase epígrafe 2.1 de capítulo VI.

<sup>320</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo VII.

noción de ruina funcional, hacía que se dispensara cobertura decenal a defectos que nada tenían que ver con la estructura, ello con un plazo de prescripción quincenal, y con un resarcimiento integral, no limitado a los daños causados al edificio. Pero también, y esto es otra cuestión que no se puede confundir con la anterior, era necesario un ajuste en los defectos objeto de cobertura decenal, por ser una manifestación de injusticia tratar cosas diferentes por igual, y también era preciso reducir el plazo de prescripción quincenal, por ser excesiva su duración, máxime cuando se combina con uno de garantía.

No obstante, el hecho de que actualmente sólo sea exigible el seguro decenal y además exclusivamente para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda, y se haya diferido *sine die* la entrada en vigor del resto de seguros, hace que disintamos de los autores antes referidos que sostienen que el legislador cumplió con el objetivo de protección de los adquirentes mediante el sistema de garantías<sup>321</sup>.

Por otro lado, en cuanto al objetivo apuntado anteriormente de regular el proceso de la edificación<sup>322</sup>, aunque algunos autores defienden que la ley dota al sector de la construcción de un régimen sustantivo propio<sup>323</sup>, apreciamos que no se cumple con dicho objetivo<sup>324</sup>. Así, se le reprocha

---

<sup>321</sup> Cfr. disposición adicional segunda, apartado dos de la LOE. Véase epígrafe 8.1 del presente capítulo dedicado a la entrada en vigor de la LOE.

<sup>322</sup> Véase epígrafe 3.

<sup>323</sup> En tal sentido, entre otros, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 21; el mismo autor y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 185, aunque resalta que no es una ley integral que contemple todo el proceso constructivo y que no regula el derribo de edificios ni otros daños; GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.691, señala que completa el derecho inmobiliario; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 74, la ven como una regulación completa y detallada.

<sup>324</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 58, quien resalta que no sería posible ni lógico. De igual opinión son GARCÍA MAS, o.c. nota 283, p. 652, y ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 1, p. 128. FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 102, considera que ofrece importantes lagunas; GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 21, destacan que no abarca todos los aspectos de la actividad de la edificación, sino los esenciales; en parecido sentido JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 23; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 23. ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.149, se refiere a que no trata múltiples aspectos de Derecho administrativo, fundamentalmente urbanísticos, ni tampoco de Derecho civil, como el contrato de obra.

que de acuerdo con su art. 1.3 no alcance sino de forma supletoria a las Administraciones Públicas cuando actúen como agentes de la edificación y que en ningún caso se les exija la constitución de los seguros que establece<sup>325</sup>. También se critica que al margen de la LOE existen normas autonómicas sobre calidad a las que habrá de estarse<sup>326</sup>, y que la regulación del proceso edificador no culminó con la ley, puesto que, dado su carácter básico y no reglamentista, era necesario su desarrollo mediante el Código Técnico de la Edificación como dispone su art. 3.2<sup>327</sup>. Idéntico juicio ha merecido la falta de regulación del derribo o demolición de edificios<sup>328</sup>, o del período previo a la promoción<sup>329</sup>.

Ha sido objeto de mayor crítica aún la falta de pronunciamiento acerca de la derogación o modificación del art. 1.591 CC<sup>330</sup>, como ocurrió durante

---

<sup>325</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 21-22, refiriéndose al art. 1.3 de la LOE. En el mismo sentido, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 24.

<sup>326</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 23, donde pueden verse dichas normas.

<sup>327</sup> En tal sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 23; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 71; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 16 y 17.

<sup>328</sup> RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 191; SÁNCHEZ-CÍA, o.c. nota 258, p. 33. Durante la tramitación parlamentaria se intentó regular la demolición mediante enmienda número 35 del Grupo Parlamentario Socialista (BOCG. Senado. Serie II, núm. 148 (d), de 21 de septiembre de 1999).

Como otros autores que reconocen la exclusión de tales obras pueden verse a VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 95; GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, pp. 25-26; DE LA ROCHA GARCÍA, E. y DEL ARCO TORRES, M. A., *Ley de Ordenación de la Edificación. Ley 38/1999, de 5 de noviembre*, ed. Comares, Granada, 2005, p. 6; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 85.

Por el contrario, SÁNCHEZ-CÍA, o.c. nota 258, p. 33, considera que el apartado b) del art. 2.2 de la LOE puede entenderse referido a los supuestos de demolición, pronosticando que así pronunciará la jurisprudencia, aunque reconoce que será “a tenor de una interpretación muy genérica de la norma”.

<sup>329</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 23, reprochan que se olvide la Ley del período previo a la promoción, al no establecer la norma ningún requisito para la iniciativa de edificar.

<sup>330</sup> PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254, quien se pregunta con cierta ironía: “¿Cómo es posible que los autores de la LOE no hayan tenido el detalle de informar a sus fieles súbditos sobre si la misma ha derogado, o no, el artículo 1.591 del Código Civil?”; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 406, critica la falta de derogación o de modificación del art. 1.591. Igualmente critican la falta de derogación, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 26; PEÑAS MOYANO, o.c. nota 289, p. 149; SÁNCHEZ



su tramitación parlamentaria<sup>331</sup>. En relación con lo anterior, debemos destacar que no es una ley del contrato de obra<sup>332</sup>, aunque tiene normas que inciden en él, particularmente en materia de recepción<sup>333</sup>.

En lo que sí hay coincidencia es en la valoración positiva de la regulación que hace la LOE de los agentes que intervienen en el proceso edificatorio<sup>334</sup>, aunque resultan criticables algunas omisiones, como la del subcontratista<sup>335</sup>.

---

RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.588, quien reprocha que no se exprese acerca de la derogación o no del art. 1.591; GUTIÉRREZ JEREZ, L. J., en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 512, quien considera un fracaso en sí mismo de la norma el que no haya venido acompañada de una modificación al menos parcialmente los preceptos del contrato de obra.

<sup>331</sup> Cfr. enmienda a la totalidad del Grupo Parlamentario Socialista núm. 1. Véase nota 339 en la que se extracta parcialmente.

<sup>332</sup> CARRASCO PERERA, A., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 17-18, señala que no es una ley del contrato de obra, considerándola, realmente, una ley del seguro de construcción y de nueva regulación del derecho de reversión; en igual sentido, REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 346; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 492, resalta que no es una ley del contrato de obra, sino de responsabilidad civil de la construcción.

<sup>333</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 175, considera que la regulación del contrato de obra se halla complementada por la LOE; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 376, señala que la LOE regula al menos parcialmente el contrato de obra; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 258, expresa que “*muchos de los aspectos criticados en la regulación del Código han sido ahora superados por la LOE*”, refiriéndose seguidamente a que regula de forma detallada el proyecto así como la recepción de la obra; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 21-22, quien destaca que “*la LOE parte de la utilización meramente instrumental de las normas contractuales, al servicio del objetivo de la protección de los intereses de los usuarios*”, apuntando, como ejemplo, la regulación de la recepción. En parecido sentido, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.149; MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 211; ALBIEZ DHORMANN, K. J., *Los sistemas de responsabilidad por defectos en el contrato de obra en el Ordenamiento jurídico español*, ADC 2 (2012), p. 657.

<sup>334</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 84, valora como una novedad la definición de los agentes; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 263, alaba que la LOE sea “*la primera norma que tiene la pretensión de regular de una forma unitaria a todos los agentes de la edificación: sus clases, funciones y responsabilidades en el proceso edificatorio...*”; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 25, considera loable la definición de los agentes y la regulación de algunas de sus obligaciones. En análogo sentido a los anteriores, pueden verse, FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 451; ESPINOSA LABELLA, M., *El régimen de garantías por daños derivados de vicios o defectos de la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ECI 5 (2000), p. 4; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 23; RUIZ JIMÉNEZ, J., *El ámbito de*

También se valora positivamente la ley por la introducción del seguro, obviamente por razones de protección de los adquirentes<sup>336</sup>, aunque se critica su limitado ámbito, el sobre coste del precio de adquisición que conlleva y las medidas instauradas para garantizar su contratación<sup>337</sup>.

De igual modo han sido abundantes las críticas recibidas en el plano técnico. Entre otras<sup>338</sup>, bastante extendida es la que le reprocha la inseguridad jurídica generada por la descodificación del Ordenamiento Jurídico privado<sup>339</sup>, lo que provoca problemas de coordinación de la LOE

---

*responsabilidad del arquitecto en el proceso constructivo*, RCDI 694 (2006), p. 760; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 67.

No obstante, como iremos viendo, se aprecian deficiencias de técnica legislativa en la definición de las obligaciones de los agentes. En tal sentido, entre otros, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 25; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 67.

<sup>335</sup> Entre otros, RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 190.

<sup>336</sup> PRATS ALBENTOSA, o.c. nota 267, p. 448; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 21; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 22; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 89.

<sup>337</sup> En tal sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 26, por lo que no se considera una medida especialmente protectora; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 28, para el cual el seguro en el fondo no protege al adquirente, fundamentalmente porque es quien lo soporta. En la misma línea, se ha propuesto por la necesidad de la pronta recuperación del sector de la construcción reformar la LOE debido a la repercusión inflacionista que se observa que tiene por los costes del seguro y del control de calidad, por RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.104.

<sup>338</sup> El Consejo Económico y Social ("Dictamen sobre el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación", Dictámenes, núm. 5, 1999, p. 12) consideraba injustificada la regulación de competencias profesionales en una norma destinada a regular el proceso edificatorio.

<sup>339</sup> Durante la tramitación parlamentaria se puso de manifiesto mediante la enmienda a la totalidad del Grupo Parlamentario Socialista núm. 1 (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999) en la que se argumentaba: *"Por otra parte, es dudosa la legalidad de la técnica que emplea el Proyecto para reformar el Código Civil, ya que según un dictamen del Consejo de Estado sobre esta materia, se recomienda la modificación expresa mediante una ley específica sobre la misma. El sistema que introduce el Proyecto se limita a una derogación genérica en forma de cláusula general. La deficiente técnica legislativa que se emplea, puede ser un semillero interminable de reclamaciones infructuosas de daños causados y acciones prescritas además de provocar una gran inseguridad jurídica en un amplísimo sector afectado por la reforma tácita que opera el Proyecto"*. Como autores que se refieren a esta descodificación, podemos citar, entre otros, a CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, pp. 369-370, quien antes de dictarse la LOE ya adelantaba los inconvenientes de una ley especial para esta materia; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 3, el cual considera que *"representa un nuevo episodio del proceso de "descodificación" a que venimos asistiendo desde hace ya muchos años"*, y

con el resto del ordenamiento y con la determinación de la norma aplicable<sup>340</sup>, como veremos en la parte final de esta tesis<sup>341</sup>.

Igualmente ha sido criticada su deficiente técnica legislativa, por ser elaborada apresuradamente y paradójicamente por el procedimiento de urgencia por el Ministerio de Fomento<sup>342</sup>, con una perspectiva jurídico-

---

pone como contrapunto los ordenamientos francés e italiano en los que esta materia se regula en sus códigos; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 24, llega incluso a decir: *“a costa del Derecho civil se están formando legislaciones distintas, haciendo del Ordenamiento jurídico privado un conjunto desordenado e inseguro de normas, cada vez más parecido al Administrativo”*; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 368, sólo ve justificada la regulación mediante la LOE de las profesiones y requisitos administrativos de la edificación, no así el régimen de responsabilidad y la exigencia de seguro que debería haberse realizado mediante reforma del Código civil. Igualmente critican esta descodificación y la consecuente inseguridad jurídica, O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, pp. 491 y 492; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 20; GUTIÉRREZ JEREZ, o.c. nota 330, p. 513; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 138.

<sup>340</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 4, pone de manifiesto que *“resultan sacrificados los valores y las exigencias de sistema, de claridad y de certeza del Derecho”*; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 11, señala que si se hubiera seguido el camino de la reforma del Código civil *“Es muy probable que una gran parte de los problemas que ahora van a surgir, hubieran quedado desvanecidos...”*; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 416, habla de un grave problema de coordinación. En parecido sentido TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 37, alude a dificultades de integración en el conjunto de la normativa civil; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 23, señala, tras referirse a que la jurisprudencia había rellenado las lagunas, que *“la LOE ha puesto «patas arriba» todo ese entramado normativo”*, exponiendo que conllevará a los operadores *“un esfuerzo muy considerable para encajar «las piezas del puzzle»”*; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 27, critica que se limite a declarar la subsistencia de la responsabilidad contractual, sin precisar las relaciones entre las normativas, provocándose una dificultad hermenéutica; FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 256, reprocha que el legislador no se preocupe de la coordinación entre los regímenes de responsabilidad que declara compatibles, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 28, señala *“que ha perdido una magnífica oportunidad de regular los problemas e inseguridades jurídicas que generaba la aplicación práctica del régimen anterior...”*.

<sup>341</sup> Véase capítulo IX.

<sup>342</sup> Como destaca JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 21, porque se venía fraguando desde 1978 mediante el Libro Blanco (véase epígrafe 2). En parecido sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 20.

La Mesa de la Cámara en su reunión de 9 de marzo de 1999 acordó encomendar su aprobación por tal procedimiento a la Comisión de Infraestructuras.

CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 4, destaca su tramitación en siete meses, al igual que desde el punto de vista de técnica legislativa deja mucho que desear, poniendo ejemplos de ello en la regulación del art. 2 y de determinadas obligaciones; en parecido sentido, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 37, señala que adolece de ambigüedades, indefiniciones, incorrecciones terminológicas, e incluso de

administrativa, puesto que no pasó por la Comisión General de Codificación<sup>343</sup>. Además, se destaca que la perspectiva administrativista de sus redactores es la razón del carácter imperativo de sus normas<sup>344</sup>.

## 6. La Ley de Ordenación de la Edificación y las Administraciones Públicas

Sin adentrarnos en exceso en esta temática, por ser materia más propia del Derecho administrativo, ajena, por tanto, a la materia civil

---

manifiestos errores conceptuales o contradicciones; SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 851, habla de rapidez bastante inusual; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 173, señala ejemplos de la deficiente técnica legislativa de una norma, dice, “*elaborada apresuradamente*”; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 20 y 21, señala que tal procedimiento de urgencia ha pasado factura, porque se ha reformado en dos ocasiones antes de que se cumplieran dos años de su entrada en vigor. Nos referimos al art. 82 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, mediante el que se añadió el párrafo a.4) al art. 3.1, que exigió a los edificaciones la dotación de las instalaciones necesarias para la entrega de envíos postales, y a la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que reformó la disposición adicional segunda eximiendo de la obligación de suscribir las garantías del art. 19 al autopromotor de vivienda unifamiliar para uso propio.

<sup>343</sup> En tal sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 173; PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254, señala: “*Lo importante por el momento es señalar que las referidas finalidades se han tratado de conseguir mediante instrumentos típicos del Derecho Privado --responsabilidad civil y seguro--; pero los redactores de la Ley fueron unos funcionarios expertos, si en algo, en materias de Derecho Público. Y el resultado ha sido, como cabía esperar, bastante desastroso. Porque hacer buen Derecho Privado es difícil; mucho más difícil que hacer buen Derecho Público, pues prohibir es mucho más fácil que construir la estructura jurídica del mercado*”. En igual sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 27, quien señala que por ello es en materia de responsabilidad y defectos donde más se aprecian los defectos de la ley. CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 419, ve cierta preeminencia del derecho público, incluso en la redacción de las normas de derecho privado, y ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 105, va más allá y considera que es “*una ley administrativa encubierta*”.

Han puesto de relieve que la LOE no pasó por la Comisión General de Codificación: DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 11; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 9; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 355.

<sup>344</sup> Claro es PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254, al decir: “*Y es ésta la primera característica de la LOE que nos muestra su autoría: la naturaleza radicalmente imperativa de sus normas. Es cierto que ninguna de ellas lo declara así expresamente; pero la razón es muy simple: su autor, un funcionario del Ministerio de Fomento, no podía concebir otro tipo de normas que las imperativas*”. También se refiere a dicho carácter, PEÑAS MOYANO, o.c. nota 289, p. 150.

objeto de esta tesis, hemos de dedicar unos breves apuntes a la situación de las Administraciones Públicas en lo que se refiere a su sujeción a la Ley de Ordenación de la Edificación.

Esta cuestión se halla regulada en el art. 1.3 de la LOE<sup>345</sup>, el cual parte del supuesto en que las Administraciones Públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas actúen como agentes del proceso de la edificación, y los somete a dicha legislación, y en lo no contemplado en ella, a las disposiciones de la LOE, a excepción de la exigencia de garantías de suscripción obligatoria, que son las reguladas en el art. 19 de dicho cuerpo legal.

A la vista de lo dicho, resulta, por tanto, la aplicación subsidiaria o supletoria de la LOE, en cuanto que sólo se aplicará en lo no previsto por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas<sup>346</sup>.

Pues bien, dicha legislación está constituida básicamente en la actualidad por el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de

---

<sup>345</sup> Dispone dicho precepto: *“Cuando las Administraciones Públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y en lo no contemplado en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria”*.

<sup>346</sup> STS de 28 de marzo de 2003 (Sala Tercera) (RJ 3431) que tenía por objeto la impugnación del RD 1098/2002, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reconoció dicha supletoriedad: *“...en el caso de edificios, la citada Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), según su artículo 1.3, no es aplicable a las Administraciones Públicas, que, en la terminología de la LOE, actúen como agentes del proceso de la edificación, pues deberán regirse, en primer termino, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, estando a la LOE, sólo en lo que la primera no contemple o regule”*.

También sobre dicha supletoriedad, por todos: GARCÍA MACHO Y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 24; CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002, pp. 29 y 30; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 93; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, ed. Dilex, Madrid, 2008, p. 412; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 869.

noviembre (TRLCS<sup>347</sup>). Dicho texto en su art. 19.1 a) califica como contratos administrativos los contratos de obra, siempre que se celebren por una Administración Pública, ello según el concepto establecido de ella en el art. 3 del mismo cuerpo; y en su art. 20 califica como contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas, según el art 3 referido.

La norma se basa en la condición de Administraciones Públicas, por lo que todo contrato de obra celebrado por una Administración Pública de las señaladas en el renombrado art. 3 será administrativo aunque no se haya suscrito en ejercicio directo de la competencia pública de la Administración<sup>348</sup>.

Los contratos administrativos de obra se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por el TRLCS<sup>347</sup> y sus

---

<sup>347</sup> BOE de 16 de noviembre de 2011.

<sup>348</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 328; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 521 (nota 1.137). En sentido análogo, VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 93, sostiene el sometimiento a la legislación administrativa también para el caso de que se realicen actuaciones constructivas en ámbitos de la economía privada.

Sin embargo, por otros autores se defiende que la LOE se aplicará íntegramente cuando la Administración actúe como sujeto particular en la contratación. Nos referimos a CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 30. En análogo sentido BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 139-140, sostiene que si la Administración promueve o construye en régimen de libre mercado, debería estar sometida a la misma normativa que el resto del mercado. A lo anterior parece oponerse GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La responsabilidad civil por defectos en la construcción en la nueva Ley de ordenación de la edificación*, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, coord. por L. Martínez-Calcerrada y Gómez, II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 1.532-1.533, quien no hace ningún tipo de distinción cuando afirma que la Administración responderá por la vía del régimen especial de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Se refiere el autor como ejemplo típico al de la responsabilidad de la Administración como promotora de viviendas de protección oficial, y al art. 144 de la LRJAP-PAC, que señala: *“Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”*.

disposiciones de desarrollo, y supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado<sup>349</sup>. En cambio, los contratos privados se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo, y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, por las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante, pero en cuanto a sus efectos y extinción, se rigen por el derecho privado<sup>350</sup>.

Dentro de este régimen de los contratos administrativos, cabe destacar que cuando la Administración actúe como promotora en un contrato administrativo de obra, el TRLCSP le otorga un plazo de garantía de quince años de responsabilidad por ruina debida al incumplimiento del contrato por parte del contratista (mucho mayor a los que veremos que implanta la LOE<sup>351</sup>) junto con el particular que se fije<sup>352</sup>. Sin embargo, se ha sostenido que sí alcanzará la supletoriedad de la LOE a los contratos de obra administrativos en que la Administración actúe como contratista, dado que la legislación de contratos públicos sólo regula el régimen de responsabilidad para el supuesto de que la misma sea promotora<sup>353</sup>.

---

<sup>349</sup> Cfr. art. 19.2 TRLCSP.

<sup>350</sup> Cfr. art. 20.2 TRLCSP.

<sup>351</sup> Cfr. art. 236 de TRLCSP que le concede tal plazo computado desde la recepción de la obra. Se refieren a la falta de aplicación a los contratos administrativos de los plazos de la LOE, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 412; CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 30.

<sup>352</sup> Esto es, al plazo anterior se añade un plazo de garantía que establecerá la Administración en el pliego de cláusulas administrativas para que el contratista responda de los defectos de ejecución que se observen durante él (cfr. art. 235 TRLCSP).

<sup>353</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 412, quienes señalan que el régimen será diferente según la Administración actúe como promotora o como constructora, puesto que en el primer caso la LCSP contiene un régimen de responsabilidad del contratista, cerrando toda posibilidad de aplicación a la LOE, mientras que en el segundo caso no está previsto un régimen de responsabilidad de la Administración como contratista, de ahí que si la misma actúa como tal, responderá en virtud del art. 17 de la LOE.

En cuanto a los contratos de obra privados, debido a que el TRLCSP los somete en cuanto a sus efectos al derecho privado, y la responsabilidad derivada del contrato es uno de ellos, se regirán por la LOE<sup>354</sup>.

Al margen de estas interpretaciones, las cosas son más diáfanas para el Tribunal Supremo, puesto que ha aplicado el art. 1.591 CC a la responsabilidad del contratista de contratos de obra administrativos frente a la Administración<sup>355</sup>, y también a la responsabilidad de la Administración como promotora frente a los adquirentes, acostumbrándose alegar razones de no discriminación frente a los adquirentes de un promotor privado<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> SALA SÁNCHEZ, P. y SALA ATIENZA, P., *Ley de Ordenación de la Edificación y las Administraciones Públicas*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 622, comentando los autores el artículo 9 del antiguo Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que también sometía a los contratos privados en cuanto a sus efectos y extinción a las normas de Derecho privado.

<sup>355</sup> Nos referimos a la STS de 20 de mayo de 1999 (RJ 4113) para la que: “*por más que el contrato sea administrativo, no puede el orden jurisdiccional contencioso administrativo resolver una acción dirigida contra un particular que ha cumplido defectuosamente el contrato de obra*”, y porque en suma el Ayuntamiento había ejercitado la acción del art. 1.591 CC y se había probado la ruina. Por lo anterior, el TS confirma la sentencia de apelación en la que, con revocación de la de primera instancia, se había declarado competente a la jurisdicción civil y se había condenado al contratista. A esta sentencia hubo un voto particular que negaba la aplicación del art. 1.591 CC puesto que la normativa administrativa, entonces vigente, no dejaba espacio para la aplicación supletoria del mismo, por lo que el litigio debió deferirse a la jurisdicción contencioso-administrativa. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 328, se muestran contrarios a esta sentencia porque estiman que ni el art. 1.591, ni ahora el art. 17 de la LOE son de aplicación supletoria a los contratos administrativos de obra porque existe una regulación de la responsabilidad por defectos constructivos, refiriéndose al art. 219 de la LCSP, precepto coincidente con el actual art. 236 del TRLCSP. No obstante, ya hemos visto como de esta afirmación excluyen los autores la actuación de la Administración como contratista (véase nota 353).

<sup>356</sup> Nos referimos a las SSTs de la Sala de lo Civil de 25 de enero de 2000 (RJ 118) y de 22 de junio de 2001 (RJ 5074), además de a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 25 de enero de 1983 (RJ 315).

La primera de las sentencias versaba sobre un supuesto en que los adquirentes de unas viviendas del Patronato de Casas del Ministerio de Obras Públicas habían demandado a un organismo público que se había subrogado en la posición de aquél, a la constructora y a los técnicos intervinientes en la construcción. En lo que aquí



No podemos dejar de alabar esta última jurisprudencia, además de por razones de no discriminación, porque el hecho de que el TRLCSP regule un régimen de responsabilidad del contratista frente a la Administración que actúe como promotora, no debe llevar a que ésta responda frente a los adquirentes de diferente forma que un promotor privado, porque aquel régimen especial no está previsto para los supuestos en que la Administración sea demandada. A lo que se une que no vemos aconsejable que se aplique el régimen de responsabilidad patrimonial de la LRJAP-PAC, fundamentalmente por la brevedad de su plazo de prescripción anual<sup>357</sup>.

Sin embargo, la gran diferencia de plazos que existe entre el TRLCSP y la LOE que reserva el plazo decenal para los supuestos más graves

---

interesa, se interpuso recurso de casación por tal organismo en cuanto que consideraba que el art. 1.591 CC sólo resultaba aplicable al contratista, porque en ningún caso tal precepto se refiere a la responsabilidad del dueño del inmueble, y la figura del promotor no era concurrente en él, ya que los demandantes adquirieron su vivienda al referido Patronato quien había encargado la construcción a la constructora. Frente a lo anterior, el TS desestima el recurso por apreciar que es indiscutible la condición de promotora del recurrente por subrogarse en la posición del Patronato que había contratado la construcción del edificio.

En la segunda de las sentencias se enjuiciaba un supuesto en el que la Comunidad Autónoma de Castilla y León demandada junto a otros agentes defendía la aplicación indebida del art. 1.591 CC porque no cabía atribuirle la condición de promotora ya que no tenía ánimo de lucro. Tal recurso resultaría desestimado al resolver el TS que el beneficio del promotor no tiene que ser necesariamente económico, que la Administración fue la vendedora, y que la protección del art. 1.591 CC también alcanza a los adquirentes de vivienda protegida, porque lo contrario supondría una discriminación.

La tercera sentencia condena a la Administración, como promotora de viviendas de protección oficial, a la realización de las obras necesarias para reparar los defectos que presentaba un edificio o, en caso de que la reparación no fuera posible, a indemnizar. Dicha sentencia parte de la calificación como promotor de un órgano de la Administración para aplicarle normas civiles por el reenvío que hace a éstas el art. 111 del Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre, aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 de julio (BOE de 7 de septiembre de 1968). En este sentido, GARCÍA VARELA, o.c. nota 236, pp. 9-10, la ve como un reflejo en el orden contencioso-administrativo de la extensión de la responsabilidad que ha tenido lugar en el orden civil.

<sup>357</sup> Cfr. art. 142.5.

dejando el resto sujeto a plazos de tres o un año<sup>358</sup>, diferencia que no existía en tal grado con el plazo decenal del art. 1.591 CC que se aplicaba a todos los defectos que excedieran de imperfecciones corrientes<sup>359</sup>, hace esta cuestión más problemática<sup>360</sup>.

Por otro lado, del carácter supletorio de la LOE, de acuerdo con su art. 1.3, se excluye expresamente la exigencia de la suscripción de los seguros previstos en el art. 19, que no se aplicará en ningún caso a las Administraciones Públicas ni a los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. A esta exclusión no se mostró favorable el Consejo Económico y Social por no apreciar claridad en sus<sup>361</sup>, e igualmente resulta criticable porque, además de situar a la Administración en una posición de ventaja frente a los agentes privados<sup>362</sup>, no resulta justificada por la mayor solvencia que pueda tener la Administración, dado que, al margen de que es cuestionable tal solvencia<sup>363</sup>, se pierde la agilidad o rapidez en el pago

---

<sup>358</sup> Cfr. arts. 17.1 LOE.

<sup>359</sup> Véase epígrafe 1.3 de capítulo I.

<sup>360</sup> Así, cuando la Administración actúe como promotora y demande al contratista, el sometimiento al TRLCSP genera una gran asimetría con su responsabilidad frente a los adquirentes en el supuesto de que responda frente a ellos con los plazos de garantía muchos más reducidos de la LOE.

<sup>361</sup> Dictamen sobre el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación (Pleno extraordinario de 28 de abril de 1999) en el que se informó: *“Artículo 1. Objeto. Con relación a la excepción a favor de las Administraciones Públicas y organismos o entidades sujetos a su legislación de contratos, cuando actúen como agentes en el proceso de edificación incluida en el artículo 1.3., este Consejo no ve claras las causas que ha llevado a exceptuarlos del cumplimiento del régimen de garantías obligatorias. El establecimiento de un seguro en el ámbito de las Administraciones Públicas no sería un precedente nuevo”*.

<sup>362</sup> GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 24; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 397. Va más allá MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, pp. 496 y 497, que destaca que al tener menos costes habrá una competencia desleal. En análogo sentido puede verse BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 139, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 300.

<sup>363</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 60, quien señala que con la referida exclusión se está *“presuponiendo- lo que ya es suponer en muchos casos- que las Administraciones Públicas y esos otros órganos son solventes...”*. Siguen al anterior DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 25. También considera muy discutible esta solvencia ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 869, en referencia a algunas Administraciones Locales.

que reportaría la existencia de un seguro<sup>364</sup>. Además, esta exención produce una discriminación para los destinatarios de viviendas protegidas<sup>365</sup>, y cocha con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no ha hecho distinciones al enjuiciar con base en el art. 1.591 CC la responsabilidad de la Administración cuando actúa como promotora<sup>366</sup>.

Ahora bien, a pesar de esta exclusión, como veremos<sup>367</sup>, a los edificios públicos se aplica directamente la LOE en cuanto a los requisitos básicos de la edificación señalados por su art. 3.

## **7. Ámbito de aplicación material de la Ley de Ordenación de la Edificación**

### **7.1 Ideas previas**

El ámbito material de la Ley de Ordenación de la Edificación es fijado por su art. 2<sup>368</sup>, autotitulado “ámbito de aplicación”, precepto que, como veremos, ha sido objeto de abundantes críticas.

---

<sup>364</sup> Entre otros, GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 24, los cuales reprochan que se les supone una solvencia que, aunque básicamente es cierta según los autores, no conlleva un pago rápido como el que se hubiera conseguido obligándoles a contratar un seguro; MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, p. 496; GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.717-2.718; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 300-301; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 397; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 869, quien además señala que esta exención no ayuda a lograr el objetivo de la máxima protección de los adquirentes de vivienda que señala la Exposición de Motivos de la LOE.

<sup>365</sup> En tal sentido, MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, p. 496; GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.717-2.718, señala que los perjudicados serán en su mayoría destinatarios de viviendas protegidas, que tendrán una condición económica menos favorable. También aprecian tal discriminación, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 397; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 139; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 300; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 93.

Este argumento es utilizado por la STS de 22 de junio de 2001 (RJ 5074) para condenar a la Administración con base en el art. 1.591 CC (véase nota 356).

<sup>366</sup> En tal sentido, GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.717-2.718. En la misma línea, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 870, destaca que esta excepción no casa muy bien con la jurisprudencia que antes y después de la promulgación de la LOE ha condenado a la Administración cuando intervienen como promotoras.

Véanse pronunciamientos en nota 356.

<sup>367</sup> Véase epígrafe 7.1.

En primer lugar, resulta destacable que el art. 2 maneja el mismo término de edificio<sup>369</sup> como hacían el art. 1.591 CC y otros anteproyectos y proyectos que antecedieron a la ley<sup>370</sup>, lo cual es reprochado por algunos autores que citan en contraste el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1994, que hablaba de obra inmobiliaria de carácter permanente en su art. 1.600<sup>371</sup>. El art. 1.792 del Code también utiliza la expresión más

---

<sup>368</sup> “Ámbito de aplicación.

1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiendo por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio”.

El apartado segundo de este precepto debe su redacción a la Ley 8/2013, de 26 de junio (véase referencias en nota 467).

<sup>369</sup> También utiliza el de edificación, términos que maneja indistintamente como pone de manifiesto VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 100.

<sup>370</sup> Cfr. arts. 38 y 48 de Anteproyecto de 27 de diciembre de 1995 (BOCG. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, núm. 146-1, de 9 de enero de 1996), y art. 17 de Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de marzo de 1999 (BOCG. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, núm. 163-1, de 15 de marzo de 1999).

<sup>371</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 429. Cfr. BOCG. V Legislatura. Serie A. Congreso de los Diputados, núm. 58-1, de 12 de abril de 1994, Proyecto de Ley 121/43. También ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 183, para el cual la expresión del

amplia de obra, al igual que los párrafos 633 y ss. del BGB, y el art. 1.669 del Código civil italiano<sup>372</sup> se refiere a *“edificios o de otras cosas inmuebles destinadas por su naturaleza a la larga duración”*.

Obviamente, al referirse la ley a un edificio, estamos ante un bien inmueble, de acuerdo con el art. 334.1º CC<sup>373</sup>, y adquieren la condición de cosa inmueble las cosas muebles a él incorporadas, de acuerdo con el apartado 3º del mismo precepto<sup>374</sup>.

El art. 2 de la LOE, después de señalar en su primer apartado que la ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendido como la acción y el resultado de construir un edificio<sup>375</sup> de carácter permanente, público o privado, cuyo uso esté comprendido en los que señala, define en su apartado segundo qué se considerará edificación a sus efectos. Concretamente se refiere tanto a obras de edificación de nueva construcción, como a intervenciones en edificios y en edificaciones protegidas, al paso que señala algunas exclusiones expresas de dicho concepto de edificación, para en su apartado tercero considerar incluidas en tal concepto sus instalaciones fijas y equipamiento propio, así como los elementos de urbanización adscritos a ella.

Este ámbito de la LOE no es del todo coincidente con el del CTE<sup>376</sup> que desarrolla algunos de los requisitos básicos de la edificación previstos en

---

citado proyecto es más acorde a la amplitud del término edificio dada por el Tribunal Supremo.

<sup>372</sup> Además conviene destacar que este artículo se titula de forma amplia *“Rovina e difetti di cose immobili”*.

<sup>373</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 377, ve que el apartado uno de dicho precepto es el más acertado para designar las obras inmobiliarias, cuando menciona *“construcciones de todo género adheridas al suelo”*, porque es probablemente el significado más antiguo y propio de la idea de edificio.

<sup>374</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 95; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 72.

<sup>375</sup> GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 25, señalan que el proceso de edificación abarca tanto la acción de erigirla, levantarla o realizarla, como su resultado. En análogo sentido, GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 346.

<sup>376</sup> El cual se regula con carácter general, en su art. 2.2: *“El CTE se aplicará a las obras de edificación de nueva construcción, excepto a aquellas construcciones de sencillez técnica y de escasa entidad constructiva, que no tengan carácter residencial o*

la LOE, puesto que aquél tiene un mayor ámbito de aplicación en determinadas preceptos que veremos en los sucesivos epígrafes<sup>377</sup>.

Dado que el art. 2 de la LOE se refiere al vocablo edificio o edificación, pero no al de la construcción, conviene recordar que los términos edificación y construcción no son equivalentes, siendo el segundo más amplio que el primero, de tal forma que no toda construcción es edificación<sup>378</sup>. Así, sin perjuicio de otras definiciones académicas más actuales que veremos<sup>379</sup>, el edificio es una concreta especie perteneciente al género de las construcciones inmobiliarias, la cual se caracterizaría por poseer como objetivo la habitación humana u otros fines similares, siempre relacionadas con la posibilidad de ser ocupados por personas<sup>380</sup>.

Sin embargo, del contenido del art. 2 se desprende que la ley no pretende darnos un concepto técnico de edificación, dado que incluye obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación, así como la intervención, incluso parcial, en edificaciones protegidas<sup>381</sup>. Y es que seguimos sin tener un concepto de edificio como ocurría con el art. 1.591 CC, que ya vimos que no definía lo que se entendía por edificio, aunque también se reconoce que la ley determina lo que se considera para ella como edificación<sup>382</sup>.

---

*público, ya sea de forma eventual o permanente, que se desarrollen en una sola planta y no afecten a la seguridad de las personas”.*

<sup>377</sup> Véanse epígrafes 7.2, 7.3 y 7.4.3 del presente capítulo.

<sup>378</sup> En tal sentido pueden verse DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 28; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 72, quien se refiere a la definición de la RAE (sobre la definición actual véase nota siguiente).

<sup>379</sup> Véase epígrafe 7.6, nota 573, la definición de la RAE del término edificio.

<sup>380</sup> COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 568.

<sup>381</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 55. Hacía referencia la autora a la redacción original de tal precepto antes de la Ley 8/2013, de 26 de noviembre (véase referencias en nota 467).

<sup>382</sup> Destaca que seguimos sin un concepto de edificio, LACABA SÁNCHEZ, F., *Ley de ordenación de la edificación. Análisis jurídico de Ley. Consecuencias de subsistencia del art. 1.591 del Código Civil*, La Ley 1 (2000), p. 1.622, lo cual no le parece una cuestión baladí teniendo en cuenta como el Tribunal Supremo tuvo que dar una noción del

En cambio, sí lo hay en el Anejo III del CTE que lo define como *“construcción fija con materiales resistentes, para habitación humana o para albergar otros usos”*.

Tampoco agota el sentido que da la LOE al término edificación todos sus significados posibles, porque excluye de él las construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta<sup>383</sup>, como analizaremos en los siguientes epígrafes. A lo anterior hay que añadir que el concepto de edificio tiene mayor amplitud según nos encontremos en los temas generales de la LOE (entre ellos el

---

mismo llegando a incluir hasta muros y tapias (véase epígrafe 1.2 de capítulo I); en idéntico sentido, JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.435. DÍEZ-PICAZO, o.c. nota 4, p. 377, señala que en el fondo la definición dice lo mismo que la palabra, haciendo referencia a que sólo dice que los edificios son de carácter permanente y que sus posibles usos son extraordinariamente variados. SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329, señala que la ley *“no define qué se entiende por edificio”*. También se pronuncian sobre que se carece de un concepto de edificación: JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 21; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 568; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 26, el autor y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 189; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 499, aunque señala el autor que parece claro lo que no es un edificio, haciendo referencia a las obras que se excluyen de dicho concepto.

Por otros autores se reconoce que nos da un concepto de edificación, aunque sólo a los efectos de la norma, como GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 28; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 347, quien señala que *“no concreta en su articulado qué se entiende, en general, por edificio. Sí, en cambio, define a la edificación a los efectos de lo dispuesto en su texto”*; en parecido sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 159,

Contrariamente a los anteriores, ROUANET MOTA, E., *Responsabilidad por vicios y defectos constructivos tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación*, Act. Civil 3 (2002), p. 1.000, señala que la LOE ha terminado con la indefinición legal del término edificio y, por tanto, con la inseguridad jurídica; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 96, destaca que la propia ley, a diferencia del art. 1.591 CC, precisa qué ha de entenderse por edificio. En igual sentido, QUECEDO ARACIL, R., con la colaboración de TAYLOR DOMÍNGUEZ, M., *La LOE un nuevo marco legal de situaciones, hasta la fecha, insuficientemente reguladas*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, ed. CPGJ, Madrid, 2004, pp. 362 y 363, señala que *“el legislador ha querido definir y desarrollar tal concepto”*.

<sup>383</sup> Cfr. art. 2.2 a). En tal sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 55, quien se refiere al art. 242.1 de la derogada LSV (véase sobre dicha norma, p. 82) que exigía licencia para *“todo acto de edificación”*; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 100, destaca que *“la LOE pretende aquilatar, concretar y limitar el concepto de edificación o de edificio...”*.

de responsabilidad por defectos constructivos) o de cara a la exigencia del seguro, porque actualmente sólo es exigible para edificaciones cuyo destino principal sea el de viviendas<sup>384</sup>.

Por otro lado, se ha destacado que la LOE regula el proceso de la edificación cualquiera que sea la naturaleza urbanística del suelo en que tenga lugar<sup>385</sup>, y que, como señala el art. 2 en su apartado primero somete tanto a las edificios privados como a los públicos<sup>386</sup>. Por tanto, al margen de que, como hemos visto<sup>387</sup>, la LOE se aplica subsidiariamente respecto de las Administraciones Públicas en cuanto agentes de la edificación, a los edificios públicos resultará de aplicación directamente en lo referido a los requisitos básicos de la edificación señalados por su art. 3, por cuanto el art. 2 al determinar el ámbito de aplicación incluye también a las edificaciones públicas<sup>388</sup>.

Para el sometimiento a la LOE tampoco es relevante el uso que tenga el edificio, porque a pesar de que el art. 2 en su apartado primero, a la hora de definir la edificación a los efectos de la ley, exige que esté

---

<sup>384</sup> Cfr. disposición adicional segunda, apartado uno. Así lo destacan CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, pp. 25-26.

<sup>385</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 26.

<sup>386</sup> En tal sentido puede verse GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 56; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 27; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 74; CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 29; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 346.

<sup>387</sup> Véase epígrafe anterior.

<sup>388</sup> En tal sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 42, la cual señala que para ello no es óbice el art. 1 que lo que hace es determinar la aplicación subsidiaria a las Administraciones Públicas del régimen de obligaciones y responsabilidades, y excluirlas de las garantías, mientras que el ámbito de aplicación de la norma se encuentra no en el art. 1, sino en el art. 2, en el que se incluyen las edificaciones privadas y públicas.

Sin embargo, para SALA SÁNCHEZ y SALA ATIENZA, o.c. nota 354, pp. 627-628, lo que determina la aplicación de tales requisitos básicos es el carácter supletorio de la LOE. Comentan los autores el art. 7 del antiguo Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que también sometía a los contratos administrativos, sólo en defecto de las normas de derecho administrativo, a las de derecho privado, como sucede con el actual art. 19.2 del TRLCSP.



comprendido su uso principal en alguno de los grupos que señala<sup>389</sup>, al final dicho apartado se cierra con una cláusula (letra c) que señala que también se incluyen “*todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.*” Esta técnica fue duramente criticada desde la tramitación parlamentaria<sup>390</sup>, aunque ha sido justificada en tanto que la descripción de los usos que realiza pretende sentar la base para la distribución de competencias de los técnicos que lleva a cabo la ley en sus arts. 10, 12 y 13<sup>391</sup>.

---

<sup>389</sup> “...cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos: a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural. b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación...”

Sobre los usos que comprenden cada uno de estos grupos puede verse GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 74 a 88; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 27, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, pp. 95-98.

<sup>390</sup> Enmienda núm. 1 a la totalidad, del Grupo Parlamentario Socialista (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999): “*En último lugar, no dejaremos de hacer mención aunque sea tangencialmente a que el Proyecto, bajo la apariencia de establecer un régimen de distribución de atribuciones y responsabilidades entre todos los agentes titulados que intervienen en la edificación, lo que regula es una clasificación de las edificaciones según su uso meramente indicativa, que se deja abierta por la cláusula residual de la letra 2.c). Esta clasificación, que no tiene correspondencia con las responsabilidades que el Proyecto establece en las distintas fases del proyecto edificatorio, sólo sirve, en una dudosa técnica legislativa que producirá todavía más confusión en el sector, para atribuir competencias exclusivas a alguno de ellos, pues para los demás agentes titulados, «su competencia vendrá determinada por las disposiciones vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas» [artículos 12.3.a) y 13.2.a)]. El Proyecto fracasa en su intento de clarificar los ámbitos de competencias y responsabilidades de los agentes titulados que intervienen en el proceso de edificación y ha generado un conflicto entre profesionales que intervienen en el proceso de la edificación innecesario que debe ser solucionado por el Gobierno.*”

Se pone como ejemplo de la mala técnica legislativa por CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 4; GONZÁLEZ PÉREZ, véase nota siguiente.

<sup>391</sup> En tal sentido GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 57; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 75, quien añade que por tal motivo que no puede ser más desafortunada, viendo en ello un “*ejemplo más de la penuria técnica de que hacen gala los legisladores.*” Sobre las motivaciones competenciales de esos grupos de usos pueden verse también: GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación*, RDUMA 177 (2000), p. 419; PORTO REY, E., *Aspectos técnicos de la Ley 38/99 de ordenación de la edificación*, ed. Montecorvo, Madrid, 2000, p. 20; PRATS ALBENTOSA, o.c. nota 267, p. 449;

Por lo anterior, resulta intrascendente el uso del edificio de cara a su inclusión en el ámbito de la norma, puesto que la enumeración de usos es simplemente ejemplificativa<sup>392</sup>.

En este punto se aprecia una continuidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no consideraba trascendente la finalidad de la construcción, como hemos tenido ocasión de ver<sup>393</sup>. Relacionado con lo

---

MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 96; CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, pp. 34 y 35; SALINERO ROMÁN, F., *La incidencia de la LOE en los criterios jurisprudenciales interpretativos del art. 1591 del Código civil*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, ed. CPGJ, Madrid, 2004, p. 186; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 98; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.150 y 1.152.

<sup>392</sup> Entre innumerables, vienen a declarar de una forma u otra la irrelevancia del uso del edificio: DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 151, para los que los usos “*se enumeran sin ninguna necesidad*”; SÁNCHEZ-CÍA, o.c. nota 258, p. 33; GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 27; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 420; GARCÍA MAS, o.c. nota 283, p. 653; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 347; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, pp. 1.435-1.436; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 346; CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 42; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 570; QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, p. 363; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 162; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 96; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 501; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 27; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 424; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.150; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 338; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 909, aunque señala inicialmente que es determinante la inclusión en uno de los grupos, extracta seguidamente el apartado c) del art. 2.1; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, pp. 95-96 y 98, de forma análoga a pesar de exponer inicialmente que es determinante la inclusión en uno de los grupos, posteriormente señala que su contenido no es cerrado sino que es una norma abierta, y destaca que incluso tendrán cabida obras sin un uso específico como naves para alquilar o venta.

<sup>393</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 500 y 501. En sentido parecido, PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, pp. 41-42, aunque destaca que el hecho de que la LOE no se limite a la habitación humana y otros usos análogos hace que en la misma el concepto de edificio sea tan amplio, e incluso más que el enmarcado en la precedente norma civil codificada, posteriormente señala que se exige permanencia como también hacía el TS, y que al excluirse las obras sencillas como las define la ley se puede afirmar que todas las obras que entraban en el art. 1591 ahora también en la LOE y las que no tampoco entrarán, coincidiendo sus ámbitos. Sobre esta última cuestión véase nota 400.

Véase epígrafe 1.2 de capítulo I acerca de la inclusión por el Tribunal Supremo en el concepto de edificio desde construcciones dedicadas a la morada de personas a infraestructuras.

Sin embargo, debido a que los usos no se limitan a los de habitación humana o similares se ha ampliado el concepto, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D., *El artículo 1591 CC ante la Ley de Ordenación de la Edificación*, AC 3 (1999), p. 2.304,

anterior, veremos que algunos autores partidarios de una noción amplia de edificio se basan en los usos específicamente enumerados en este art. 2 para incluir obras diferentes a edificios en sentido estricto<sup>394</sup>.

No obstante lo dicho, analizaremos que sí puede ser trascendente el uso del edificio en el caso de obras de sencillez técnica y escasa entidad constructiva<sup>395</sup>.

Para terminar, hemos de apuntar que la LOE contempla un concepto amplio de edificio<sup>396</sup>, y se apuntan como causas de ello la irrelevancia general del uso o del carácter público o privado del edificio<sup>397</sup>, la inclusión de obras en edificios preexistentes<sup>398</sup>, y de las instalaciones fijas y equipamiento del edificio, así como de los elementos de urbanización adscritos<sup>399</sup>. Sin embargo, algunos autores aprecian que el concepto de edificio es más restrictivo en la LOE que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre el art. 1.591 CC<sup>400</sup>.

---

señala que si la LOE altera el ámbito de aplicación del art. 1.591 CC, lo hace para ampliarlo. Más contundente es DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 162, el cual se basa en que ahora se incluye la construcción para cualquier uso para considerar que se ha ampliado el concepto de edificio jurisprudencial.

<sup>394</sup> Véase epígrafe 7.6.

<sup>395</sup> Como bien han destacado GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 28. Véase epígrafe 7.3 acerca de la inclusión de las obras sencillas de uso residencial o público.

<sup>396</sup> Destacan, con carácter general, la amplitud del edificio contemplado en la LOE O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 498, y LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 257.

<sup>397</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 189. Véase nota 393 MEZQUITA GARCÍA-GRANERO y DÍAZ BARCO.

<sup>398</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.304; CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 31.

<sup>399</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.304.

<sup>400</sup> Véase epígrafe 7.3, acerca de que se ha ampliado el concepto de obra menor a las edificaciones de nueva construcción.

## 7.2 El requisito de permanencia del edificio. La exclusión de las obras provisionales. Las obras prefabricadas. Referencia al ámbito de aplicación del CTE

En primer lugar, dado que en este epígrafe y en el siguiente vamos a tratar los dos requisitos que se exigen a las obras de nueva construcción que incluye la LOE bajo su ámbito, hemos de partir del concepto de obra de nueva construcción, que podemos definir como la realizada *“donde antes no la había, bien porque nunca la hubo, o bien porque fue demolida, y luego reedificada”*<sup>401</sup>.

El requisito de permanencia lo exige la LOE al edificio como resultado del proceso de la edificación, cuando dispone en el art. 2.1 que es de aplicación a dicho proceso, *“entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente...”*<sup>402</sup>. Este requisito, junto con el de entidad constructiva y complejidad técnica del edificio, que analizaremos en el siguiente epígrafe, destacan como las características básicas del edificio incluido en el ámbito de la ley<sup>403</sup>, aunque también se ha defendido que es el carácter permanente y el uso lo determinante<sup>404</sup>.

---

<sup>401</sup> CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 30. En el mismo sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 573. No obstante, CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, pp. 36 y 37, también incluyen dentro del concepto de obra nueva la realización de elementos constructivos donde había elementos constructivos más simples refiriéndose al supuesto de construcción de nuevas plantas sobre un edificio. Sobre este supuesto hemos de decir que no consideramos que constituya una obra nueva, aunque también se sujeta a la LOE (véase epígrafe 7.4.1).

<sup>402</sup> También lo exigía el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1994 (véase art. 1.600).

<sup>403</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 498-499; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 96, para la cual las dos notas básicas son el carácter permanente y la exclusión de edificaciones sencillas.

<sup>404</sup> Nos referimos a SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, pp. 908-909, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 162, aunque de una forma u otra vienen a reconocer su irrelevancia al contemplar expresamente el apartado c) del art. 2.1. que se refiere a todos los demás usos no previstos en los que le preceden. JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, pp. 21-22, ve como criterio además del volumen de las obras o su importancia, el objeto o uso de la construcción, aunque reconoce que se incluyen todos los usos, opinión de la que disentimos porque no tiene en cuenta la exigencia de permanencia de la obra.

En este sentido también se ha pronunciado la STS de 10 de febrero de 2010<sup>405</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que en el fondo el requisito que siempre es básico es el del carácter permanente, porque las obras sin cumplir con la característica de la entidad constructiva también entrarán en la LOE si tienen carácter residencial o público, o se desarrollan en más de una planta, con lo que puede el uso ser determinante en estas obras de poca entidad constructiva<sup>406</sup>.

En cuanto al significado del requisito de permanencia, de acuerdo con el del verbo permanecer, se trata de que el edificio esté destinado a mantenerse sin mutación en un mismo lugar<sup>407</sup>. Se acude a la naturaleza de la obra, puesto que se exige que esté llamada a cubrir necesidades permanentes<sup>408</sup>, de igual modo que acontecía con el art. 1.591 CC<sup>409</sup>.

Este concepto de permanencia es incompatible con las construcciones cuyo plazo de existencia esté predeterminado, es decir, con las construcciones que se proyecten con una duración determinada de antemano, las llamadas obras provisionales, que se excluyen de la

---

<sup>405</sup> (RJ 528) *Obiter dicta* (dado que no era de aplicación la LOE) ve en el carácter permanente y en el uso las notas diferenciadoras del edificio sometido a la LOE: “Por demás, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación -no utilizable para la resolución el supuesto enjuiciado-, caracteriza los edificios sujetos a su ámbito por razón de su permanencia y de su uso principal;”. Sin embargo, a reglón seguido extracta todas las letras del art. 2.1, incluida la letra c).

<sup>406</sup> Cfr. art. 2.2 a) y véase epígrafe 7.3. Tal vez por ello O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 498, ve la permanencia como nota característica del edificio previsto en la LOE. En cambio, QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, p. 363, va más allá señalando que “lo único que se requiere a fin de poder considerarlo como edificio es que tenga carácter permanente”, opinión que no compartimos por lo dicho.

<sup>407</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 338; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 909.

<sup>408</sup> En tal sentido: CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 372-373; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 425, quienes argumentan que no tendría sentido aplicarles a las obras no permanentes un plazo de garantía incompatible con su naturaleza. También acude a la naturaleza de la obra MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 97.

<sup>409</sup> Véase nota 54.

LOE<sup>410</sup>, como también se excluían del art. 1.591 CC<sup>411</sup>. Se sigue en este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y es que hemos visto que el Alto Tribunal afirmó el carácter de permanencia de la obra o su duración larga en varias sentencias<sup>412</sup>.

Por otro lado, igualmente hemos de señalar que al excluirse las obras provisionales se coincide con las soluciones francesa e italiana<sup>413</sup>.

---

<sup>410</sup> Destaca esta incompatibilidad GONZÁLEZ POVEDA, P., *La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación*, ECI 10 (2001), p. 4, y o.c. nota 201, p. 338, quien excluye las obras realizadas con carácter auxiliar de otras construcciones o con motivo de determinados eventos y que dejen de prestar su servicio finalizados éstos. En idéntico sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 909. También ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 498, 500 y 501, quien exige que el edificio tenga vocación de duración o permanencia, no con un tiempo limitado, excluyendo las construcciones provisionales de todo tipo, como pabellones, casetas y barracones. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 97, señala que el carácter permanente es un concepto relativo, no pudiendo entenderse en un sentido absoluto de duración perpetua del edificio, sino que se refiere a una cierta durabilidad, a la construcción de un edificio con intención de que subsista en el tiempo de forma razonable, pero concluyendo la autora que el edificio ha de tener vocación de mantenerse durante un prolongado período de tiempo indeterminado.

Como otros autores que también excluyen las obras provisionales o temporales pueden verse, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 372-373; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 425; GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 26, aunque reconocen que puede ser cuestionable puesto que puede haber riesgos para las personas iguales o superiores que en las obras permanentes; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 26; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 572; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 26; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 186, quien cita como ejemplos, carpas de circos o espectáculos musicales, casetas de feria; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 107, refiriéndose a pabellones de ferias desmontables; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.596; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 161; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 163, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 95, quien se refiere a barracones y campamentos móviles.

<sup>411</sup> Véase epígrafe 1.2 de capítulo I. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 96 y 97, señala que se despegan las dudas habidas al respecto en la doctrina que comentaba el artículo referido, y es que, como vimos (epígrafe 1.2 de capítulo I, pp. 17-18), también existían autores partidarios de la inclusión de estas obras.

<sup>412</sup> Véase epígrafe 1.2 de capítulo I, pp. 17-18. Así, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 500-501, señala que debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo puesto que ella definía el edificio como la construcción que tuviera una duración más o menos larga; QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, p. 363, también ve una continuidad con la jurisprudencia del TS que exigía el carácter permanente.

<sup>413</sup> En tal sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 96 y 97, citando en apoyo autores franceses; y el art. 1.669 del CC italiano que expresamente se refiere a edificios de larga duración (véase dicho precepto en epígrafe 7.1 del presente capítulo).

Sin embargo, por algunos autores se matiza en cierta medida el carácter permanente, puesto que se defiende cumplido si, por las necesidades a que estas edificaciones estén llamadas a cubrir, su duración supera los plazos de garantía previstos en la LOE<sup>414</sup>.

Otros autores van más allá e incluyen en la LOE las construcciones provisionales, fundamentalmente por razones de protección, puesto que se parte de que tales obras también pueden presentar los defectos regulados por aquélla, máxime cuando la LOE ha previsto plazos de garantía trienal y anual, además del decenal<sup>415</sup>. También se ha señalado que la clave es que las construcciones puedan cumplir con los requisitos básicos que exige la LOE durante su tiempo de duración<sup>416</sup>, o que el art. 2

---

<sup>414</sup> Tal es la opinión de GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 56. En análogo sentido, parece concebirse las obras permanentes con duración determinada por SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 184, al señalar que *“ha de tratarse de una construcción fija de cierta duración (de no concebirse así carecería de razón de ser el plazo largo de garantía)”*. Respecto a lo anterior, hemos de decir que consideramos difícil encontrarnos con un edificio que tenga un plazo de duración predeterminado, y que a la vez éste sea superior a la duración del plazo decenal de garantía previsto en el art. 17 de la LOE.

<sup>415</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.303, las incluye en lo relativo a la responsabilidad trienal y anual que establece la misma; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 73-74, sostiene que tales obras han de ser igualmente seguras que las definitivas puesto que de ellas pueden derivarse riesgos casi tan graves como de las permanente, proponiendo interpretar el requisito de permanencia con flexibilidad. Señala el autor que sería absurdo, por ejemplo, entender que no son edificios los que se levantaron en la EXPO de Sevilla representando a las naciones participantes, con la obligación de desmontarlos; en parecido sentido, CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, pp. 42-44, para quienes estas construcciones pueden ser objeto de defectos constructivos previstos en la norma, y resulta bastante razonable su aplicación, al menos, a los defectos objeto de la responsabilidad trienal y anual establecidas en el art. 17, destacando los autores que la LOE ha ampliado el elenco de posibles defectos que pueden encontrarse presentes en estas obras provisionales.

También puede verse MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 53, para el que aunque el edificio tenga una duración prevista de cuatro años puede a los dos años presentar daños estructurales que comprometan la estabilidad del edificio y en cuanto a los daños de habitabilidad y de acabado, los plazos de garantía serán inferiores a la duración prevista del edificio.

<sup>416</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, pp. 421-422, para quien la permanencia es un concepto relativo que equivale a estar el edificio objetivamente destinado a tener cierta duración, sin exigir una duración indeterminada, razón por la que no excluye a los que tengan una duración inferior a los plazos de garantía y prescripción, sino sólo a las obras que por su naturaleza esencialmente transitoria puedan ser dispensadas de los requisitos básicos. Sigue en este punto las opiniones de

que exige el carácter permanente tiene como finalidad la de distribución las competencias entre los técnicos<sup>417</sup>.

En sentido contrario, puede argumentarse que si la ley hubiera querido prever que dichas obras proyectadas por un plazo inferior de tiempo a los plazos de garantía debían satisfacer los requisitos básicos, lo hubiera hecho, pero no ha sido así<sup>418</sup>.

Al margen del debate anterior sobre la inclusión de las obras provisionales, el hecho de que la obra no tenga carácter permanente, no impide que las partes pacten la sujeción del edificio a lo previsto en la LOE<sup>419</sup> y, por otro lado, dado el carácter indisponible de la responsabilidad que veremos<sup>420</sup>, el carácter provisional de la obra no se lo da el mero pacto entre las partes, sino su naturaleza, como hemos señalado<sup>421</sup>.

Con todo, el requisito de permanencia no es incompatible con que las obras tengan el carácter provisional según la legislación urbanística,

---

Fernández Hierro y Lucas Fernández vistas (epígrafe 1.2 de capítulo I, pp. 17-18) al señalar que *“no parece que exista razón alguna para eximir a tales edificios del cumplimiento de las exigencias de seguridad, habitabilidad y funcionalidad durante todo el período de vida (más o menos determinado) previsto para ellos, de modo que no parece incompatible incluirlos dentro del ámbito de la Ley y- sin embargo- no concederles un plazo de garantía mayor que el de su propia temporalidad...”*.

<sup>417</sup> CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, pp. 42-44, quienes defienden la aplicación de la LOE si no directamente, sí por analogía, porque el art. 2 está basado en la idea de la resolución de conflictos de competencias, de tal forma que no teniendo carácter permanente el edificio no habrá atribución obligatoria a un profesional.

<sup>418</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 97.

<sup>419</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 97, aunque, como señala la autora, ello sólo tendrá efectos en la esfera privada, sin que administrativamente se pueda exigir el cumplimiento de las exigencias contenidas en la ley, ni se dé lugar a la responsabilidad de la LOE, sino a otra similar pero de naturaleza contractual.

<sup>420</sup> Véase epígrafe 2 de capítulo III.

<sup>421</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 372, quien se refiere al pacto de duración de la obra inferior a los plazos de garantía previstos en la LOE.



porque éstas son provisionales por el hecho de que la Administración puede revocar su autorización y decretar su demolición<sup>422</sup>.

Además, conviene tener en cuenta que la edificación permanente puede tener un uso temporal, en el sentido de que sólo se utilice durante determinada época del año<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> En tal sentido, CORDERO LOBATO, E., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 303 y 304, y o.c. nota 1, p. 372, quien destaca como fundamento que la provisionalidad en este ámbito responde al hecho de que *“el «ius aedificandi» solo se disfruta en precario, hasta que se apruebe el planeamiento correspondiente, por lo que la obra puede ser demolida sin indemnización”*. En el mismo sentido puede verse, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 425; COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 571 y 572; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 501. También puede verse, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 422, quien señala que no se puede acudir a la legislación urbanística, dado que el carácter provisional gira en torno al carácter esencialmente revocable de la licencia, y en el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 97; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 160, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.152.

No obstante, VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 95, excluye estas obras provisionales en términos urbanísticos, de las que, dice el autor, cabe revocar su autorización y decretar su demolición por la Administración.

Sobre el concepto de provisionalidad de la legislación urbanística puede verse la STS de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 23 de diciembre de 1999 (RJ 9637) para la que lo relevante no es el uso, que puede ser por naturaleza permanente, sino la provisionalidad de la edificación: *“Si se niega a todo uso que tiene vocación de permanencia la posibilidad de obtención de las licencias contempladas en el artículo 58.2 del TRLS, y se circunscribe este texto a las licencias que amparan usos exclusivamente temporales y coyunturales, se limita el texto legal invocado en exceso pues la «provisionalidad» de uso que dicho precepto exige es una provisionalidad fáctica, no ontológica. Es decir, se permite que si los usos pretendidos, aunque naturalmente sean permanentes, se les incorpora una cláusula de provisionalidad se entienda cumplido el requisito legal exigido”*. *“Tampoco puede aceptarse el argumento esgrimido por la Sentencia vinculando el uso a la edificación, pues en el estado de la construcción actual es evidente que gran cantidad de obras pueden tener naturaleza provisional, sin que por ello el uso que se ejerza sea provisional. La provisionalidad de estas edificaciones no radica en su permanencia, que puede ser indefinida, sino en su aptitud para ser desmontadas y trasladadas, en su caso, a otro lugar”*.

En la misma línea, la STS de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 5 de diciembre de 2000 (RJ 10092): *“El otorgamiento de una licencia provisional no exige en absoluto que la obra a realizar no tenga una cierta vocación de permanencia”*.

<sup>423</sup> En relación con ello, por GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 28, se incluye en la LOE una oficina de información turística para prestar servicio en la temporada estival.

Sin embargo, las obras provisionales están incluidas expresamente en el ámbito de aplicación del CTE, concretamente en el Documento Básico de Seguridad Estructural del CTE<sup>424</sup>, y además su art. 2 no exige expresamente (a diferencia del art. 2 de la LOE) el carácter permanente.

Por otro lado, como ocurría con el art. 1.591 CC<sup>425</sup>, en la LOE se incluyen las obras prefabricadas (como también en el CTE<sup>426</sup>), esto es, aquellas que pueden ser desmontadas y separadas del suelo sin detrimento<sup>427</sup>, puesto que tales obras pueden tener carácter permanente<sup>428</sup> dado que provisionalidad y prefabricación no son cuestiones que necesariamente vayan asociadas en todo caso<sup>429</sup>, y

---

<sup>424</sup> Véase apartado 1.1.2 de dicho documento básico.

<sup>425</sup> Véase epígrafe 1.2 de capítulo I, p. 18.

<sup>426</sup> Cfr. Anejo III de CTE que define el edificio como construcción fija, hecha con materiales resistentes, y el término construcción como conjunto de actividades para la realización física de la obra que, como igualmente señala el CTE, “*cubre la construcción in situ, pero también la fabricación de partes en el taller y su posterior montaje*”. Sobre tal inclusión puede verse, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 56. Dado que las obras prefabricadas pueden ser de madera, conviene destacar, como lo han hecho, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 185, que el CTE ofrece un régimen preciso de las estructuras de madera. También lo destaca OTERO CERREZO, J. A., *Consideraciones sobre el Código técnico de la edificación*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 46. Puede verse el “*Documento Básico SE-M, Seguridad estructural Madera*” en epígrafe 1.4 de capítulo V.

<sup>427</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 372; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 56.

<sup>428</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 56, quien se apoya además de en su regulación por el CTE, en que dichas obras de hecho son autorizables por la Administración urbanística de forma permanente en la normativa urbanística de las diferentes CC AA; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 372-373, quien destaca que permanencia no equivale a inseparabilidad del suelo, y que estas obras prefabricadas pueden estar llamadas a cubrir necesidades permanentes dado que pueden ser autorizadas conforme a la legislación urbanística con carácter permanente, además de que están expresamente reguladas por algunas normas autonómicas sobre calidad de las edificaciones. En el mismo sentido, puede verse más recientemente CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 425. De igual modo, si son permanentes las incluye GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 89; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 501; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 98, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 99.

<sup>429</sup> COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 572; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 162.

tampoco tienen porqué ser de naturaleza sencilla<sup>430</sup>. A lo anterior se une que la LOE no distingue las diversas formas de construir un edificio, y que excluirlas en atención a ello sería contrario a su finalidad protectora<sup>431</sup>.

### **7.3 El requisito de la entidad constructiva y la complejidad técnica del edificio y excepciones a su exigencia. Referencia al ámbito de aplicación del CTE**

El requisito de entidad constructiva y complejidad técnica de la edificación sometida a la LOE lo vemos formulado en sentido negativo en el apartado segundo de su art. 2, que en la lectura integrada de su encabezamiento con su letra a) establece que tendrán la consideración de edificación a los efectos de la ley, y requerirán un proyecto de acuerdo con lo establecido en el art. 4, *“las obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad*

---

<sup>430</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 98.

<sup>431</sup> Aunque no exige el carácter permanente (dado que admite las obras provisionales, véase nota 416) CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 422, quien incluye, como caso extremo, el edificio totalmente prefabricado de tal modo que no fuera el resultado tanto de construir como de fabricar por procedimientos industriales, pues para el autor construir o edificar y fabricar no son términos excluyentes, de modo que el proceso de edificación puede consistir en montar, unir, sujetar, etc. Por otro lado, también se fundamenta el autor en la finalidad protectora de la ley, que conlleva no se deben excluir obras por el sistema de construcción o fabricación del edificio. En el mismo sentido que Castro Bobillo en cuanto a argumentos, puede verse COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 572 y 573. También ponen de relieve que la LOE no distingue las distintas formas de construir el edificio, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 26, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 162. En análogo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 89, incluye estas obras aunque la actividad sea de simple instalación de una casa ya prefabricada y no de construcción, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 98, quien señala *“el hecho de que la construcción se realice en el lugar de la obra o que se lleven a la misma elementos realizados fuera de ella, incorporándolos después a la edificación como cualquier otro elemento del mismo nada puede condicionar en torno a la calificación como edificio. Se trata simplemente de un proceso constructivo, y las diferentes técnicas empleadas en la edificación no pueden condicionar el resultado”*. Además destaca la autora que *“es una práctica cada vez más utilizada en las construcciones ya que, en mayor o menor medida, los elementos que integran el edificio se realizan fuera de la obra y se incorporan posteriormente a la construcción”*.

*constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.”*

Este requisito, como hemos visto<sup>432</sup>, es junto con el requisito de permanencia las claves que maneja la norma para incluir las obras de nueva construcción bajo sí misma. Decimos junto, en sentido literal, porque del precepto extractado se deriva que las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, aunque tengan vocación de permanencia, se excluirán de la LOE<sup>433</sup>, con las salvedades que veremos.

A la vista del precepto, se aprecia que lo importante es la entidad constructiva y complejidad técnica, de tal modo que si concurre da igual el carácter residencial o público y su número de plantas<sup>434</sup>.

Dicho esto, la mayoría de autores no duda de la exclusión de las obras con escasa entidad constructiva y sencillez técnica, que se califican como obras menores<sup>435</sup>.

Como razones de la exclusión de estas obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica se ha señalado que la LOE (con las

---

<sup>432</sup> Véase epígrafe 7.2.

<sup>433</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 503.

<sup>434</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 179, señala que el legislador ha reservado la especial garantía de su régimen de responsabilidad en atención a la complejidad técnica. En parecido sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 575 y 576, quien señala que lo determinante de la entidad constructiva y complejidad técnica.

<sup>435</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 26; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 574; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 187; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.151; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 186, quien cita jurisprudencia de la Sala 3ª del TS en tal sentido, entre ella, la sentencia de 4 de abril de 1995 (RJ 3154) que, refiriendo las de 21 de febrero de 1984 (RJ 1083) y 5 de junio de 1987 (RJ 6093), consideró como obras menores a las de gran sencillez técnica y escasa entidad constructiva y económica (señala el autor, términos casi calcados literalmente en el art. 2.2) que consisten en pequeñas obras de simple reposición, decoración, ornamentación o cerramiento. También consideran a estas obras sencillas o de escasa entidad como obras menores, RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.116; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 498, y DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 163.

Como otros autores que se pronuncian sobre la exclusión legal de estas obras, cabe citar a GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 420; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 22; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 26.

salvedades que se contienen en la parte final del fragmento extractado, y que trataremos) pretende fijar el mínimo de entidad constructiva a partir del que la edificación requiere proyecto conforme a las prescripciones de su art. 4 y se somete a la misma<sup>436</sup>. También se ha argumentado que no tendría sentido exigir para estas edificaciones los requisitos básicos del art. 3 de la LOE y, en consecuencia, el régimen de responsabilidad de la norma<sup>437</sup>.

Sin embargo, con dicha exclusión se ha reducido el concepto de edificio que manejaba el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1.591 CC que ya vimos incluía hasta muros, tapias y otras construcciones sencillas y de escasa entidad<sup>438</sup>, de lo cual se ha hecho eco en sentencia de 22 de marzo de 2010 al señalar en cuanto a las diferencias entre aquel precepto y la LOE: *“no solo de unos distintos de garantía y de prescripción, sino de una distinción, hasta ahora inexistente, entre obras mayores y menores”*<sup>439</sup>. Lo anterior conlleva que se ha ampliado el concepto de obra menor puesto a partir de la LOE comparten tal cualidad incluso las obras de nueva construcción en las que concurren los requisitos de exclusión que señala su art. 2<sup>440</sup>.

---

<sup>436</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 57. También, entre otros, señalan que se vincula la calificación de edificación a la exigencia de proyecto, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, o.c. nota 117, p. 151; Jiménez Clar, o.c. nota 246, p. 21, y Salinero Román, o.c. nota 391, pp. 185-186. Orti Vallejo, o.c. nota 4, p. 1.151, expone que se sufren las incoherencias de mezclar en un mismo precepto la determinación del ámbito de la ley y la exigibilidad de proyecto, pero sostiene que la ley excluye las obras menores a las que, de paso, excluye de la necesidad de proyecto. No obstante, el autor expone que no existen razones suficientes para excluirlas por los problemas de la normativa a aplicar a tales obras (véase nota 445).

<sup>437</sup> Martínez Escribano, o.c. nota 14, p. 98.

<sup>438</sup> Véase epígrafe 1.2 de capítulo I. Herbosa Martínez, o.c. nota 4, p. 194, señala que la exclusión de las obras de escasa entidad y sencillez es uno de los motivos por los cuales la LOE acoge un concepto de edificio más restringido que el de la jurisprudencia. En análogo sentido, Gómez Peral, o.c. nota 199, p. 107 (nota 151).

<sup>439</sup> RJ 2410. Seijas Quintana y Sacristán Represa, o.c. nota 248, p. 189. La coincidencia es debida a que el primer autor es ponente de la sentencia referida.

<sup>440</sup> González Carrasco, o.c. nota 245, pp. 60-61, quien señala que estas obras no eran consideradas menores antes de la LOE a los efectos de excluirlas de la necesidad de proyecto en la jurisprudencia, pero ahora quedarán excluidas de la necesidad de proyecto según las exigencias de su art. 4 y del CTE (art. 6 y Anejo II).

Se marca también la diferencia con el *Code*, pues tras la reforma de 1978 se suprimió la referencia a las *gros ouvrages*, y ahora sólo habla de *ouvrage*<sup>441</sup>.

No obstante, para algunos autores estas obras de sencillez técnica y escasa entidad constructiva están incluidas en la LOE, lo que sustentan con carácter general en que simplemente no requieren proyecto, en que el art. 2 está redactado en clave de atribuciones, y en que la LOE abarca defectos constructivos que son predicables también de estas obras<sup>442</sup>.

De modo análogo a los anteriores, otros autores que sostienen la exclusión de dichas obras la consideran criticable porque se ve justificación a los criterios de la norma para excluirlas o no en función del número de plantas o del carácter residencial o público o de que se encuentre protegido el edificio al tratarse de circunstancias que más tienen que ver con el técnico competente para proyectar<sup>443</sup>; o porque

---

En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 424-425.

Igualmente señalan que se ha ampliado el concepto de obra menor, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 423, quien se basa en que la jurisprudencia sólo excluía aquellas de escasa entidad constructiva y económica que no alteraran la estructura, el volumen, el diseño exterior y las condiciones de seguridad y habitabilidad del inmueble; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 574.

<sup>441</sup> Concretamente al art. 2.270, distinguía entre las grandes y pequeñas obras antes de la reforma referida. Sobre esta redacción anterior del art. 2.270 puede verse CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 117-119.

<sup>442</sup> CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, pp. 45 y 46, quienes destacan que el art. 2.2 señala que *“tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4...”*. Para estos autores (o.c. nota 346, pp. 28-29) ya no tiene sentido efectuar una distinción tajante entre edificios de mayor entidad y edificios de menor entidad para excluir a éstos de la ley, ya que ésta abarca todo tipo defectos, *“los cuales pueden manifestarse en cualesquiera construcciones, sean obras poco complejas o de escaso volumen...”*. También las incluye porque la ratio del precepto es la exigencia de proyecto, TOLEDO PICAZO, A., *La responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación*, Act. Administrativa 13 (2007), p. 1.562.

<sup>443</sup> Cfr. arts. 2.2 a) y 2.2 c), y véase epígrafe 7.4.4 sobre la inclusión de obras en edificios protegidos. Nos referimos a CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 423, quien es contrario a que el régimen de obligaciones y responsabilidad de los agentes dependa de tales circunstancias que no guardan relación con el régimen sustantivo de los agentes. Señala que ni tan siquiera la Ley ha cumplido con el mandato de la Ley de Atribuciones profesionales, porque ésta lo que exigía es que determinara las obras

estas obras menores también deben cumplir los requisitos básicos establecidos en el art. 3 de la LOE<sup>444</sup>.

Además, aunque se parta de la exclusión que hace la LOE, debe mantenerse su aplicación a estas obras por lo ilógico que supone que a unas obras de menor entidad se les procure la dualidad de plazos de garantía y prescripción amplios que conlleva el art. 1.591 CC<sup>445</sup>. Así, se acude abiertamente por algunos autores, al igual que veremos para las obras que no son edificios<sup>446</sup>, a la aplicación analógica de la LOE a estas obras sencillas<sup>447</sup>.

Al margen del debate sobre la inclusión o exclusión de dichas obras, debemos determinar qué obras serán las que tengan escasa entidad constructiva y sencillez técnica, para calibrar la importancia de este tema,

---

que no precisaban “proyecto arquitectónico”, puesto que tal proyecto era el límite de las competencias de proyección de los Arquitectos Técnicos, y lo que ha hecho es excluir de la necesidad de proyecto (sin calificativos) los criterios utilizados por la jurisprudencia para delimitar las competencias de los Aparejadores y Arquitectos Técnicos al interpretar el concepto de proyecto arquitectónico. En parecido sentido, LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1622; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.436, y ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 1, p. 130 (nota 5).

<sup>444</sup> En tal sentido, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 30.

<sup>445</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5, se pronuncia sobre lo absurdo que una caseta del perro tenga esos plazos pero a una vivienda se apliquen los de la LOE; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 442, para el que sería absurdo que las obras que por su sencillez, su destino o su carácter parcial se excluyan de la LOE y gocen de mayor protección; en análogo sentido HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 178; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 26, señala: “... porque no parece de sentido lógico jurídico que se confieran más garantías y un mayor plazo de prescripción a estas obras que a las demás de mayor entidad contempladas en la Ley”; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.151, considera incluidas las obras menores porque si no “resultaría que se aplicaría un régimen más severo a las pequeñas obras”. También pueden verse SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *Ley de ordenación de la edificación versus art. 1591 Código Civil*, RGD 678-679 (2001), p. 1785, y MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 55.

Volveremos sobre esta cuestión en la parte dedicada a la coordinación de la LOE con el resto del ordenamiento jurídico (véase capítulo IX).

<sup>446</sup> Véase epígrafe 7.6.

<sup>447</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, pp. 441-442; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.596; SALA SÁNCHEZ y SALA ATIENZA, o.c. nota 354, pp. 576-577, barajan además de la aplicación analógica de la LOE, si se considera vigente el art. 1.591 CC, la aplicación de éste para la ruina estructural y del art. 1.902 CC para el resto de daños materiales.

porque la escasa entidad constructiva y sencillez técnica constituye un concepto jurídico indeterminado que la jurisprudencia habrá de delimitar<sup>448</sup>.

En este punto no existe acuerdo, porque así como hay autores que ponen como ejemplos una caseta o chamizo<sup>449</sup>, tapia de ladrillo o muro<sup>450</sup>, u obras de simple reposición, decoración, ornamentación o cerramiento y señalan que en caso de duda deben someterse a la LOE de acuerdo con los criterios de la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo<sup>451</sup>; otros autores sostienen que consistirán básicamente en muros exteriores y una cubierta destinadas a fines distintos de albergar personas, poniendo como ejemplos, además de las naves (sobre lo que entramos a continuación), almacenes, establos o graneros<sup>452</sup>. Se llegan a excluir hasta piscinas, garajes, cocheras para uso particular, depósitos, pérgolas, corrales, alpendres, aparcamientos en superficie, cerramientos y, en general, las que puedan precisar proyecto menor<sup>453</sup>.

Sobre esto último hemos de apuntar que, al margen de que consideramos difícil que una piscina o garaje puedan ser calificados como

---

<sup>448</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 89; VALLS LLORET, J. D., *Comentarios a la Ley de Edificación*, Iuris: Actualidad y práctica del derecho 37 (2000), p. 26; GARCÍA MAS, o.c. nota 283, p. 653; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 574; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 99.

<sup>449</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 498.

<sup>450</sup> LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, pp. 1.622 y 1.625.

<sup>451</sup> SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 186, quien sostiene una interpretación restrictiva de las exclusiones, y que en caso de duda debe exigirse proyecto de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS citada en nota 435. CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 424, quien sostiene que ante la duda debe resolverse a favor de la aplicación de la ley, de igual manera que ante la duda la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo consideraba que se exigía la titulación superior para proyectar, porque en ambos casos, señala el autor, se trata de preservar la seguridad.

<sup>452</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 98.

<sup>453</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 99. También excluye las piscinas individuales, garajes privados, cobertizos, galpones y cerramiento, MOLTÓ GARCÍA, J. I., *Los agentes de la edificación en Ley 38/99, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Obligaciones y responsabilidades*, ed. Montecorvo, Madrid, 2000, p. 49. Igualmente excluyen piscinas o garajes, ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 85, salvo que se ejecuten al mismo tiempo de la vivienda y bajo el mismo Proyecto.



obras de escasa entidad constructiva, si se construyen conjuntamente con una vivienda u otra edificación incluida en el ámbito de la LOE deberán caer dentro de ella<sup>454</sup>.

A los fines de delimitar debidamente estas obras excluidas debe tenerse en cuenta que, además de exigirse simultáneamente la escasa entidad constructiva y sencillez técnica de la obra<sup>455</sup>, del apartado 2 a) del art. 2 se deduce que se requiere que no concorra ninguna de las salvedades a la exclusión contenidas en él. Esto es, es necesario acumulativamente que no tenga la edificación carácter residencial o público y que el número de plantas no sea superior a una<sup>456</sup>, dado que las salvedades a la exclusión pueden operar de forma independiente, de modo que una obra de escasa entidad constructiva y sencillez técnica caerá en el ámbito de la norma si tiene carácter residencial o público (de forma permanente o eventual<sup>457</sup>) o se desarrolla en más de una planta<sup>458</sup>.

---

<sup>454</sup> Cfr. art. 2.3 de la LOE. Véase *supra* ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, y epígrafe 7.5.

<sup>455</sup> COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 575, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.151.

<sup>456</sup> Destacan la necesidad de concurrencia de todos los requisitos, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 89; PORTO REY, o.c. nota 391, p. 22; PRATS ALBENTOSA, o.c. nota 267, p. 450; GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 28; CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 45; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 26. CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5, señala, partiendo de la lectura del art. 2.2 a) de la LOE en cuanto a las construcciones excluidas: *“que el tipo de construcción al que nos queremos referir se reduce a la caseta del perro y poco más”*; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.443, además habla de la barbacoa como supuesto excluido; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 177, también destaca, después de extraer el art. referido, que serán residuales los supuestos excluidos. También sobre la exigencia acumulativa y que serán pocos los excluidos, pueden verse SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, p. 1.785; COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 574 y 575. De igual modo se pronuncia sobre la concurrencia acumulativa de los renombrados requisitos, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.151, quien señala: *“seguramente pocas serán las obras que escaparán del ámbito de la LOE”*.

<sup>457</sup> Cfr. art. 2.2 a).

<sup>458</sup> Esto se puede ver a sensu contrario en ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 26, y en ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 502-504, cuando el autor excluye las obras de escasa complejidad técnica o de entidad constructiva menor y que se desarrollen en una sola planta, y cuando incluye, con independencia de la finalidad residencial o pública, las obras de más de una planta o que tengan cierta especialidad técnica o complejidad constructiva. También señalan que las obras sencillas que se excluirán serán de una sola planta que no tenga carácter residencial ni público, MARTÍNEZ

Lo expuesto conlleva que serán residuales las obras de nueva construcción que escapen a la LOE<sup>459</sup>, y en consonancia con ello se ha señalado que, dado el concepto de edificio que manejan el Tribunal Supremo y el art. 2, prácticamente cualquier nueva construcción que pueda considerarse edificio se someterá a la LOE<sup>460</sup>.

No obstante, alguna autora ve posible que las naves puedan quedar excluidas del ámbito de aplicación de la norma, y otros sin más las excluyen<sup>461</sup>, con lo que no coincidimos porque no consideramos que sean obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica hasta el punto de excluirlas de la LOE, ello aunque puedan ser de menor entidad y complejidad que un edificio de viviendas, por lo que nos alineamos en torno a los autores que expresamente las incluyen<sup>462</sup>.

---

ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 98; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 99, y COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 574 y 575.

<sup>459</sup> Véase en nota 456 CARRASCO PERERA, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, HERBOSA MARTÍNEZ, ORTI VALLEJO.

<sup>460</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 504, quien alude a la STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 9099), extractada en epígrafe 1.2 de Capítulo I, nota 49. QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, pp. 362 y 364, va más allá puesto que tras advertir que cuesta imaginar un supuesto que estuviera amparado en el art. 1.591 y se vea ahora excluido de la LOE, señala que ésta tiene un ámbito tan amplio, e incluso más, que el de aquél. Sin embargo ya hemos visto que se ha reducido el concepto de edificio que utilizaba el Tribunal Supremo aplicando el art. 1.591 CC (véanse pp. 124-125).

<sup>461</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 372, quien sostiene que la responsabilidad en este tipo de edificaciones no podrá siempre solventarse conforme a la LOE, y cita (nota 42) múltiples SSTs que aplican a las naves el art. 1.591 CC. Las excluyen sin condiciones, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.596, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 98.

<sup>462</sup> CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 45, nota 29, que critican la opinión de Cordero Lobato, y aprecian que dicha autora excluye las naves, cuando lo cierto es que, como ha puesto de manifiesto COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 575, la autora no las excluye en todo caso, sino que lo que viene a decir es que de acuerdo con los requisitos de exclusión del art. 2.2 a) puede darse el caso de que se excluyan si carecen de entidad constructiva y poseen sencillez técnica, porque no se desarrollarán por lo normal en dos plantas ni tendrán uso público ni residencial. No descarta las naves del ámbito de la LOE, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 165, mediante una interpretación amplia (creemos en realidad estricta) del concepto jurídico indeterminado de obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica; como tampoco las excluye VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 98.

Por otro lado, conviene referirnos al carácter residencial o público del edificio como excepción a la exclusión de las obras sencillas y de escasa entidad, que tiene como justificación la protección de la seguridad de los edificios y de las personas a que tiende el legislador de acuerdo con la Exposición de Motivos<sup>463</sup>, por lo que apreciamos que lo importante es el uso público más que la titularidad del edificio que puede ser privada<sup>464</sup>.

Por el mismo fin de protección, en lo referente a la determinación de la existencia o no de ese uso que puede ser de carácter permanente o eventual según el art. 2.2 a), sostenemos que se debe aplicar la LOE siempre que, aun de modo hipotético o incierto, pudiera destinarse a una finalidad pública o residencial<sup>465</sup>.

En sintonía con esta finalidad de protección, a los requisitos analizados para excluir las obras de la LOE, el CTE, en su art. 2.2, añade otro para marcar su ámbito negativo de aplicación, que es el consistente en que las construcciones de sencillez técnica y de escasa entidad constructiva no afecten a la seguridad de las personas<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 503.

<sup>464</sup> Efectivamente, consideramos que el uso público justifica por sí mismo la protección de la seguridad de las personas. Así, algunos autores cuando tratan esta cuestión utilizan el término uso, como es el caso de PORTO REY, o.c. nota 391, p. 22; GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 28, y COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 575.

Además, si el legislador hubiera querido limitarse a las obras de titularidad pública sin incluir las de uso público de titularidad privada, no hubiera utilizado la expresión carácter y tampoco se hubiera referido a estos edificios públicos junto con los residenciales, término éste del que no es predicable titularidad sino destino.

Sin embargo, a pesar de esta *ratio*, por VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 99, parece limitarse este supuesto a la titularidad, no incluyendo, por tanto, edificios de uso público con titularidad privada.

<sup>465</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 504.

Además, debe tenerse en cuenta, como señalan GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 28, que en este caso la ley no exige que el uso sea principal, en clara referencia por contraste al art. 2.1 de la LOE que señala: *“Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:...”*.

<sup>466</sup> Véase art. 2.2 extractado en epígrafe 7.1, nota 376, y explicación de GONZÁLEZ CARRASCO acerca de este mayor ámbito del CTE en epígrafe 7.4.3, nota 517.

Destacar por último, que éstos son los supuestos anunciados en el epígrafe introductorio, en los que el uso de la edificación sí será trascendente para su sometimiento a la LOE.

#### **7.4 Intervenciones sobre edificios existentes. Referencia al ámbito de aplicación del CTE**

##### **7.4.1 Intervenciones totales y parciales que alteren la configuración arquitectónica del edificio**

El art. 2 de la LOE en la letra b) de su apartado segundo, tras la modificación operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas<sup>467</sup>, señala que también tendrán la

---

<sup>467</sup> BOE de 27 de junio de 2013. Esta norma, en su parte programática, tras referirse a la situación económica actual que impide la inversión en la construcción de nueva vivienda que contribuya a la recuperación económica, y a la falta de un marco normativo adecuado para las obras de rehabilitación, y de regeneración y renovación urbanas, alude a la Directiva 2012/27/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE (DOUE, serie L, de 14 de noviembre de 2012). Esta reciente directiva, señala la referida Exposición de Motivos: “*obliga no sólo a renovar anualmente un porcentaje significativo de los edificios de las Administraciones centrales para mejorar su rendimiento energético, sino a que los Estados miembros establezcan, también, una estrategia a largo plazo, hasta el año 2020 -para minorar el nivel de emisiones de CO<sub>2</sub>- y hasta el año 2050 -con el compromiso de reducir el nivel de emisiones un 80-95 % en relación a los niveles de 1990-, destinada a movilizar inversiones en la renovación de edificios residenciales y comerciales, para mejorar el rendimiento energético del conjunto del parque inmobiliario*”.

Con este panorama, la norma declara perseguir los siguientes objetivos: “*En primer lugar, potenciar la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, eliminando trabas actualmente existentes y creando mecanismos específicos que la hagan viable y posible. En segundo lugar, ofrecer un marco normativo idóneo para permitir la reconversión y reactivación del sector de la construcción, encontrando nuevos ámbitos de actuación, en concreto, en la rehabilitación edificatoria y en la regeneración y renovación urbanas. En tercer lugar, fomentar la calidad, la sostenibilidad y la competitividad, tanto en la edificación, como en el suelo, acercando nuestro marco normativo al marco europeo, sobre todo en relación con los objetivos de eficiencia, ahorro energético y lucha contra la pobreza energética*”. Esta ley, que entró en vigor el día siguiente de su publicación de acuerdo con su disposición final vigésima, en lo que nos interesa modificó (mediante los apartados uno a tres de la disposición final tercera) además del art. 2.2 de la LOE, los apartados primero y segundo del art. 3, ello, como informa su Exposición de Motivos, para vincular la aplicación del CTE de manera específica a las intervenciones que se realicen en los

consideración de edificación a los efectos de la misma: *“Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiendo por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.”*

Dicha reforma en este punto se ha limitado a incluir el primer inciso del precepto (*“Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica”*) puesto que con anterioridad en vez de contemplarse las obras que pueden alterar la configuración arquitectónica como todas las intervenciones sobre los edificios preexistentes, se señalaba específicamente que las obras que podían alterar tal configuración eran *“obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación”*. En resumidas cuentas, se sigue requiriendo que las obras realizadas sobre edificios existentes alteren su configuración arquitectónica, tal como veremos la entiende la LOE, de ahí que sigan resultando aplicables las siguientes opiniones doctrinales sobre tal requisito (todas ellas vertidas con anterioridad a la reforma salvo que expresamente se diga lo contrario) porque aunque las mismas se refieran a obras *de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación*, la clave era antes, y sigue siendo ahora, que tales obras o ahora *todas las intervenciones* sobre edificios, alteren su configuración arquitectónica.

---

edificios existentes a que se refieren las letras b) y c) del artículo 2.2 de la LOE. También afectó al CTE, modificando los artículos 1.4, 2.3, 2.4 y 2.6 (cfr. disposición adicional undécima, apartado primero, uno a tres), además de derogar el apartado quinto del art. 2 (cfr. disposición derogatoria única 2ª) con el objetivo general, como señala su parte programática, de *“resolver los problemas que plantea en relación con la rehabilitación, y que vienen siendo reclamados por los principales agentes del sector”*. Entre estas modificaciones del CTE destacan, como informa la Exposición de Motivos, las que *“tratan de eliminar las definiciones relacionadas con obras de rehabilitación que actualmente inducen a error, la inclusión de los criterios de flexibilidad y no empeoramiento en la aplicación del Código Técnico a las intervenciones en edificios existentes y, por último, la obligación de declarar el nivel de prestaciones alcanzado y las condiciones de uso y mantenimiento derivadas de la intervención”*.

Señalado lo anterior, de la mera lectura del apartado extractado se deriva que edificar a efectos de la LOE no es sólo construir un edificio<sup>468</sup>, pero a la vez contrasta con la materia civil, en la que obras son todas las que pueden hacerse tanto si alteran la configuración arquitectónica como si no<sup>469</sup>, así como con el anteproyecto de Ley del Código mercantil que regula el contrato de obra por empresa<sup>470</sup>. No obstante, la exclusión de la LOE a las obras que no alteren la configuración arquitectónica del edificio resulta coherente con la exigencia a las nuevas construcciones de suficiente entidad constructiva<sup>471</sup>.

En cuanto al requisito clave de alteración de la configuración arquitectónica, la LOE incluye como obras que la provocan tanto a las obras que tengan el carácter de intervención total en el edificio, como a determinadas obras de intervención parcial.

En primer lugar, en cuanto a las obras de intervención total en el edificio, aunque la ley no nos da un concepto de ellas, es evidente que serán obras que afectarán al edificio en su integridad<sup>472</sup>. En relación con esto, el CTE en su art. 2.4, con anterioridad a su reforma realizada por la Ley 8/2013, definía las obras de rehabilitación como aquellas que tuvieran los fines que determinaba, y se calificaban en el apartado quinto, también anterior a dicha reforma, de rehabilitación integral cuando tendieran a

---

<sup>468</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 88.

<sup>469</sup> En tal sentido DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 378.

<sup>470</sup> Elaborado por la Sección Segunda, de Derecho mercantil, de la Comisión General de Codificación, y aprobado en Consejo de Ministros de 30 de mayo del presente año. Dicho proyecto (que ha causado cierto revuelo tanto en el terreno de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como en el de las relaciones entre el Derecho civil y el Derecho mercantil) atribuye carácter mercantil al contrato de obra por la condición de operador de mercado del contratista (cfr. art. 521-1, párrafo primero, y art. 001-2 sobre la noción amplia de operador de mercado), y en su art. 521-1, párrafo dos, fija un concepto amplio de obra en el que tiene cabida no solo la construcción *ex novo* de cualquier cosa (que no tiene que ser un edificio), sino su reparación o transformación, o la consecución de cualquier resultado pactado.

<sup>471</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 505.

<sup>472</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 90; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 573; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 99; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 507-508.

todos ellos<sup>473</sup>. Aunque bien es cierto que el CTE se refería con mayor detalle que la LOE a las obras de rehabilitación<sup>474</sup>, no apreciamos que coincidieran estos conceptos de rehabilitación y de rehabilitación integral que nos ofrecía el CTE con el de intervención total en la edificación de la LOE<sup>475</sup>.

En segundo lugar, se incluyen en el ámbito de aplicación de la ley, puesto el art. 2.2 b) considera que alteran la configuración arquitectónica del edificio, las intervenciones parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural. Se exige, por tanto, la variación esencial de algunas circunstancias o elementos básicos de la construcción<sup>476</sup>.

---

<sup>473</sup> En la interpretación integrada de sus apartados 4 y 5, antes de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que modificó como hemos dicho el apartado cuarto y derogó el quinto, señalaba que la rehabilitación será integral cuando atienda de forma conjunta a todos los fines siguientes: “a) la adecuación estructural, considerando como tal las obras que proporcionen al edificio condiciones de seguridad constructiva, de forma que quede garantizada su estabilidad y resistencia mecánica; b) la adecuación funcional, entendiendo como tal la realización de las obras que proporcionen al edificio mejores condiciones respecto de los requisitos básicos a los que se refiere este CTE; c) la remodelación de un edificio con viviendas que tenga por objeto modificar la superficie destinada a vivienda o modificar el número de éstas, o la remodelación de un edificio sin viviendas que tenga por finalidad crearlas”.

Por todos, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 61; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 190, quienes también se refieren al concepto de rehabilitación según el CTE e identifican las obras de rehabilitación del art. 2 de la LOE con las del art. 2.4 del CTE.

<sup>474</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 190, y OTERO CEREZO, o.c. nota 426, p. 73.

<sup>475</sup> Si identificamos el concepto de rehabilitación que manejaba el CTE antes de la reforma realizada por la Ley 8/2013, con el de intervención total de la LOE, resultaría que lo sería una simple agrupación de dos viviendas del edificio (apartado c. del antiguo art. 2.4 del CTE), y si acudimos al concepto de rehabilitación integral del derogado art. 2.5 del CTE, el cual exigía todas las finalidades que figuraban en las letras del art. 2.4, no constituiría una obra de intervención total aquella en que, a pesar de tener por objeto la adecuación estructural y funcional de todo el edificio, no tuviera el fin previsto en la letra c. Es más, la referida ley ha motivado la reforma en este punto señalando: “Entre dichas modificaciones, destacan las que tratan de eliminar las definiciones relacionadas con obras de rehabilitación que actualmente inducen a error...”.

<sup>476</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 508.

Con lo anterior se sigue la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo que califica a las obras menores como aquellas de sencillez técnica, escasa entidad constructiva y económica que no alteran el volumen ni afectan a la estructura, diseño exterior y condiciones de habitabilidad o seguridad de un inmueble<sup>477</sup>.

Aunque se valora positivamente la determinación legal porque una modificación de dichos elementos necesariamente conlleva una alteración de la configuración arquitectónica del edificio que puede provocar defectos de todo tipo<sup>478</sup>, repárese, no obstante, en que la ley es bastante restrictiva en su literalidad, porque exige acumulativamente que la variación sea esencial, y además en lo referente a su objeto, requiere en cuanto a la composición exterior del edificio, que afecte a la composición general, y en cuanto al sistema estructural, que afecte a su conjunto<sup>479</sup>, lo

---

<sup>477</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 60, quien cita las SSTs de 6 de marzo de 1978 (RJ 920) y de 19 de julio de 1994 (RJ 3154). En análogo sentido, PORTO REY, o.c. nota 391, p. 23, señala que recoge la definición de alteración de la configuración arquitectónica elaborada por la jurisprudencia; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 423, para el que se sigue el criterio jurisprudencial que dispensaba de proyecto a las obras menores; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 187, también identifica con las obras menores estas obras sobre edificios preexistentes que no alteren la configuración arquitectónica.

Sin embargo, en cuanto a las obras de nueva construcción, ya hemos visto (epígrafe 7.3) que la LOE equipara a estas obras menores las obras de nueva construcción con escasa entidad constructiva y complejidad técnica ampliándose el concepto de obra menor.

<sup>478</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 508 y 509. Pone el autor el ejemplo del aumento de número de plantas del edificio o la ampliación de las existentes, destacando que ninguna diferencia hay en sentido jurídico entre construir sobre un solar o sobre un edificio preexistente.

<sup>479</sup> En tal sentido pueden verse, MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, p. 470, quien pone de relieve que la exigencia de que sea una variación esencial dejará fuera de la LOE muchas obras de rehabilitación, y además que es un concepto sujeto a interpretación y, por tanto, peligroso el de la variación esencial; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 423, el cual señala que por los requisitos referidos de la variación esencial y del conjunto, quedarán fuera del ámbito obras de gran envergadura que pueden afectar de forma importante a la seguridad y habitabilidad de la edificación, como por ejemplo la sustitución de una cubierta.



cual explica las definiciones un tanto restrictivas que hacen algunos autores de estas obras<sup>480</sup>.

Los mencionados requisitos dejarán fuera de la LOE obras de gran envergadura que pueden afectar a la seguridad o habitabilidad de la edificación o muchas obras de rehabilitación<sup>481</sup>, por lo que no es de extrañar que el concepto de edificio que maneja la LOE es más restringido que el del Tribunal Supremo<sup>482</sup>.

---

<sup>480</sup> GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 30, incluyen las obras de consolidación dirigidas a dar solidez a los edificios, afectando a sus elementos estructurales, las de innovación, que lleven aparejado un cambio en la traza o forma del edificio, las obras no previstas en el proyecto que sea necesario realizar y que supongan una modificación del mismo, obras de reestructuración; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 99, quien por variación esencial de la composición general exterior entiende un cambio integral de fachadas y por variación esencial en el conjunto del sistema estructural no incluye la simple sustitución o renovación parcial de sus elementos; MOLTÓ GARCÍA, o.c. nota 453, pp. 49-50, quien llega a mencionar como excluidas las obras de consolidación y sustitución de elementos de estructura, además de otras como construcción o sustitución de cubiertas, de tabiquería, apertura o supresión de huecos, escaparates y marquesinas.

<sup>481</sup> CASTRO BOBILLO (véase nota 479); MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 99-100, y MARTÍ FERRER (véase nota 479).

En cambio, sí resulta lógica la exclusión de la LOE de las actividades simplemente decorativas del edificio preexistente porque no alterarán su configuración arquitectónica. Las excluye VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 95. También LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 188, al referirse al art. 1.591 CC y a la STS de 13 de noviembre de 1981 (RJ 4509) que excluyó de su aplicación la adaptación y decoración de un local de negocio.

<sup>482</sup> El Alto Tribunal ha incluido en el art. 1.591 CC las obras de reparación de cubiertas o terrazas de un inmueble [cfr. STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2853)] y las obras de impermeabilización de terrazas de hoteles [cfr. STS de 7 de junio de 1966 (RJ 4482)].

Destacan esta restricción, HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 194, quien argumenta que quedan excluidas las obras de ampliación o reforma que no se ajusten a lo dispuesto en la LOE; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 496, para los que el hecho de que no se aplique la LOE a las obras que no conlleven alteración de la configuración arquitectónica supone una ruptura con la jurisprudencia; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 424, quienes señalan que el ámbito de aplicación de la LOE es más restrictivo que el del art. 1.591 *"si éste llega hasta el extremo que admite la STS de 21.03.2002 (RA 2853), aunque la STS de 19.5.2003 (RA 4861) sostuvo, por el contrario, que el art. 1.591 CC no era aplicable a las obras de rehabilitación"*. Sobre esta última sentencia hemos de aclarar que se trataba de un supuesto en que los vendedores de un edificio, previamente a su venta, rehabilitaron la planta baja del mismo, sin que se aplicara el art. 1.591 CC por el TS porque resultó probado que los daños aparecidos en el inmueble nada tenían que ver con la rehabilitación realizada por los

Sin embargo, algún autor ha apreciado que con la inclusión de estas obras de intervención parcial la LOE sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, a los efectos del art. 1.591, exigía que las obras de reforma o refacción fueran importantes<sup>483</sup>, con lo que no coincidimos porque, a pesar de que ciertamente el Alto Tribunal afirmaba lo anterior<sup>484</sup>, los requisitos demandados por la LOE para considerar que la obra altera la configuración arquitectónica del edificio dejarían fuera obras de reparación o impermeabilización de cubiertas o terrazas que aquél contempló<sup>485</sup>.

Con todo, una mayoría de autores está a favor de la inclusión de las obras de reforma en la LOE, porque al margen de que algunos autores sostienen que se sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo que las incluía, dentro de los que consideran lo contrario, muchos se han manifestado a favor de su inclusión, aunque sea por analogía para evitar la aplicación del art. 1.591 CC a estas obras menos importantes<sup>486</sup>.

---

anteriores propietarios, sino con las originarias obras de construcción del edificio, y dicho precepto no podía aplicarse a los vendedores por no ser comitentes de la obra originaria, señalando por ello, el Tribunal, a la vista de que los daños traían causa de la construcción originaria: *“el art. 1.591 CC es un precepto inaplicable para quien no es comitente de la obra de nueva planta”*.

También ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.152, quien resalta la LOE deja fuera obras a las que sería de aplicación el art. 1.591 CC, lo que considera inadmisibles, porque considera dicho precepto derogado. Otra cosa, señala, es que no afecte la reforma a los elementos estructurales y, por tanto, no se aplique el sistema de responsabilidad por defectos estructurales del art. 17.

<sup>483</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 508. En parecido sentido, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.304, observa que se consagra la doctrina del Tribunal Supremo porque comprende las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica del edificio.

<sup>484</sup> Véase sentencias citadas en epígrafe 1.2 de capítulo I, nota 49.

<sup>485</sup> Cfr. SSTs de 21 de marzo de 2002 (RJ 2853) y de 7 de junio de 1966 (RJ 4482).

<sup>486</sup> Además de los autores que hemos visto que señalan que se sigue por la norma la jurisprudencia del Tribunal Supremo que las incluía (véase nota 483), autores que consideran lo contrario, las incluyen, como MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 99, quien es partidaria de una interpretación flexible de la norma; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 442, el cual se muestra partidario de la aplicación analógica de la ley a las obras sobre edificios preexistentes que no cumplan con el requisito de alterar su configuración arquitectónica porque no tendría sentido aplicar el art. 1.591 más riguroso, y ORTI VALLEJO (véase nota 482).

Además, debe tenerse en cuenta la STS de 17 de diciembre de 1997 en la que se dijo que parece una solución adecuada incluir las obras de refacción o reparación porque la reparación defectuosa puede también ocasionar la ruina<sup>487</sup>.

Sin embargo, en contra de la inclusión con carácter general de las obras de modificación o reforma se pronuncian algunos autores que se basan en que las causas de los posibles daños que puede sufrir la obra según el art. 17.1 de la LOE (sobre todo, según sus letras a y b) no encajan bien en estos supuestos; en el riesgo de imposición de costas a los actores por ser necesario demandar también a los agentes de la obra originaria; en que no se deben aplicar las presunciones de responsabilidad que establece porque los daños pueden proceder de la intervención de los agentes de la obra originaria, y en que el art. 2 no está pensado para la determinación del ámbito de la ley sino para distribuir la competencia entre técnicos<sup>488</sup>. Discrepamos de lo anterior porque una reparación puede tener por objeto la estructura o incluso dañarla sin tenerla como tal<sup>489</sup>, y aunque parece que los actores deben demandar

---

<sup>487</sup> (RJ 9099). A esta sentencia se refiere, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 432, quien se muestra por ello favorable a la inclusión de tales obras. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 99-100, se basa en que si como consecuencia de las obras se produce alguno de los daños previstos en la LOE se deberían incluir en ella, puesto que si ello acontece *“es porque la intervención reúne la entidad suficiente y ha afectado a los elementos del edificio que el legislador considera dignos de una especial protección, por lo que debe darse lugar a la responsabilidad legal”*. En sentido contrario a la autora, CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ (véase nota s.).

<sup>488</sup> CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, pp. 33-38. Sin embargo, los autores terminan por admitir la aplicación de la LOE a *“aquellas obras de modificación o reforma que sean de tal entidad, que afecten de manera esencial a la estructura del edificio preexistente, o de una parte perfectamente delimitada del mismo y separada o autónoma respecto del resto, en cuanto que la actividad desplegada por los agentes de la edificación venga a ser una suerte de remodelación arquitectónica total (de “alteración de la configuración arquitectónica” o de variación esencial del conjunto del sistema estructural, habla la referida letra b) del art. 2.2)”*. Por lo anterior, excluyen: *“las modificaciones no sustanciales, actividades de reforma parcial o rehabilitaciones que afecten a los cimientos o estructura del edificio ya existente”*.

<sup>489</sup> Ya veremos (véase epígrafe 2.2.2 de capítulo V) que los defectos objeto de la responsabilidad decenal pueden tener su origen en partes del edificio diferentes a la

también a los agentes intervinientes en la obra originaria<sup>490</sup>, no vemos determinante que el art. 2 suscite la duda de si se refiere únicamente a una cuestión de competencia de los técnicos<sup>491</sup>.

También con fundamento en la diversidad de posibles causas de los daños materiales, estos autores excluyen de la LOE y de sus presunciones el supuesto bastante frecuente, dada la coyuntura económica actual, de la construcción sobre una estructura levantada en un momento anterior pero inacabada<sup>492</sup>. Disentimos de ello dado que consideramos que tendrá cabida en la LOE bien sea por constituir continuación de una obra de nueva construcción o una obra de modificación que alterará la configuración arquitectónica, en su composición exterior y volumetría.

Mayor problema suscita la inclusión de las obras de reparación porque como ha puesto de manifiesto algún autor el art. 2.2 b) con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (ahora habla de *“Todas las intervenciones sobre los edificios existentes”*) barajaba los términos de

---

estructura, por lo que consideramos que esta responsabilidad podrá tener lugar aunque la obra no haya tenido por objeto la estructura.

<sup>490</sup> Cfr. STS de 14 de mayo de 2002 (RJ 4443) en un supuesto de realización de obras de modificación se exigió la presencia de los agentes intervinientes tanto en la construcción originaria como en aquéllas. No obstante, esta sentencia parece dejar alguna puerta abierta a la inexistencia de litisconsorcio necesario en los casos en que aparezca clara la responsabilidad de uno de los agentes, al señalar: *“Ahora bien estos casos hay que entenderlos y referirlos a una situación de construcción debidamente concretada y delimitada por la correspondiente relación contractual que la rige y disciplina, que no es el caso de autos, pues, en primer lugar, no se trata de reclamación por terceros adquirentes y no se acreditó mediante pruebas decisivas o actuaciones censurables concretas que puedan atribuirse a los demandados.”*

<sup>491</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 495, para los cuales aunque el art. 2.2 plantee el interrogante de si el legislador se refiere a una cuestión de distribución de funciones de los profesionales o quiere apuntar que también se aplican las reglas de responsabilidad, nada obsta a que se aplique la responsabilidad decenal a la rehabilitación de un edificio antiguo.

<sup>492</sup> CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 37 (nota 17), salvo, señalan los autores, que las estructuras hayan sido de alguna manera afectadas por la reiniciación de las obras, o fueron objeto de una revisión previa exhaustiva por técnicos independientes.

ampliación, modificación, reforma o rehabilitación, que no son equivalentes al de reparación, y aunque se consideraran equivalentes, las obras de reparación tendrían que tener como resultado la alteración de la configuración arquitectónica del edificio, como exigía la LOE<sup>493</sup>, y sigue exigiendo tras la referida reforma. Así, se aprecia un criterio más restringido que el seguido por el Tribunal Supremo que incluía las obras de reparación en el ámbito del art. 1.591 CC<sup>494</sup>.

Sin embargo, ya hemos visto que otros autores incluyen estas obras de reparación en la LOE<sup>495</sup>, y además alguno sostiene que si la reparación no cumple con los requisitos de su art. 2.2 debe aplicarse por analogía<sup>496</sup>.

Por nuestra parte, somos partidarios de aplicar la LOE a las obras de reforma o reparación de los edificios siempre que ocasionen alguno de los daños previstos en su art. 17<sup>497</sup>, con lo que se trataría del mismo argumento que se ve en la renombrada STS de 17 de diciembre de 1997, que señaló que la inclusión de las obras de reparación en el art. 1.591 CC es una solución adecuada porque la reparación defectuosa puede causar ruina.

---

<sup>493</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 341, quien además señala que si simplemente se limitan las obras a reparar los defectos de una mala ejecución, mal uso o paso del tiempo, sin afectar a la configuración arquitectónica, no se aplicará el art. 17; en idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, pp. 911-912; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 164, y GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, pp. 108-109. Según vigésima segunda edición del DRAE (consultado en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>) el significado del término reparación es: “*Acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o estropeadas*”.

<sup>494</sup> Cfr. SSTS de 7 de junio de 1966 (RJ 4482) sobre obras de impermeabilización de terrazas de hoteles; 21 de marzo de 2002 (RJ 2853) sobre reparación de cubiertas o terrazas de un inmueble.

Pone de relieve esta restricción, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 341, quien refiere SSTS cuyos supuestos considera que ahora no entrarán en la LOE, entre ellas, la citada de 7 de junio de 1966 y la de 10 de diciembre de 1976 (RJ 5376) sobre construcción la cubierta de una nave, salvo, en este caso, señala el autor, se trate de la ejecución de la cubierta de una nave como parte de la construcción *ex novo*. En idéntico sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 912. También aprecia la restricción, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 164.

<sup>495</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ y MARTÍNEZ ESCRIBANO (véase nota 487).

<sup>496</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 375

<sup>497</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 99-100.

Ahora bien, sí coincidimos con los autores antes referidos que han visto el grave problema que plantea la aplicación de las presunciones que conlleva la LOE si se hacen extensivas a los agentes que intervienen en la parte originaria de la obra, por la multitud de causas de los daños que pueden haber en estos supuestos, pero ello no nos lleva a excluirlas de la norma. Aquí hemos de apuntar la distinción que veremos<sup>498</sup> existe entre el vicio de la construcción y el daño que aquél provoca diferente a su propia existencia, de modo que si a raíz de una intervención parcial en el edificio se provoca un daño a los elementos que tutela la ley, pero no radicados en la misma parte objeto de intervención sino en otra, consideramos difícil que a estos efectos sobre la parte preexistente se pueda aplicar la presunción de causalidad que contiene la LOE<sup>499</sup>, lo que puede tener sus consecuencias en el triunfo de la acción<sup>500</sup>. Otra cuestión será que por la naturaleza de las cosas, concretamente, por la relación existente entre la intervención y la parte dañada, sea lógico presumir tal causalidad, pero con ello, en nuestra opinión, resolvemos un problema de imputación pero no de determinación de la norma aplicable<sup>501</sup>.

Al margen de lo anterior, el sometimiento de las obras de rehabilitación a la LOE no conlleva que se les exija el seguro decenal, aunque afecten a la estructura de un edificio destinado principalmente a vivienda<sup>502</sup>,

---

<sup>498</sup> Véase epígrafe 2 de capítulo IV.

<sup>499</sup> Sobre esta presunción véase epígrafe 3 de capítulo IV.

<sup>500</sup> Así, aunque se pueda demandar al agente que se considere responsable, como todo tiene su cruz, puede que no se demande al agente originario y no se demuestre la responsabilidad del agente interviniente en la obra de reparación, lo que hará que no triunfe la acción.

<sup>501</sup> A esta lógica presunción, o en definitiva imputación, entendemos que alude CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ al condicionar la inclusión de las obras de construcción sobre una estructura levantada en un momento anterior, pero inacabada, a que afecte de alguna manera a la estructura (véase nota 492). Ya veremos (véase epígrafe 3.2.2 de capítulo VIII) que estos autores para el supuesto de aumento de plantas de un edificio consideran que como regla debe imputarse la responsabilidad a los agentes encargados de dicha elevación.

<sup>502</sup> Consideramos que la afectación de la estructura la determinará el notario que autorice la escritura de declaración de obra nueva a la vista de lo que manifieste el técnico de la obra al respecto, porque el apartado 4 del art. 2 del CTE, en su

siempre que se haya solicitado la licencia para la obra inicial con anterioridad a la entrada en vigor de aquélla<sup>503</sup>.

Por último, de la inclusión en la LOE de las obras de reparación debemos distinguir la reparación de los defectos constructivos por parte de los agentes causantes, la cual en caso de ser defectuosa tendrá consecuencias en los plazos de garantía previstos en el art. 17 de la LOE, razón por la que se estudiará esta cuestión a propósito de ellos<sup>504</sup>.

---

redacción dada por la Ley 8/2013, le impone dicha precisión al arquitecto proyectista al señalar: *“En las intervenciones en edificios existentes el proyectista deberá indicar en la documentación del proyecto si la intervención incluye o no actuaciones en la estructura preexistente; entendiéndose, en caso negativo, que las obras no implican el riesgo de daño citado en el artículo 17.1,a) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”*.

<sup>503</sup> Cfr. disposición adicional segunda, apartado uno de la LOE, en la redacción dada por el art. 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 307-308, excluye tales obras e informa de los problemas de aseguramiento que en otro caso tendrían, dado que no han sido controladas por las oficinas de control del proceso edificatorio de la aseguradora.

Como apunta la referida autora, se suscita la duda de si las obras que no sean de rehabilitación pero que alteren la configuración arquitectónica también se excluyen del seguro, lo que ha resuelto negativamente la DGRN al limitar la exclusión a las obras de rehabilitación, entre otras, en la Resolución de 26 de julio de 2010 (BOE de 18 de septiembre de 2010) que versaba sobre la modificación y ampliación de la obra nueva para la habilitación de una planta para su destino a vivienda y la construcción de otra planta más destinada al mismo uso, y que desestima el recurso gubernativo citando la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003 en estos términos: *“La elección por el legislador de dicho término de «rehabilitación» obliga a «entender que sólo en los casos de rehabilitación «stricto sensu» puede aplicarse la exoneración del seguro decenal, excluyendo las hipótesis de las obras de reforma, modificación o ampliación de edificios ya existentes. Avalaría esta idea -sigue diciendo la citada Resolución-Circular- la regla «inclusio unius», «exclusio alterius» y que la norma que examinamos es de naturaleza excepcional, al derogar el régimen normal del seguro decenal para el caso particular que recoge, lo que conduce a una interpretación, no restrictiva, pero sí estricta”*. En consecuencia, *«debe exigirse la justificación del seguro decenal cuando la licencia de edificación se limite a autorizar una obra autónoma de reforma, ampliación o modificación del edificio, no simultánea a una rehabilitación»*”.

<sup>504</sup> Véase epígrafe 5 de capítulo VI.

### 7.4.2 Los cambios de uso del edificio

La letra b) del art. 2.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación incluye los cambios de los usos característicos del edificio, tanto antes de la renombrada reforma operada por la Ley 8/2013, como tras ella puesto que se limita en este punto a la sustitución del término obras que con carácter general utilizaba dicho precepto, por el de intervenciones.

Por uso característico del edificio se ha de entender, de acuerdo con el CTE (Anejo III) el uso previsto, que es el uso específico para el que se proyecta y realiza un edificio y que se debe reflejar documentalmente<sup>505</sup>.

El supuesto más típico sería convertir un edificio destinado a viviendas en locales comerciales, o viceversa, y parece que LOE al referirse al uso característico del edificio, y no al uso de sus partes determinadas, no incluye el cambio de uso de alguna de ellas cuando ya en el edificio existieran previamente otras con ese nuevo uso<sup>506</sup>. No obstante, el art. 2.5 del CTE en su redacción dada por la Ley 8/2013 contempla además del cambio de uso de un establecimiento, el cambio de uso que *“afecte únicamente a parte de un edificio o de un establecimiento”*, al cual también somete al cumplimiento de las exigencias básicas, ello en los términos en que se establecen en los correspondientes Documentos Básicos, como señala expresamente el precepto.

En cuanto a la valoración de estos cambios de uso, a algún autor le ha merecido un juicio positivo su inclusión desde la base de que alterarán la configuración arquitectónica<sup>507</sup>. Sin embargo, nosotros opinamos que el

---

<sup>505</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 61. Sigue señalando el Anejo del CTE que *“El uso previsto se caracteriza por las actividades que se han de desarrollar en el edificio y por el tipo de usuario”*.

<sup>506</sup> Tal vez ello explique la opinión de VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 99, quien exige que los mismos *“ocasionen modificaciones importantes en los usos característicos del edificio en su conjunto”*.

<sup>507</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 508. Sin embargo, CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 41, lo consideran innecesario porque el cambio de destino del inmueble no afectará a la aplicabilidad del art. 17 LOE, en cuanto que tal precepto se aplica aunque no esté destinado a vivienda. Sobre ello, hemos de señalar que no es inocuo un cambio de destino, porque además de que las obras de cambio de uso al someterse a la LOE tendrán su correspondiente plazo de garantía, al



cambio de uso es independiente no requiere a los efectos de su inclusión en la ley que las obras ejecutadas supongan la variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, ello por la redacción del art. 2.2 b)<sup>508</sup>, además de que los cambios de uso *per se* no supondrán nada de lo anterior<sup>509</sup>. Sin embargo, ello no quita que un cambio de uso, en función de la escasa intervención en el edificio que conlleve, pueda no generar todos los daños tutelados por la LOE, como por ejemplo los estructurales<sup>510</sup> y, en consecuencia, consideramos que tampoco debe ser objeto del seguro decenal previsto en su art. 19, a pesar de haberse solicitado la licencia para la obra inicial con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE<sup>511</sup>.

La inclusión de estos supuestos de escasa intervención en el edificio la verdad es que no encajan con que la LOE, como hemos visto, excluya las construcciones sencillas en su art. 2.2 a). Y es que estos cambios de uso se pueden limitar a simples modificaciones jurídicas que consideramos deben quedar excluidas porque su art. 2.2 b) en la redacción originaria utilizaba el término “*obras*”, y tras su reforma por la Ley 8/2013 utiliza el

---

margen del que haya tenido la construcción originaria, puede que ésta se haya construido con anterioridad a la entrada en vigor de aquélla.

<sup>508</sup> Observemos como antes de la disyuntiva que precede a la expresión analizada, hay otra que antecede a su vez a la expresión “*el conjunto del sistema estructural*”, que nos indica que este efecto es el último que contempla la ley para las intervenciones parciales, de las que se independiza, por tanto, el cambio de uso, que según sostenemos podría conllevar una intervención total o parcial en el edificio, según sea necesario, sin que la intervención parcial deba alterar necesariamente la configuración arquitectónica.

<sup>509</sup> V.g. un cambio de uso que se limite a demoler la tabiquería interior de un edificio de viviendas para convertirlo en locales.

<sup>510</sup> V.g. un cambio el uso de unas viviendas a una oficina o despacho en el que no se modifica la distribución interna preexistente ni se modifican las instalaciones de la misma, conservando los baños y la cocina para uso del personal de dicho despacho.

<sup>511</sup> Esto es, al margen de que la LOE (disposición adicional segunda, apartado uno) ha excluido de la exigencia del seguro decenal las obras de rehabilitación de edificios para cuya construcción originaria se solicitó licencia con anterioridad a su entrada en vigor, es lógica la exclusión si el cambio de uso no conlleva obras que afecten a los elementos estructurales.

término “intervención” que igualmente evoca una modificación física del edificio<sup>512</sup>.

### 7.4.3 Ámbito del CTE en cuanto a las intervenciones en edificios preexistentes

Analizadas las intervenciones totales, parciales y los cambios de uso antecedentes, conviene volver sobre el CTE, en el que ya con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 8/2013 se apreciaba un ámbito de aplicación más amplio que la LOE.

Efectivamente, el art. 2 del CTE, a diferencia del art. 2.2 b) de la LOE, no exigía que las obras de modificación, ampliación, reforma o rehabilitación alterasen la configuración arquitectónica<sup>513</sup>, a lo que se une que las obras de rehabilitación del antiguo art. 2.4 del CTE podían tener no sólo contenido estructural sino también funcional a fin de proporcionar al edificio mejores condiciones respecto de los requisitos básicos, y la inclusión en el ámbito del CTE de las obras de remodelación de un edificio con viviendas<sup>514</sup>. Así, por la inclusión de estas obras de adecuación funcional y de remodelación, se apreciaba antes de la reforma un concepto de rehabilitación más amplio del CTE<sup>515</sup>.

---

<sup>512</sup> Con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 8/2013 las excluía GARCÍA MAS, o.c. nota 283, p. 654, por la redacción referida. No vemos que sea óbice a la exclusión que fundamentamos en el término “intervención”, que el CTE defina como tales tanto intervenciones de ampliación y reforma que apuntan a un contenido físico, como los cambios de uso sin requisito adicional alguno. Véase epígrafe siguiente.

<sup>513</sup> Cfr. versión anterior a la reforma del art. 2.4 a) (véase nota 473). Así también lo destaca CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 142.

<sup>514</sup> Cfr. versión anterior a la reforma de art. 2.4, apartados b) y c) (véase nota 473). Las obras de remodelación según el referido precepto podrán consistir en la agrupación de dos viviendas lo cual no provoca la alteración de la configuración arquitectónica exigida por la LOE en su art. 2.2 b), tanto antes como ahora, porque no afecta a la composición general exterior, volumetría ni al conjunto del sistema estructural.

<sup>515</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 67. En parecido sentido, apreciaba OTERO CERESO, o.c. nota 426, p. 51, en el CTE una nueva definición de las obras de rehabilitación en relación a la LOE, de acuerdo con el contenido o finalidades que

Estas obras con anterioridad a la reforma se consideraban sometidas sin dudas al CTE, aunque no se tratase de obras de rehabilitación sujetas a la LOE y, por lo tanto, estuvieran excluidas del aseguramiento y del régimen de responsabilidad y garantías de ésta<sup>516</sup>.

Un grupo de autores ha intentado justificar este mayor ámbito del CTE en un claro propósito legislativo de que sea aplicable a cualquier tipo de intervención en edificios preexistentes, sea cual sea su objeto y entidad, y en la habilitación a aquél que realizó la LOE<sup>517</sup>.

---

pueden tener refiriéndose a los diferentes apartados del antiguo art. 2.4 del CTE. CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 143, se refiere a la inclusión de las obras de adecuación funcional para contradecir que se derive idéntico ámbito de aplicación para ambas normas del art. 2.1 del CTE que señala que se aplicará el CTE en los mismos términos y con las limitaciones previstas en la LOE.

<sup>516</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 66, quien se refiere a las obras de adecuación funcional a las que hacía referencia el art. 2.4 del CTE antes de la reforma. CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 142, quien sostiene que el CTE se aplicará a las obras de reforma, de reparación simple, de gran reparación, de conservación y mantenimiento, de restauración y de rehabilitación, en el sentido que las define el art. 106 de la Ley 30/2007 de contratos del sector público, hoy el art. 122 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Sin embargo, sobre las obras de mantenimiento, hemos de señalar que tras la Ley 8/2013 se han excluido del concepto de intervención, al definir las obras de reforma como modalidad de intervención en el siguiente sentido: *“Cualquier trabajo u obra en un edificio existente distinto del que se lleve a cabo para el exclusivo mantenimiento del edificio”*. Cfr. anejo III de la parte primera del CTE, modificado por la disposición final undécima apartado primero cuatro de la Ley 8/2013.

<sup>517</sup> Ve ese propósito CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 142. Por su parte, GONZÁLEZ CARRASCO o.c. nota 245, p. 65, apunta que la LOE no limitó el concepto de edificio sobre el que iba a incidir el CTE al que utiliza aquella, porque la disposición final segunda de la LOE que autoriza al Gobierno a aprobar un CTE, habla de edificios sin limitar su concepto al que utiliza la LOE.

En la misma línea, CASTRO BOBILLO, C., *Aspectos jurídicos del Código Técnico de la Edificación*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, ed. CGPJ, Madrid, 2008, p. 30, destaca que el CTE se aplicará a todas las obras de ampliación, modificación, reforma, o rehabilitación siempre que se dé la compatibilidad que analizaremos, sin que lo considere en exceso criticable porque el autor señala que el ámbito del CTE *“no podía ser inferior porque contiene las exigencias básicas que han de cumplirse en todas las edificaciones a las que extiende su aplicación la Ley. Pero sí podía ser superior, aunque el exceso no encontrara su amparo en la Ley...”*.

Sin embargo, apreciamos que se había incurrido en un exceso respecto de la norma habilitante, particularmente por la inclusión de las obras de adecuación funcional<sup>518</sup>.

Actualmente, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2013, sigue apreciándose este mayor ámbito del CTE en relación con la LOE, ello aunque el art. 3.2 de la LOE señale que aquél es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios de nueva construcción y de sus instalaciones, así como de las intervenciones que se realicen en los edificios existentes, de acuerdo con lo previsto en las letras b) y c) del art. 2.2, esto es, las que cumplan con los requisitos de estas letras. Efectivamente no empuja lo anterior, porque el CTE en su art. 2.3, ni antes de su reforma por la referida ley, ni ahora, alude en modo alguno al requisito de alteración de la configuración arquitectónica (que, por el contrario, tanto antes, como ahora, se contempla en el art. 2.2 b) de la LOE) sino que se refiere simplemente a que *“Igualmente, el Código Técnico de la Edificación se aplicará también a intervenciones en los*

---

<sup>518</sup> ALMENAR BELENGUER, JIMÉNEZ LÓPEZ y PÉREZ PAZ, o.c. nota 307, pp. 104-106, porque así como las obras de remodelación que figuran en dicho artículo podrían considerar como obras que tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio, las obras de adecuación funcional no pueden considerarse subsumidas en el art. 2.2 de la LOE en la medida en que no afecten a la configuración arquitectónica. Siguen a los anteriores, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 190, en cuanto al exceso respecto de la norma habilitante, quienes añaden que los aspectos funcionales no están contemplados en el art. 9 del CTE, puesto que el CTE (como veremos en epígrafe 1.3 de capítulo V dedicado a los requisitos básicos de funcionalidad) no desarrolla estos aspectos, sino los de seguridad y habitabilidad, remitiéndose su art. 1.3 en cuanto a los requisitos de funcionalidad y los aspectos funcionales de los elementos constructivos a su normativa específica. Ya veremos, sin embargo, que los vinculados a la accesibilidad de personas con movilidad o comunicación reducida se desarrollan en el CTE, como igualmente señala dicho precepto.

Además, en contra de lo argumentado por GONZÁLEZ CARRASCO (véase nota anterior) también se puede argumentar que es lógico que si una norma establece un campo de aplicación, y se remite a otra para su desarrollo, ésta no tuviera otro ámbito diferente, salvo que precisamente se hubiera dicho lo contrario. Y en esta línea ya hemos visto que se ha reformado el art. 2.2 b) por medio de la Ley 8/2013 para vincular la aplicación del CTE, de manera específica, a las intervenciones que se realicen en los edificios existentes a que se refieren las letras b) y c) del artículo 2.2 de la LOE (véase nota 467).

*edificios existentes...”; y en el anejo III de la parte primera se incluye (por medio de la disposición final undécima apartado primero cuatro de la Ley 8/2013) una definición de las intervenciones en la que tampoco se requiere la aludida alteración al determinarse que “Se consideran intervenciones en los edificios existentes, las siguientes: a) Ampliación: Aquellas en las que se incrementa la superficie o el volumen construidos. b) Reforma: Cualquier trabajo u obra en un edificio existente distinto del que se lleve a cabo para el exclusivo mantenimiento del edificio. c) Cambio de uso”<sup>519</sup>.*

En cuanto a los cambios de uso del edificio, ya hemos visto que la LOE antes de la reforma utilizaba el término “obras” y ahora habla de “intervenciones” sobre los edificios. Sin embargo, el art. 2 del CTE en su apartado sexto, ni con anterioridad a la reforma ni tras ella, impone expresamente la realización de obras para someter el cambio el uso<sup>520</sup>, y en la definición del término “intervenciones” extractada se distingue en letra aparte los cambios de uso sin exigencia alguna.

No obstante, no debe hacerse una aplicación absolutamente rígida del CTE a todo cambio de uso, puesto que pueden resultar desproporcionadas sus exigencias con la naturaleza de la obra necesaria

---

<sup>519</sup> Es más, la propia Exposición de Motivos de la Ley 8/2013, después de señalar que se reforma la LOE “para vincular la aplicación del Código Técnico de la edificación de manera específica, a las intervenciones que se realicen en los edificios existentes a que se refieren las letras b) y c) del artículo 2.2 de dicha Ley”, añade: “Todo ello con independencia de que el Código Técnico de la edificación será de aplicación, además, a todas las intervenciones en los edificios existentes”.

<sup>520</sup> Que dispone: “En todo cambio de uso característico de un edificio existente se deberán cumplir las exigencias básicas del CTE. Cuando un cambio de uso afecte únicamente a parte de un edificio o de un establecimiento, se cumplirán dichas exigencias en los términos en que se establece en los Documentos Básicos del CTE”. Antes de la reforma rezaba: “En todo cambio de uso característico de un edificio o establecimiento existente se deberá comprobar el cumplimiento de las exigencias básicas del CTE”.

GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 67, sostiene como justificación de la inclusión en el CTE de estos cambios de uso aunque no conlleven obras, la necesidad de adelantarse a la normativa técnica que sea de aplicación a los riesgos asociados a dichas actividades. También incluye estos cambios de uso sin obras, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, p. 30, y OTERO CERREZO, o.c. nota 426, p. 51.

para realizarlo, hasta el punto de paralizar el cambio de uso<sup>521</sup>, salvo que se limite tal aplicación a prevenir los riesgos propios de la actividad a desarrollar en el inmueble tras el cambio de uso<sup>522</sup>.

En esta línea, el CTE para aplicarse con carácter general a las obras realizadas en edificios preexistentes exige que ello sea urbanística, técnica y económicamente viable, además de compatible con la naturaleza de la intervención o con el grado de protección del edificio<sup>523</sup>.

Por otro lado, conviene señalar que tras la referida reforma se han impuesto por el art. 2.3 del CTE unas cautelas para que las intervenciones que se realicen en edificios preexistentes no conlleven un empeoramiento del nivel preexistente en el edificio de cumplimiento de las exigencias básicas, si el mismo es inferior al previsto en el CTE, o una rebaja por debajo del previsto en éste si el preexistente era superior a él.

---

<sup>521</sup> Véase notas 509 y s., ejemplo de cambio de uso de vivienda a despacho.

<sup>522</sup> Tal vez a ello se refiere GONZÁLEZ CARRASCO (véase nota 520).

<sup>523</sup> Cfr. art. 2.3, que con anterioridad a la reforma señalaba: *“Igualmente, el CTE se aplicará a las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en edificios existentes, siempre y cuando dichas obras sean compatibles con la naturaleza de la intervención y, en su caso, con el grado de protección que puedan tener los edificios afectados”*. Actualmente en la misma línea el párrafo segundo de dicho precepto señala: *“Cuando la aplicación del Código Técnico de la Edificación no sea urbanística, técnica o económicamente viable o, en su caso, sea incompatible con la naturaleza de la intervención o con el grado de protección del edificio, se podrán aplicar, bajo el criterio y responsabilidad del proyectista o, en su caso, del técnico que suscriba la memoria, aquellas soluciones que permitan el mayor grado posible de adecuación efectiva”*.

Tal precepto antes de la reforma era visto como una excepción a la aplicación de los requisitos básicos del art. 3 de la LOE no prevista en esta norma por parte de CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 143, excepción que advertimos se ha ampliado fruto de la reforma del art. 2.3 del CTE realizada por la Ley 8/2013 a que *“la aplicación del Código Técnico de la Edificación no sea urbanística, técnica o económicamente viable.”*

#### 7.4.4 El supuesto particular de las intervenciones realizadas en edificios protegidos

El apartado c) del art. 2.2 de la LOE (al que en realidad la reforma acometida por la Ley 8/2013 no ha afectado, porque son plenamente coincidentes sus redacciones anterior y posterior a aquella) somete a las obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico, y a las obras de intervención parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección de dichas edificaciones.

Esta previsión no se limita, por tanto, a los edificios que sean bienes de interés cultural, sino que afecta a toda edificación que disponga de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, ya sea ésta dispensada a través de una norma legal o de un documento urbanístico<sup>524</sup>.

Lógicamente, también a estas edificaciones se aplican las previsiones del art. 2.2 b) por lo que se someten a la norma las intervenciones totales o parciales que cumplan con sus requisitos<sup>525</sup>, de ahí que no era necesaria la previsión normativa de que la intervención total en ellas se somete a la LOE<sup>526</sup>.

Por el contrario, si resulta notorio que se aplique la LOE a cualquier intervención que afecte a los elementos o partes protegidas del edificio, dado que no tiene porqué alterar la configuración arquitectónica en el sentido del apartado b) del art. 2.2<sup>527</sup>. Por ello, se sujetarán además de las obras que cumplan con los requisitos de la letra b), las obras sobre las

---

<sup>524</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 92.

<sup>525</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 512. Véase epígrafe 7.4.

<sup>526</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 29; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 510-511

<sup>527</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 511.

partes o elementos objeto de protección, con independencia de que sea una obra sencilla la que les afecte<sup>528</sup>.

Con todo, debe valorarse positivamente la inclusión de estas obras en la LOE por razones de protección de los elementos afectados<sup>529</sup>.

Por último, aunque el CTE no se refiera expresamente a estas obras en edificaciones protegidas, las consideramos incluidas en él debido a que las tiene presentes en cuanto que su art. 2.3 excluye su aplicación en la medida en que sea incompatible con el grado de protección de tales edificaciones, y por el tenor de la propia Exposición de Motivos de la Ley 8/2013 que se refiere al propósito de vincular la aplicación del CTE a las intervenciones señaladas en la letra 2.2 c) de la LOE<sup>530</sup>.

Al hilo de lo anterior, la aplicación del CTE a estas intervenciones sólo en la medida en que sea compatible con el grado de protección del edificio nos merece un juicio positivo, puesto que aun cuando se trata de una excepción a la aplicación de los requisitos básicos del art. 3 de la

---

<sup>528</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 62. En sentido análogo, GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 30, incluyen no sólo obras que tengan el carácter de intervención parcial, sino obras que afecten a los elementos protegidos, como pudieran ser las obras de conservación. También puede verse GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 342, quien destaca que no es necesario que altere la configuración arquitectónica, por ello estima el autor que las obras de reparación en edificaciones catalogadas están equiparadas a las obras de nueva construcción. En idéntico sentido a este último, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 912. También BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 165, destaca que en estos edificios las obras de reparación se sujetarán a la LOE. Igualmente ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 511, pone de relieve que es indiferente que sea una obra de poca entidad e importancia constructiva.

Obviamente, como destacan GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 30, si todo el edificio está protegido cualquier obra en el mismo se someterá a la LOE.

<sup>529</sup> CASTRO BOBILLO, J. C., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 73, quien aprecia que se exija proyecto porque así se permite controlar si se afecta a los elementos protegidos; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 410, p. 5, y o.c. nota 201, p. 342; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 912; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 510.

<sup>530</sup> Véase nota 467. Tampoco duda de esta inclusión, CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 139, quien antes de la reforma se basaba en la remisión que realiza el art. 2.1 del CTE a la LOE: "El CTE será de aplicación, en los términos establecidos en la LOE...".



LOE no prevista en esta norma<sup>531</sup>, al margen de su mayor o menor corrección técnica, la exigencia rigurosa de todos los requisitos básicos de la edificación a estas edificaciones protegidas paradójicamente podría conllevarles un daño<sup>532</sup>.

### **7.5 Los elementos accesorios de la edificación: instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización adscritos**

El art. 2 en su apartado tercero y último dispone que: *“Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio.”* Por tanto, resultará de aplicación a estos elementos la LOE, como también lo será el CTE<sup>533</sup>.

Ello significa que las instalaciones, equipamiento y elementos de urbanización adscritos al edificio habrán de ser objeto de los proyectos correspondientes<sup>534</sup>, y que igualmente los defectos y vicios que les afecten serán resarcibles conforme a la LOE<sup>535</sup>.

---

<sup>531</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 143.

<sup>532</sup> V.g. exigir la realización de las obras necesarias para permitir la accesibilidad exigida por el art. 3.1 a 2) de la LOE, y que desarrolla el CTE (cfr. art. 1.3 CTE).

<sup>533</sup> Como señala CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 141, quien se fundamenta en la remisión de su art. 2, apartado primero, a la LOE que dispone: *“El CTE será de aplicación, en los términos establecidos en la LOE...”*, y en su art. 1, que señala que *“...es el marco normativo por el que se regulan las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios, incluidas sus instalaciones”*.

<sup>534</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 151. Además, como destaca GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 69, los proyectos de las instalaciones o el equipamiento deben coordinarse con el proyecto al que complementa, y las obras de reforma, modificación o rehabilitación de tales elementos han de registrarse en el Libro del Edificio, incorporándose las normas e instrucciones de mantenimiento. Volveremos sobre el Libro del edificio (véase epígrafe 2.2.1.2.3 de capítulo VIII).

<sup>535</sup> Por todos, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 371; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 93; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 576; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.595.

Se justifica la inclusión de estos elementos en que forman una unidad con el edificio, en su accesoriedad a éste<sup>536</sup>. Por ello, si no es así se excluirán de la LOE, salvo que por sí solos se puedan considerar edificios en el sentido de la norma<sup>537</sup>.

Dicho lo anterior, procedamos a analizar el contenido de cada uno de los elementos que formarán parte de la edificación a los efectos de la LOE.

En cuanto al concepto de instalación fija que contempla la LOE, al exigirse que sea fija, debe estar integrada en la propia estructura edificativa de modo permanente<sup>538</sup>. Sin embargo, algunos autores van más allá puesto que, de acuerdo con el art. 334.3º CC, excluyen las instalaciones que pueden ser separadas del edificio sin detrimento<sup>539</sup>.

Con lo anterior no coincidimos puesto que vemos posible la existencia de instalaciones fijas del edificio que pueden separarse sin detrimento, al menos en sentido físico no funcional, tan importantes como un ascensor<sup>540</sup> o más claramente una bomba de agua o un termo eléctrico, y

---

<sup>536</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 100, destaca que *“forman una unidad patrimonial, en la mayoría de las veces inseparable de la propia edificación”*; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 514-515, señala que normalmente los mismos forman una unidad en el tráfico jurídico con el edificio mismo, siguiendo su misma suerte. CASTRO BOBILLO, o.c. nota 529, p. 64, incide más en la inseparabilidad al señalar en cuanto a las instalaciones fijas, que están unidas al edificio de modo que no pueden separarse de él sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, parafraseando el art. 334.3º CC, y en cuanto al equipamiento propio que está destinado a servir al edificio y forma con él una unidad funcional.

En análogo sentido justifican la inclusión de estos elementos en su accesoriedad con el edificio, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 28, para la cual sólo se aplicará la LOE en la medida que se dé la relación de accesoriedad; en el mismo sentido a esta última COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 577-578, también considera imprescindible la accesoriedad, señalando que su existencia y funcionalidad no podría ser explicada por sí misma, sino única y exclusivamente por relación con la edificación. Igualmente puede verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 111, para la que las instalaciones son los accesorios incorporados al edificio y que prestan un servicio.

<sup>537</sup> COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 578.

<sup>538</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 100.

<sup>539</sup> CASTRO BOBILLO (véase nota 536); COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 576, excluye las que pueden ser desmontadas sin daño para el edificio o detrimento para las instalaciones.

<sup>540</sup> Instalación esta que se incluye por CASTRO BOBILLO, o.c. nota 529, p. 64, dentro del concepto de instalaciones que el maneja.

tan fijos son los anteriores como un toldo en fachada que se ha excluido expresamente por algún autor<sup>541</sup>. Por ello, somos partidarios de no exigir la imposibilidad de separación sin detrimento (lo cual no requiere expresamente la LOE) o de incluir a estas instalaciones en el concepto de equipamiento propio, en el que según el tenor literal de la LOE no está presente el carácter fijo. Lo dicho enlaza en cierta medida con la noción de bienes inmuebles por destino que contempla el CC en los apartados 4 a 7 del art. 334, que son bienes que a pesar de que pueden trasladarse sin menoscabo, son destinados al servicio de un inmueble<sup>542</sup>.

En este línea, algunos autores sostienen que no siempre será totalmente aplicable el art. 334.3º CC porque dependerá de lo que se considere fijo, y proponen entender como instalación fija aquella en la que existe un anclaje fijo y permanente, frente a las instalaciones móviles, que son las que no se encuentran adheridas a las paredes, suelo y techo, mediante obras de albañilería<sup>543</sup>.

Dicho esto, como ejemplos de instalaciones podemos poner las instalaciones de agua, calefacción, electricidad o gas<sup>544</sup>.

---

<sup>541</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 100.

<sup>542</sup> En este último sentido, LÓPEZ SUÁREZ, M. A., en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 463.

Ahora bien, lo anterior no nos puede llevar a incluir elementos que no estén incorporados al inmueble en forma tan íntima y permanente, ni sean parte tan directamente relacionada con el edificio, como por ejemplo una nevera o una máquina de lavar platos, tal y como señala MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 98.

<sup>543</sup> GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, pp. 31-32, quienes se refieren a la STS (Sala 3ª) de 19 de diciembre de 1997 (RJ 8858) que reflejó el juicio del perito que a su vez se hizo constar en la sentencia de instancia: *“el perito dice que, si son instalaciones fijas o no depende de lo que se considere como fijo, ya que hay unos silos de cemento, una caseta de dimensiones muy reducidas o cuarto de bombas, un depósito de agua y depósitos de aditivos que son fácilmente trasladables”*.

<sup>544</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 529, p. 64, que también se refiere a las instalaciones de telecomunicaciones, aire acondicionado y protección contra incendios, aunque sin aclarar expresamente si se incluyen en el concepto tratado o en el de equipamiento, máxime cuando además se refiere a ascensores (que nosotros consideramos más un equipamiento propio, aunque sin repercusiones prácticas); MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 111; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ,

En cuanto al equipamiento propio del edificio, en éste se encuentra más presente la idea de unidad funcional y la relación de servicio con el edificio<sup>545</sup>, por lo que podemos incluir como tal a los ascensores o montacargas<sup>546</sup>.

En lo que se refiere a los elementos de la urbanización que permanezcan adscritos al edificio, se ha destacado que dejarán de formar parte de la edificación a los efectos de la LOE cuando las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos se cedan al Municipio<sup>547</sup>. Por tanto, la adscripción es en sentido jurídico del término, no meramente física<sup>548</sup>, lo cual es coherente con que los legitimados activamente para reclamar

---

o.c. nota 19, p. 502. También puede verse SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 338, quien se refiere a las instalaciones de calefacción y saneamiento.

Sin embargo, GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 32, incluyen también en el concepto de equipamiento propio a las instalaciones de agua, saneamiento, energía eléctrica y calefacción que consideramos encajan más en el concepto de instalación, aunque reconozcamos que esta cuestión es intrascendente por someterse a idéntico régimen el equipamiento propio.

<sup>545</sup> Ello lo realizan incluso los autores que inciden en la inseparabilidad de las instalaciones fijas del edificio. Nos referimos a CASTRO BOBILLO (véase nota 536), y COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 576.

<sup>546</sup> GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, p. 32; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, pp. 97-98.

<sup>547</sup> En tal sentido GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 70, destacando además que ello se entenderá así aunque tras la cesión queden sujetos los propietarios a la obligación de conservarlos en los supuestos legales. En parecido sentido, puede verse DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 29, que señalan, siguiendo a otros autores, que los elementos de urbanización adscritos no son los generales integrales de las obras de urbanización que encuentran su base ordenadora en la legislación urbanística en la que los Proyectos de Urbanización actúan predominantemente sobre el espacio de dominio y uso públicos. En el mismo sentido, puede verse PORTO REY, o.c. nota 391, p. 25.

<sup>548</sup> El Tribunal Supremo ha hecho hincapié en este requisito en sentencia de 10 de febrero de 2010 (RJ 528) aunque *obiter dicta* (dado que no era de aplicación la LOE) al excluir las obras de urbanización de un polígono: “De lo indicado, se desprende que tampoco la Ley de Ordenación de la Edificación contempla la responsabilidad por daños materiales de los vicios y defectos de las obras de urbanización de un polígono, «salvo los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio”. Destaca que se incluirán elementos de urbanización que no tienen porqué estar adheridos al edificio en sentido físico, MARTÍNEZ ESCRIBANO (véase nota 551).

de los agentes de la edificación la reparación de los defectos constructivos sean los propietarios del edificio<sup>549</sup>.

Sin embargo, no consideramos que dichos elementos de urbanización deban formar parte del mismo proyecto que el edificio en sentido propio<sup>550</sup>.

Como ejemplos de estos elementos accesorios del edificio podemos señalar sus anexos, como garajes, trasteros o incluso elementos no adheridos físicamente al edificio en sentido estricto, como pueden ser instalaciones deportivas<sup>551</sup>. Con todo, la norma revestirá mayor importancia en el caso de los complejos inmobiliarios, en los que junto a unos elementos privativos, normalmente las viviendas, coexisten otros comunes, como instalaciones deportivas, comerciales, aunque también se aplicará al caso en que no existan varias edificaciones o parcelas sino una sola en la que se construye un edificio acompañado de una amplia dotación para él<sup>552</sup>.

Este apartado tercero del art. 2 de la LOE sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo que incluía en el ámbito del art. 1591 CC, por ejemplo, las redes de saneamiento y alcantarillado, así como el pavimentado de las

---

<sup>549</sup> Cfr. art. 17.1 LOE.

<sup>550</sup> En sentido contrario, ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 85. No obstante, sí consideramos que es necesaria su construcción a la vez que el edificio en sentido propio porque, aunque la LOE no lo exige expresamente, la construcción de un elemento de urbanización puede que no constituya un edificio por sí solo por ser una edificación con escasa entidad constructiva y sencillez técnica, de acuerdo con el art. 2.2 a).

<sup>551</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 96; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329, incluye a las piscinas en el ámbito de la LOE por la vía del art. 2.3.

<sup>552</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 516. Sobre estos complejos inmobiliarios puede verse CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 976, quienes los definen como *“un concepto general en el que se encuentran comprendidos todos los fenómenos inmobiliarios en los que existe una titularidad inmobiliaria compartida sobre elementos, servicios o instalaciones comunes destinadas al mejor uso y disfrute de las fincas privativas vinculadas a aquéllos”*.

De modo análogo, SÁNCHEZ-CÍA, o.c. nota 258, p. 34, señala que se cubrirán los supuestos de propiedad horizontal tumbada, como señalan, refiriéndose a aquellas urbanizaciones que tienen parques o instalaciones deportivas adscritas a los edificios.

calles privadas de las urbanizaciones, piscinas, aparcamientos subterráneos y zonas verdes<sup>553</sup>.

No obstante, se señala por algunos autores una importante restricción en relación con dicha doctrina legal, y es que para ellos el art. 17.1 a) de la LOE exige a los efectos de hacer surgir la responsabilidad derivada de defectos estructurales que los daños se produzcan en el edificio en sentido estricto<sup>554</sup>, sobre lo que volveremos cuando tratemos la responsabilidad derivada de los defectos estructurales adelantando que no apreciamos tal restricción.

### **7.6 Obras excluidas: remisión a epígrafes anteriores y estudio de las obras diferentes a los edificios**

Antes que nada, conviene señalar que la mayor o menor amplitud que se le dé al término edificio que baraja la LOE es de gran importancia, porque ya veremos que es uno de los argumentos utilizados por la

---

<sup>553</sup> Cfr. STS de 8 de junio de 1998 (RJ 4125) sobre inundaciones que se producen al estar incompleto el sistema de la red general de saneamiento de la urbanización y carecer de número suficiente de imbornales en las calles particulares; STS de 22 de septiembre de 1986 (RJ 4781) sobre obras de explanación de calles; sobre incompleta y defectuosa ejecución de la urbanización privada, STS de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2874) comentada por ESTRUCH ESTRUCH, J., *Comentario a la STS de 28 de diciembre de 2001*, CCJC 59 (2002); SSTS de 9 de mayo de 1983 (RJ 2679) sobre cubierta de piscina, 22 de marzo de 1993 (RJ 2527) sobre grietas en piscina, 30 de enero de 1997 (RJ 845) sobre defectos en tuberías de piscina; STS de 9 de diciembre de 1985 (RJ 6426) sobre defectos de impermeabilización y ventilación de aparcamiento subterráneo, y STS de 3 de marzo de 1995 (RJ 1777) sobre defectos de desagües de zonas verdes.

Han destacado esta continuidad, entre otros, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 69; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 371; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, pp. 97 y 98; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 347; CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 47; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.595; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 163; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.151; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 515.

<sup>554</sup> En tal sentido GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 69-70, quien señala que no alcanzará a los elementos de la urbanización. En el mismo sentido, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 371, la cual excluye además las instalaciones y equipamiento que no formen parte integrante del edificio aunque estén adscritos a él. En el mismo sentido, puede verse CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 425.

doctrina para defender, respectivamente, la derogación o la vigencia del art. 1.591 CC.

Con previa remisión a lo visto en los epígrafes precedentes de este capítulo, en primer lugar, al utilizarse por la LOE el término edificio, estamos hablando de bien inmueble lo que excluye a las obras mobiliarias<sup>555</sup>.

Del tenor del art. 2 de la LOE que, como sabemos, se refiere a la aplicación de la norma al proceso de edificación, entendido como la acción y el resultado de construir un edificio<sup>556</sup>, se deriva para la mayoría de autores que no se aplicará a otras construcciones que no sean edificios en el sentido que contempla tal precepto<sup>557</sup>, a diferencia de lo

---

<sup>555</sup> Por todos, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 432. V.g. un buque, como ha resuelto el Tribunal Supremo al aplicar el art. 1.591 (véase nota 48), o las caravanas, aunque tengan el destino de ser habitadas como señala CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 421.

<sup>556</sup> No se utilizó el término más amplio de obra inmobiliaria del proyecto de reforma del CC de 1994 (véase epígrafe 7.1 del presente capítulo).

<sup>557</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 371, excluye a las construcciones que no sean edificios en el sentido amplio que contempla el art. 2, esto es, hace referencia la autora al edificio en sí y a sus elementos accesorios; en parecido sentido, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 421. De igual modo excluye las construcciones que no sean edificio, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, pp. 1.782-1.783; RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 186, quien destaca que sólo se aplica al sector de la edificación, entendido por tal en el art. 2 la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente público o privado; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 498, también se basa en el tenor del art. 2.1, y las excluye llamándolas grandes obras; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 96, señala que al precisar la ley qué ha de entenderse por edificio impide una ampliación del mismo más allá de lo que estrictamente se entiende por tal por la ley; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 95, quien por el mismo motivo observa que se excluyen las obras de ingeniería al no representar propias edificaciones; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 189; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 498, y en *Código Civil comentado*, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, IV, ed. Civitas, Madrid, 2011, p. 500. De igual modo ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 187-188, defiende la aplicación de la LOE a edificios en sentido estricto, y destaca que la LOE repite las expresiones edificio o edificación (en sus arts. 1 a 5, 7, 10, 12 a 14, 16, 17, 19 y 20) sin utilizar las expresiones inmueble o construcción para referirse al resultado de la actividad constructiva, y que cuando se utiliza por la norma el término obra lo hace en contextos en los que se deduce que se está refiriendo a la actividad material de construir y no a su resultado, y en otras ocasiones y para evitar cualquier duda se utiliza la expresión obra junto con los términos de edificio o edificación, dando lugar a expresiones como *“obras a realizar que tengan por objeto la construcción de las*

que acontece con el art. 1.588 CC puesto que en éste caben todas las obras<sup>558</sup>.

También por este grupo de autores, aunque con menos frecuencia, se argumenta que no se puede predicar de estas construcciones diferentes a edificios los requisitos básicos establecidos en el art. 3 de la LOE, en particular los de habitabilidad<sup>559</sup>.

A favor de esta concepción estricta de edificio, hemos de anotar que durante la tramitación parlamentaria se intentó modificar el art. 2, apartado primero con el fin de considerar al proceso de la edificación como *“la acción y resultado de construir una obra inmobiliaria, entendida como obra o construcción de arquitectura o ingeniería...”*<sup>560</sup>.

Así, se excluyen por estos autores construcciones que no se pueden considerar edificios, como embalses, pantanos, autopistas, puertos, presas, muros, etc<sup>561</sup>.

---

*edificaciones”* o la de *“obras en el edificio”*, señalando el autor los arts. 9.1, 12.3, 13.2, 14.2, 19.1 y disp. adic. 4ª.

<sup>558</sup> DÍEZ-PICAZO, L. o.c. nota 4, p. 377, quien argumenta además que la LOE es una ley de edificación. Sobre la mayor amplitud del término obra, puesto que engloba cualquier obra inmobiliaria aunque no se trate de edificio, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 429 y 430, aunque, como veremos, es partidario de una noción amplia de edificio.

<sup>559</sup> En tal sentido CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 421; en igual sentido en cuanto a la exclusión de las obras que no reúnan los requisitos del art. 3, singularmente los de habitabilidad, SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 184. También señala este argumento, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 188-189, quien añade que tampoco se pueden aplicar a estas construcciones los requisitos de seguridad y funcionalidad. De la imposibilidad de exigirse la seguridad estructural tenemos nuestras serias dudas, porque dichas construcciones pueden tener estructura que puede verse comprometida en el modo que prevé la LOE.

<sup>560</sup> Nos referimos a la enmienda núm. 18 del Grupo Parlamentario Vasco. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

<sup>561</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5, pone como ejemplos carreteras, pantanos; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 371, excluye expresamente embalses, pantanos, autopistas; LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.625, habla de presas y puentes como ejemplos; O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 498, también refiere como ejemplo a los embalses; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 95, excluye autovías, carreteras, caminos, calles, canales, puertos, presas, muros; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 498, y o.c. nota 557, p. 500, pone como ejemplos diques, muros, vallas,



Por gran parte de los autores que son partidarios de la exclusión de estas obras que no sean edificio se destaca que la LOE conllevará una restricción en cuanto al ámbito dado al art. 1.591 CC por el Tribunal Supremo que llegó a aplicarlo a infraestructuras y construcciones diferentes a edificios<sup>562</sup>. Cuestión diferente a la anterior es la inclusión de construcciones que no sean edificio en sentido estricto, pero que estén adscritos a él, las que entrarían por la vía del art. 2.3 de la LOE<sup>563</sup>.

Sin embargo, otros autores, son partidarios de entender que no debe mantenerse una concepción estricta de edificio, sino que ha de interpretarse tal término en sentido muy amplio, como equivalente a obra inmobiliaria permanente, con lo que no se produciría el contraste apuntado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al apreciarse que la concepción amplia de edificio que sostuvo éste y la doctrina en aplicación del art. 1.591 CC está presente en el art. 2 de la LOE<sup>564</sup>.

---

pantanos, canales, carreteras, caminos y presas. También pueden verse RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 38, y MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 50.

CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 421, y o.c. nota 529, p. 64, va más allá y excluye excluir las instalaciones industriales no destinadas al tráfico inmobiliario de las que no pueda predicarse el carácter de habitables por predominar el aspecto de construcción o instalación industrial, como son refinerías de petróleo o una central eléctrica. A lo anterior se opone expresamente ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 498 y 499 (nota 1.099), en tanto que art. 2.1 b) contempla usos de carácter industrial, y SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 184, quien en cuanto a las presas o puentes que cuenten con una zona habitable destinada a sus actividades de control o mantenimiento, señala que no es razón para excluirlas que no estén destinadas al tráfico inmobiliario, dado que la LOE no sólo tutela al tercer adquirente, sino también al propietario, como veremos en epígrafe 1.1 de capítulo VIII.

<sup>562</sup> Así lo destacan CORDERO LOBATO, o.c. nota 422, p. 346; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, p. 1.783. También pueden verse RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, pp. 185 y 186, quien pone de manifiesto que el TS venía aplicando el art. 1.591 a construcciones de todo tipo; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 85 (autores que aunque excluyen los obras de ingeniería, incluyen los aeropuertos), y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 187.

Véanse SSTs en p. 16.

<sup>563</sup> En tal sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, pp. 1.783-1.784, es partidaria de la inclusión de muros por la vía del art. 2.3 de la LOE, como también SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329, la cual se refiere a un muro o tapia que circunde el exterior de un edificio. Véase en general epígrafe 7.5 sobre el art. 2.3 de la LOE.

<sup>564</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 431 y 432. Continúa el autor: “en línea con la alusión del artículo 1669 del Código civil italiano a «cosas inmuebles destinadas

De este modo, se incluyen por estos autores obras públicas como “*las vías de comunicación destinadas la transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, obra hidráulicas y otras*”<sup>565</sup>, o de modo análogo “*obras que estén abiertas al mero tránsito de personas, animales o cosas*”<sup>566</sup>.

Se han sustentado tales opiniones en que la LOE introduce un concepto de edificación que impide acudir al concepto de edificio de la RAE <sup>567</sup> (que lo limitaba antes de la actual edición que veremos seguidamente, al uso de la habitación o análogo<sup>568</sup>); el art. 2.1 b) al enumerar los usos que puede tener el edificio se refiere a usos del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, y en que los usos no se limitan por el art. 2.1 c)<sup>569</sup>.

---

*por su naturaleza a larga duración»*“. Sobre la interpretación del término edificio sigue a CADARSO PALAU (véase nota 46).

<sup>565</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 410, p. 4, y o.c. nota 201, p. 338. En idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 909.

<sup>566</sup> CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 28.

<sup>567</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 410, p. 4, y o.c. nota 201, p. 338. Se basa el autor en que la Ley considera al edificio el resultado del proceso constructivo, no en el sentido gramatical que le da el DRAE. En idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 909. Sobre la formulación de este argumento hemos de discrepar porque la ley no habla de edificio como resultado del proceso constructivo, sino del proceso de edificación. En sentido análogo CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, pp. 26-29, sostienen que el tema ha quedado resuelto porque el legislador introduce una definición técnico-jurídica de edificio que, según los autores, debemos respetar, desechando por ese motivo que se pueda acudir a la definición del DRAE (en referencia a CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 420, que acudiendo a dicha definición habla de edificio como construcción destinada a habitación humana u otro uso similar) porque ese concepto legal no lo ha matizado el legislador en el art. 17 cuando establece la responsabilidad, y el mismo incluye otros usos diferentes a la ocupación humana para guarecerse de la climatología. Se observa en este punto, una cierta contradicción con lo dicho por los autores (véase epígrafe 7.4.1) acerca de que el art. 2 está redactado en clave de atribución de competencias, y que por tal motivo no puede tenerse en cuenta para incluir las obras de modificación o reforma.

<sup>568</sup> Puede consultarse la definición correspondiente a la edición de la vigésimo primera edición del DRAE de 1992, como “*Obra o fábrica construida para habitación o usos análogos; como casa, templo, teatro, etcétera*”, en <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtllle?cmd=Lema&sec=1.1.0.0.0>.

<sup>569</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 410, p. 4, y o.c. nota 201, p. 338, se basa en los usos que enumera el art. 2.1 b), como también SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 909; para SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329, los diferentes apartados del art. 2.1: “*implican que en principio el régimen de responsabilidad podrá aplicarse a cualquier*

Igualmente se ha fundamentado la inclusión de las obras diferentes a edificios en sentido estricto en que el art. 2.1 incluye a los edificios públicos<sup>570</sup>; en el tenor del art. 2.2 de la LOE que considera edificación cualquier obra de nueva construcción<sup>571</sup> (argumentos estos que no vemos tan claros<sup>572</sup>). Otro argumento a favor de estos autores resulta de la definición de la RAE que ya no exige que el edificio esté destinado a la habitación u otro similar, puesto que incluye a construcciones destinadas a otros usos<sup>573</sup>, argumento al que cabe unir que tampoco la definición del CTE limita el uso al de la habitación humana<sup>574</sup>.

Estos autores se defienden del argumento del otro sector doctrinal, puesto que no ven que sea obstáculo que estas construcciones no puedan cumplir todos los requisitos de habitabilidad contemplados en el art. 3.1 c), y además consideran que tales requisitos también tutelan los defectos de los requisitos de funcionalidad previstos en el art. 3.1 a) que sí se les pueden aplicar, o al menos los de los aspectos funcionales del

---

*obra arquitectónica o de ingeniería...de nueva construcción o de refacción que tenga carácter permanente*". También se fundamenta en que los usos previstos en el art. 2.1. son distintos a los de habitación o usos análogos, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 40, o en sentido análogo CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ (véase nota 567) en que incluye la LOE otros usos diferentes a la ocupación humana para guarecerse de la climatología. También puede verse el argumento de los diferentes usos previstos en COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 570, además de la irrelevancia de los usos, en referencia al art. 2.1 c), argumento este último que igualmente esgrime MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.304, quien afirma por ello que si la LOE altera el ámbito del art. 1.591 CC, es para ampliarlo.

<sup>570</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 410, p. 4, y o.c. nota 201, p. 338; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 909.

<sup>571</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.151.

<sup>572</sup> En cuanto al primero, el hecho de que un edificio tenga carácter público no lo hace equivalente a una obra pública en la que se incluyan aquellas que propiamente no sean edificio, y en cuanto al segundo, cuando la ley habla de obras de nueva construcción se limita a la edificación porque señala: "*obras de edificación de nueva construcción*", y no obras de nueva construcción a secas, como parece indicar Orti Vallejo.

<sup>573</sup> La vigésima segunda edición del DRAE correspondiente a 2001 contiene la siguiente definición: "*Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos*". Véase nota 568 la definición del DRAE correspondiente a la anterior edición de 2001.

<sup>574</sup> Véase definición de edificio en el anejo III de CTE.

art. 3.1 c) 4 que permiten el uso satisfactorio que se equiparan a la ruina funcional, que igualmente se pueden predicar de dichas construcciones puesto que su incumplimiento se equipara a la ruina funcional que aplicaba el Tribunal Supremo a todo tipo de construcciones<sup>575</sup>.

Al margen de este debate sobre la inclusión o no de estas obras, hay que señalar que algunos autores, partiendo lógicamente de su exclusión, defienden una aplicación analógica del art. 17 por los inconvenientes que conlleva derivarlas al art. 1.591 CC que le otorga mucha mayor protección o por el carácter novedoso de la LOE<sup>576</sup>. A la aplicación analógica de la

---

<sup>575</sup> CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, pp. 28-29, quienes se muestran a favor de su inclusión aunque sea por analogía, y señalan que serán aplicables a estos edificios los requisitos de habitabilidad porque para ellos la habitabilidad incluye todos los defectos funcionales, realzando que el nuevo sistema afecta a todo tipo de defectos, los cuales pueden aparecer en toda clase de construcciones con independencia de su finalidad para la ocupación y habitación humana. En parecido sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 569-570, destaca que habitabilidad no es únicamente sinónimo de cumplimiento de requisitos de higiene, salud, medioambientales, de protección contra el ruido, ahorro energético y aislamiento térmico, sino también de otros aspectos funcionales del edificio que permitan un uso satisfactorio según el art. 3.1 c) 4, y en estos últimos la exigencia de habitabilidad se equipararía a la ruina funcional, la cual comprendía los defectos o vicios que, excediendo de imperfecciones corrientes, convierten al inmueble en impropio para su destino, resultando, por tanto, que ellos pueden ser cumplidos por construcciones diferentes a edificios.

Ya veremos que el Tribunal Supremo y además infinidad de autores se han pronunciado a favor de dicha identificación entre ruina funcional y las exigencias de habitabilidad en epígrafe 2.3.3 de capítulo V.

<sup>576</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 422, p. 348, tras exponer los mayores beneficios que reportaría al propietario de una construcción excluida de la LOE el art. 1.591 CC en su interpretación jurisprudencial por la aplicación del plazo decenal de garantía con la amplia noción de ruina, y del plazo de prescripción de quince años, acude a la aplicación analógica de la LOE, por ser: *“la única opción interpretativa que confiere congruencia al sistema de responsabilidad por vicios y defectos en la construcción...”*. También CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 441, es partidario de esta aplicación analógica porque la LOE establece un sistema autónomo de obligaciones, responsabilidades y garantías de los agentes y el art. 1.591 CC es obsoleto, lo cual no hace lógico aplicar este precepto analógicamente a obras que no son edificios, que fue, apunta el autor, lo que hizo el TS, ni tampoco la jurisprudencia que lo interpreta. En parecido sentido, QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, p. 364, quien se fundamenta en la vigencia y fuerza innovadora de la LOE. TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 40, baraja como una opción para resolver el problema la interpretación extensiva del término edificio desplazándose el criterio literal, lo que aprecia más acorde con el espíritu de la ley y con su coherencia interna. También puede verse, MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, pp. 51 y 52.

LOE se oponen otros autores defensores de una concepción estricta de edificio para quienes las obras excluidas no carecen de regulación, o les parece excesivamente forzado que se tenga que recurrir a la analogía para interpretar una ley de reciente publicación<sup>577</sup>.

El Tribunal Supremo, a falta de pronunciamientos de su Sala 1ª, en su Sala 3ª ha mantenido un concepto estricto de edificio al reconocer que la LOE no se aplicará a las obras que no sean edificios<sup>578</sup>, o excluirlas expresamente en sentencia de 20 febrero de 2012 referida a un puente, por entender que un edificio *“es una construcción u obra construida con fines residenciales o para otros usos análogos como religiosos, sanitarios, docentes, y una construcción cerrada que tiene una estructura susceptible de proporcionar las condiciones de funcionalidad, seguridad, habitabilidad, que el propio artículo 3 detalla”*<sup>579</sup>.

---

<sup>577</sup> Respectivamente, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, p 1.786, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 189.

<sup>578</sup> Así, en sentencia de 28 de marzo 2003 (RJ 3431) se señala: *“...como el propio actor reconoce en la demanda, hay numerosas obras que contrata la Administración que no se ven afectadas por la Ley de Ordenación de la Edificación, al no ser edificios, en el sentido legal (carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos, etc.)”*.

<sup>579</sup> RJ 4126. Se trataba de la impugnación de un concurso público por parte del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos para la redacción del proyecto básico y de ejecución, estudio de seguridad y salud y dirección de las obras de consolidación y restauración del puente de un Hospital en el sólo se consideraba que el requisito de solvencia técnica y profesional lo cumplían los Arquitectos Superiores, puesto que entendió aplicables a un puente declarado bien de interés cultural la LOE, y con fundamento en los artículos 2.2 c) y 12 de la citada norma, y en atención a que era un bien catalogado y al tipo de trabajo que se debía de realizar, que el Arquitecto superior era el único técnico capacitado para dirigir las obras.

El recurso de casación es estimado porque no se considera a un puente edificio, debiendo incluir también a los Ingenieros de Caminos Canales y Puertos.

Señala la sentencia: *“De la dicción literal de dichos preceptos podemos concluir que la ley se dirige a regular el proceso de edificación, entendido como acción de edificar o hacer un edificio, y que un edificio en el concepto de la ley 38/1999, derivada de la interpretación conjunta de sus artículos 2 y 3, es una construcción u obra construida con fines residenciales o para otros usos análogos como religiosos, sanitarios docentes, y una construcción cerrada que tiene una estructura susceptible de proporcionar las condiciones de funcionalidad, seguridad, habitabilidad, que el propio artículo 3 detalla. Por lo que debemos dar la razón al recurrente, cuando afirma que la construcción es el género y la edificación es una especie del mismo, pero no la única, y junto a las edificaciones, y como otra especie dentro del género de las construcciones, aparecen, por lo menos, las denominadas obras públicas, obras cuyo concepto es distinto y más*

Vemos, por tanto, que esta sentencia acoge los planteamientos de los autores que defienden un concepto estricto de edificio consistente en que no se podrá considerar como tal el que no pueda cumplir los requisitos básicos previstos en el art. 3 de la LOE.

Por otro lado, por algunos autores se excluyen las obras autopromovidas, en referencia al supuesto de compra de un terreno por un particular que contrata con un constructor y dirección facultativa la construcción de vivienda unifamiliar<sup>580</sup>, cuestión que estudiaremos en otro lugar, adelantando que sí están incluidas en la LOE estas obras autopromovidas<sup>581</sup>.

Por último, la LOE no contempla las obras de demolición de edificios, como ya apuntamos en su momento<sup>582</sup>, lo cual consideramos consonante con los daños cubiertos por la misma<sup>583</sup>. Diferente sería la solución en caso de que la demolición parcial del edificio viniera acompañada de una

---

*amplio que el de edificación. La distinción entre los distintos tipos de construcciones, entre los que se encuentran los edificios, está presente en el artículo 120 de la LCAP (RCL 2000, 1380), que cita en recurrente, precepto que establece la posibilidad de que los contratos de obra tengan por objeto la construcción de edificios y otras construcciones como puentes, canales..., y solo a los edificios les será aplicable la Ley 38/1999 (RCL 1999, 2799). Debemos concluir que un puente es una construcción, pero no un edificio, por lo que no le es aplicable la Ley 38/1999 como sostiene la sentencia de instancia”.*

<sup>580</sup> LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1622, autor que entiende que se rigen por las normas de responsabilidad contractual. En idéntico sentido, ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 1, p. 130 (nota 5). No obstante, las incluye en el ámbito de la ley GARCÍA MAS, o.c. nota 283, pp. 653 y 654, porque pueden enajenarse a terceros. También las incluye JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1436.

<sup>581</sup> Véase epígrafe 2.2.1.2.1 de capítulo VIII.

<sup>582</sup> Véase epígrafe 5, p. 95.

<sup>583</sup> Dada la particular responsabilidad que regula la LOE, como aquella derivada de los vicios o defectos constructivos de un edificio y limitada a los daños materiales producidos en el mismo, la exclusión de las obras de demolición es lógica porque los daños que pueden provocar éstas no lo hacen en la construcción de un edificio, sino en su demolición. Además, precisamente por esto no van a afectar al edificio a demoler (salvo que fuera una demolición parcial, supuesto este que tampoco entendemos que cae dentro de la LOE, porque no se trata de edificar ni de construir) sino a colindantes, lo que no cubre la LOE, ni tan siquiera para el supuesto de que dichos daños se provocaran por la construcción del edificio (véase epígrafe 2 de capítulo IV).

reconstrucción, supuesto que podría reconducirse al art. 2.2 b) de la LOE<sup>584</sup>.

## **8. Ámbito de aplicación temporal de la Ley de Ordenación de la Edificación**

### **8.1 Entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación**

La determinación de la entrada en vigor de la LOE tiene una indudable trascendencia debido a que, a pesar de inspirarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en aplicación del art. 1.591 CC<sup>585</sup>, introduce cambios de importancia en lo referente a los plazos de garantía y de prescripción aplicables, o a la exigencia de seguros, como veremos. Una cuestión diferente a la de la entrada en vigor de la LOE, es la relativa a la derogación del art. 1.591 CC por ella, o la de si éste después de la entrada en vigor de aquélla va a verse modificado en su interpretación por influencia de sus principios, lo que analizaremos más adelante<sup>586</sup>.

La materia objeto de este epígrafe se encuentra regulada en la disposición transitoria primera de la LOE, que establece: *“Lo dispuesto en esta Ley, salvo en materia de expropiación forzosa en que se estará a lo establecido en la disposición transitoria segunda, será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor”*; y en la disposición final cuarta, que dispone: *“Esta Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo sus disposiciones adicional quinta, transitoria segunda, derogatoria primera por lo que se refiere a la legislación en*

---

<sup>584</sup> Sobre estas obras véase epígrafe 7.4.1.

<sup>585</sup> Véase epígrafe 4 del presente capítulo.

<sup>586</sup> Véase epígrafe 1.5 de capítulo IX. A lo anterior, como dos cuestiones diferentes, se refiere el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de marzo de 2010 (RJ 2410) que analizaremos en la parte final del siguiente epígrafe.

*materia de expropiación forzosa, derogatoria segunda, y final tercera que entrarán en vigor el día siguiente al de dicha publicación”*<sup>587</sup>.

Teniendo en cuenta que la LOE fue publicada el 6 de noviembre de 1999<sup>588</sup>, entró en vigor, salvo en materia de expropiación forzosa<sup>589</sup>, el 6 de mayo de 2000 por lo que se aplica a las obras de nueva construcción y a obras en edificios preexistentes para cuyos proyectos se solicite la licencia a partir de esa fecha, puesto que el plazo se computa de fecha a fecha al venir marcado por meses, ello de acuerdo con el art. 5.1 CC<sup>590</sup>.

---

<sup>587</sup> Las disposiciones que refiere esta disposición final cuarta como excepciones a la regla de la entrada en vigor a los seis meses de la publicación, no guardan relación con la responsabilidad por defectos constructivos objeto de este trabajo, sino con materia de expropiación forzosa.

<sup>588</sup> BOE, de 6 de noviembre de 1999.

<sup>589</sup> Cfr. con el contenido de las diferentes disposiciones excepcionadas de dicha fecha de entrada en vigor que tienen por objeto dicha materia.

<sup>590</sup> A pesar de que la inmensa mayoría de los autores sitúan la entrada en vigor el 6 de mayo, hay otros que lo hacen el día 7 o 5.

Entre los primeros, se encuentran: LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.621; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 21; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 346; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 420; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, pp. 4 y 5; DE LA SERNA BILBAO, M. N., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 41; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 192; VIGO MORANCHO, A., *Las responsabilidades decenal, trienal y anual en ley de ordenación de la edificación*, La Ley 7 (2001), p. 1.446; GARCÍA MAS, o.c. nota 283, p. 655; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 179; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.595; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 358; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, C., en *Curso de Derecho civil*, coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz, II, ed. Colex, Madrid, 2008, p. 668. RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 335; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y CARRASCO GONZÁLEZ, o.c. nota 346, p. 470; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 32; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.128; BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 74.

Entre los segundos: FERNÁNDEZ COSTALES, J., en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 66, señala, comentando el art. 5 CC, que la LOE entró en vigor el 7 de mayo porque debe contarse por entero el día final equivalente del mes en que se inicie el cómputo. También entiende que la LOE entró en vigor el día 7 de mayo LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, pp. 256-257. Entre los terceros: SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 184, establecen, sin explicación expresa, como fecha la del día 5. En el mismo sentido v. *infra* la STS de 22 de marzo de 2010 (RJ 2410), de la cual fue ponente el primer autor citado.

En la jurisprudencia, la anterior sentencia de 22 de marzo de 2010 baraja como fecha de entrada en vigor la del 5 de mayo. En cambio señalan como fecha de entrada en vigor la de 6 de mayo, las SSTs de 31 de enero de 2003 (RJ 647); 29 de



A la entrada en vigor de la LOE en dicha fecha, hay que excepcionar la exigencia de seguros diferentes a los que tengan por objeto cubrir los daños derivados de la responsabilidad decenal en edificios que posean como destino principal el de vivienda, la cual no ha entrado en vigor, ni tiene actualmente fecha prevista para ello<sup>591</sup>, a lo que se une la exención de este seguro decenal para las obras sobre edificios preexistentes en atención a la fecha de solicitud de la licencia de la obra inicial<sup>592</sup>.

De acuerdo con la disposición transitoria primera extractada, el criterio elegido por el legislador para establecer la entrada en vigor de la LOE ha sido el de la fecha de solicitud de la licencia de obra para el proyecto, y no el de la fecha de su concesión o de inicio de las obras<sup>593</sup>.

---

octubre de 2012 (RJ 2013\2272), y de 22 de julio de 2009 (RJ 6485). En la misma línea, la STS de 30 de junio de 2011 (RJ 4900) al disponer que la LOE entra en vigor a los seis meses de su publicación no hace matización alguna en cuanto al cómputo de dicho plazo de seis meses.

<sup>591</sup> Cfr. disposición adicional segunda: *"Obligatoriedad de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción. Uno. La garantía contra los daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda..."*. *"Dos. Mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Asimismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19, para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda"*.

Aunque pudiera extraerse del tenor literal de dicha norma que se exigirá seguro para cubrir los daños de la responsabilidad decenal para todas las edificaciones cuyo destino principal sea el de vivienda, a partir de la entrada en vigor, con independencia de la fecha de solicitud de licencia, dicha disposición adicional ha de ponerse en consonancia con la disposición transitoria primera, no exigiéndose el seguro a las edificaciones a las que, según ésta, no se aplica la LOE, como se encarga de aclarar GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 576. En igual sentido CARRASCO PERERA, A., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., Y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p. 524, quien alude además a la disposición final cuarta.

<sup>592</sup> Véase epígrafe 7.4.1. Por tanto, en estas obras, a los efectos de la exigencia del seguro, el criterio elegido por la LOE no ha sido el de la fecha de solicitud de sus licencias, sino el correspondiente a la licencia de la obra inicial, por razones obvias de gran dificultad de aseguramiento de tales obras que no han sido controladas durante su ejecución por las compañías aseguradoras.

<sup>593</sup> Por todos, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 39-40.

Al margen de la valoración desigual que ha tenido este criterio<sup>594</sup>, presenta, además de otras cuestiones de más fácil solución<sup>595</sup>, presenta una serie de dudas en su aplicación práctica para la doctrina.

Efectivamente, la norma no aclara si basta con la solicitud de licencia incompleta porque falten documentos, y si en caso de su subsanación la fecha a tener en cuenta será la de ésta o la de la solicitud inicial, en cuyo caso entendemos que se aplicará la LOE si la solicitud no se ha acompañado del proyecto<sup>596</sup>.

---

Sobre los motivos de la elección de tal criterio, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 573-575, señala que se debe a que la LOE regula un proceso, el proceso de la edificación, que aunque no se trata de un procedimiento formal, pueden seguirse criterios análogos a los que informan el régimen transitorio de las normas reguladoras del procedimiento, cuyo principio básico es el de someterlo a la regulación que regía al inicio del procedimiento, habiendo considerado como tal la LOE, la solicitud de licencia; y en análogo sentido, ALMENAR BELENGUER, JIMÉNEZ LÓPEZ y PÉREZ PAZ, o.c. nota 307, p. 116, considera la línea jurisprudencial conforme a la que las normas urbanísticas a las que debe sujetarse un proyecto son las vigentes al momento de la solicitud. Por su parte, CORDERO LOBATO (véase nota 596) aprecia como causa la necesidad de evitar costes inútiles en la redacción de proyectos.

<sup>594</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 71 y 74, reprocha que no se haya tenido en cuenta, a diferencia de otras normas referentes a la construcción, el momento de la concesión de licencia, porque es un hecho cuyo acaecimiento presenta dudas; y que no se haya previsto como cautela un período máximo para concluir las obras de tal modo que pasado el mismo sea de aplicación la LOE, con independencia de la fecha de solicitud, como han hecho otras normas en el ámbito de la construcción que lo han previsto. En cambio, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 575, destaca que es un hecho de determinación más precisa que otros que se podían haber tenido en cuenta, en referencia al acto de encargar el proyecto, y por CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 420, se pone de relieve que presenta la ventaja de ser un dato que consta en archivo público.

<sup>595</sup> Obviamente si la solicitud de licencia es desestimada y se presenta nueva solicitud tras el 6 de mayo de 2000, se sujetará a la LOE, como señala CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 524, de igual modo que si caduca el procedimiento administrativo de concesión o la licencia concedida, como advierte GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 576.

<sup>596</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 71-73. Se basa la autora en que la disposición transitoria primera se refiere expresamente al proyecto, y en que su finalidad es evitar que sean inútiles los costes invertidos en la elaboración de proyectos que no hayan tomado en consideración los requisitos básicos del art. 3 de la LOE. Si faltaren otros documentos diferentes la autora admite como fecha a tener en cuenta la de solicitud. En el mismo sentido en lo referente a las consecuencias de la falta de aportación de proyecto, CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 525.

Tampoco especifica la LOE qué proyecto se debe adjuntar a la solicitud de licencia: si el proyecto básico o el proyecto de ejecución<sup>597</sup>, lo que ha sido resuelto por el art. 6.1.3 a) del CTE que establece que el proyecto básico es suficiente para solicitar la licencia de obra, pero no para iniciar su ejecución, por lo que podrá solicitarse con ambos<sup>598</sup>.

Otra duda que se plantea es qué ocurre en el caso de edificaciones sin licencia, sobre lo que no existe acuerdo puesto que para unos lo determinante en estos supuestos es la fecha de finalización de las obras por lo que incluyen las terminadas tras la entrada en vigor de la LOE con independencia de su inicio<sup>599</sup>; mientras que otros acuden en estos casos a la fecha de inicio de las obras, y abogan por la inclusión de edificios que se construyan sin licencia a partir de la entrada en vigor, pero excluyen los comenzados antes de tal evento sin licencia<sup>600</sup>. Sobre lo anterior

---

<sup>597</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 72.

<sup>598</sup> Señala tal precepto: “...el proyecto básico definirá las características generales de la obra y sus prestaciones mediante la adopción y justificación de soluciones concretas. Su contenido será suficiente para solicitar la licencia municipal de obras, las concesiones u otras autorizaciones administrativas, pero insuficiente para iniciar la construcción del edificio”.

<sup>599</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 135, distinguen entre las obras terminadas a la entrada en vigor de la LOE y las obras en construcción, sometiendo estas últimas a la LOE, y excluyendo las primeras aunque se solicite la licencia con posterioridad a la entrada en vigor. Añaden que en el caso de que para la obra terminada tras la entrada en vigor se solicite licencia de legalización o se pretenda inscribir la escritura de obra nueva de acuerdo con el art. 52 del RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, esto es, una vez haya prescrito la infracción urbanística y la de restauración del orden jurídico perturbado, se aplicará la LOE y se exigirá la contratación del seguro correspondiente. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y CASADO CASADO, B., *Defectos constructivos: sobre la plena vigencia de la Ley de Ordenación de la Edificación respecto de todo tipo de obras, sea cual sea la fecha de solicitud de licencia de obra*, La Ley 4 (2006), p. 1.478 (nota 8), quienes sólo someten estas obras sin licencia o con licencia anulada a la LOE en caso de que se hayan terminado tras su entrada en vigor.

<sup>600</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 420, y o.c. nota 529, p. 32. Señala el autor que como la ley sólo maneja el criterio de solicitud de la licencia, la solicitud después de la entrada en vigor conllevaría la aplicación de la LOE a obras empezadas antes de esa fecha o incluso concluidas, y la ausencia de solicitud de licencia impediría la aplicación de la LOE aunque la construcción se hubiera iniciado después de la entrada en vigor, con lo que no está de acuerdo porque “...el Legislador únicamente contempló el iter administrativo regular conforme al cual todos los edificios deberían

consideramos que este criterio de inicio de las obras favorece, a los efectos de evitar la LOE (como veremos se intentó durante un tiempo, provocando una avalancha de solicitudes de licencias), al que inicie las obras antes de su entrada en vigor, frente a aquel que realiza una solicitud de licencia que, como hemos visto, ha de ser acompañada de proyecto para que surta efectos y, en cualquier caso, tanto si se opta por un criterio como por otro, se plantearán graves problemas de aseguramiento de estos edificios que no han sido objeto del control por parte de las entidades designadas a tal fin por la entidad aseguradora.

Por otro lado, por fecha de la solicitud de la licencia habrá de considerarse la de su entrada en el registro general a que se refiere el art. 38 de la LRJAP-PAC o en algún otro lugar de los que autoriza dicha norma<sup>601</sup>, y tenerse en cuenta que en muchas ocasiones no consta en la concesión de la licencia su fecha de solicitud<sup>602</sup>, con lo que con carácter general el promotor debe pechar por razones de facilidad probatoria<sup>603</sup>.

Otra cuestión a tener en cuenta es que se ha sostenido que no afectará a la exclusión de la LOE por razones temporales la fecha de solicitud de licencia para los elementos de urbanización<sup>604</sup>, lo cual vemos justificado en la relación de accesoriedad de éstos con el edificio<sup>605</sup>.

En otro orden de cosas, en caso de modificación de proyecto con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE se ha defendido su

---

*ser contruidos con licencia y ésta debería ser obtenida antes de comenzar las obras".* En el mismo sentido, SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, pp. 182-183.

<sup>601</sup> En tal sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 575; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 32.

<sup>602</sup> Como pone de relieve GARCÍA MAS, o.c. nota 283, p. 655.

<sup>603</sup> Cfr. sentencia de la AP de Barcelona de 26 de marzo de 2009 (JUR 378936) que al resolver un supuesto en el que el promotor no probó la fecha de solicitud de licencia se estimó no aplicable, por razones de facilidad probatoria, la LOE por ser más favorable al mismo, aplicándose el art. 1.591 CC, lo que nos parece plenamente acertado.

<sup>604</sup> Para CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 526, quien además señala que a la inversa si se ha obtenido licencia de obras de urbanización pero no de la edificación, ésta se someterá a la LOE.

<sup>605</sup> Véase epígrafe 7.5.

aplicación por algún autor que se ha pronunciado sobre el tema<sup>606</sup>, lo que sostenemos que debe ser aplicado con la necesaria prudencia<sup>607</sup>.

Por último, en cuanto a las obras sobre edificios preexistentes a la LOE, al margen del seguro<sup>608</sup>, debido a la irretroactividad de aquella (que analizaremos en el epígrafe siguiente) existirán dos partes del edificio con regímenes jurídicos de responsabilidad diferentes, puesto que la parte no afectada por las obras se regirá por el art. 1.591 CC, y la parte afectada por la LOE<sup>609</sup>.

## **8.2 La irretroactividad de la Ley de Ordenación de la Edificación**

### **8.2.1 Debate doctrinal sobre la irretroactividad de la Ley de Ordenación de la Edificación**

El criterio de la fecha de solicitud de licencia utilizado por el Legislador para marcar la entrada en vigor de la LOE, junto con la exigencia al promotor de un seguro a los fines de garantizar el resarcimiento de daños cubiertos por la responsabilidad decenal en los edificios cuyo destino

---

<sup>606</sup> Nos referimos a GARCÍA MAS, o.c. nota 283, p. 655, ya sea a una ampliación de proyecto o una reducción, dice el autor. Esto consideramos que resulta coherente con la opinión de CORDERO LOBATO (véase nota 596) acerca de que la finalidad de la disposición transitoria primera es la de evitar costes inútiles de proyectos, porque en caso de modificación de proyecto éste ya puede adaptarse a los requisitos básicos de la LOE.

<sup>607</sup> Al margen de las modificaciones de proyecto previas al inicio de las obras, el curso de éstas puede hacerlas necesarias por circunstancias técnicas, incluso habiéndose ejecutado un porcentaje importante de obra de acuerdo con la normativa anterior, modificaciones de proyecto que precisamente se prevén en la LOE como de necesaria autorización por el promotor en el art. 9.2 b) (véase epígrafe 2.2.1.2.3 de capítulo VIII).

En cuanto a los problemas que puede generar la aplicación de la LOE y, por tanto, de sus requisitos básicos a obras no sometidas a la ella desde su inicio por razones temporales, véase p. 176 apreciaciones nuestras a las opiniones de RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO, en torno a la aplicación de la LOE de acuerdo con la fecha de terminación de la obra y aparición de los defectos constructivos.

<sup>608</sup> Véase p. 142, sobre la exención del seguro de las obras de rehabilitación de edificios cuya construcción originaria se haya ejecutado mediante licencia solicitada con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE.

<sup>609</sup> En tal sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 576-577.

principal sea el de vivienda<sup>610</sup>, con el sobrecoste que ello ocasiona, conllevó una avalancha de solicitudes de licencias de obra con anterioridad al 6 de mayo de 2000<sup>611</sup>. Lo anterior tuvo lugar aunque la LOE, en lo referente a plazos de garantía y prescripción, es más beneficiosa para los demandados que el art. 1.591 CC<sup>612</sup>, razón por la que ahora la tendencia de aquéllos es pretender aplicarla con independencia de la fecha de solicitud de la licencia<sup>613</sup>, de ahí que sea de extraordinario interés el estudio de su irretroactividad.

Pues bien, la inmensa mayoría de autores defiende que la LOE no es retroactiva, esto es, que no resulta de aplicación a las obras ejecutadas de acuerdo con licencias solicitadas antes del 6 de mayo de 2000<sup>614</sup>. Se acude a diversos argumentos, todos los cuales vemos válidos, como son las propias disposiciones transitoria primera y final cuarta, ya sea

---

<sup>610</sup> Cfr. disposición adicional segunda, apartado uno.

<sup>611</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 42; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 183, aunque se limita a la exigencia de seguro al autopromotor individual, que antes de la reforma de la Disposición adicional segunda de la LOE realizada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social no se excluía de dicho seguro aunque se tratara de una única vivienda unifamiliar para uso propio. También reconoce la avalancha de solicitudes, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.595.

<sup>612</sup> En tal sentido, SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 183; RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO, o.c. nota 599, p. 1.473 (nota 1).

<sup>613</sup> Como destacan RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO (*Ibidem*).

<sup>614</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 188, para el cual no es aplicable para *“las obras y edificios en construcción o para cuyos proyectos se solicitó licencia de edificación antes de la entrada en vigor...”*. También señalan abiertamente que la ley no tiene carácter retroactivo GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 356; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 184; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1, p. 154, por lo que únicamente, dice el autor, se aplicará a edificaciones comenzadas después de su entrada en vigor.

En esta línea, un grupo de autores destaca que no es de aplicación a los edificios construidos antes de la LOE, a los que entonces se encontraban en construcción, ni tampoco a los que no, pero respecto de los cuales se solicitara licencia antes del 6 de mayo de 2000. Nos referimos a CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 420, y o.c. nota 529, p. 32; VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.446; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4.595-4.596 y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., y LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., *Tipos de contratos inmobiliarios*, en *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, dir. por A. E. Humero Martín, III, primera parte, coord. por I. Sierra Pérez, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 939.

conjuntamente o por separado<sup>615</sup>, el art. 2.3 del CC, con su regla general de irretroactividad de las normas<sup>616</sup>, y acumulativamente a esta regla, a la disposición transitoria primera de la LOE y a su Exposición de Motivos<sup>617</sup>. Incluso también se ha visto en la retroactividad de la LOE una restricción de derechos contraria al art. 9.3 de la CE<sup>618</sup>.

Este carácter irretroactivo, junto con el gran número de solicitudes de licencia que se realizaron para evitar la aplicación de la LOE con su seguro decenal, conlleva la existencia de un gran número de edificios a los que se les deba aplicar el art. 1.591 CC, y ello, dada la duración del plazo de garantía de dicho precepto y del plazo de prescripción aplicable a él, durante mucho tiempo después de entrar en vigor la nueva norma<sup>619</sup>. Esta duplicidad de regímenes que provoca la irretroactividad de la LOE ha sido criticada por algunos autores<sup>620</sup>.

---

<sup>615</sup> Se fundamentan en las dos CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y CARRASCO GONZÁLEZ, o.c. nota 346, p. 470, aunque por error los autores se refieren a la adicional cuarta, que nada tiene que ver con lo estudiado, y no a la final del mismo ordinal; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, pp. 256-257. Se basan en la disposición final cuarta, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 192, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 668. Argumentan la irretroactividad en la disposición transitoria primera, CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 4; VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.446; GARCÍA MAS, o.c. nota 283, pp. 654-655; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.116; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 188; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.128.

<sup>616</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 573, y BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 74.

<sup>617</sup> Nos referimos a ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 31. Extracta el autor el punto número ocho de la Exposición de Motivos de la LOE que dispone: *“Mediante una disposición transitoria se establece la aplicación de lo previsto en la Ley a las obras para cuyos proyectos se solicite licencia de edificación a partir de la entrada en vigor de la misma”*.

<sup>618</sup> Es el caso de MARTÍNEZ ESCRIBANO (véase p. 177).

<sup>619</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, advierten que resultara posible que durante mucho tiempo después de entrar en vigor la LOE se planteen demandadas fundamentadas en el renombrado precepto; VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.446, alude a la aplicación del art. 1.591 durante veinticinco años, como también ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 42, quien advierte además que habrá que añadirse el tiempo que tarde la obra en construirse. También aluden a la coexistencia de regímenes durante bastantes años, LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 257; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, pp. 668 y 674; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.128.

<sup>620</sup> Véase nota 636, SALINERO ROMÁN. Duramente RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO, o.c. nota 599, p. 1.474, señalan que *“No tiene ningún sentido la aparente e*

Aunque en minoría, otros autores abogan por la aplicación retroactiva de la LOE, para lo que se basan en que la disposición transitoria primera no establece un sistema propio de retroactividad o irretroactividad en cuanto a los preceptos relacionados con la responsabilidad por defectos constructivos; en que no hay razón lógica que justifique un período transitorio que puede durar más de 25 años, y en la razón de orden práctico de unificar criterios conforme a la norma más moderna para evitar la vigencia de dos regímenes jurídicos diferentes<sup>621</sup>. Estos autores sostienen que si tras la entrada en vigor se dan los presupuestos tradicionales para que se puede reclamar la responsabilidad por defectos constructivos (la terminación de la obra y la aparición tras ella de defectos constructivos dentro de los plazos de garantía) resultará aplicable la LOE al no haber un problema de derecho transitorio<sup>622</sup>. En nuestra opinión, lo anterior equivale a una retroactividad de grado mínimo o atenuada<sup>623</sup>, y

---

*hipotética pretensión del legislador de mantener la vigencia simultánea de dos regímenes jurídicos diferentes... durante un período de tiempo que será de 25 años, o incluso más...". Incluso por algún autor partidario del carácter irretroactivo de la norma, como es ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 42, quien señala que la duplicidad de regímenes: "...es muy poco aconsejable para la práctica del Derecho...", porque habrá de comprobarse para resolver la fecha de solicitud para determinar el régimen, "...lo que, dentro de algún tiempo, si no ya mismo, nos parecerá incomprensible y muy complicado".*

<sup>621</sup> RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO, o.c. nota 599, p. 1.474. Para estos autores la disposición transitoria primera se refiere únicamente al régimen de atribuciones profesionales y, a lo sumo, a las reglas sobre aseguramiento obligatorio.

<sup>622</sup> RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO, o.c. nota 599, p. 1.475. Por el contrario, para los autores (o.c. nota 599, p. 1.476) si no se dan todos los presupuestos de responsabilidad después de la entrada en vigor, se excluye la edificación de la LOE, poniendo el ejemplo de una obra recepcionada antes de dicha fecha, pero en la que aparezcan los defectos después.

<sup>623</sup> Nos basamos en que vemos que en el fondo defienden la aplicación de la LOE a los efectos de una relación jurídica nacida bajo la anterior (contrato de obra en ejecución) pero únicamente a los que nazcan una vez que la norma entre en vigor (lo cual se produciría con la terminación y aparición de los defectos, según su enfoque). Sobre esta definición de la retroactividad de grado mínimo puede verse REGLERO CAMPOS, F., en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013 (actualizado por Domínguez Martínez, P.), p. 52; GULLÓN BALLESTEROS, A., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 91, y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, I, ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 122, quienes al comentar la disposición transitoria cuarta del CC señalan que conlleva una retroactividad en grado mínimo referida al ejercicio del derecho,



sin contar con la claridad de la literalidad de las disposiciones transitoria y final tantas veces referidas, no tiene en cuenta que la LOE no sólo rige tras la aparición de los defectos constructivos, sino también en la fase de proyecto al exigir que el edificio cumpla los requisitos básicos del art. 3 a los que el art. 17 anuda la responsabilidad<sup>624</sup>.

Además, en contra de tal postura se ha argumentado que los plazos de garantía trienal y anual de la LOE supondrían una restricción de derechos de los adquirentes contraria al art. 9.3 de la CE en comparación con el plazo decenal del art. 1.591 CC<sup>625</sup>.

### **8.2.2 Debate doctrinal sobre la irretroactividad del plazo de prescripción previsto en el art. 18 de la Ley de Ordenación de la Edificación**

Donde con más intensidad se ha planteado el debate de la vigencia temporal de la LOE es en materia de prescripción, concretamente del plazo bienal previsto en su art. 18 para el ejercicio de la acción para exigir la responsabilidad del art. 17.

Una parte de la doctrina se muestra favorable a la aplicación de dicho plazo de prescripción a las obras para las que se haya solicitado licencia

---

porque la nueva norma se aplica a los actos de ejercicio del derecho que se realizan bajo su imperio.

<sup>624</sup> Lo que queremos decir es que este criterio conllevaría exigencia de responsabilidad por incumplimiento de requisitos básicos, sin haber sido éstos exigibles en fase de proyecto. Sin embargo, lo cierto es que la ruina funcional, según la inmensa mayoría de la doctrina coincide con la responsabilidad trienal (véase epígrafe 2.3.3 de capítulo V).

Al margen de lo anterior, RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO, o.c. nota 599, pp. 1.474-1.475, consideran que con el criterio que proponen no se iría en contra de la seguridad jurídica porque la *vacatio legis* amplia de la LOE de seis meses permitió a los sujetos afectados que tomasen las medidas oportunas, argumento que no compartimos porque puede darse la eventualidad de que una obra comenzada justo antes de la publicación de la norma no se pueda terminar antes de su entrada en vigor.

<sup>625</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 355-356. Otra cuestión es que la autora esté a favor de una nueva interpretación del art. 1.591 CC por parte del Tribunal Supremo, lo que analizaremos en el epígrafe 1.5.4 de capítulo IX.

antes del 6 de mayo de 2000, ello con base en el art. 1.939 CC<sup>626</sup>. Dicho precepto, que es de derecho transitorio y de aplicación general<sup>627</sup>, y que tiene por objeto determinar por qué legislación deben regirse las prescripciones que se encuentran en curso en el momento de producirse el cambio legislativo<sup>628</sup>, contiene una regla general consistente en que la prescripción comenzada antes de la entrada en vigor del CC se regirá por las leyes anteriores; y una excepción a ella, la referida a que si tras la entrada en vigor de la nueva norma, estando en curso la prescripción, transcurre el plazo previsto para ella en la nueva norma, se tiene por producida la prescripción, aunque la antigua norma fijara un plazo mayor, que aún no se hubiera alcanzado<sup>629</sup>.

---

<sup>626</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 192; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 421 y 422; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 471. También SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, pp. 1.218 y 1.219, quien se fundamenta igualmente en la disposición transitoria cuarta del CC.

Dispone el art. 1.939 CC: *“La prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo”*.

<sup>627</sup> Cfr. STS de 16 de noviembre de 1988 (RJ 8469). En la doctrina: ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 333-334, quien cita tal pronunciamiento; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La Prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p. 49; junto con GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 623, p. 126, quienes también citan la sentencia referida; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 623, p. 2.512; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2.103; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 421; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 471. Como señalan los autores, no agotó su eficacia en la regulación de los problemas derivados de la publicación del CC, sino que constituye una regla general aplicable a todos los problemas de Derecho transitorio; CARRASCO PERERA, A., *Prescripción y retroactividad en la LOE*, AJA 710 (2006), p. 3, sostiene: *“Más evidente aún es que el legislador que proveyó el Derecho común de las prescripciones ya quiso que cualquier derecho no ejercitado se extinguiera cuando hubiere transcurrido todo el plazo de prescripción de la nueva ley, aunque la vieja ley proveyese de una lapso más largo”*.

<sup>628</sup> Por todos, Díez-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 49.

<sup>629</sup> ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 334-335; Díez-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 49-51, y DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, pp. 2.103 y 2.104; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 623, p. 2.278. Señala Díez-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 49: *“el momento decisivo no es, pues, como acaso podría parecer lógico, el momento de nacimiento del derecho, sino el momento del comienzo de la prescripción”*. Por lo anterior, destaca el autor (o.c. nota 627, p. 50) que el precepto cobra un carácter

De acuerdo con lo anterior, para estos autores las pretensiones reconocidas por la legislación anterior (el art. 1.591 CC) prescribirían a los 2 años desde la producción del evento que analizaremos<sup>630</sup>, y si la prescripción, por el momento de producción del referido evento, ha comenzado antes de la entrada en vigor de la LOE, prescribe a los 2 años de dicha entrada en vigor, con independencia del tiempo que quedare para la prescripción conforme al régimen del art. 1.591 CC<sup>631</sup>.

En la misma línea, otros autores han acudido a la disposición transitoria cuarta del Código civil según la cual las acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes de la entrada en vigor del mismo, subsistirán con la extensión y en los términos de la legislación precedente, pero se someterán en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos al renombrado cuerpo<sup>632</sup>. Estos autores se basan en la aplicación general que poseen las disposiciones transitorias del CC que utiliza el término “duración” que se relaciona con la prescripción de las acciones<sup>633</sup>, a la vez

---

especial frente a la disposición transitoria primera del CC que somete a los derechos nacidos antes de regir el mismo a la legislación anterior.

La regla general del precepto, interpretada en sentido contrario, conlleva que la prescripción que comience después del cambio legislativo se rija por la nueva norma, como señala DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 49, y el mismo autor con GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 623, p. 126, al aclarar que ello conlleva una retroactividad en grado mínimo porque: “*está permitiendo que prescriba conforme a la nueva ley derecho nacidos bajo el imperio de la legislación anterior*”.

<sup>630</sup> En epígrafe 3.2 de capítulo VII.

<sup>631</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 421 y 422; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 471; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, pp. 1.217 y 1.218.

<sup>632</sup> Señala la misma: “*Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código*”.

<sup>633</sup> Cfr. STS de 16 de abril de 1991 (RJ 2718) en cuanto a la aplicación general de la disposición transitoria cuarta del CC. En cuanto a la concepción de la disposición transitoria cuarta como derecho transitorio a tener en cuenta en todo cambio legislativo, puede verse DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 623, pp. 119-120; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 623, pp. 2.578 y 2.583, quien se refiere además a la conexión del término “duración” utilizado por ella con la prescripción; CORBAL FERNÁNDEZ, J., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, X, ed. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 903 y 906, también refiriendo la nombrada conexión; GARCÍA CARACUEL, M., *Cuestiones procesales en la LOE*, en *Estudios sobre*

que niegan el valor de la disposición transitoria primera de la LOE<sup>634</sup>, sobre lo que entramos.

También se argumenta que el art. 1.591 CC no contiene un plazo específico de prescripción como la LOE, puesto que la jurisprudencia le aplicó el genérico del art. 1.964 CC<sup>635</sup>.

Igualmente se fundamenta la retroactividad del plazo de prescripción en el propósito de la LOE declarado en su Exposición de Motivos de dotar al proceso de la construcción de un nuevo marco legislativo por considerarse insuficiente el previgente, lo cual no se lograría si se mantiene la aplicación de los plazos del art. 1.591 CC<sup>636</sup>. No obstante, ya

---

*Derecho de la Edificación*, dir. por A. Cañizares Laso, ed. Arazandi, Navarra, 2010, pp. 212-213.

Sobre la relación del término “duración” con la prescripción, véanse SSTs de 8 de noviembre de 1995 (RJ 8113) y de 26 de mayo de 2000 (RJ 4394).

<sup>634</sup> En este sentido, SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, pp. 179-181, se fundamenta en la aplicación general, a falta de reglas específicas, del Derecho transitorio del CC, particularmente de su disposición transitoria cuarta, que al referirse al término “duración” está relacionado con la prescripción extintiva, citando en apoyo las SSTs referidas en la nota anterior. Señala el autor que no es obstáculo que la disposición transitoria primera de la LOE sólo contenga como salvedad a su aplicación irretroactiva materias de expropiación forzosa, y que es excesivamente genérica y no contiene reglas transitorias específicas para la prescripción; CARRASCO PERERA, o.c. nota 627, p. 3, que tampoco considera óbice la disposición transitoria primera de la LOE, acude a la disposición transitoria cuarta del CC en la que el legislador resolvió un problema equivalente, sostiene el autor.

<sup>635</sup> SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 181; GARCÍA CARACUEL, o.c. nota 633, p. 212.

<sup>636</sup> SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 181. En parecido sentido GARCÍA CARACUEL, o.c. nota 633, p. 214, acude a los criterios interpretativos teleológico y sistemático del art. 3 CC, y señala que sería injusto y contrario a los principios generales del Derecho mantener el sistema de plazos del art. 1.591 CC, frente al de la LOE que pretende dar solución a los modernos problemas surgidos en su ámbito.

Con lo anterior, en nuestra opinión, parece invocarse una especie de retroactividad tácita entendida como aquella que ha de concurrir cuando el contenido de la nueva ley revele claramente que para que pueda ser debidamente aplicada ha de dársele ese efecto, pues de otro modo no cumpliría su finalidad. Sobre esta definición puede verse REGLERO CAMPOS, o.c. nota 623, p. 46, quien cita las SSTs de 26 de noviembre de 1934 (RJ 1843) y 17 de noviembre de 2011 (RJ 3368). También sobre la posibilidad de una retroactividad tácita de la leyes puede verse GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 623, pp. 90-92, aunque señalando que dicha tarea debe estar presidida por el carácter excepcional con que el efecto de la retroactividad se recoge en el art. 2.3 CC.

hemos visto que la Exposición de Motivos se refiere a la entrada en vigor de la norma remitiéndose a la disposición transitoria primera sin ninguna precisión, aunque también con carácter general las nuevas normas no deben coexistir con las anteriores por mucho tiempo<sup>637</sup>.

También se ha sostenido la retroactividad en que de lo contrario las acciones respecto de obras comenzadas tras la LOE prescribirán antes que las referentes a obras anteriores lo cual se tilda de inconstitucional, y se argumenta que la retroactividad no erosiona ninguna expectativa legítima de quienes adquirieron inmuebles no sometidos a la LOE, puesto que se considera evidente que no se adquiere bajo la presuposición esencial de cuál sería el plazo de prescripción<sup>638</sup>. A lo anterior se oponen otros autores, que también dentro de este sector que sostiene la retroactividad del plazo de prescripción, limitan ésta a las obras terminadas y respecto de las que hayan surgido los defectos tras la entrada en vigor de la LOE, de manera que las someten al art. 1.591 CC en caso de falten algunos de esos presupuestos, ello por razones de

---

<sup>637</sup> Véase nota 617 fragmento extractado de la Exposición de Motivos.

Ahora bien, a favor de estos autores podría argumentarse, como señalan con carácter general DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 623, p. 111, que *“hay que suponer por principio que la ley nueva se dicta porque es más justa o más perfecta que la anterior y si esto es así, no deben coexistir....más que en el mínimo indispensable”*.

<sup>638</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 627, p. 3, quien señala que *“Se trata de una desigualdad objetivamente no justificada en la aplicación de normas jurídicas, cuya inconstitucionalidad no salva ninguna historieta que se cuente sobre el Derecho transitorio ni sobre la prescripción”*. Se opone, además, el autor expresamente al fundamento de la interpretación restrictiva de la prescripción. Véase sobre dicha interpretación epígrafe 1 de capítulo VII.

En apoyo de este autor puede citarse a REGLERO CAMPOS, o.c. nota 623, p. 2.579, quien expone que la protección del art. 9.3 CE no alcanza a las meras expectativas o esperanzas. Sobre la distinción entre el derecho adquirido y la expectativa puede verse DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 623, pp. 111 y 113-114, quienes afirman que en realidad ninguna teoría de las formuladas por la doctrina permite resolver el problema de la transición, y que tan injusta puede ser la retroactividad como la irretroactividad, pero en referencia al criterio de irretroactividad previsto con carácter subsidiario en el art. 2.3 CC, aprecian que éste *“es el más justo y más acorde con las exigencias de la seguridad jurídica”*.

seguridad jurídica y por “no romper el proceso de previsión de las partes afectadas”<sup>639</sup>.

En sentido contrario a los autores que mantienen la aplicación retroactiva del plazo de prescripción, al margen de los autores que con carácter general defienden la irretroactividad de la LOE, otros se han pronunciado expresamente sobre la irretroactividad de dicho plazo. Se apoyan en la existencia de un régimen transitorio específico en la disposición transitoria primera de la LOE que se considera descarta la aplicación de la disposición transitoria cuarta del CC<sup>640</sup>; en que esta última no alcanza a la prescripción por ser las normas de este instituto de carácter sustantivo<sup>641</sup>, y en que el plazo de prescripción se vincula a las acciones para la exigencia de la responsabilidad prevista en el art. 17 que sólo se podrá exigir en los supuestos en los que material y temporalmente sea de aplicación la LOE <sup>642</sup>. También se ha fundamentado la irretroactividad del plazo de prescripción de la LOE en que el plazo quincenal aplicable al art. 1.591, de acuerdo con el art. 1.964 CC, no es

<sup>639</sup> RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO, o.c. nota 599, p. 1.476, los cuales aluden a los propietarios frente al resto de los agentes de la edificación. Aprecian estos autores que los plazos sólo empiezan a ser relevantes tras la terminación de las obras, porque durante su ejecución simplemente se piensa en hacer una obra correctamente y conforme a la *lex artis*.

<sup>640</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 635-636, rechaza por la existencia de un régimen específico transitorio que pueda sostenerse una retroactividad débil del plazo de prescripción. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 359, considera que el plazo de prescripción del art. 1.964, deberá mantenerse: “como exigencia derivada del respeto a la legalidad y habida cuenta de los términos en que se establece la norma de derecho transitorio de la LOE”.

<sup>641</sup> ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 251, p. 558, quien considera la aplicación de la disposición transitoria cuarta “no se extiende a las normas relativas a la prescripción que son de carácter sustantivo en cuanto afecta a la vida de los derechos...”. En el mismo sentido, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 636, el cual añade que nadie discute que los plazos de prescripción son de plazos de naturaleza sustantiva, y no procesal, y que las normas que la regulan siempre han estado en el Código civil y no en las leyes procesales.

Con carácter general, para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 623, p. 122: “es dudoso calificar siempre las normas sobre duración como disposiciones adjetivas, cuando conciernen precisamente a la desaparición o extinción del derecho, materia eminentemente sustantiva”.

<sup>642</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 628-629, destacando que la literalidad del art. 18 se remite expresamente al art. 17.

de creación jurisprudencial<sup>643</sup> y, por último, en la interpretación restrictiva de la que siempre ha sido objeto la prescripción con la que chocaría pasar de un plazo quincenal al bienal de la LOE<sup>644</sup>.

En apoyo de estos autores ciertamente el Tribunal Supremo se ha referido a la necesidad de no existir reglas específicas de derecho transitorio para que entren en juego las del CC<sup>645</sup> o el art. 1939 CC<sup>646</sup>. Por lo anterior, el problema si se reconduce ciertamente a uno de carácter transitorio, a tenor de la disposición transitoria primera de la LOE<sup>647</sup> no cabría la aplicación de la cuarta del CC ni del art. 1.939.

---

<sup>643</sup> En tal sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 359, considerándolo como de aplicación directa de la ley.

<sup>644</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 630. Se opone a este argumento CARRASCO PERERA (véase nota 638).

<sup>645</sup> Cfr. sentencia de 16 de abril de 1991 (RJ 2718). CORBAL FERNÁNDEZ, o.c. nota 633, p. 903, estudiando el alcance general de la disposición transitoria cuarta señala que las disposiciones transitorias del CC tienen un valor: “...complementario y aclaratorio del criterio general del art. 2.3 del Código Civil, en relación con la implantación sustitución de cualesquiera Leyes civiles, cuando carezcan de normas transitorias”.

<sup>646</sup> Cfr. sentencia de 16 de noviembre de 1988 (RJ 8469) que en referencia a dicho precepto señala: “....debe ser considerado dicho artículo como derecho transitorio común, pudiendo aplicarse también a las leyes que no posean propias y específicas normas especiales de transición....”.

<sup>647</sup> Otra cosa es como hacen RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO (véase p. 181) desgajar de la relación jurídica que surge a partir de la promoción inmobiliaria y que, por tanto, se inicia desde el comienzo de la ejecución de la obra, el derecho a reclamar la reparación de los defectos constructivos, como derecho que al nacer tras la entrada en vigor de la LOE (por aparecer tras ella los defectos) se somete a ésta. Pero incluso lo anterior consideramos que choca con la norma de derecho transitorio específica de la LOE que ha contemplado tal derecho como perteneciente al proceso de la construcción que se inicia con la solicitud de la licencia, sin hacer distinciones.

### 8.2.3 Posición del Tribunal Supremo acerca de la irretroactividad de la Ley de Ordenación de la Edificación

El Tribunal Supremo ha declarado expresamente en varias ocasiones la irretroactividad general de la LOE, al denegar expresamente su aplicación retroactiva<sup>648</sup>.

En cuanto a la doctrina legal recaída sobre la cuestión específica de la aplicación del plazo de prescripción del art. 18 de la LOE a obras no sometidas por razones temporales a ella, hemos de señalar en primer lugar que ello ha tenido gran interés debido a que se suele invocar por los demandados la prescripción por transcurso de tal plazo<sup>649</sup>. Dicho lo anterior, tras un período en el que la jurisprudencia menor vacilaba, aunque mayoritariamente negaba la aplicación del plazo de prescripción previsto en la LOE<sup>650</sup>, el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de marzo

---

<sup>648</sup> Cfr. SSTs de 22 de julio de 2009 (RJ 6485) en la que frente al recurso del agente recurrente que alegaba infracción procesal por no habersele permitido llamar al procedimiento a otros agentes, se falló que no era de aplicación la disposición adicional séptima de la LOE que permite esa llamada; 30 de junio de 2011 (RJ 4900), en la que ante la pretensión de un constructor de justificar el retraso en la ejecución de la obra en que no disponía de la licencia de obra exigida por el art. 5, el TS señaló que no resultaba de aplicación la LOE por haberse solicitado licencia con anterioridad a su entrada en vigor, de acuerdo con su disposición transitoria primera; 29 de octubre de 2012 (RJ 2013\2272) que descartó la aplicación del art. 17.7 de la LOE que prevé la responsabilidad de los técnicos por la exactitud y veracidad del certificado final de obra. También puede verse la STS de 3 de diciembre de 2007 (RJ 8657) que desestimó el recurso de casación interpuesto por el aparejador condenado que se basaba en que había una falta de litisconsorcio pasivo necesario porque no se había llamado al procedimiento a otros agentes que él consideraba responsables, frente a lo que el TS resolvió que dicho problema hubiera podido resolverse con la Disposición Adicional séptima de la LOE, pero la misma no es aplicable al haberse iniciado el procedimiento con anterioridad a su vigencia por hechos también anteriores. Además, en otros pronunciamientos se ha referido a la LOE como una norma vigente desde el 6 de mayo o reconociendo su falta de retroactividad. Nos referimos respectivamente a las SSTs de 31 de enero de 2003 (RJ 647) y de 31 de octubre de 2002 (RJ 9736).

<sup>649</sup> Como reconoce SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 179.

<sup>650</sup> Entre las que la negaron cabe citar las SSAP de La Coruña de 17 de noviembre de 2006 (JUR 2007/38564) y 19 de enero de 2005 (JUR 102185); SAP de Baleares de 28 de octubre de 2005 (AC 2006/117); SAP Asturias de 21 de junio de 2002 (JUR 202937); SSAP de Las Palmas de 21 de enero de 2008 (JUR 115228) y de 15 de mayo de 2008 (JUR 260811); SAP de Castellón de 22 de febrero de 2008 (JUR 191703); SAP de Cáceres de 30 de noviembre de 2006 (JUR 2007/45532).



de 2010 rechazó la aplicación del plazo de prescripción previsto en el art. 18 de la LOE a una obra sometida por razones temporales al art. 1.591 CC<sup>651</sup>.

Se fundamenta el Alto Tribunal en el tenor de la disposición transitoria primera de la LOE<sup>652</sup>, y en que ésta establece una acción distinta a la del art. 1.591 CC, por lo que el plazo de prescripción de la primera no puede serle aplicado a la acción que reconoce éste<sup>653</sup>. Además, para fundamentar su decisión, termina la sentencia con la tajante distinción entre aplicar los principios de la LOE a asuntos que deban resolverse conforme al art. 1.591 CC, y aplicar sus normas directamente a ellos<sup>654</sup>.

---

Entre las que la han admitido, hay que citar la SAP de Huelva, de 25 de febrero de 2005 (JUR 145017) que se fundamenta en que tras la entrada en vigor ya no puede ser aplicable el plazo de prescripción quinquenal al que se remite art. 1.964 porque este precepto es subsidiario y la LOE establece un plazo específico, y en el art. 3 CC, que exige para la interpretación de las normas atender a su espíritu y finalidad, lo que conlleva que no se pueda aplicar un plazo tan largo a esta materia que ya posee una regulación más acorde a los tiempos.

<sup>651</sup> (RJ 2410). Se trataba de un supuesto en el que la entidad promotora discutía la aplicación del plazo de prescripción previsto en la LOE a obras sujetas al régimen previsto en el artículo 1.591 CC en razón del tiempo en que se llevaron a cabo, y que la sentencia recurrida había negado por no ser posible su aplicación retroactiva. La promotora argumentaba en su defensa también un interés casacional porque consideraba infringida la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª que cita y que se contradecía la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva arriba citada.

<sup>652</sup> Señala al efecto: “...cuando además existe una norma específica de Derecho transitorio en la Ley de Ordenación de la Edificación -Disposición Transitoria Primera - que acota su aplicación, salvo en materia de expropiación forzosa, a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor, excluyendo por tanto su aplicación retroactiva”.

<sup>653</sup> Señala el Tribunal Supremo que la LOE es “una ley que no traslada de forma automática todo el régimen normativo anterior, contenido en el artículo 1591 del CC, y muy especialmente en la jurisprudencia que lo interpreta, sino que dota al sector de la construcción de una configuración legal específica”, exponiendo una serie de diferencias entre un régimen y otro. Declara la sentencia que no se puede considerar el art. 18 de la LOE, como el “*termino especial*” a que se refiere el art. 1964, porque la LOE “*establece un sistema de responsabilidad distinto e incompatible con el régimen jurídico del art. 1591 CC, que no es posible fraccionar*”, considerándolo el Tribunal Supremo una “*acción distinta*”.

<sup>654</sup> Sobre la distinción referida véase comienzo de epígrafe 8.1. Concretamente señala la sentencia: “Y una cosa es que aun no siendo directamente aplicable esta Ley a los casos surgidos con anterioridad a su entrada en vigor, se tengan en cuenta principios esenciales para interpretar de forma adecuada la responsabilidad

Dicho lo anterior, al margen del argumento bastante contundente de una disposición transitoria específica en la LOE, da la impresión de que para el Tribunal Supremo la aplicación de las normas nuevas sobre prescripción sobre las previgentes requiere que el cambio legislativo se circunscriba al plazo prescriptivo, esto es, que ambas normas, salvo en cuanto a la prescripción, establezcan idéntico régimen<sup>655</sup>. No obstante lo anterior, ya veremos a lo largo de este trabajo las semejanzas entre ambos regímenes<sup>656</sup>.

Con todo, lo realmente importante es que el Tribunal Supremo ha cerrado la puerta a la pretendida aplicación del art. 18 de la LOE con fundamento en el art. 1.939 CC y en la disposición transitoria cuarta del CC, al resaltar el hecho de la existencia de una norma específica de derecho transitorio en la LOE. Lo anterior se ha confirmado en sentencia de 19 de abril de 2012<sup>657</sup> en la que se ha vuelto a plantear la aplicación retroactiva del plazo de prescripción de la LOE, esta vez con fundamento expreso en la disposición transitoria cuarta del CC, frente a lo que el Tribunal Supremo ha opuesto la existencia de una disposición transitoria

---

*establecida en el artículo 1.591, y otra distinta aplicar directamente una normativa prevista para otros casos. Lo contrario supone crear un problema donde no lo había, ni debía haberlo, dotando al sistema de una indudable inseguridad jurídica”.*

<sup>655</sup> Utilizando a contrario las expresiones de la sentencia comentada, que no sea un “sistema de responsabilidad distinto e incompatible”, que no sea “una acción distinta”.

<sup>656</sup> Nos remitimos particularmente a los epígrafes sobre la responsabilidad decenal y trienal (epígrafes 2.2.3 y 2.3.3 de capítulo V) donde veremos la relación del contenido de dichas responsabilidades con la del art. 1.591 CC interpretado jurisprudencialmente, con la obvia diferencia de que la última contempla un plazo de garantía de tres años.

<sup>657</sup> (RJ 5908). Se trataba de una demanda interpuesta por una comunidad de propietarios y cinco propietarios individuales contra promotora, constructora, técnicos y aseguradora de éstos, instando la condena de los demandados por ruina funcional, demanda que sería estimada en primera instancia y confirmada en apelación, tras lo que la promotora interpone recurso de casación mediante el que persigue la aplicación de la disposición transitoria cuarta del CC, y alega que el recurso reviste interés casacional para la unificación de criterios sobre la aplicación procesal de la prescripción extintiva de acciones al amparo de la LOE.

También puede verse siguiendo estos criterios la STS de 4 de octubre de 2013 (RJ 7054).

específica en la LOE<sup>658</sup>, argumento que para nosotros es el definitivo y que además se engarza con su parte programática<sup>659</sup>.

### III.- NATURALEZA Y CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD CONSAGRADA EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

#### 1. Naturaleza de la responsabilidad por defectos constructivos prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación

##### 1.1 Carácter contractual, extracontractual o legal de la responsabilidad

En este epígrafe trataremos qué naturaleza tiene la responsabilidad por vicios o defectos de la construcción que regula la Ley de Ordenación de la Edificación. Es decir, cuál es su fuente: si la autonomía privada, entendida como poder del individuo de constituir sus propias relaciones jurídicas, o la soberanía del Estado<sup>660</sup>. La responsabilidad en sentido genérico se clasifica tradicionalmente en contractual y extracontractual o aquiliana, naciendo la primera cuando se vulnera un deber de conducta que surge de un contrato, y la segunda cuando se produce un daño a otra persona por la transgresión del genérico deber *neminem laedere*, esto es, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás<sup>661</sup>.

---

<sup>658</sup> Señala el TS: “A la vista de esta doctrina debemos declarar que debe mantenerse la inaplicabilidad del régimen transitorio del Código Civil ante la existencia de un norma específica que regula el régimen transitorio de la LOE”.

<sup>659</sup> Véase nota 617 fragmento extractado de la Exposición de Motivos.

<sup>660</sup> Sobre estos dos grandes grupos de fuentes de las obligaciones se pronuncian, partiendo del art. 1.089 del CC, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, II, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 123. También se refiere a este dualismo “contrato-ley” LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, II-1, ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 114.

<sup>661</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 313.

Sobre el origen de la responsabilidad extracontractual en la “*Lex Aquiliana*”, pueden verse, entre otros, REGLERO CAMPOS, L. F., *Conceptos generales y elementos de delimitación*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 49; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, II, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 256.

### 1.1.1 La postura legalista y extracontractual

Cuando estudiamos el art. 1.591.1º CC vimos que la mayoría de la doctrina se pronunciaba a favor de la naturaleza contractual de la responsabilidad prevista en aquél, lo que se fundamentaba en la ubicación sistemática del precepto y en que la responsabilidad derivaba de la *lex artis*, la cual estaba integrada en el contrato de obra<sup>662</sup>.

En cambio, con la Ley de Ordenación de la Edificación no ocurre lo mismo puesto que la mayoría de la doctrina entiende que estamos ante una responsabilidad de carácter legal. Con esto se establece también una diferencia con el sistema francés, en el que los arts. 1.792 y ss. del *Code* la configuran como contractual al enmarcarse en el ámbito del contrato de obra<sup>663</sup>.

En cuanto a los argumentos esgrimidos por esta corriente doctrinal, se apoya fundamentalmente en que la responsabilidad prevista en la LOE no requiere una relación contractual entre el actor y demandados, y que en caso de existir, la responsabilidad es independiente de lo que se diga en el contrato<sup>664</sup>. También se sostiene que la LOE regula una

---

<sup>662</sup> Véase pp. 2-3.

<sup>663</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 89 y 90, quien añade que en el art. 1.792-1 del *Code* se delimitan los sujetos responsables en atención a la existencia de un vínculo contractual con el dueño de la obra, lo cual no ocurre con la LOE (véase sobre esto último epígrafe 1.1 de capítulo VIII).

<sup>664</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6, expone que la responsabilidad legal que establece el art. 17 de la LOE se independiza de la fuente contractual o extracontractual que sería procedente entre las partes afectadas, y sostiene que lo que viene a establecer tal precepto es una responsabilidad legal para el tipo de defectos constructivos que delimita; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 173, alude como fundamento a que se establece con independencia de la relación contractual que pueda haber entre el propietario del edificio y los agentes de la edificación; COLINA GARENA, o.c., p. 615, fundamenta la calificación en que: “*Nos encontramos ante una garantía legal que se desenvuelve y se configura por la LOE al margen de todo vínculo contractual, ya que la Ley la establece no sólo a favor del promotor-comitente, sino también a favor de los sucesivos adquirentes, quienes en absoluto pueden ser considerados como partes intervinientes en el contrato de obra*”; CASADO PÉREZ, J. M., *La responsabilidad jurídica en el ámbito de la edificación*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, ed. CPGJ, Madrid, 2004, p. 249, señala que es una responsabilidad *ex lege* que “*puede derivar tanto de una relación contractual (primer adquirente) como extracontractual (sucesivos adquirentes)*”.

responsabilidad para el tipo de defectos que contiene y para el caso de que concurren los presupuestos que determina la norma<sup>665</sup>; y se argumenta las ocasiones en que la norma expresamente deja a salvo las acciones contractuales de las que, por tanto, se distingue<sup>666</sup>.

En lo referente al primer argumento, efectivamente el adquirente del edificio, al margen de que no tendrá relación contractual con los agentes de la edificación diferentes al promotor, puede incluso no tenerla con éste en caso de que sea un subadquirente que haya adquirido de otro intermedio, y como veremos<sup>667</sup> la responsabilidad es de carácter indisponible, con lo que no se verá afectada por lo que establezca el contrato que pueda existir entre las partes. En relación con este argumento, se afirma que no es óbice a tal calificación que la responsabilidad derive de la intervención de los agentes producida en virtud de un contrato, porque la ley la establece con independencia de lo que en éste se determine y prescindiendo de las partes contratantes. Por esta razón se niega que se produzca la cesión de acciones<sup>668</sup> que los

---

Igualmente destaca que surge incluso frente a personas con quienes no se ha contratado, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 332; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 902, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 73. Igualmente MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 89-91, la califica como legal porque necesariamente entre el perjudicado y la persona responsable no debe existir vínculo contractual, y porque la LOE no alude a los vínculos contractuales más que para declarar subsistentes las responsabilidades contractuales. También la consideran legal MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 101, lo que derivan del art. 17 que establece una responsabilidad *ex lege*.

<sup>665</sup> Vemos este argumento en autores como CARRASCO PERERA (véase nota anterior); O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 497, quien considera legal la responsabilidad establecida en la LOE puesto que la impone la ley cuando concurren los presupuestos objetivos y subjetivos; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 29, la considera legal porque la exigibilidad de la responsabilidad: *"viene expresada y específicamente sancionada por la ley con sus propias características o privilegios, inversión probatoria, objetivación de la responsabilidad, plazos de garantía, legitimación, etc., autónoma e independiente y perfectamente compatible con el resto de acciones propiamente contractuales y/o extracontractuales..."*. En parecido sentido, DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 90.

<sup>666</sup> Véase nota 670.

<sup>667</sup> Véase epígrafe 2 de capítulo III.

<sup>668</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 89 y 91, quien aprecia que justificar la naturaleza contractual en tal cesión de acciones: *"una interpretación un tanto forzada de la ley, porque la LOE no alude a los vínculos contractuales más que para*

defensores de la naturaleza contractual de la responsabilidad ex art. 1.591 CC apreciaban para justificar la legitimación de los adquirentes no unidos por contrato con el constructor y el resto de agentes<sup>669</sup>.

Prosiguiendo con los argumentos esbozados, bastante fuerza ha tomado el de las repetidas ocasiones en que la LOE deja a salvo las acciones contractuales, particularmente en el art. 17, que en su apartado primero antes de establecer la responsabilidad de los agentes inicia su dicción señalando *“sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales”*; y en su apartado noveno dispone que *“Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa”*<sup>670</sup>.

Al carácter legal de la responsabilidad estudiada no se opone que pueda constituir al mismo tiempo un incumplimiento contractual, puesto que se sostiene que el tenor del art. 17 conlleva que la ley no se ocupe de regular el régimen de responsabilidad por incumplimiento<sup>671</sup>.

---

*declarar subsistentes las responsabilidades contractuales al margen de la ley, no hace referencia a este tipo de cesiones”.*

<sup>669</sup> Véase p. 52.

<sup>670</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 432, pone de relieve que la ley en los arts. 8, 17 y 18 señala reiteradamente que la responsabilidad que establece es diferente a la contractual; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, pp. 1.787-1.788, se refiere a los artículos 8, 10, 11 y 12; RUIZ JIMÉNEZ, J., *El promotor como garante en el proceso constructivo*, RCDI 695 (2006), p. 1.225, se fundamenta en el tenor del artículo 17.1 de la LOE, en el que también se basa MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 91, y GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 331-332, y aunque la califique a la vez de extracontractual, ROUANET MOTA, o.c. nota 382, p. 1.000. También destacan el carácter legal DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 541-542, refiriéndose a los apartados 1 y 9 del art. 17 y al art. 18. SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 902, se fundamenta en los dos apartados referidos del art. 17; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 497.

<sup>671</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 195; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 91, quien señala con fundamento en el art. 17 que el régimen de la LOE: *“se superpone, en su caso, a la responsabilidad contractual que pueda derivarse del vínculo existente entre el perjudicado y el sujeto responsable”*. En parecido sentido, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 541 y 543, los cuales

Además de los argumentos tratados, algunos autores otorgan carácter legal a esta responsabilidad al apreciar que surge del incumplimiento de obligaciones establecidas en la LOE, aunque también reconocen algunos de ellos que se presume igualmente el incumplimiento de obligaciones contractuales<sup>672</sup>, como también ha considerado el Tribunal Supremo<sup>673</sup>.

También se han basado algunos autores en la jurisprudencia que califica la responsabilidad del art. 1.591.1º CC como legal<sup>674</sup>, o se ha buscado apoyo en la Directiva 85/834/CEE a la que se refiere en su Exposición de Motivos y que señala que la creación arquitectónica y la calidad de las edificaciones revisten un interés público<sup>675</sup>.

---

destacan que *“el régimen de responsabilidad ex lege... lo es con independencia de la responsabilidad contractual derivada de la relación negocial habida entre el adquirente y promotor”*, y que *“todo vicio de construcción por esencia supone a la vez incumplimiento contractual al no entregar el bien al que se había comprometido conforme a la lex artis”*.

<sup>672</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 331-332, quien resalta que dicha responsabilidad nace independientemente de las obligaciones contractuales; en idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 902, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 73. No obstante, GONZÁLEZ POVEDA (o.c. nota 201, p. 350) y SIERRA GIL DE LA CUESTA (o.c. nota 19, p. 921) reconocen que el legislador presume además de un incumplimiento de obligaciones que impone la ley, el incumplimiento del contrato que origina su intervención.

<sup>673</sup> Cfr. sentencia de 14 de mayo de 2008 (RJ 3067) la cual *obiter dicta*, porque era de aplicación el art. 1.591 CC, señaló en cuanto los daños materiales derivados de los vicios o defectos que cubre la LOE: *“...que el Legislador presume que son debidos al incumplimiento por aquellos intervinientes de las obligaciones que les impone la propia Ley, las demás disposiciones de aplicación o el contrato que origina su intervención....”*.

RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 92, se ha opuesto a lo anterior al señalar que en general tales obligaciones son de naturaleza indudablemente contractual, sólo que es la propia ley la que las integra obligatoriamente dentro de los respectivos contratos que se concierten entre los agentes. Con ello vemos curiosamente un cierto paralelismo con los defensores de la tesis contractual del art. 1.591 CC, cuando sostenían que la *lex artis* se integraba en el contrato (véase p. 2).

<sup>674</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 332; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 902. En el mismo sentido, puede verse BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 73. Véase SSTs en p. 7.

<sup>675</sup> Tal es el caso de GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 332, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 902. En el mismo sentido, puede verse LEÓN-CASTRO ALONSO, J. *Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad civil en la LOE*, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, II, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles

Por último, y en menor medida, algunos autores igualmente defensores del carácter legal consideran que la responsabilidad surge de un quebranto de la *lex artis*<sup>676</sup> que, como veremos, para los defensores de la naturaleza contractual se integra en el contrato.

Por su parte el Tribunal Supremo a la hora de sostener la compatibilidad de la LOE con las acciones contractuales, se decanta en cierta medida por la consideración de la responsabilidad como legal al destacar su imposición por la ley<sup>677</sup>, o más claramente cuando trata la responsabilidad del promotor derivada de la LOE, al distinguirla de la emanada del contrato de compraventa<sup>678</sup>, o al tratar los plazos de

---

de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 2.666, para el que la tesis de la naturaleza legal gana enteros por el mensaje de dicha directiva.

<sup>676</sup> GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, pp. 356-357. De forma menos clara, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 186, 218 y 221, aunque consideran la responsabilidad de carácter legal, a la vez apuntan que tiene como presupuesto el incumplimiento de la *lex artis*.

<sup>677</sup> STS de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012/1122): *«Esta Sala tiene declarado que la responsabilidad que a quienes intervienen en el proceso constructivo impone el artículo 1591 del Código Civil es compatible con el ejercicio de acciones contractuales cuando, entre demandante y demandados, media contrato, de tal forma que la "garantía decenal" no impide al comitente dirigirse contra quienes con él contrataron, a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que pueden ser incluidos en el concepto de ruina, como si suponen deficiencias que conllevan un cumplimiento defectuoso, siendo de destacar que, en este sentido, el artículo 17.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre ( RCL 1999, 2799 ) , de Ordenación de la Edificación , al regular la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, dispone que "[s]in perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes..." , admitiendo de forma expresa, la coexistencia de la responsabilidad derivada del contrato o contratos que vinculan a las partes y la que impone la Ley especial»*.

En idéntico sentido pueden verse SSTs de 2 de marzo de 2012 (RJ 4635), 10 de octubre de 2012 (RJ 2013\1537) y de 22 de octubre de 2012 (RJ 11064).

<sup>678</sup> Sentencia de 2 de marzo de 2012 (RJ 4635) que con cita de otras extrae del art. 17.3 de la LOE que establece que el promotor responderá "en todo caso" lo siguiente: *«Significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras "en todo caso " que señala la norma con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la*



garantía establecidos en la LOE, aludiéndose al nacimiento de la acción de responsabilidad que se considera *ex lege*<sup>679</sup>. Con mayor claridad en la llamada jurisprudencia menor han recaído pronunciamientos que se han decantado por la naturaleza legal de la responsabilidad<sup>680</sup>.

Por otro lado, otro sector de la doctrina no tan numeroso califica esta responsabilidad de extracontractual, basándose en los mismos argumentos que esgrimen los defensores de la naturaleza legal<sup>681</sup>.

---

*misma ( SSTS de 24 de mayo (RJ 2007, 4008) y 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8855) )” ».*

En idéntico sentido, entre otras, se pronuncian las SSTS de 26 de junio de 2008 (RJ 4272), 4 de diciembre de 2008 (RJ 6950), 19 de julio de 2010 (RJ 6559), 11 de abril de 2012 (RJ 5746), 18 de septiembre de 2012 (RJ 9014), 11 de octubre de 2012 (RJ 2013\2270) y 22 de octubre de 2012 (RJ 11064).

<sup>679</sup> STS de 19 de julio de 2010 (RJ 6559): *“La garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado - diez años- de los daños causados por una mala construcción (tres plazos en la LOE). Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, como señala reiterada jurisprudencia (SSTS 4 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6881); 15 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7867); 14 de noviembre de 1991), en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad ex lege es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia”.*

<sup>680</sup> Como la SAP de la Rioja de 1 de septiembre de 2004 (JUR 264932): *“En este sentido debe señalarse el tenor del artículo 17.1 LOE, pues su texto permite afirmar que se trata de una responsabilidad de carácter legal, derivada del incumplimiento por los intervinientes en el proceso de la edificación de las obligaciones que expresamente impone la ley”.*

<sup>681</sup> ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 105, quien se refiere a los apartados primero y noveno del art. 17; MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, pp. 470-471, destaca que la LOE sólo regula las responsabilidades que no tienen origen contractual; RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 37, la cual se funda en el tenor de los arts. 17.1 y 18.1; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 24, refiriéndose al art. 17.9 y destacando que no requiere relación contractual; LLAMAS POMBO, E., *Debate: Reavivando la encendida polémica doctrinal ¿el art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación ha derogado el art. 1591 del Código Civil?*, ECI 22 (2002), pp. 48-49, se refiere al tenor de los artículos 17.1, 17.9 y 18.1, viendo en la LOE una responsabilidad extracontractual porque no requiere relación contractual, y destacando que es de carácter especial frente a la general del Código civil. RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 180, destaca su regulación al margen de las contractuales refiriéndose a los arts. 8, 17.1 y 18.1 de la LOE.

RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.118, la califica como legal o extracontractual, y no contractual, porque se establece a favor de los propietarios y terceros adquirentes.

### 1.1.2 La postura contractualista

Los autores que defienden el carácter contractual de la responsabilidad estudiada centran su atención en que dicha responsabilidad presupone una relación contractual entre el propietario del edificio y los agentes de la edificación. Consideran que la LOE al dejar al margen las responsabilidades contractuales, se refiere al régimen general de responsabilidad contractual sin que, por tanto, conlleve la negación del carácter contractual de la responsabilidad que establece que sería una responsabilidad contractual particular; y sostienen de diferentes formas que la legitimación de los adquirentes no ligados contractualmente no es un obstáculo a dicha calificación.

Por estos autores se contesta al argumento utilizado por los defensores de la naturaleza legal o extracontractual acerca de que la LOE deja al margen las responsabilidades contractuales en el art. 17.1, desde la consideración de que la responsabilidad de la LOE es una responsabilidad contractual especial o específicamente regulada por ella, por lo que el referido precepto de lo que se distingue es de la responsabilidad contractual general<sup>682</sup>.

También se argumenta por los defensores de la tesis contractualista que la responsabilidad establecida en el art. 17 de la LOE presupone una relación contractual entre el propietario del edificio y los agentes de la

---

<sup>682</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, pp. 13-14, señala que, aunque el tenor de dicho precepto (señala lo desafortunado de la expresión “*sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*”) parecería apuntar que la responsabilidad es extracontractual, la responsabilidad de los agentes frente al propietario en el momento de inicio del proceso constructivo es generalmente contractual, así como respecto de los subadquirentes, con lo que dicho precepto se refiere a otras responsabilidades contractuales de las que específicamente regula la ley. Igualmente CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 445-446, ve que la remisión del art. 17.1 es al régimen general de responsabilidad contractual; en el mismo sentido ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 196. SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 125, interpreta la frase “*sin perjuicio de las responsabilidades contractuales*” como una salvedad de la responsabilidad general contractual, diferente de la especial de la ley, porque no le parece lógico que con ello se considere que la ley en este punto alude a un incumplimiento de los especialmente pactado, como hacía el art. 1.591.2º, por la poca aplicación que ha tenido éste.

edificación<sup>683</sup>. A ello ha contestado algún autor contrario a esta tesis contractualista que destaca que puede darse el supuesto de un promotor-constructor<sup>684</sup>, lo que no consideramos suficiente porque seguirán existiendo contratos entre aquél y el resto de agentes.

Además, contrariamente a los autores partidarios de la tesis legalista, a los defensores de la tesis contractualista no les parece suficiente que la responsabilidad establecida en la LOE pueda derivar de obligaciones legales<sup>685</sup>.

Antes vimos que los autores partidarios de la naturaleza legal se basaban en la regulación de la responsabilidad que hacía la ley y en el interés público de la materia. Pues bien, a ello oponen algunos autores que no es óbice a la naturaleza contractual el carácter legal de la responsabilidad puesto que de acuerdo con el art. 1.258 CC los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, los usos y a la ley<sup>686</sup>. Como también se alega

---

<sup>683</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 444-445, salvo, dice el autor, que se trate de las personas que ocupare en la obra el contratista, refiriéndose al art. 1.596 CC. En parecido sentido, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.165, señala que *"No es pensable la responsabilidad del art. 17 sin la relación contractual entre el promotor y los agentes"*.

<sup>684</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 92-93, señalando además que *"Si se pretende conceder a los consumidores adquirentes de viviendas una protección integral...ello sólo se puede lograr equiparando las distintas situaciones susceptibles de presentarse en la práctica y prescindiendo por tanto de tomar al contrato de obra como punto de referencia..."*.

<sup>685</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.164, niega que sea suficiente para calificar la responsabilidad como legal, el que derive del incumplimiento de obligaciones legales. Tampoco supone impedimento a la tesis contractualista que sostiene DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 12, el hecho de que el autor aprecie la heterogeneidad de las obligaciones que prevé la ley, concretamente que unas son *ex lege*, pero otras son pseudo obligaciones, y otras parecen llamadas a regular las relaciones particulares.

<sup>686</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 445. En el mismo sentido, para SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 324: *"el hecho de que la responsabilidad por defectos constructivos venga impuesta legalmente no excluye su carácter contractual"*; y para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 142, *"el carácter legal de esta responsabilidad es compatible con su naturaleza contractual"* citando el art. 1.258 CC, después de señalar que es concebida por la Ley. En torno art. 1.258 CC, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona,

que no es obstáculo que la responsabilidad obedezca a razones de orden público e interés social, porque se advierte en la normativa que regula los contratos en particular aparecen, con frecuencia, normas imperativas y de orden público<sup>687</sup>.

Más concretamente, se sostiene que el defecto casi siempre deriva del mal cumplimiento de la *lex artis*, que se considera surge del contrato que celebran los profesionales con el promotor, y que en cualquier caso, la responsabilidad tiene su origen en una imputación contractual del riesgo<sup>688</sup>. Se sostiene, por tanto, que la *lex artis* como fuente de esta responsabilidad se integra en el contrato, de igual forma que, como vimos<sup>689</sup>, sostenían los autores defensores de la tesis contractual de la responsabilidad ex art. 1.591.1º CC.

Como dijimos antes, este sector doctrinal señala de diferentes formas que no es impedimento a su tesis el reconocimiento de legitimación de los adquirentes no ligados contractualmente. Así, se sostiene que por medio del contrato de compraventa del inmueble se ceden las acciones contractuales que tenía el propietario frente a los agentes, del mismo modo que en ocasiones ha considerado el Tribunal Supremo al aplicar el art. 1.591 CC<sup>690</sup>, argumentación a la que hemos visto que se oponen algunos defensores de la tesis legalista. Otros autores, también defensores de la tesis contractual, no ven que esta legitimación conlleve que se califique de extracontractual la responsabilidad, bien porque la

---

2008, p. 26, opina que dicho artículo es muestra de la fragilidad de la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

<sup>687</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 445.

<sup>688</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.165-1.166. De igual modo considera la *lex artis* como objeto del contrato aunque no conste expresamente en el contrato, SAN SEGUNDO MANUEL, o.c. nota 19, p. 28.

<sup>689</sup> Véase p. 2.

<sup>690</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, pp. 13-14. En este punto observamos cierto contraste con la situación del art. 1.591 CC, porque la doctrina recaída sobre el art. 1.591 utilizaba el instrumento de la cesión de acciones para superar el obstáculo que suponía la relatividad de los contratos de cara a otorgar a los adquirentes de lo edificado acción (véase p. 52), mientras que ahora con la LOE, dado que la legitimación activa de los adquirentes no se discute, se utiliza dicha cesión para calificar la responsabilidad.

LOE ha reducido los daños al edificio como objeto del contrato de edificación<sup>691</sup>, o porque todos los derechos requieren un reconocimiento legal<sup>692</sup>.

También se argumenta que la legitimación activa de los terceros adquirentes confirma la calificación como contractual, porque no se reconoce a cualquier tercero perjudicado<sup>693</sup>, aunque ciertamente la limitación de la legitimación activa es una consecuencia lógica y natural de que la LOE cubra los daños materiales producidos en el edificio<sup>694</sup>.

En relación toda esta cuestión, hemos de señalar que se ha visto en la legitimación activa que confiere la LOE una muestra de la fragilidad de la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual<sup>695</sup>.

Otro argumento utilizado para defender la naturaleza contractual es la referencia que hace la ley a la recepción de la obra lo que presupone la existencia de un vínculo contractual<sup>696</sup>. Sin embargo, a lo anterior se ha opuesto que el tratamiento de la recepción obedece a la intención del legislador de tomar un punto de referencia objetivable en el cómputo de

---

<sup>691</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 125, a la cual, a pesar de que la legitimación de los terceros adquirentes podría conllevar la calificación como extracontractual, no le parece muy acorde que una ley que haya reducido los daños al propio edificio, como objeto del contrato de la edificación, se califique como tal, de ahí que la califique de contractual pero señala que el ámbito del contrato sigue abarcando a los terceros adquirentes.

<sup>692</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.164-1.165, quien añade que *“si la acción la ejercita el promotor, nadie dudaría en calificarla como contractual y, sin embargo, su contenido es el mismo aun cuando la ejercite un sujeto que no está ligado contractualmente con el agente”*.

<sup>693</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 445.

<sup>694</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 94.

<sup>695</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, o.c. nota 686, pp. 27-28, se refiere al supuesto del fabricante y a la legitimación del art. 17 de la LOE, y advierte en cuanto al primero que se hace tabla rasa de la distinción pasando a primer término el derecho del consumidor a ser indemnizado, sin que juegue (salvo matices dice el autor) la circunstancia de que la compra se haya realizado al fabricante mismo o en el último eslabón de la cadena.

<sup>696</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 444.

los plazos de garantía<sup>697</sup> lo cual, como veremos, sostiene gran número de autores y lo confirma la Exposición de Motivos<sup>698</sup>.

Por último, también se ha fundamentado esta naturaleza contractual en que en el art. 17.1 no figura una norma análoga a la del párrafo segundo del art. 1.591 CC, que constituía el principal argumento para sostener que el párrafo primero no establecía una responsabilidad contractual<sup>699</sup>.

### 1.1.3 Valoración crítica

A la vista de que la responsabilidad regulada en el art. 17 de la LOE se establece en favor de los propietarios del edificio que, por su condición de subadquirentes, pueden no tener vínculo contractual con los agentes de la edificación, no es de extrañar que algunos autores se desmarquen de las tesis anteriores. Así, se sostiene que estamos ante una responsabilidad mixta, contractual y extracontractual, que no termina de adecuarse a ningún régimen, aunque se considere que tiene origen en el contrato<sup>700</sup>, o que es un régimen legal que no es de suyo ni contractual ni extracontractual, porque lo será en función de que medie una relación contractual o no entre el agente y el propietario perjudicado<sup>701</sup>.

---

<sup>697</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 94.

<sup>698</sup> Véase epígrafe 2.1.1 de capítulo VI.

<sup>699</sup> Así lo destaca CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 445.

<sup>700</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 43 y 44. Señala la autora: *“Qué duda cabe que su origen está en un contrato. No es derecho de daños puro, pero sus consecuencias consiguen despegarse tanto de la esfera o ámbito estrictamente contractual que parecen cobrar independencia y vida propia, y surgir, ya no del contrato, sino del principio general del «no dañar»”*.

<sup>701</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 425, y o.c. nota 281, p. 91. En parecido sentido VALLS LLORET, o.c. nota 448, p. 28. Dentro de este sector podemos incluir a RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 88-91 y 94, que califica la responsabilidad como indiferentemente contractual o extracontractual, aunque con origen legal por no requerir vínculo contractual. Dicho autor niega la naturaleza contractual de la responsabilidad con fundamento en la literalidad del tantas veces referido art. 17, en que la LOE contempla tres grupos de causas asignándoles unos plazos de garantía y prescripción diferentes a las acciones contractuales, así como en que los legitimados activos y pasivos no se encuentran limitados a las partes del contrato o sus causahabientes, puesto que la legitimación se concede mediante una transferencia

También se ha destacado que incluso cuando surge esta responsabilidad en el ámbito contractual se han desbordado sus límites, lo que resulta una confirmación de la fuerza expansiva del Derecho de la responsabilidad<sup>702</sup>.

A pesar de todas estas posturas doctrinales, la separación entre la responsabilidad contractual y extracontractual no puede ser tajante<sup>703</sup>. Además, la jurisprudencia no se hace eco normalmente de las diferencias que señala la doctrina, o las diluye de tal manera que carecen de virtualidad<sup>704</sup>, y aplica las normas de las obligaciones a la responsabilidad extracontractual<sup>705</sup>.

---

*ope legis* de la acción. Incide el autor en que “en el art. 17.1 el legislador no se estaría pronunciando... a favor de una responsabilidad de origen legal, sin más. Simplemente se estaría pronunciando sobre el carácter omnicompreensivo de la responsabilidad ex art. 17”, y en que “...su finalidad queda más bien reducida a generalizar...con independencia de los vínculos contractuales existentes, un régimen peculiar de responsabilidad que, por su funcionamiento, por los sujetos que intervienen y por su particular régimen probatorio, merece un tratamiento diferenciado de los generales de la responsabilidad contractual y extracontractual”.

<sup>702</sup> XIOL RÍOS, J. A., en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. XII, prólogo.

<sup>703</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, o.c. nota 686, p. 25, quien se basa en la común finalidad reparadora de ambas responsabilidades para señalar que se ha atenuado la tajante separación que había entre ambas, y LLAMAS POMBO, E., en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1.205-1.206, el cual niega que la distinción pueda ser tajante debido a la dificultad de determinar si el daño deriva de un tipo u otro y a la permeabilidad entre las normas de ambas. Más expresivamente, LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 262, señala que la separación entre una responsabilidad y otra despliega su importancia en el momento genético de la obligación, siendo intrascendente con posterioridad.

Destaca DE ÁNGEL YAGÜEZ, o.c. nota 686, p. 24, que la tradicional distinción basada en que en la contractual la culpa se presumía mediante la aplicación analógica del art. 1.183 CC y en la extracontractual era necesario su prueba, carece de sentido por la jurisprudencia que invierte la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil.

<sup>704</sup> Son palabras de LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, p. 1.206. Alude el autor como diferencias que suele apreciar la doctrina además del plazo de prescripción, diferente funcionamiento del *onus probandi*, diferente juego de las cláusulas de exclusión o modificación de la responsabilidad, la capacidad del sujeto responsable, la competencia territorial, el grado de culpa exigible, la extensión del deber de indemnización. Ampliamente pueden verse las diferencias entre ambos regímenes, así como su reducción en la práctica en REGLERO CAMPOS, o.c. nota 661, pp. 138-144. También puede verse PARRA LUCÁN, M. A., en *Curso de Derecho civil*, II, coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz, ed. Colex, Madrid, 2008, p. 873, quien señala como

Pero además, lo verdaderamente importante es que la trascendencia de este debate era mayor con el art. 1.591.1º CC ya que marcaba el plazo de prescripción aplicable<sup>706</sup>, mientras que el art. 18 de la LOE prevé un plazo especial, razón por la que muchos autores señalan que la polémica sobre la naturaleza ha sido superada o que ha dejado de ser fundamental<sup>707</sup>. A lo anterior se une la especial regulación que hace la LOE de la responsabilidad estudiada, no sólo en materia de prescripción, que se suele destacar como la diferencia fundamental entre una responsabilidad y otra<sup>708</sup>, sino también al determinar los legitimados activos y pasivos, así como el plazo de garantía<sup>709</sup>. No obstante, como analizaremos, para algunos autores de la naturaleza se derivan

---

ejemplos de diferencias que se han ido matizando, que en los dos ámbitos se aplica la regla de la solidaridad o se imputa la responsabilidad por dependientes o se modera la responsabilidad del agente.

<sup>705</sup> LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, p. 1.205, destaca la permeabilidad entre las normas de un régimen y otro; DE ÁNGEL YAGÜEZ, o.c. nota 686, p. 25, se refiere a la aplicación de preceptos que pueden reputarse comunes; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 661, p. 137, a la aplicación de los arts. 1.101 y ss. a la responsabilidad extracontractual, mostrándose a favor de la unificación del régimen de ambas responsabilidades (o.c. nota 661, p. 145); DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 313, se hacen eco de que la jurisprudencia aplica el régimen de la responsabilidad contractual subsidiariamente a la extracontractual; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 262, se refiere con carácter general a la aplicación de las reglas y principios de la teoría general de las obligaciones a la responsabilidad extracontractual. También puede verse LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 447, refiriéndose a la aplicación del art. 1.104 CC al ámbito de la responsabilidad extracontractual por parte de la jurisprudencia.

<sup>706</sup> Véase p. 7.

<sup>707</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 126, destaca que ha dejado de ser fundamental por tal razón, y RAYÓN BALLESTEROSA, o.c. nota 270, p. 1.606, que ha sido superada. En análogo sentido pueden verse, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 141; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 90; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4629-4630.

<sup>708</sup> Como pone de relieve PARRA LUCÁN, o.c. nota 704, p. 873.

<sup>709</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4629-4630. En la misma línea, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 425, le resta importancia a esta temática al destacar que la LOE somete al mismo régimen los daños que cubre cualquiera que sea la naturaleza (contractual o extracontractual) de la responsabilidad.



importantes consecuencias en la articulación de la LOE con otros regímenes de responsabilidad previstos en el ordenamiento jurídico<sup>710</sup>.

Al margen del mayor o menor interés de la materia, por nuestra parte consideramos que en el fondo estamos ante una responsabilidad contractual, independientemente de que la ley, sea la fuente mediata, al determinar los hechos de los que las obligaciones nacen<sup>711</sup>. Pues bien, estos hechos concluimos que no son otros que la edificación por los agentes, la cual se instrumenta en origen a través de contratos entre ellos. Además, precisamente un supuesto de contrato a favor de tercero es aquel en el que el dueño del terreno pacta con el contratista la construcción de una obra a favor de tercero<sup>712</sup>.

Además, la responsabilidad estudiada no encaja correctamente en un supuesto de responsabilidad extracontractual, porque en éste no media una relación civil previa y concreta que permita a uno exigir y fuerce al otro prestar<sup>713</sup>. Efectivamente, debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿los agentes de la edificación sin vínculo contractual con el adquirente<sup>714</sup> tienen algún tipo de relación previa con él?, ¿su obligación de reparar surge de forma espontánea por el daño, o hay una deuda insatisfecha por la existencia de defectos o vicios de la construcción que les obliga a ello? Como se puede aventurar consideramos que sí la hay, aunque no sea en forma de contrato directo entre ellos, puesto que la actuación de los agentes no es casual (como tampoco su

---

<sup>710</sup> Véase capítulo IX.

<sup>711</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 115, siguiendo a ALBALADEJO GARCÍA, M., sobre el que puede verse *Derecho civil*, II-1, ed. José María Bosch, Barcelona, 1994, p. 266, para el que “la ley no es una fuente de obligaciones, sino que es la que puede crear fuentes, asignando a los hechos el efecto de producir el nacimiento de aquéllas”.

<sup>712</sup> En tal sentido LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 521. Estamos de acuerdo con que en este supuesto el tercero está previamente determinado, y en el nuestro no, pero no vemos que ello sea suficiente para negar el carácter contractual.

<sup>713</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 164. O como señala LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 261, “son por principio extrañas la una a la otra...”.

<sup>714</sup> Esto es, al margen de la relación contractual que pueda tener el legitimado activamente con los agentes, como ocurre entre el promotor y el resto de los agentes por él contratados, o entre el mismo y el primer adquirente del inmueble.

responsabilidad), sino que va encaminada a poner en el mercado un bien terminado dirigido a los futuros adquirentes. Esto conforma una relación superior que es independiente a la vez del mayor o menor número de contratos que pueda haber entre los agentes de la edificación<sup>715</sup>.

En línea con lo anterior, el Tribunal Supremo ha visto en algunos supuestos una responsabilidad contractual sin exigir contrato entre las partes, sino una relación análoga<sup>716</sup>, para lo que parte de lo ya apuntado respecto de que la obligación de reparar no surge en ellos del daño, sino de una relación previa<sup>717</sup>.

Por último, conviene anticipar la delimitación que haremos acerca de que una cosa son los vicios o defectos constructivos que consideramos incumplimiento en sentido propio; y otra, los daños derivados de los vicios distintos de su propia existencia, que defendemos se imputan a los agentes por pura relación causal y por la finalidad protectora de la norma<sup>718</sup>. Esto no resta a la naturaleza contractual de la responsabilidad porque podríamos ver detrás de ello, como se ha visto por algún autor detrás de los deberes contractuales, que subsiste como fondo la

---

<sup>715</sup> V.g. supuesto del promotor-constructor.

<sup>716</sup> Como señala YZQUIERDO TOLSADA, o.c. nota 178, pp. 294 y 295, comentando la STS de 26 de enero de 1984 (RJ 386). Dicha sentencia consideró responsabilidad contractual la que exigía un propietario de un local dañado por filtraciones de aguas fecales a la empresa que tenía a su cargo el servicio del alcantarillado de la ciudad la cual sólo tenía relación contractual con el Ayuntamiento. Recalca la sentencia en lo que nos interesa: *“que la obligación de reparación de la red indicada a consecuencia de las filtraciones que causaron los daños a la actora no surgió ex novo a virtud de esos daños y por causación material de la recurrente sino que deriva de la relación jurídica previa existente entre ambas partes”*.

A lo anterior se une que cada vez más los Códigos europeos, la doctrina y la jurisprudencia están reconociendo algunos efectos del contrato para terceros, como señala GARCÍA CANTERO, G., *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 176, quien se refiere al art. 42 del Proyecto de Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía cuyo tenor ya no limita los efectos del contrato a las partes y a sus causahabientes como hace el art. 1.257 CC.

<sup>717</sup> Cuestión diferente es que en la responsabilidad prevista en la LOE, por el modo de operar la realidad, se parta de la existencia del daño para presumir el incumplimiento (véase epígrafe 3 de capítulo IV).

<sup>718</sup> Véase epígrafe 3 de capítulo IV.

extracontractual, completando a la primera e integrando los elementos conducentes a un pleno y satisfactorio resarcimiento<sup>719</sup>.

## **1.2 Carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad. En especial la naturaleza de la responsabilidad del constructor**

### **1.2.1 Diferentes posturas doctrinales**

Al margen de la particular naturaleza de la responsabilidad del promotor, una vez constatado un defecto o vicio de la construcción en el edificio, nos surge la pregunta de qué se requiere para que éste haga responder a los agentes de la edificación, más concretamente, si es necesario o no que se haya causado por culpa o negligencia del agente, esto es, si es un sistema de responsabilidad subjetiva u objetiva<sup>720</sup>.

---

<sup>719</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, o.c. nota 686, p. 26.

<sup>720</sup> Aunque nos hemos decantado por la naturaleza contractual, sobre la evolución de la responsabilidad extracontractual desde la concepción culpabilística hacia la objetiva, pasando por la inversión de la carga de la prueba de la culpa o la exigencia de una diligencia exquisita, por razones del mayor riesgo que conllevó el desarrollo industrial, y de un cambio de conciencia social interesada en reparar el daño, puede verse a DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Fundamento de la responsabilidad civil. Culpa y riesgo. Responsabilidad objetiva. Régimenes especiales de responsabilidad*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 125-129; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 661, p. 55, y *Los sistemas de responsabilidad civil*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 249-260, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, pp. 314-316; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, pp. 419-427.

Particularmente, LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, pp. 265 y 278, señala que hoy la responsabilidad objetiva constituye la regla general porque en nuestra actual sociedad importa más la naturaleza reparadora de la responsabilidad extracontractual que la determinación del sujeto responsable, y también constata que el TS ha invertido la carga de la prueba de la culpa en beneficio de la víctima. Expone el autor que los Principios europeos de responsabilidad civil (PETL), en su art. 4:201 establecen una inversión de la carga de la prueba al señalarse en su primer párrafo: “*puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta*”. Dichos principios son el resultado del trabajo de un grupo de expertos a nivel internacional en la materia denominado European Group on Tort Law, y que fueron presentados en Viena en 2005. Sobre el alcance de dichos principios, puede verse el mismo autor, o.c. nota 661, pp. 265-267, quien señala que no tienen carácter vinculante para los ciudadanos, pero pueden tenerse en cuenta por los legisladores nacionales cuando se lleven a cabo reformas legislativas, y ser utilizados por los jueces en defecto de

Pues bien, para la mayoría de autores la responsabilidad estudiada es de naturaleza objetiva<sup>721</sup>. Se basan en que las causas de exoneración previstas en el art. 17.8 de la LOE consistentes en el caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o del propio perjudicado por el daño, son parecidas a otros sistemas de responsabilidad objetiva<sup>722</sup>. También se destaca que no exonera a los agentes de la edificación haber empleado la diligencia debida y que las causas de exoneración previstas en la LOE inciden en el nexo causal<sup>723</sup>, que es lo relevante en los sistemas objetivos<sup>724</sup>.

---

norma nacional aplicable o de una interpretación uniforme de ésta, como elementos orientadores para resolver aquellas contiendas más complicadas.

<sup>721</sup> Ello aunque no consta expresamente en la ley el carácter objetivo, como sí constaba en el Anteproyecto de 1998. En tal sentido, GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 97. También destacan el carácter objetivo en el referido anteproyecto, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 424; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 83. Igualmente al art. 1.600 CC en su redacción dada por el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”, se le atribuye por CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 423, que continuaba con la tendencia objetivadora.

<sup>722</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 104, señala que las causas de exoneración son similares a otros supuestos de responsabilidad objetiva, refiriéndose a la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, al art. 6 de la Ley de Productos Defectuosos y al art. 33.5 de la Ley de Caza; en igual sentido SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, pp. 136-137.

Dispone le art. 17.8 de la LOE: *“Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño”*.

<sup>723</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.319, considera que parece recogerse la jurisprudencia del TS en el sentido de que aparecidos vicios debidos a defectos de la edificación durante los plazos de garantía se presume la culpa, pero para la autora de acuerdo con el art. 17.8: *“Parece, además, que la prueba de la propia diligencia sería inoperante para negar la responsabilidad, como si la culpa se presumiera «iure et de iure»”... “lo que deben probar los agentes es que el daño no lo produjeron ellos, lo que equivale a negar el nexo causal”*; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 424, aprecia el carácter objetivo en las causas de exoneración y destaca el componente causal de la responsabilidad al señalar que basta que se produzcan daños materiales en el edificio por vicios o defectos de construcción que se manifiesten en los plazos de garantía para que surja la responsabilidad, y en parecido sentido al último BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 83-84.

Como otros autores que sostienen a la vista del art. 17.8 la irrelevancia de la diligencia o negligencia de los agentes, pueden verse, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 323; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 105; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, pp. 68 y 91; SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, pp. 136-137; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 183 y 195; ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 108; ESPINOSA LABELLA, o.c. nota 334, p. 6; PEÑAS MOYANO, o.c. nota 289, p. 172; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 227;

No obstante, se reconoce que este régimen de naturaleza objetiva es ciertamente riguroso, pero a la vez que es justo porque los plazos de garantía constituyen una contrapartida al mismo<sup>725</sup>.

Dentro de este sector algunos autores, dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad, resaltan expresamente que su nacimiento tiene lugar por la producción de daños materiales en el edificio<sup>726</sup>. Ahora bien, dado que la producción de estos daños puede deberse a múltiples causas, ésta no es suficiente para imputarlos a los agentes por muy objetiva que sea la responsabilidad<sup>727</sup>, sino que subyace a lo anterior que se presume que

---

FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 257; MARTÍN OSANTE, J. M., *La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del texto refundido 1/2007*, RdP 24 (2010), p. 116. Otros autores que han destacado que la responsabilidad se establece en atención a una relación de causalidad entre la intervención de los agentes de la edificación y el defecto constructivo, por lo que las causas de exoneración romperán tal relación de causalidad, son RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 45; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 497; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 266-267.

<sup>724</sup> Como señala REGLERO CAMPOS, o.c. nota 720, p. 291, en referencia a los sistemas objetivos de responsabilidad, se es responsable siempre que no medie un curso causal que excluya la imputación objetiva; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 265, señala que en dichos sistemas, con carácter general, la obligación de resarcimiento se genera simplemente por la relación de causalidad. También pueden verse, REGLERO CAMPOS, L. F., y MEDINA ALCOZ, L., *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 768, y LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 468, quien señala que en los sistemas objetivos el demandado sólo puede exonerarse negando la realidad del daño o demostrando que le es ajeno, cobrando el nexo causal especial relieve porque no existe la barrera de la no-culpa.

<sup>725</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 428-429.

<sup>726</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 125, señala que “...producido el daño dentro del período de garantía responden los agentes de la construcción, sin que haya que analizar contenidos de culpa...”; CABANILLAS SÁNCHEZ y BRENES CORTÉS (véase nota 723); SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 323, con matices dado que en lo siguiente parece exigir una prueba de la relación de causalidad que no compartimos (véase epígrafe 3 de capítulo IV) señala que este sistema objetivo: “*implica que probado el daño y la relación de causalidad, y sin necesidad de entrar a valorar si el agente ha actuado o no negligentemente, existirá responsabilidad de éste, a no ser que concurra una de las causas de exoneración enumeradas en el art. 17.8*”; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 104, señala que “*la LOE parte de que la aparición de alguno de los defectos constructivos señalados en el art. 17.1, en sus correspondientes plazos de garantía, implica una atribución inmediata de responsabilidad...*”.

<sup>727</sup> Esta afirmación puede verse en STS de 5 de enero de 2006 (RJ 131): “*Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de*

estos daños se deben a defectos de la construcción<sup>728</sup>, con lo que estaríamos ante una responsabilidad objetiva que además se presume.

Por otro lado, también se aprecia como fundamento del carácter objetivo, que el art. 17.3 de la LOE, en caso de causa desconocida del daño, haga responder a los agentes solidariamente, como veremos<sup>729</sup>, a la vez que no se considera obstáculo a tal calificación que el precepto utilice el término culpa para hacer responder solidariamente en caso de concurrencia de culpas sin poderse precisar el grado de responsabilidad de cada agente, porque se entiende tal término como sinónimo de causa<sup>730</sup>. Por este camino se ha destacado que se responde por la producción del defecto en la esfera de funciones del agente<sup>731</sup>.

---

*responsabilidad por riesgo u objetivada*". Resolvía esta sentencia un supuesto de responsabilidad del arrendador de un inmueble por falta de conservación del mismo.

<sup>728</sup> Tangencialmente algunos autores se han referido a esta relación entre la responsabilidad objetiva y la presunción del nexo, como LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 106, el cual señala que es objetiva, presumiéndose simplemente el nexo causal, no la culpa, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.625, autora que aprecia que la presunción de causalidad atribuye un cierto carácter objetivo, dado que únicamente la ruptura del nexo exonera de responsabilidad. Más claramente RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 106, señala que además de que no debe probarse la negligencia del agente, tampoco debe probarse el nexo causal, y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 183, destaca que *"no sólo se está presumiendo el carácter originario de los defectos, sino que, además, los que tienen este carácter, se imputan sin necesidad de probar su culpa..."*.

<sup>729</sup> Al estudiar la distribución de responsabilidades entre los agentes (véase epígrafe 3.2.2 de capítulo VIII). El art. 17.3 dispone en lo que aquí interesa: *"No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente"*.

<sup>730</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 266, señala, en referencia al supuesto de solidaridad cuando no se conozca la causa de los daños, que no tendría sentido que en unos casos bastara con no conocer la causa, y que en otros supuestos fuera necesario la culpabilidad, por lo que concluye que el legislador utiliza indistintamente las nociones de causa y de culpa, y que por concurrencia de culpas debe entenderse concurrencia de causas; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 85, análogamente observa que de acuerdo el art. 17.3 se responde si no se consigue probar la falta contribución causal lo que conlleva el carácter objetivo de la responsabilidad. Advirtiendo que no resulta correcto que la ley se refiera a dicha concurrencia de culpas cuando la responsabilidad es objetiva, puede verse SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 125, y SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 323, quien también destaca que cuando el legislador utiliza la expresión concurrencia de culpas lo hace en el sentido de concurrencia de causas. En sentido análogo, ORTI VALLEJO, o.c. nota

En relación con lo anterior, por otros autores que defienden el carácter objetivo consideran que esta responsabilidad surge del riesgo generado por la actividad de los agentes de la edificación o del beneficio obtenido<sup>732</sup>. No compartimos este pensamiento porque, al margen de que un esquema de responsabilidad por beneficio no encaja bien en algún supuesto como en el de la autopromoción y posterior venta por el autopromotor, no vemos que se impute la responsabilidad por el riesgo de daños que genera la actividad, sino que lo que ocurre, en nuestra opinión, es que, dado que se parte del daño y luego se presume el incumplimiento, hay una aparente similitud con el sistema de responsabilidad extracontractual típica, en que igualmente el daño, el desenlace ocurrido<sup>733</sup>, pasa a primer término. Además, este riesgo en absoluto consideramos que puede recaer sobre la producción de todo daño que pueda sufrir el edificio, porque si no se imputarían todos los daños que presente el edificio sin

---

4, p. 1.168; CORDERO LOBATO, o.c. nota 422, p. 329, quien señala que más que concurrencia de culpas se trata de imputabilidad del vicio a varios agentes, y HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 183, la cual considera que el precepto se refiere al grado de intervención de cada uno en el daño, y no a la culpa.

La utilización del término culpa por el art. 17.3 para FEMENÍA LÓPEZ, P. J., *Comentario a la STS de 10 de marzo de 2004*, CCJC 66 (2004), p. 1.255, resulta de una defectuosa unificación del régimen del Anteproyecto de Ley de 1998, en el cual existía un régimen de responsabilidad objetivo y otro subjetivo pasados los plazos de garantía, por lo que también concluye que cuando la ley habla de concurrencia de culpas debe entenderse como de causas.

<sup>731</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 106 (nota 33), y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 673-674, se refieren a la exoneración o no del agente en función de si el origen del defecto se encuentra fuera o dentro de su esfera de control. En análogo sentido, para ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.167, la responsabilidad no depende de la culpa, sino del hecho que el defecto tenga su origen en el ámbito de competencias del agente, de acuerdo con los arts. 8 a 15 de la LOE, preceptos que sirven como criterios objetivos de imputación.

<sup>732</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 266-267. Aluden al riesgo, aunque enlazándolo con una presunción *iuris tantum* de culpa, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 497, para quienes su creación genera “*con contadas excepciones de difícil probatura, la responsabilidad de los Agentes....*”. También puede verse RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 45, la cual enlaza riesgo y diligencia, señalando que el riesgo desplaza al agente la carga de la prueba de la diligencia. Igualmente se manifiestan sobre este enlace, ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 86.

<sup>733</sup> Como señala DE ÁNGEL YAGÜEZ, o.c. nota 686, p. 10.

posibilidad de exoneración<sup>734</sup>. Diferente cuestión es la específica distribución de los riesgos derivados del contrato de obra que contempla el CC, y que veremos a continuación.

Otro de los argumentos que se esgrimen para defender el carácter objetivo es el establecimiento de un seguro por la LOE el cual suele acompañar a estos sistemas<sup>735</sup>.

También se ha sostenido que el hecho de que por lo general no exonere el cumplimiento de la normativa administrativa, sólo se puede explicar si se parte de una responsabilidad por riesgo<sup>736</sup>.

Por último, se podría alegar en favor del carácter objetivo de la responsabilidad que el legislador ha limitado el alcance de los daños resarcibles a los materiales causados al edificio, porque la responsabilidad objetiva lleva ordinariamente una limitación del tipo o cuantía de daños<sup>737</sup>.

---

<sup>734</sup> No es lo mismo nuestro supuesto que el riesgo de que un cazador alcance con un disparo a alguna persona, o el riesgo de que una industria cause daños a terceros.

<sup>735</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 424, señala que el carácter objetivo se explica por la suscripción obligatoria de los seguros que impone la ley. También consideran que el seguro refuerza el carácter objetivo, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 125; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 497; RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 45; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 185; PEÑAS MOYANO, o.c. nota 289, p. 173, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 267.

En la doctrina generalista también destacan la presencia de seguro como característica de los sistemas objetivos, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, pp. 315-316; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 425; DE ÁNGEL YAGÜEZ, o.c. nota 686, p. 98; XIOL RÍOS, J., *La responsabilidad civil de los profesionales*, AAMN 49 (2009), p. 579, aunque al referirse a la LOE señala que la misma es una excepción porque normalmente se trata de un seguro de responsabilidad civil. Estos seguros conllevan que en los sistemas objetivos los costes de la responsabilidad no se soporten por el empresario sino por la sociedad a través de las primas correspondientes, como destacan REGLERO CAMPOS, o.c. nota 720, pp. 266-268, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 315-316.

<sup>736</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 267-268, quien equipara el cumplimiento de la normativa administrativa a la diligencia. Sobre los efectos de tal cumplimiento véase epígrafe 2.3.5 de capítulo V.

<sup>737</sup> En tal sentido XIOL RÍOS, o.c. nota 735, p. 571, quien se refiere al art. 17 de la LOE. También se aprecia esta tendencia en los PETL, pudiéndose ver SPIER JAAP, en *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, coord. por M. Martín-Casals, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 101, quien se refiere al art. 5:101 de dichos



Sin embargo, otros autores consideran la responsabilidad tratada como subjetiva, con fundamento precisamente en las causas de exoneración previstas en el art. 17.8 de la ley<sup>738</sup>.

Estos autores señalan que esta responsabilidad se basa en la culpa, la cual se presume; destacando que es la misma inversión que el Tribunal Supremo consideraba en aplicación el art. 1.591 CC<sup>739</sup>, sin dejar de reconocer la objetivación de la responsabilidad de la LOE por tal presunción de culpa<sup>740</sup>.

---

principios que en cuanto a la responsabilidad por riesgo hace responder del daño característico del riesgo de la actividad.

<sup>738</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 107, ve en las causas de exoneración que se habla de culpa de manera implícita; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 433, para quien de la referencia expresa a las causas de exoneración que contiene dicho precepto resulta el carácter no objetivo de la responsabilidad; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, pp. 33-34; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 352, aunque a la vez apunta que está en buena medida objetiva por la inversión de la carga de la prueba que establece el art. 17.8; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 86.

<sup>739</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo I.

<sup>740</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, pp. 438-439, para el que se trata de una responsabilidad en la que se presume culpa, señala que aunque es subjetiva se acerca a la responsabilidad objetiva por la inversión de la carga de la prueba según jurisprudencia del TS; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, pp. 84-85, la califica de subjetiva porque se considera que en realidad es una presunción de culpa o inversión de carga de la prueba que venía sosteniendo la doctrina y jurisprudencia con el art. 1.591 CC; en análogo sentido al anterior, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 44; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 497 y 534, consideran que de hecho se asemeja a la responsabilidad objetiva por la presunción de culpa; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, pp. 22-23, y junto con SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 218, aprecia que la responsabilidad, más que objetiva, es objetivada porque se presume que existe una acción u omisión negligente del agente, que siempre responderá salvo las causas de exoneración previstas en la norma, razón por la que SEIJAS QUINTANA, J. A., *Responsabilidad civil. Principios y fundamentos*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, ed. Sepín, Madrid, 2007, pp. 37-38, señala que el art. 17 de la LOE es una excepción a las reglas probatorias del art. 217 de la LEC que impone al autor probar los hechos fundadores de su pretensión y al demandado los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos anteriores; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 350, también se basa en la presunción de culpa, pero reconoce cierta tendencia objetivadora por tal presunción al señalar que surge la responsabilidad “del hecho de que nazcan de los vicios o defectos afectantes a los distintos elementos de la construcción y que el legislador presume que son debidos al incumplimiento por aquellos intervinientes de las obligaciones que les impone la propia Ley, las demás disposición que sean de aplicación o por el contrato que origina su intervención (art.

Asimismo, en cuanto las menciones que hace la LOE al término “culpa”, que los defensores de la naturaleza objetiva no estimaban como un obstáculo a su posición, se ha afirmado que constituyen resabios culpabilísticos en la ley y que no existe una objetivización completa<sup>741</sup>.

Expuesto lo anterior, debemos preguntarnos por qué a la vista de las mismas causas de exoneración unos llegan a la conclusión de que estamos ante una responsabilidad objetiva y otros ante una subjetiva. Esto ha sido respondido por algunos autores que sostienen que no es necesario para una responsabilidad de naturaleza objetiva que no quepa exoneración, sino que se prescinda de la culpa<sup>742</sup>. Se ha puesto la atención en que algunos consideran necesario para que nazca la responsabilidad objetiva que no quepa exoneración, mientras que para otros basta con que nazca la responsabilidad con independencia de la culpa<sup>743</sup>, postura esta por la que nos decantamos<sup>744</sup>.

En nuestra opinión, en lo dicho late una diferente concepción de la incidencia de las causas de exoneración. Concretamente, los partidarios de la naturaleza subjetiva verían que las causas de exoneración interfieren en la culpa; y los otros, que rompen el nexo, esto es, las

---

8)”; en idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 921. En el mismo sentido pueden verse, JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 24, y CASADO PÉREZ, o.c. nota 664, p. 250.

<sup>741</sup> GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, pp. 94-95. Se refiere el autor como ejemplo de ellos al art. 17.3 que habla de concurrencia de culpas. En contra véase nota 730.

<sup>742</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 323.

<sup>743</sup> Así lo destaca SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, pp. 136-137. Efectivamente, lo dicho lo vemos confirmado en otros autores, como SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 198, y QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, p. 347, quienes defienden el carácter subjetivo porque cabe exoneración.

<sup>744</sup> Nos basamos en DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 660, p. 541, quienes califican como una objetivación de la responsabilidad absolutamente a aquella que no admita causas de exoneración, y en REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ, o.c. nota 724, p. 845, los cuales señalan que el número de las causas de exoneración determina el tipo de responsabilidad objetiva estatuido por la ley. ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 199, aprecia grados de responsabilidad objetiva al señalar que la estudiada no es absoluta por las causas de exoneración previstas legalmente.

concepciones subjetiva y objetiva del caso fortuito<sup>745</sup>, diferentes concepciones que observamos en algunos autores<sup>746</sup>.

En relación con lo anterior, no consideramos obstáculo a la calificación objetiva de esta responsabilidad que el caso fortuito figure como causa de exoneración y que éste no exonere en los sistemas objetivos de responsabilidad, por ser un evento interno a la actividad, de acuerdo con el criterio de interioridad o exterioridad del acontecimiento<sup>747</sup>. Como veremos más adelante, debido a la atribución de los riesgos de pérdida de la obra que hace el CC, las causas de exoneración que señala la LOE no operan con anterioridad a su recepción, porque ello significaría la

---

<sup>745</sup> Como señala DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LÉON, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 726-727, la concepción subjetiva del caso fortuito lo identifica con la ausencia de culpabilidad, frente a otra concepción que lo concibe como ruptura del nexo causal, en la cual se alinea el mismo. Como señala este autor, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 414-415, se refería al caso fortuito como un “suceso” aludiendo a la redacción del art. 1.105 CC, y (o.c., pp. 241-242, nota 12) ponía de manifiesto que el art. 1.147 CC francés emplea el concepto de “causa extraña”, lo que señala DÍEZ-PICAZO (o.c. nota 745, p. 727) debe significar: “eventos o hechos exteriores, que queden fuera del ámbito o marco de control del deudor”, y aunque admite que será diferente éste según se trate de una diligencia media o profesional, añade: “pero resta la idea del carácter extraño y normalmente insuperable”. También sobre estas dos concepciones puede verse, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 183, para la cual se ha superado la subjetiva. En esta línea, LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, pp. 466-467, no identifica el caso fortuito con la no culpa porque el mismo es un acontecimiento que se introduce en la historia y desvía su curso, y porque el caso exime al negligente cuya conducta no hubiera causado por sí sola el daño. En cambio, para SÁNCHEZ ARISTI, R., en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 1.508, todo lo no es culpa es caso fortuito, y viceversa. Sobre la diferente operativa del caso fortuito según estemos ante un sistema de responsabilidad u otro, REGERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ, o.c. nota 724, p. 844.

<sup>746</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 185, quien señala que no se puede identificar el caso fortuito con la no culpa, ya que el haber empleado toda la diligencia exigible a este tipo de profesionales no les va a eximir de responsabilidad; mientras que GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 440, dado que defiende el carácter subjetivo, considera que el caso no rompe el nexo.

<sup>747</sup> REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ, o.c. nota 724, pp. 842-843. También se hacen eco de esta distinción doctrinal, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 205, refiriéndose al caso fortuito como un acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación.

modificación del sistema de los riesgos del CC<sup>748</sup>, cuyos arts. 1.589 y 1.590 señalan, respectivamente, salvo excepciones, que si la obra se ha contratado con suministro del material el contratista sufre la pérdida o el daño de la obra; y si se ha obligado sólo a poner su trabajo no puede reclamar el pago del mismo. De ello derivamos que las causas de exoneración no son internas, en el sentido de que si se provoca un vicio de la construcción ya no cabrá exoneración. Por tanto, la causa de exoneración romperá la relación de causalidad entre el daño que presente el edificio y la intervención del agente, pero no entre la intervención y el vicio constructivo, como explicaremos en las páginas finales del epígrafe 1.2.3.

### **1.2.2 La naturaleza de la responsabilidad del constructor y su obligación de resultado**

Otro de los argumentos que podrían considerarse a favor del carácter objetivo de la responsabilidad establecida en la LOE, es la consideración de la obligación de ejecutar la obra por el constructor como obligación de resultado que, como vimos en la parte dedicada al art. 1.591 CC<sup>749</sup>, conlleva que su no obtención supusiera el incumplimiento. Efectos que también le atribuye el Tribunal Supremo quien tradicionalmente ha calificado la obligación del contratista como de resultado al sentar que su cumplimiento depende de la realización y perfección de la obra<sup>750</sup>; y

---

<sup>748</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.161-1.162, quien señala que tal modificación no estaba en la mente del legislador, y que en ambos casos, refiriéndose a los supuestos de los arts. 1.589 y 1.590, el contratista (salvo imposibilidad sobrevenida -art. 1.184 CC) sigue obligado a suplir la pérdida, o a subsanar los deterioros producidos. Para el autor esta regla operará para todos los agentes, dado que considera que “*todos intervienen en la construcción en base a un contrato de obra*”.

<sup>749</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo I, pp. 11-12.

<sup>750</sup> Cfr. STS de 9 de enero de 2006 (RJ 132) que, con abundante cita de otras, señala que el contrato de obra “*se distingue del de arrendamiento de servicios, según criterio que viene prevaleciendo en la doctrina jurisprudencial ( SS. entre otras de 4 febrero 1950 [ RJ 1950, 191 ] ; 23 noviembre 1964 [ RJ 1964, 5453 ] ; 10 junio 1975 [ RJ 1975, 3265 ] ; 3 noviembre 1983 [ RJ 1983, 5953 ] ; 14 junio 1989 [ RJ 1989, 4633 ] ; 4 septiembre 1993 [ RJ 1993, 6636 ] ; 12 julio 1994 [ RJ 1994, 6731 ] ; 7 febrero [ RJ 1995, 3130 ] y 17 octubre 1995 [ RJ 1995, 7541 ] ; 30 enero [ RJ 1997, 845 ] , 17 marzo y 10*

consecuencia de tal calificación, es que el contratista asuma el riesgo de la obra antes de su entrega, de acuerdo con el CC<sup>751</sup>.

Ponemos de relieve esta caracterización porque, al margen de la identificación o no de la obligación de resultado con los sistemas objetivos de responsabilidad, se reconoce que en ella el incumplimiento se imputa en cierta medida de forma independiente al grado de diligencia<sup>752</sup>. Esto

---

*mayo 1997 [ RJ 1997, 3831] ; 13 abril 1999; 8 octubre 2001 [ RJ 2001, 7548] ; 24 octubre 2002 [ RJ 2002, 8975] y 6 mayo 2004 [ RJ 2004, 2099] ), por el objeto inmediato de la obligación del contratista –arrendador; empresario–, de modo que la esencialidad de la prestación no radica en el trabajo o actividad a desplegar, sino en su resultado. Y de la realización y perfección de este resultado –«opus consumatum et perfectum»: S. 7 febrero 1995– depende que el contratista haya o no cumplido, o lo haya hecho defectuosamente, pues la parte llamada contratista está obligada, como resalta la Sentencia de 30 de enero de 1997, a realizar y entregar la obra y que ésta sea la prevista, correcta y adecuada, siendo ello determinante del derecho al pago o retribución”.*

<sup>751</sup> Cfr. STS de 31 de mayo de 1983 (RJ 2952) que señala como elemento del contrato de obra «...la obtención de un resultado (“opus consumatum et perfectum”), al que, con suministro o no del material se encamina la actividad creadora del empresario, que asume los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla “res perit domino”».

Con claridad, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, pp. 52 y 56, señala: “La razón de eso se encuentra en que en el contrato de obra la remuneración del contratista no se debe por el trabajo o tiempo empleado, sino por la conclusión completa de la obra, por lo que soporta el riesgo de su fracaso y también el de la pérdida de la obra casi terminada e incluso de la obra terminada, pero aún no recibida...”; y en referencia a los arts. 1.589 y 1.590 CC, que “No hay disposiciones semejantes para el arrendamiento de servicios, puesto que el obligado no se compromete inmediatamente a procurar un resultado, sino a desplegar una actividad que lo haga posible, y por ello podrá exigir la remuneración aunque el servicio no haya dado lugar a la obtención del resultado previsto por causas que no le sean imputables”. En parecido sentido, RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.104, señala que “No es la naturaleza de la obra lo que define el contrato de obra sino la distribución de los riesgos en el contrato, que obliga al contratista a una obligación de hacer, que no es de mera actividad sino de resultado...por lo que éste asume el riesgo de la prestación antes de la entrega de la obra”.

<sup>752</sup> LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 30, p. 653, el cual es contrario a tal identificación, pero destaca dicha forma de imputación. En parecido sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, pp. 124-125 y 148, señala que algunos autores entienden que a las obligaciones de resultado les corresponde una responsabilidad objetiva, y que en estas obligaciones un importante sector de nuestra doctrina presume que la no obtención del resultado se debe a la culpa del deudor. Por el contrario, identifican ambos sistemas, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 497-498, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad se ve reforzado por la consideración de la obligación como de resultado; en igual sentido PEÑAS MOYANO, o.c. nota 289, p. 173; análogamente, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p.

mismo se aprecia en el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía<sup>753</sup>(CEC), en los Principios del Derecho Europeo de Contratos<sup>754</sup>(PECL), y en el reciente anteproyecto de Ley del Código mercantil al regular el contrato de obra por empresa<sup>755</sup>. Y es que la

---

185, también partiendo de la consideración de la obligación como de resultado destaca que se prescinde de la culpa.

No obstante todo lo anterior, LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 30, p. 716, destaca que la culpa en las obligaciones de resultado tendrá trascendencia de cara al contenido de la responsabilidad. Véase epígrafe 3 de capítulo IV, donde afirmamos la especialidad de nuestra materia.

<sup>753</sup> Cfr. art. 75.3: “Si el contrato prevé una obligación de hacer de naturaleza profesional, ésta se considera cumplida cuando el deudor ha puesto con la diligencia debida, los medios que sean necesarios para obtener el resultado previsto, salvo que conforme a lo pactado, las circunstancias, o al uso, haya que entender que el cumplimiento solamente tiene lugar si el resultado se ha alcanzado plenamente”.

LOBATO GÓMEZ, J. M., en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, dir. por C. Vattier Fuenzalida, J. M. de la Cuesta Sáenz, J. M. Caballero Lozano, II, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 385 y 388, aprecia que aunque este art. 75 reconoce que en las obligaciones de hacer las partes siempre tienen en cuenta la producción de un resultado, el deber de prestación de la obligación de hacer puede consistir en conseguir “un resultado determinado o, tan sólo, en intentar lograrlo por medio del empleo diligente de los medios apropiados al caso”, y que el incumplimiento en éstas viene determinado por la no obtención del mismo, haciendo referencia a los arts. 89 y 94.1 del CEC.

<sup>754</sup> Sobre el incumplimiento por la no producción del resultado puede verse DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., MORALES MORENO, A. M. y ROCA TRÍAS, E., *Los principios del derecho europeo de contratos*, ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 374. Dichos principios, según su art. 1:101, pueden ser aplicados al contrato cuando las partes así lo hayan decidido, no haya otro sistema que le sea de aplicación, como también pueden aplicarse con el fin de facilitar soluciones de cuestiones que el sistema que le sea de aplicación no resuelva, lógicamente, con la salvedad de las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que, de acuerdo con las reglas relevante del Derecho internacional privado, tengan que aplicarse con independencia de cuál sea la ley que rija el contrato (art. 1:103). Sobre lo anterior véase DÍEZ-PICAZO, MORALES MORENO y ROCA TRÍAS, o.c. nota 754, pp. 21-22.

<sup>755</sup> Dicho anteproyecto conecta el incumplimiento del contratista con que en el momento de la transmisión del riesgo exista falta de conformidad (cfr. art. 525-1), y centra la atención en la nota característica de que el contrato tiene por objeto la consecución de un resultado convenido por las partes (cfr. arts. 521-1, párrafo segundo, 521-4, párrafo primero, letra a), y punto VI-57 de la Exposición de Motivos).

principal utilidad de la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado es la determinación del incumplimiento<sup>756</sup>.

Por otro lado, hay que señalar que se acude para presumir la culpa en estas obligaciones de resultado al art. 1.183 CC, aunque también se considera su aplicación general por destacados autores<sup>757</sup>.

Aunque nos hemos pronunciado por la naturaleza contractual, conviene tener en cuenta que es bastante discutido que la distinción entre obligación de medios y de resultado sea aplicable a la responsabilidad extracontractual<sup>758</sup>, sobre lo que consideramos que debería aplicarse aunque se calificara la responsabilidad como contractual o

---

<sup>756</sup> LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 30, p. 725; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, p. 10, afirma *“La relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento de la obligación”*, señalando a continuación que en las de actividad basta con la realización de la actividad diligente. Igualmente sobre la relevancia de la distinción cuando se juzga el incumplimiento y su prueba se manifiestan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 129 (nota 1).

<sup>757</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 172, señala que en las obligaciones de resultado la culpa se presume por el art. 1.183 CC, mientras que en las de medios no. En el mismo sentido SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.506, señala que en las de medio la prueba del incumplimiento de la *lex artis* corresponde al actor. En cambio, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 204, después de señalar que el art. 1.183 se refiere a las obligaciones de dar cosa, y que si la obligación es de medios el acreedor debe probar la culpa, sostienen que por la conexión entre la prestación de hacer con la persona del deudor, que hace que nadie esté en mejores condiciones que él para probar que la prestación resultó imposible y liberarse, se dan las mismas circunstancias del art. 1.183. En el mismo sentido, sobre la aplicación general del art. 1.183 y la presunción de culpa del mismo, y la falta de necesidad de acudir a la inversión de la carga de la prueba, puede verse ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 216. LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, pp. 137 y 141, también se pronuncia a favor de la aplicación de dicho precepto no sólo a las obligaciones de dar en él contempladas, sino a las de hacer y no hacer, *“pues si la ejecución de la prestación...es un deber de conducta o de comportamiento, es necesario concluir que, en caso de no llevarse a cabo, la infracción de dicho deber es imputable al obligado salvo que acredite la existencia de causas exoneradoras de la responsabilidad”*. También observamos que CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, pp. 125 y 127, contempla su aplicación general.

<sup>758</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, p. 35; LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 30, p. 693. Este autor señala además que la mayoría de la doctrina considera que es sólo aplicable a la responsabilidad contractual, por la dificultad de asimilar un deber general de no dañar a otro con una obligación en sentido técnico y las posibles interferencias con la responsabilidad objetiva. Señala el autor que el TS aplica la distinción también a la responsabilidad extracontractual (o.c., p. 694) aunque sin ver en ello una toma de postura por parte del mismo.

extracontractual según mediara contrato o no entre el agente y el adquirente accionante, esto es, de que el mismo hecho se considerara a la vez incumplimiento contractual frente a un sujeto y extracontractual frente a otro<sup>759</sup>.

En cuanto al alcance subjetivo de estas obligaciones de resultado en el ámbito de la edificación, se destaca que la LOE parece que ha equiparado las funciones de los agentes al concebir las obligaciones de los técnicos también como de resultado puesto que se sostiene que el art. 17.3 al establecer la responsabilidad solidaria en los supuestos en que no se conozca la causa del daño o el grado de participación en él, conlleva que la intervención en la obra les hace responder a priori<sup>760</sup>. Este parece ser el panorama existente en Francia puesto que el art. 1.792 de su código califica la responsabilidad del constructor (en el sentido amplio que se entiende el término en el Derecho francés) como responsabilidad de pleno derecho, y precisa que sólo decae ante la prueba de una causa ajena, considerándose como obligación de resultado<sup>761</sup>.

---

<sup>759</sup> Pensemos en el supuesto en que un constructor genera un defecto que es responsabilidad contractual frente al promotor porque no ha cumplido con el resultado, ¿por qué no determinar igual la responsabilidad frente al adquirente del edificio, cuando el interés de éste es el mismo? Cfr. nota 692.

<sup>760</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 133-134. Lo anterior le resulta criticable porque no es igual la posición del constructor que la de los técnicos que normalmente asumen obligaciones de medios. Algo parecido parece sostener ORTI VALLEJO en cuanto que defiende la aplicación de la regla de imputación de los riesgos de la pérdida de obra a todos los agentes considerando que todos intervienen en base a un contrato de obra (véase nota 748) y es que hemos visto que dicha regla de distribución de riesgos deriva de la consideración de la obligación como de resultado (véase p. 212).

En sentido contrario, sobre la calificación de la función de dirección de obra como obligación de actividad y arrendamiento de servicios puede verse por todos CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, p. 96, quien destaca que el arquitecto director tiene como cometido controlar la construcción para su correcta ejecución, pero no garantizar dicho resultado, sino su actividad diligente.

<sup>761</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 425. Señala el autor, citando a doctrina francesa (o.c. nota 27, pp. 426-427) que aunque no se consagra la presunción de responsabilidad para los supuestos de responsabilidad sometidos al plazo bienal, en referencia al art. 1.792-3, por tal doctrina se admite. No considera el autor que el legislador francés haya ido demasiado lejos estableciendo a cargo de todos los agentes una obligación de resultado, porque precisamente es de eso de lo que se trata, según el autor, de que se proporcione una obra sólida y propia para su destino,



Nosotros más que una caracterización de las obligaciones de todos los agentes como de resultado, lo que vemos es la operativa que conllevan los plazos de garantía, concretamente la presunción de la relación de causalidad entre el daño y la intervención de los agentes<sup>762</sup>.

Sin embargo, se aprecia dicha caracterización como de resultado también para las funciones de dirección técnica en sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2012, aunque creemos que late la gravedad del incumplimiento del caso concreto<sup>763</sup>.

En el Proyecto de Marco Común de Referencia para la Unificación del Derecho privado europeo (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR)<sup>764</sup>

---

salvo para el caso de las labores de dirección de obra por parte de los técnicos, calificando en este caso dicha solución de muy severa, aunque se derive del texto.

En parecido sentido, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 133-134, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 265, quien señala que *“En el Derecho francés se habla de una presunción de responsabilidad, en virtud de la cual todos los que han intervenido en la construcción deberán responder frente al dueño de la obra y los sucesivos adquirentes en un principio, bastando para ello con el nexo causal y prescindiendo de la prueba de la culpa”*.

<sup>762</sup> Sobre esta presunción véase epígrafe 3.1 del capítulo IV.

<sup>763</sup> RJ 9337. Era un supuesto en el que se resolvía una reclamación de una promotora frente a los técnicos del coste de demolición parcial de un edificio por construirse por encima de la altura máxima pretendida. Se recurre en casación por el arquitecto proyectista y a la vez director de la obra, basándose, entre otros motivos, en que se había calificado por la sentencia recurrida la relación jurídica que le vincula al promotor en fase de dirección, como un arrendamiento de obra, frente a lo que el TS apuntó también la consecución del resultado en la fase de dirección de obra del siguiente modo: *“el encargo realizado por el dueño de la obra, aceptado por el arquitecto, determina el nacimiento del contrato de arrendamiento de obra, previsto en el artículo 1544 del CC del que surge la obligación del arquitecto no solo de redactar un proyecto técnicamente viable, sino de asumir la dirección de la obra durante la ejecución, de manera tal que esta pueda ser llevada a su práctica material de acuerdo con lo proyectado, lo que no se produjo al no haberse obtenido el resultado pretendido por la actividad profesional contratada como consecuencia de no haber verificado el replanteo que entendía se había hecho correctamente”*.

<sup>764</sup> Se trata de un documento elaborado por académicos para la unificación de derecho europeo de contratos, cuya versión definitiva se publicó en 2009. Cfr. GÓMEZ CALLE, E., *Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia*, ADC 1 (2012), p. 35. Esta versión, puede verse en VON BAR C. y CLIVE E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, 6 vols., Sellier, München, 2009.

los contratos de obra se regulan dentro de los contratos de servicios, pero dentro de éstos hay contratos cuyas prestaciones se caracterizan por el esfuerzo en obtener el resultado (prestaciones de servicio) o en lograrlo efectivamente (prestaciones de obra)<sup>765</sup>.

### 1.2.3 Valoración crítica

Al margen de las diferentes posturas que hemos visto sobre la naturaleza de la responsabilidad de los agentes de la edificación por defectos constructivos, algunos autores han señalado que en las obligaciones de hacer sólo es relevante el incumplimiento porque el estándar de diligencia profesional integra el contenido de la obligación en sentido objetivo<sup>766</sup>. También se ha sostenido una concepción objetiva del

---

Sobre su proceso de gestación puede verse DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa*, en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, coord. por E. Valpuesta Gastaminza, ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 23-25.

<sup>765</sup> ALBIEZ DHORMANN, o.c. nota 333, p. 676. Lo anterior se refleja en la parte C del libro IV, dedicado a los servicios, cuyo art. 1:101 determina su alcance al señalar que se aplicará a los contratos de servicios y, en particular, a los contratos de construcción; y sus arts. 2:105 y 2:106 se refieren respectivamente a las obligaciones de diligencia y cuidado, y a la obligación de obtener el resultado declarado o previsto por el cliente en el momento de conclusión del contrato, considerando a falta de pacto el resultado que puede esperarse que hubiese previsto el cliente razonablemente de acuerdo con las circunstancias del caso en cuestión, y que aquél no tenga razones para creer que existía un riesgo sustancial de que la prestación del servicio no conduciría a la obtención del resultado. Y en línea con lo señalado, en el artículo IV. C.-3:104 se regula la conformidad del bien, y particularmente dispone que el constructor debe asegurarse de que el edificio sea de la calidad y descripción fijada por el contrato, y que no será conforme si no es adecuada a los fines expresa o implícitamente comunicados al constructor al momento del contrato o a los fines para los que una estructura de la misma descripción se dedicaría normalmente; y el artículo IV.C.-6:104 regula la conformidad del diseño, que se producirá si permite al acreedor lograr un resultado específico mediante la elaboración del bien diseñado con la habilidad y cuidado que cabría razonablemente esperar.

<sup>766</sup> CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 939, quien sostiene que en ellas sólo es relevante el incumplimiento material, de tal forma que una vez producido ya no se pregunta suplementariamente por la culpa. Como se deduce de lo dicho, y destaca el autor, no se trata con ello de expulsar de estas obligaciones el significado del deber de diligencia profesional, sino de reconducirlo a su lugar adecuado. Al haber “retirado” la diligencia a cumplir

incumplimiento contractual de acuerdo con la que la responsabilidad contractual es la regla en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, puesto que sólo exonera el caso fortuito, que únicamente concurre cuando el impedimento de una prestación correcta provenga de un evento que, además de imprevisible o inevitable, se encuentre fuera del ámbito de control del deudor<sup>767</sup>. Destacar que en los PECL también se acoge un sistema objetivo basado en el incumplimiento, al igual que en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos y en el DCFR<sup>768</sup>.

Pero es que incluso aunque se tratase de un sistema subjetivo<sup>769</sup>, lo cierto es que, como señalan algunos autores partidarios de la naturaleza

---

funciones de integración del deber contractual, ya no puede, no tiene sentido, reduplicarla en funciones de culpa-negligencia, según el autor.

<sup>767</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 19. Análogamente, SANTOS BRIZ, J., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, VI, ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 167, el cual refiriéndose a la evolución de la culpa señala que se ha prescindido de ella para la responsabilidad contractual para basarla en la mera causación.

También puede verse sobre la exoneración por incumplimiento además de ajeno a la voluntad del deudor, extraño a su esfera de control, el art. 1.209 de la Propuesta de Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (elaborada por la Comisión General de Codificación. Sección de Derecho civil. Boletín de información del Ministerio de Justicia. Enero de 2009). Comentado este precepto y viendo en él que se prescinde de la culpa, al igual que en el DCFR, GÓMEZ CALLE, o.c. nota 764, pp. 81-83, quien destaca la similitud del art. 3:701 del libro III del DCFR que habla del incumplimiento excusable, que es definido por el art. 3:104 del mismo libro en relación a un impedimento ajeno a su esfera de control, imprevisible al tiempo de contratar e inevitable en sí mismo o en sus consecuencias.

<sup>768</sup> Sobre los PECL, cfr. DÍEZ-PICAZO, MORALES MORENO y ROCA TRÍAS, o.c. nota 754, p. 317. Sobre la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos y el DCFR, GÓMEZ CALLE, o.c. nota 764, p. 37, extrae de los arts. 1.153 y 1.188 de la propuesta que estamos ante un concepto neutro u objetivo de incumplimiento. Efectivamente el primero establece: *"No se entenderá cumplida una obligación sino cuando se hubiese realizado enteramente la prestación en que consistía"*, y el segundo: *"Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación..."*. Esta misma autora (o.c. nota 764, p. 39) observa un concepto de incumplimiento similar en el art. 1:102 (3) del libro III del DCFR el cual viene a señalar que el incumplimiento de la obligación es el hecho de no cumplir con ella.

<sup>769</sup> En los que, conviene destacar, el canon de lo previsible viene marcado por señas de carácter objetivo, esto es, el deudor para liberarse en los sistemas subjetivos debe acomodar su conducta a lo que objetivamente pueda considerarse idóneo para neutralizar aquellos riesgos, que según un pronóstico racional, quepa a su vez

subjetiva, la diligencia exigible no es la de un buen padre de familia (art. 1.104 CC<sup>770</sup>), sino que se exige una diligencia profesional por la entidad de los responsables<sup>771</sup>. Efectivamente, la jurisprudencia se ha referido al progresivo aumento de la diligencia exigible que no debe confundirse con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella que en mayor grado corresponde a la especialidad de sus conocimientos y a la

---

calificar como previsibles. En tal sentido, SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.508, autor que se refiere a la STS de 15 de julio de 1993 (RJ 5810). También pueden verse DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, pp. 202-203, quienes señalan que el art. 1.104 se inclina, como criterio subsidiario a la concreción convencional de la diligencia, por una consideración objetiva de la culpa, tomando como referencia los criterios normales dentro de la comunidad; LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, p. 1.213; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 141, quien se refiere a la falta de diligencia como un mero dato de carácter objetivo.

<sup>770</sup> Un grupo de autores ha destacado que el primer párrafo del precepto que se refiere a la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de personas, tiempo y lugar no es más que una adecuación técnica del modelo abstracto que el segundo párrafo denomina diligencia del buen padre de familia. Nos referimos a LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, pp. 169-170, y SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, pp. 1.508-1.509. En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, pp. 202-203, señalan en cuanto a la diligencia del buen padre de familia: *“expresión esta última equivalente a la diligencia media que las personas normales suelen adoptar en el tipo de asuntos de que se trate, que es, en suma, a lo que el precepto alude al referirse a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de personas, lugar y tiempo”*. De ahí que añada a continuación que *“Esa responsabilidad media rige también en los servicios prestados por profesionales”*. En parecido sentido, LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, p. 1.214.

Otros autores destacan el carácter supletorio del modelo del buen padre de familia, y señalan que difícilmente se aplicará porque siempre cabrá extraer la diligencia de los datos previstos en el apartado primero. Así, LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, pp. 140-141, y CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 946.

También puede verse un modelo de diligencia según las concretas circunstancias en WIDMER, en *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, coord. por M. Martín-Casals, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 115, refiriéndose al art. 4:102 de dichos principios; LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 753, p. 389, al comentar el art. 75 del CEC.

<sup>771</sup> En tal sentido, PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 34, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 537. LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 170, se refiere a la asunción por parte del profesional de un nivel de diligencia superior al ordinario, como también SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.509, y SAN SEGUNDO MANUEL, o.c. nota 19, p. 28. No obstante, sobre el significado de la diligencia del buen padre de familia como diligencia media según el tipo de asunto de que se trate, véase nota anterior DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, y LLAMAS POMBO.

garantía técnica y profesional que implica su intervención<sup>772</sup>. Tal planteamiento también puede verse en el CEC y en el DCFR<sup>773</sup>.

Decimos lo anterior para poner de manifiesto que lo realmente importante, más que la calificación de la responsabilidad de una forma u otra, es la descripción de la realidad, puesto que, como vimos al tratar el art. 1.591.1 CC, se destacaba que era extremadamente dificultosa la exoneración de los demandados mediante la prueba de su diligencia, por la especial que se les exigía dada su profesionalidad; y el Tribunal Supremo ha equiparado en alguna ocasión la presunción de culpa a la tendencia a la objetivación de la responsabilidad<sup>774</sup>. De esta manera, pocas sentencias han exonerado de responsabilidad a los demandados mediante la acreditación de haber actuado con diligencia, lo que contrasta con las sentencias mayoritarias que reconocen la tendencia a la objetivación<sup>775</sup>.

---

<sup>772</sup> Véase SSTs en nota 36.

<sup>773</sup> Cfr. art. 75.2 del CEC que determina: *“En el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una actividad profesional o empresarial, el grado de diligencia exigible depende igualmente de la naturaleza de la prestación debida”*. En cuanto al DCFR cfr. art. IV. C.-2:105.

<sup>774</sup> Véase epígrafe 1.1.2 de capítulo I, pp. 13-14.

<sup>775</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 112, y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 7-8 (nota 6). En este sentido, CORDERO LOBATO, o.c. nota 422, pp. 298-299, se refiere a que la línea jurisprudencial que condenaba al arquitecto, como supremo responsable de la edificación, de todo defecto constructivo, ha convivido con otra que absuelve a los técnicos en caso de acreditar su diligencia. Entre ellas pueden verse las SSTs de 17 de febrero de 1982 (RJ 743) que consideró no probada la culpa del arquitecto en el derrumbamiento de una pared, de 17 de junio de 1987 (RJ 4535) que absolvió al arquitecto del incorrecto apisonado del terreno, de 2 de diciembre de 1994 (RJ 9394) referida a una defectuosa colocación del aplacado de fachada, de 2 de febrero de 1996 (RJ 1082) que absolvió al arquitecto de los defectos de aplacado de piedras y de los pavimentos de terrazas, y de 3 de octubre de 1996 (RJ 7006) que también absolvió a dicho técnico, en este caso, de mala colocación de las telas asfálticas y la falta de adherencia de los morteros, señalando con claridad: *“la simple lectura de la sentencia recurrida se revela que la Sala de instancia ha creado una responsabilidad objetiva para los arquitectos que no encuentra respaldo ni en el art. 1591 del CC ni en la jurisprudencia, ya que para incluirlos en el círculo de los responsables solidarios era necesario que constase primero su culpa o negligencia y después que no se pudiese deslindar tal culpa de la correspondiente a los demás intervinientes en el proceso constructivo...”*.

Y es que con carácter general la determinación de la culpa es bastante maleable en la práctica, hasta el punto de llegar a presunciones de culpa absolutas cuando no se ve razón para que responda la víctima o apreciarse la culpa desde la perspectiva de la víctima<sup>776</sup>.

Por lo expuesto entendemos la opinión de algunos autores que destacan que con la LOE no habrá cambio en este sentido o lo minimizan<sup>777</sup>, y que el Tribunal Supremo haya afirmado que la LOE sigue la tendencia objetivadora en sentencia de 14 de mayo de 2008<sup>778</sup>.

---

<sup>776</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 720, pp. 285 y 292-293, quien señala que se llega a supuestos en los que las presunciones de culpa adquieren un carácter absoluto, convirtiéndose en un mero artificio al objeto de impedir la ruptura con el elemento culpa; PEÑA LÓPEZ, F., en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 2.465, para quien lo previsible y evitable se ajusta lo necesario para declarar la responsabilidad del demandado, y SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, p. 168, quien señala que la culpa civil ha recibido una coloración social innegable, aludiendo a la expresión “culpa social” que muestra el modo en que es mirada a través del prisma, a veces deformado, de la víctima o la sociedad.

<sup>777</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 182, partidaria del carácter objetivo de la responsabilidad del art. 1.591 CC, destaca que la novedad sólo lo es en apariencia; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 268, señala: “En realidad, creemos que a nivel puramente práctico la situación apenas se verá modificada respecto del sistema anterior” puesto que: “Pese a calificarse la responsabilidad como subjetiva, se reconocía también su marcada tendencia objetivadora porque operaba en realidad como si de una responsabilidad objetiva se tratase, aunque con una exigencia de culpa más teórica que real, ya que se presumía sistemáticamente siendo casi imposible la prueba en contrario”; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 105, aunque señala que se ha ido más allá que el Código civil, porque en él la responsabilidad se basaba en una presunción de culpa, reconoce que la doctrina y jurisprudencia la han cuasiobjetivado. Véase p. 209 en la que pusimos de manifiesto que algunos autores partidarios del carácter subjetivo destacan que la inversión de la carga de la prueba de la culpa es la misma que vimos consideraba el TS en aplicación del art. 1.591 CC, sin dejar por ello de reconocer muchos de ellos la objetivación de la responsabilidad de la LOE por tal presunción de culpa.

<sup>778</sup> RJ 3067. Tal pronunciamiento es un *obiter dicta*, porque era de aplicación el art. 1.591 CC. Señala la sentencia: “Por otra parte, el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación (RCL 1999, 2799) -no aplicable en el supuesto del debate- permite afirmar que este ordenamiento sigue la mencionada tendencia objetivadora de la responsabilidad de los intervinientes en el proceso constructivo, y hace surgir el deber de indemnizar los daños materiales del hecho de que nazcan de los vicios o defectos afectantes a los distintos elementos de la construcción...”.

Debido a que la producción del vicio constructivo provoca la responsabilidad de los agentes, el incumplimiento<sup>779</sup>, para decidir si esta responsabilidad es subjetiva tenemos que remontarnos más atrás y hacernos las siguientes preguntas ¿es necesario que objetivamente el constructor o el técnico debieran prever que su actuación concreta conllevaría un vicio de la construcción? ¿en el caso particular del técnico, que no es ejecutor material de la obra, por ejemplo, que no impartir una determinada orden conllevaría un vicio de la construcción? ¿o únicamente basta con una relación de causalidad?<sup>780</sup> A estas preguntas podría contestarse que en las obligaciones de hacer sólo es relevante el incumplimiento<sup>781</sup> por lo que si el constructor incumple con su obligación de ejecutar sin vicios y el técnico con su obligación de dirigir la obra correctamente, no es posible que puedan exonerarse aunque hubiera sido imprevisible que su actuación causara un vicio constructivo<sup>782</sup>. Visto el

---

<sup>779</sup> Ampliamente volveremos sobre esta idea en epígrafe 3 de capítulo IV.

<sup>780</sup> Acudimos, por tanto, al juicio de previsibilidad que, como señala REGLERO CAMPOS, o.c. nota 720, p. 286, consiste en un test por el que se pregunta si el sujeto que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta. También puede verse SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.505, para el que lo característico de la culpa o negligencia es que el deudor no ha previsto, habiendo podido hacerlo, que su comportamiento podía llevar aparejado el incumplimiento de la prestación; DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 660, p. 552, extraen las notas definitorias de la culpa por vía negativa del art. 1.105 CC y señalan que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que le lleva a no evitar, o previendo no ha tomado las medidas adecuadas para evitar el suceso. LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 446, también se refiere a la previsibilidad.

En cuanto la irrelevancia del juicio de previsibilidad en los sistemas objetivos, salvo para determinar el alcance del perjuicio resarcible, REGLERO CAMPOS, o.c. nota 720, p. 291. Sobre la no necesidad de la previsibilidad del daño derivado del vicio de la construcción en nuestra materia, véase epígrafe 3.2 de capítulo IV.

<sup>781</sup> Véase al respecto CARRASCO PERERA (nota 766).

<sup>782</sup> V.g. utilizar un material inadecuado, pero que contase con los análisis favorables realizados por el correspondiente laboratorio, supuesto en el que se imputaría la responsabilidad con independencia de la previsibilidad (véase epígrafe 2.2.2.2.4 de capítulo VIII).

A esta idea de la falta de necesidad de previsibilidad del vicio constructivo, apoya ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.167, quien descarta la aplicación de la teoría de la causalidad de adecuada para resolver la relación de causalidad entre la conducta del agente y el defecto constructivo, porque dicha teoría, como veremos, excluiría la imputación de defectos que no fueran previsibles según el curso normal de las cosas (véase notas 993 y 994).

fenómeno desde el daño manifestado dentro del plazo de garantía, una vez presumido que éste se debe a vicio constructivo<sup>783</sup>, a incumplimiento, dado que el resultado a obtener por el constructor es una edificación sin vicios<sup>784</sup> y la obligación de los técnicos es impartir las instrucciones precisas para que ello no ocurra, ya no es necesario la culpa, entendida como la idea de previsibilidad de un resultado dañoso<sup>785</sup>, en nuestro caso del vicio constructivo<sup>786</sup>.

Además, en el caso particular del constructor, aunque consideremos innecesaria la previsibilidad del vicio, en cuanto a la ejecución propiamente dicha de la obra<sup>787</sup>, consideramos que se dará tal previsibilidad, debido a que la calificación de la obligación como resultado hace la *lex artis* (como concepto variable que es<sup>788</sup>) incompatible con el vicio constructivo. Lo anterior se debe a que en las obligaciones de resultado la diligencia permitirá el cumplimiento puesto que el resultado no tiene carácter aleatorio<sup>789</sup>, de tal forma que el incumplimiento o el vicio

---

<sup>783</sup> En este sentido, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 104, se refiere al efecto de atribución inmediata de responsabilidad a raíz de la aparición de defectos. Sobre esta presunción véase epígrafe 1 de capítulo VI.

<sup>784</sup> Partimos de que el contratista tiene la obligación de ejecutar libre de vicios, como sostiene RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.112, y como se refleja expresamente en el parágrafo 633 del BGB que dispone que “*el contratista debe proporcionar la obra al comitente libre de vicios materiales y jurídicos*”. En tal sentido puede verse SENDMEYER, S., *La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del Derecho alemán (traducción por Zambrana Kuhn, R.)*, ADC 2 (2012), p. 587.

<sup>785</sup> Así define la culpa, SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, p. 164.

<sup>786</sup> Tampoco es necesaria la previsibilidad del daño que a su vez deriva del vicio constructivo (véase epígrafe 3.2 de capítulo IV).

<sup>787</sup> Véase nota 782.

<sup>788</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, pp. 947-948, señala que dentro de las profesiones el estándar de diligencia no varía sino la *lex artis* exigible en cada caso. En análogo sentido, LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, p. 1.214.

<sup>789</sup> En tal sentido LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 30, p. 715, señala refiriéndose a las obligaciones de medios que cuando la experiencia muestra que incluso sin culpa el resultado no puede ser esperado con seguridad y con certeza, la culpa del deudor no puede presumirse, porque la falta de resultado no proporciona ningún indicio sobre las causas de su no consecución; y cuando el resultado no se obtiene a pesar de ser cierto y no aleatorio, la culpa debe presumirse. Esto se explica porque el autor no es partidario de la identificación entre obligación de resultado y objetiva (véase nota 752). Igualmente CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, pp. 27-28 y 30, señala en



nos habla por sí mismo<sup>790</sup>. Ahora bien, como en la edificación no interviene exclusivamente el constructor habrá que determinarse quiénes son los responsables<sup>791</sup>, por lo que el resultado que puede prometer el constructor no es que el edificio va a carecer de todo vicio constructivo, sino que se obtendrá un edificio sin vicios constructivos por causa a él imputable, lo que conlleva en cierta medida una pérdida de fuerza del compromiso del resultado cuando confluyen obligaciones atribuidas a sujetos diferentes.

Dejando a un lado lo anterior, la *lex artis* del constructor permitirá controlar la obtención del resultado, la no producción del vicio<sup>792</sup>, salvo en

---

referencia a las obligaciones de resultado: *“En efecto, puesto que la diligencia del deudor alcanzará normalmente su objetivo, la técnica jurídica no se opone a que el resultado pretendido por las partes...se coloque directamente como objeto de la obligación”*, y en cuanto a las obligaciones de actividad: *“...debido al carácter aleatorio o incierto de dicho resultado, el deudor no garantiza su obtención, y cumple si actuó con la diligencia debida, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor”*.

A este criterio del alea, como el criterio distintivo de las obligaciones de medios y de resultado que goza de mayor predicamento en la doctrina y jurisprudencia, se refiere LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 30, pp. 701-702, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, p. 41.

<sup>790</sup> LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 30, p. 726, señala que el incumplimiento habla por sí mismo (*res ipsa loquitur*), que sólo puede explicarse a priori por la culpa del deudor. Específicamente en nuestra materia señala GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 96, que si hay vicio constructivo, es porque faltaba algo por prevenir.

Por contraste, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 29, p. 30, se refiere a la obligación del médico el cual no puede garantizar el resultado de la curación del enfermo porque no puede controlarlo puesto que tiene carácter aleatorio al depender también de otros elementos diferentes a los cuidados del mismo. En análogo sentido, aunque no es partidario de la categoría de las obligaciones de resultado, CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 943, quien señala que curar al enfermo no puede ser objeto del contrato, porque la curación no puede ser controlada ni producida por la sola pericia profesional.

<sup>791</sup> Véase epígrafe 3 del capítulo VIII.

<sup>792</sup> Con carácter general sobre el incumplimiento de la *lex artis* como causa de responsabilidad de los agentes puede verse, MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 190, para la que además de presumirse el carácter originario del defecto se imputa a los agentes por incumplimiento de la *lex artis*, salvo en el caso del promotor, al que se imputa por su intervención decisoria en la edificación; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 498 y 543, señalan que *“se entiende que la mera existencia de esos vicios o defectos originarios implican una vulneración de la lex artis...”*, y hacen equivalente el vicio a la no entrega del bien conforme a la *lex artis*; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p.

algunos supuestos en los que entrarán en juego otros criterios puramente objetivos de imputación<sup>793</sup>, o en suma, el criterio de atribución del riesgo de pérdida de la obra previsto en los arts. 1.589 y 1.590 CC que conllevan el carácter objetivo de la responsabilidad puesto que hacen que el carácter originario del defecto determine la responsabilidad<sup>794</sup>.

Por tanto, vemos que en lo que alcanza el control de la *lex artis* del constructor es intrascendente la calificación de su responsabilidad como subjetiva o objetiva, porque a fin de cuentas es lo mismo reconocer un sistema objetivo que considerar que no puede un haber incumplimiento diligente y presumir la culpa absolutamente al verse que el vicio es el resultado de la culpa<sup>795</sup>. Aunque se pueda discutir si es objetiva o subjetiva, según se incluya la *lex artis* en el objeto de la obligación, o se considere una medida de la diligencia, ello no cambia la realidad

---

218, sostienen que la responsabilidad tiene como presupuesto el incumplimiento de la *lex artis* como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible; CASADO PÉREZ, o.c. nota 664, p. 250, señala que la comparación entre la acción u omisión que causa el daño y la *lex artis* nos dirá si existe o no responsabilidad; ORTI VALLEJO, nota 4, p. 1.162, para quien en ocasiones la causa del defecto deriva sobre todo de la *lex artis*.

<sup>793</sup> Nos referimos a la responsabilidad por vicios que traigan causa en materiales cuyos defectos no fueron apreciables por el constructor que encargó su correspondiente análisis a laboratorio, y al caso de la subcontratación (véase epígrafe 2.2.2.2.4 de capítulo VIII).

<sup>794</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.160-1162. Señala el autor que en el contrato de obra era objetiva antes, y ahora con la LOE de forma más nítida, y que es una “*imputación de riesgo de carácter contractual*”, refiriéndose también a que el sistema de saneamiento por vicios de la compraventa (arts. 1484 y ss.) es objetivo al no requerirse culpa, siguiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [*La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, ADC 2 (1969), p. 801] y a MORALES MORENO, A. M. [*El alcance de las acciones edilicias*, ADC 3 (1980), pp. 679 a 682] sobre la consideración de que constituye un supuesto de imputación de riesgo a cargo del vendedor.

Algo parecido ocurre con el anteproyecto de Ley del Código mercantil que determina que la responsabilidad del contratista alcanzará a las faltas de conformidad de la obra con el contrato que existan en el momento de la transmisión del riesgo al comitente (cfr. art. 525-1).

<sup>795</sup> Sobre este último extremo véase nota 24, GÓMEZ DE LA ESCALERA.

subyacente consistente en que aquélla permite obtener el resultado que no es aleatorio<sup>796</sup>.

Por otro lado, dado que la *lex artis* del constructor permite controlar el resultado, y los arts. 1.589 y 1.590 CC le atribuyen los riesgos derivados del contrato de obra, las causas de exoneración no provocarán una exoneración del vicio constructivo propiamente dicho<sup>797</sup>, diferenciado del daño que causa éste más allá de su propia existencia<sup>798</sup> sino que se interpondrán entre la intervención del agente y el daño, no entre aquélla y el vicio constructivo<sup>799</sup>.

Además, conviene aclarar que una cosa es que la *lex artis* permita controlar el vicio de la construcción, y otra cosa su papel en el daño derivado de aquél, diferente a su existencia, que no puede controlar, pero que se imputa al agente por los motivos que veremos<sup>800</sup>.

Con todo lo anterior, se demuestra que el fundamento o desencadenante de la responsabilidad radica en la presunción de

---

<sup>796</sup> CARRASCO PERERA (nota 766) es partidario de integrar el estándar de diligencia profesional en el contenido de la obligación en sentido objetivo. La descripción de esta realidad subyacente nos permite también entender la opinión de CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 943, cuando destaca que la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado no tiene más valor que el ilustrativo, porque de hecho todas las obligaciones son de resultado, porque el deudor se obliga a la prestación debida, lo que hay que preguntarse es a qué se obliga, señala el autor, de tal forma que dentro del espacio en que se obliga, la contingencia que hace fracasar el interés del acreedor será riesgo o incumplimiento del deudor, y fuera de este espacio, del acreedor.

<sup>797</sup> Véase sobre esta operativa de las causas de exoneración, epígrafe 4.1 de capítulo VIII. Esta idea la podríamos ver en el tenor del art. 17.8, que habla de daño generado por esas causas de exoneración, y no de que el vicio constructivo tenga dichas causas.

<sup>798</sup> Sobre esta diferencia, véase epígrafe 2.3 de capítulo IV.

<sup>799</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.161-1.162, quien considera que el sistema de riesgos del contrato de obra conlleva que se responde del vicio aunque se debiese a caso fortuito, siempre y cuando ya existiera cuando se produjo la recepción, y no de los defectos provocados posteriormente que es cuando el autor observa que operan las causas de exoneración.

Veremos en epígrafe 4 de capítulo VIII que las causas de exoneración se pueden interponer entre el vicio constructivo y el daño, pero con unas consecuencias diferentes, concretamente, sin que se exonere totalmente de la responsabilidad.

<sup>800</sup> Véase epígrafe 3.2 de capítulo IV.

causalidad del daño, manifestado en plazo de garantía, con el vicio constructivo, puesto que, una vez presumida tal relación de causalidad, ya se está presumiendo la responsabilidad, y la causa de exoneración no se podrá interponer entre la intervención del agente y el vicio cometido<sup>801</sup>.

Por último, el vicio constructivo puede provenir de dolo, que según la corriente más aceptable requiere la conciencia y voluntad de violar un derecho de crédito u obligación, pero no la intención de perjudicar, por lo que en nuestra materia se trataría de un vicio constructivo producido deliberadamente<sup>802</sup>.

## **2. Carácter indisponible de la responsabilidad por defectos constructivos prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación**

### **2.1 Introducción**

Nos dedicaremos en los siguientes epígrafes a estudiar si la responsabilidad de los agentes de la edificación que el art. 17 de la LOE establece a favor de los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios por los daños materiales ocasionados en él, puede modificarse mediante pacto que exonere de ella o que la limite<sup>803</sup>, cuestión diferente a

---

<sup>801</sup> *Ibidem*.

<sup>802</sup> Sobre este concepto de dolo, SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, p. 198; CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1.266; SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, pp. 1.505 y 1.519; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 200; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 168; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 142.

En tal sentido, CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1.267, pone el ejemplo del contratista que busca deliberadamente materiales de poca calidad para ahorrar.

Aunque este aspecto presenta poco interés en nuestra materia, como lo demuestra la poca atención que ha merecido, alguna autora excluye de la LOE la imputación del vicio por dolo, como MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 91, aunque los incluye CABANILLAS SÁNCHEZ (véase epígrafe 2 del presente capítulo). Nosotros, sin embargo, consideramos que no se debería porque conllevaría la aplicación del régimen extracontractual, con plazo de prescripción anual, en los supuestos en que no exista relación contractual entre el agente y el adquirente, generando una desigualdad injustificada con respecto de los defectos culpables sí sometidos a los plazos de garantía y de prescripción más beneficiosos de la LOE.

<sup>803</sup> Sobre la distinción entre cláusulas exoneratorias y pactos limitativos de la responsabilidad puede verse por todos LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 173.

la de los acuerdos transaccionales por los que, a la vista de un defecto, se pretenda evitar un pleito o ponerle fin<sup>804</sup>.

En primer lugar, con carácter general dichos convenios modificativos de la responsabilidad se excluyen por el art. 1.102 CC en caso de dolo, no así en el supuesto de incumplimiento por culpa dado que el art. 1.103 CC no se refiere a la renuncia de la acción como hace el primero, aunque se equipara generalmente la culpa grave al dolo; y también debemos señalar que se admite hacer responder al deudor en supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, de acuerdo con el art. 1.105 CC<sup>805</sup>. También el CEC establece la nulidad de los pactos de disposición de la responsabilidad causada dolosamente o por falta grave; la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos declara la nulidad de las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad por dolo; el DCFR igualmente impone la nulidad de los pactos de exoneración de los daños causados de forma intencional o gravemente negligente, así como en lo que resulte contrario a la buena fe y la honestidad, y el anteproyecto de Ley del Código mercantil configura la responsabilidad del contratista como

---

<sup>804</sup> El Tribunal Supremo deslinda ambas cuestiones en sentencia de 17 de noviembre de 1997 (RJ 8130) en la que admite la validez del acuerdo transaccional suscrito entre la constructora y propietarios de un edificio, pero limita la eficacia del acuerdo a los vicios existentes, no desplegando efectos en cuanto a los manifestados con posterioridad. También las deslignaba, FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 359.

<sup>805</sup> Sobre la diferencia apuntada entre los dos primeros preceptos del CC, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 207, quienes consideran válidas y eficaces las cláusulas sobre la responsabilidad por culpa salvo que supongan una renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por ella porque deberían considerarse inmorales u opuestas al art. 1.256 CC pues el cumplimiento quedaría a la voluntad del obligado, al igual la que limiten la responsabilidad a una cantidad ridícula. Otras hipótesis en las que los autores señalan que caben pactos son las de la especificación de la diligencia exigible de acuerdo con el art. 1.104 CC, y la agravación de la responsabilidad en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor conforme con el art. 1.105 CC. En igual sentido sobre los supuestos en los que caben pactos, y la imposibilidad de renuncia a la responsabilidad causada por dolo, puede verse LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, pp. 172 y 173, quien se refiere a la equiparación entre el dolo y la culpa grave a estos efectos, y sostiene que la exoneración de tal responsabilidad sería contraria al orden público, como también hace CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 360. En análogo sentido puede verse LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, pp. 137-138 y 142, sobre la posibilidad de pactar la responsabilidad en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, y la imposibilidad de renunciar a la responsabilidad dolosa.

indisponible sólo en el supuesto de que la falta de conformidad sea conocida o debiera conocerse por él, así como en el caso de que se hubiesen garantizado especialmente determinadas cualidades de la obra<sup>806</sup>.

## 2.2 Posturas doctrinales en torno al carácter indisponible de la responsabilidad prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación

Aunque no hemos contado a diferencia de otros países con un precepto que declare indisponible la responsabilidad derivada de defectos constructivos<sup>807</sup>, se considera como tal por la mayoría de autores al igual que ocurre con la responsabilidad prevista en el art. 1.591.1º CC, básicamente por el interés público presente en ella<sup>808</sup>.

---

<sup>806</sup> En cuanto al CEC, cfr. art. 106; Proyecto de Modernización, cfr. art. 1.212; DCFR cfr. art. 3:105 del libro III, y sobre el anteproyecto de Ley del Código Mercantil cfr. art. 525-2.

<sup>807</sup> Como Francia, donde el art. 1.792-5 del *Code* tiene por no puestas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad, concretamente, en traducción tomada de GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 285, dispone: “*Toda cláusula de un contrato que tenga por objeto excluir o limitar la responsabilidad prevista en los artículos 1.792, 1.792-1 y 1.792-2, excluir la garantía prevista en el artículo 1.792-3 o limitar su alcance, o excluir o limitar la solidaridad prevista en el artículos 1.792-4, se reputará no escrita*”. Esta carencia es reprochada por ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 299.

En cambio, el Proyecto de reforma del CC de 1994 en el último párrafo del art. 1.594 señalaba: “*Se tendrán por no puestas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del contratista por vicios o defectos de la obra*”.

<sup>808</sup> Consideran indisponible la responsabilidad prevista en el art. 1.591.1º CC: MUCIUS SCAEVOLA, o.c. nota 11, p. 111; GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.110, quien apunta el interés público que está presente en el precepto y considera nula la renuncia anticipada, no así la renuncia a la acción una vez nacida la misma; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 66-67, sólo admite las cláusulas que modifiquen la responsabilidad: “*en tanto no vayan contra la naturaleza de orden público de la responsabilidad...es decir, si esta responsabilidad se aumenta o se establece algún requisito para su ejercicio que no reduzca o limite la garantía legal ...*”; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, pp. 29-52, partiendo del carácter de orden público de la responsabilidad y de la imperatividad del art. 1.591.1º, no admite ni la exclusión de la norma ni la renuncia de derechos, apoyándose en los límites de los apartados dos y tres del art. 6, del art. 1.255, en el art. 1.102, todos ellos del CC; se muestra a favor de la equiparación al dolo de la culpa grave y, por último, se apoya en que el origen de la responsabilidad está en la función de los agentes y no en el

La responsabilidad prevista en la LOE también resulta imperativa a pesar de que no conste dicho carácter expresamente<sup>809</sup>. A esta imperatividad algunos autores reprochan que puede interesar a las partes pactar sobre la responsabilidad a cambio de una rebaja del precio sin que la edificación llegue a ser incorrecta técnicamente<sup>810</sup>.

La generalidad de los autores considera indisponible la responsabilidad estudiada, ello con independencia del carácter contractual,

---

contrato; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 356-359, tampoco admite los pactos, salvo que no se refieran a defectos que afecten a la solidez de la obra, y se trate, según el autor, de que sólo entre en juego el interés privado, y pueda el comitente apreciar las consecuencias de tal pacto, y no se haya abusado de su inexperiencia; también se refieren a la indisponibilidad de la responsabilidad SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.190; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 360, quien no admite la cláusula de exoneración por negligencia grave, y se basa en que la responsabilidad: *“se fundamenta en razones de orden público (seguridad de los edificios) e interés social, como se puso de relieve en los trabajos preparatorios del Código de Napoléon”*; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 285-286, también considera nula cualquier cláusula que excluya o limite la responsabilidad de acuerdo con los arts. 6.2º y 6.3º del CC; GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, pp. 632-633, quien admite sólo la renuncia posterior, y no previa, de la acción por vicios, siempre y cuando constase de una manera clara, terminante, expresa o deducida de actos hechos o conductas inequívocas, y que se conozca el alcance del abandono de los derechos.

<sup>809</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 427. Véase PANTEÓN PRIETO (nota 344); también destacan tal carácter, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 82-83; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 499.

<sup>810</sup> Con carácter general, PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254, defiende que al adquirente le puede convenir un pacto sobre la responsabilidad lanzando el autor las siguientes preguntas: *“¿Por qué razón se impide al dueño de una parcela pactar con el constructor que va a edificar sobre ella un chalet de veraneo que sólo responderá de los vicios de construcción en caso de dolo o culpa grave, o hasta un cierto límite cuantitativo (por ejemplo, el triple de su beneficio industrial)?”* .... *“La única explicación posible es que el legislador considera a los potenciales usuarios de edificios una suerte de incapaces mentales, inhábiles para captar lo que más conviene a sus intereses y, por tanto, necesitados de su tutela”*.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 85-88, destaca los inconvenientes del carácter imperativo de las normas sobre los niveles de calidad que el legislador considera infranqueables, y pone de relieve su falta no tiene porqué conllevar incorrección técnica, refiriéndose la autora al aislamiento acústico o térmico, o al ahorro de energía, por lo que se eleva el precio de la vivienda dejando al adquirente sin la opción de renunciar a dichos requisitos a cambio de una reducción de precio, e incluso dejando sin posibilidad de adquirirla a otros. También se refiere la autora a que en caso de transmisión por el autopromotor de vivienda unifamiliar, la calidad de ésta puede haberse tenido en cuenta a la hora de fijar el precio, a pesar de lo que la LOE le hace responder como promotor, cuando el precio de la vivienda pudo haberse convenido en atención a su calidad.

extracontractual o legal que se le atribuya<sup>811</sup>, porque se coincide en que la responsabilidad de los agentes presenta interés público como también acontecía con los comentaristas del art. 1.591.1º CC<sup>812</sup>. En este sentido, la parte programática de la LOE señala que el interés público preside los aspectos referentes a la habitabilidad y la calidad de las edificaciones<sup>813</sup>.

Además, también se ha argumentado que la imposibilidad de pacto se infiere del art. 17 de la LOE que está redactado en términos imperativos, y que lo confirman sus antecedentes<sup>814</sup>, carácter imperativo que constituye un límite a la exclusión voluntaria de la normas<sup>815</sup>.

---

<sup>811</sup> Como autores que defienden el carácter legal de la responsabilidad, y la nulidad de los pactos que limiten o exoneren la responsabilidad, podemos citar a GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 422, que señala gráficamente que la responsabilidad establecida *ex lege* no puede verse alterada *ex contractu*; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 432, aunque alude como fundamento a que se establece la responsabilidad en beneficio de un tercero, el adquirente, lo cual hace pensar que está representándose el autor los pactos entre agentes de la edificación y no entre éstos y el adquirente; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 331-332, también por su carácter legal considera nulos los pactos sobre los responsables o los supuestos de responsabilidad; en idéntico sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 902, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 73 y 74; del mismo modo RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, pp. 337-338, por el carácter legal de la responsabilidad considera nulos los pactos que la limiten o exoneren. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 35, señala que la edificación posee un carácter de orden público que ha hecho consecuentemente que sea indisponible para las partes. ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 46, partidaria de una naturaleza mixta (cfr. p. 198) se refiere al interés público por la seguridad y habitabilidad de los edificios.

CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 445, aunque la califica como una responsabilidad contractual, el hecho de que obedezca a razones de orden público e interés social conlleva para el autor que no quepan cláusulas de limitación o exoneración. También la considera indisponible a pesar de su carácter contractual, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 229.

<sup>812</sup> Véase p. 195, sobre los autores que comentan la LOE, y nota 808 sobre los autores que comentaban el art. 1.591.1º.

Lógicamente no se duda de la imposibilidad de cláusulas sobre los daños causados por dolo, ello de acuerdo con el art. 1.102 CC. En tal sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 428, e incluso se vetan tales pactos por los partidarios de la disposición de la responsabilidad prevista en la LOE, como es el caso de MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 211.

<sup>813</sup> Véase fragmento de la Exposición de Motivos extractado en nota 294.

<sup>814</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 427. En cuanto al tenor del precepto, extracta el autor el siguiente fragmento: “*las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán*”. En cuanto a los antecedentes se fundamenta en diferentes proyectos y anteproyectos que precedieron a la LOE,



Al margen de los anteriores argumentos que apuntan a la caracterización general de la responsabilidad como de interés público, habrá de tenerse en cuenta la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación<sup>816</sup> (LCGC) y el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), a los que se sujetarán los convenios sobre responsabilidad cuando sean condiciones generales o se refieran a un consumidor<sup>817</sup>. Así, bastantes autores han alegado como motivo de esta indisponibilidad la disposición adicional primera de la LCGC (que a su vez creó una disposición adicional primera en la LGDCU) que declara el carácter abusivo de las cláusulas que excluyan o limiten de forma inadecuada los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional, o que impongan renunciaciones o limitaciones de sus derechos<sup>818</sup>, pudiéndose ver actualmente este contenido en el art. 86 del TRLGDCU<sup>819</sup>.

---

como el art. 1.594 del Proyecto de reforma del CC de 1994, y en el art. 1.792-5 del *Code* (véase nota 807).

<sup>815</sup> Por todos, comentando el art. 6.2 CC, GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 623, p. 114, quien señala que los límites legales del orden e interés público previstos en tal precepto son inútiles porque el carácter imperativo hace que el acto de exclusión sea inválido cualquiera que sea la causa a la que obedezca tal imperatividad.

<sup>816</sup> BOE de 14 de abril de 1998.

<sup>817</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 208.

<sup>818</sup> Véase nota 272 sobre la autocalificación de la LOE en su Exposición de Motivos *“como una aportación más”* a la LGDCU. La disposición adicional primera de la refundida LGDCU, introducida por la disposición adicional primera de la LCGC, considera abusiva: *“9.ª La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional. En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias”*.

En la doctrina se apoyan en tal disposición, SEIJAS QUINTANA, J. A., *La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación*, en *Estudio sobre la nueva ley de ordenación de la edificación*, dir. por R. Fernández Valverde y J. Díez Delgado, ed.

De manera contrapuesta, también existen autores partidarios de la disposición previa de esta responsabilidad que admiten pactos entre el dueño de la obra y los agentes en los contratos de obra y en los contratos de compraventa. No obstante, se exige que se trate de una renuncia previa justificada basada en una causa objetiva, y se advierte que las cláusulas de la compraventa pueden resultar abusivas y, por tanto, nulas, porque generalmente no habrá negociación, y aunque la haya se verán con suspicacia pudiendo considerarse contrarias al art. 6.2 CC, por contravenir el orden público económico, entre cuyos principios está el de reciprocidad y justo equilibrio de prestaciones<sup>820</sup>.

---

CGPJ, Madrid, 2000, p. 125; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 46; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 500-501. También puede verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 83, la cual justifica la imperatividad, entre otras razones en el derecho de defensa de los consumidores y usuarios que, de acuerdo con el art. 51 CE, deben garantizar los poderes públicos.

<sup>819</sup> Dicho precepto dispone en los apartados que señalamos a continuación: *“En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:*

*1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.*

*2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél.*

*5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.*

*7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario”.*

<sup>820</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 210-216. Señala la autora que no existe sino un interés estrictamente privado, incluso en los defectos más graves, a pesar de las declaraciones que hace la Exposición de Motivos (en contra véase p. 232). Exige la autora que para salvar las consecuencias de la LGDCU no habría nulidad si es fruto la cláusula de una negociación entre las partes del contrato de obra, que impida considerar la cláusula como predispuesta, siguiendo a PANTALEÓN PRIETO (véase nota 810) en que pueden concurrir circunstancias que favorezcan la negociación de dicha cláusula. En cuanto a la compraventa, salvando los obstáculos apuntados por la autora, sólo admite sus efectos entre las partes que las suscriban, sin alcanzar a terceros adquirentes las que suscriba el primer

Otros autores sólo admiten la renuncia a la acción una vez constatados los defectos constructivos como hacían algunos autores que comentaban el art. 1.591.1º CC, pero sin que tal renuncia surta efecto más allá de las partes de tal convenio<sup>821</sup>. Con lo anterior coincidimos porque además de que el carácter imperativo de la norma no impone que los derechos reconocidos por ella y que se hayan adquirido deban ejercitarse sino que es un límite a la exclusión previa de la ley aplicable<sup>822</sup>, la renuncia se producirá con frecuencia en el marco de un acuerdo transaccional que conllevará concesiones mutuas<sup>823</sup>.

### 2.3 Valoración crítica y postura del Tribunal Supremo

Al margen de que vemos presente el interés público en la responsabilidad estudiada, en cuanto a la incidencia en nuestra materia de la LCGC y del TRLGDCU debe tenerse en cuenta que la protección frente a las condiciones generales de la contratación prevista en la LCGC alcanza a cualquier persona que se adhiera a ellas con independencia de

---

adquirente. Lógicamente, esta autora sí admite los pactos de liberación total o parcial entre los agentes pero sin afectar a los adquirentes.

En parecido sentido puede verse, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 230, para el que la nulidad de la cláusula exige que se trate de un contrato de adhesión. También en parecido sentido comentando la posibilidad de disposición de las exigencias básicas del CTE, CORDERO LOBATO (véase epígrafe 1.2 de capítulo V).

<sup>821</sup> Véase nota 808, GARCÍA CANTERO y GARCÍA CONESA. Nos referimos a GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 348, pp. 1.544-1.545, quien salva de tal admisión que el pacto sea en perjuicio de tercero, como es el arrendatario (o añadimos nosotros, los posteriores propietarios no partes en tal pacto y a los que la LOE reconoce legitimación en su art. 17) y a GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 422, que igualmente admite la renuncia a la acción con posterioridad a la constatación de los vicios o defectos. Igualmente MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 210-216, limita los efectos de los pactos a sus partes. Sin embargo, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 288, consideraba que el adquirente de un inmueble ya arruinado no tiene porqué ser protegido por la responsabilidad decenal.

<sup>822</sup> En tal sentido, por todos, comentando el art. 6.2 CC, GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 623, p. 113.

<sup>823</sup> Aludimos a que consideramos de difícil acaecimiento en la práctica que algún adquirente renuncie sin contraprestación alguna al derecho a reclamar la reparación de daños materiales ya producidos. Cfr. arts. 1.809 y ss. CC.

su condición de consumidor<sup>824</sup> y conlleva la nulidad de las que en perjuicio del adherente contradigan lo dispuesto en normas imperativas<sup>825</sup>, como apreciamos que es la LOE<sup>826</sup>. Sin embargo, las cláusulas abusivas requieren que estemos ante un consumidor<sup>827</sup> y el art. 17 de la LOE alcanza a todo propietario, con independencia de su condición de consumidor, con lo que aunque en la mayoría de las ocasiones estaremos ante un consumidor entendido como adquirente del edificio al margen de una actividad empresarial<sup>828</sup>, no siempre ocurrirá así.

Cuando estemos ante un consumidor, a pesar de que la calificación como abusiva de la cláusula requiere que ésta no haya sido negociada individualmente<sup>829</sup>, habida cuenta de que la carga de la prueba de dicha

---

<sup>824</sup> Cfr. art. 2 de la LCGC y en la doctrina, por todos, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 190, p. 448, y LLAMAS POMBO, E., en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, coord. por E. Llamas Pombo, ed. La Ley, Madrid, 2005, p. 283.

<sup>825</sup> Cfr. artículo 8.1 de la LCGC que dispone: “Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Sostiene la nulidad de la cláusula que altere el régimen de los arts. 17 y ss. de la LOE por su carácter imperativo PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *La protección del comitente como consumidor*, ADC 2 (2012), p. 711.

<sup>826</sup> Véase autores en nota 809.

<sup>827</sup> Cfr. art. 8.2 de la LCGC: “En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor...”. También puede verse DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 190, p. 448, y LLAMAS POMBO, o.c. nota 824, pp. 283 y 296.

<sup>828</sup> Sobre el concepto de consumidor y usuario el art. 3 del TRLGDCU, en su redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE de 28 de marzo de 2014) lo define con carácter general como “...las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

<sup>829</sup> Cfr. art. 82.1 del TRLGDCU que nos da el siguiente concepto de cláusulas abusivas: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y

negociación corresponde al empresario<sup>830</sup> será difícil justificar la exoneración en una bajada de precio de la compra, máxime en los tiempos que corren.

Por otro lado, aunque alguna autora acude como fundamentación del carácter indisponible al derecho a una vivienda digna y adecuada previsto en el art. 47 CE<sup>831</sup>, hemos de apuntar que este argumento no tiene aplicación general, porque la LOE no tutela exclusivamente a las viviendas, como hemos visto<sup>832</sup>.

Expuesto lo anterior, sin perjuicio del pronunciamiento al que haremos mención, el Tribunal Supremo ha considerado nulas o sin efecto las cláusulas que excluyan o exoneren la responsabilidad prevista en el art. 1.591.1º CC, fundamentalmente por la naturaleza legal de la responsabilidad, aunque también se ha argumentado que de lo contrario los graves incumplimientos impedirían la obtención de la finalidad de la compra; así como que supondría la renuncia a la responsabilidad por dolo, imposibilitaría la exigencia de la responsabilidad en las obligaciones, y dejaría indefensos a los adquirentes en contra de la LGDCU<sup>833</sup>.

---

*usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". Este requisito de la no negociación individual es considerado como requisito central por DíEZ-PICAZO L., o.c. nota 190, p. 463, comentando el refundido art. 10 bis de la LGDCU. De igual modo destaca este requisito como principal, MARTÍN PÉREZ, J. A., en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, coord. por E. Llamas Pombo, ed. La Ley, Madrid, 2005, p. 227.*

<sup>830</sup> Cfr. art. 82.2 del TRLGDCU. Sobre las dificultades de dicha prueba puede verse LLAMAS POMBO, o.c. nota 824, p. 315.

<sup>831</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 83, la cual también se refiere a la importancia económica que representa la adquisición de una vivienda para las familias.

<sup>832</sup> Véase epígrafe 7.1 de capítulo II.

<sup>833</sup> Cfr. STS de 13 de junio de 1984 (RJ 3236). Se trataba de un supuesto en que la promotora pretendía su exoneración porque en los contratos de compraventa concertados con los adquirentes de pisos y locales se comprometía a corregir cualquier deficiencia de construcción o montaje en el plazo máximo de dos meses a partir de la fecha de la entrega de la vivienda, pasado el cual los arreglos o reparaciones correrían a cargo del comprador íntegramente. Frente a ello, el Tribunal Supremo señaló que los defectos de construcción y montaje son algo diferente a la ruina, y que a ésta, como obligación legal, no se puede renunciar

Además de que estos pronunciamientos resultan aplicables a la responsabilidad establecida en la LOE puesto que el Tribunal Supremo también se decanta por la naturaleza legal de ésta<sup>834</sup>, el Alto Tribunal ha señalado expresamente su carácter irrenunciable lo que deriva de la expresión “en todo caso” que utiliza su art. 17.3 al establecer la correspondiente al promotor<sup>835</sup>.

---

anticipadamente: «*motivos todos ellos rechazo impone la simple consideración de que la cláusula contractual controvertida que les sirve de apoyo se refiere a "deficiencias en la construcción o montaje" y no a la ruina a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo 1.591 del Código Civil , que sanciona una obligación legal a la exigencia de cuyo cumplimiento no puede renunciar de antemano el presunto perjudicado*».

Cfr. STS de 12 de febrero de 1988 (RJ 941) que declara nula una cláusula mediante la que los compradores renuncian a reclamar nada al vendedor cuando dan su conformidad al estado de la vivienda, puesto que para el TS ello no puede conllevar una exoneración por culpa, al ser incompatible con la finalidad contractual perseguida por los adquirentes, señalando: “*fácil es concluir que la cláusula en que se apoya el motivo no puede ser justo soporte de hecho de una exoneración de culpa ni responsabilidad que tiene un alcance mucho más amplio como consecuencia de circunstancias fácticas tan profundas y trascendentes, que se proyectan sobre la misma causa contractual de la adquisición de las viviendas, cuya finalidad de compra no podía alcanzarse ante los graves incumplimientos contractuales del ahora recurrente, por lo que la eficacia de la cláusula es civilmente nula, por cuya razón se rechaza este motivo*”. Sobre la repercusión de la obtención de la finalidad del negocio en materia de imposibilidad de renuncia a la responsabilidad puede verse el art. 107 del CEC.

Cfr. STS de 2 de octubre de 1992 (RJ 7516) en la que frente a la pretensión del promotor-constructor de hacer valer una cláusula en virtud de la que sólo respondía de los defectos ocultos, la declara nula: “*Pretender la validez de la estipulación que limita la cobertura de los derechos de los compradores es hacer posible la renuncia a la acción de dolo (art. 1.102, Cc.), impedir que la negligencia sea exigible en toda clase de obligaciones (art. 1.103, Cc), dejarles absolutamente indefensos, lo que impide incluso la Ley de los Consumidores*”.

Cfr. STS de 27 de junio de 1994 (RJ 6505) que ante un supuesto en el que se pretendía la exoneración de los arquitectos con base en un documento suscrito entre éstos y la promotora, señaló: “*Frente a ello ha de afirmarse que cualquiera que sea la eficacia que dicho documento pueda tener entre los que lo suscribieron, no produce efecto alguno frente a terceros adquirentes de las viviendas, para limitar la responsabilidad de los arquitectos directores de la obra por ruina del edificio por causa a ellos imputables, responsabilidad ex lege que no puede ser alterada frente a los perjudicados por pactos entre quienes tienen la obligación de responder*”.

<sup>834</sup> Véase pp. 191 y s.

<sup>835</sup> Cfr. sentencia de 11 de abril de 2012 (RJ 5746) que con cita de otras señala: «*Significa que responde aun cuanto estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras "en todo*

Sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de noviembre de 1981 ha admitido las renunciaciones, si bien con la exigencia de que sean “*explícitas, claras, terminantes e inequívocas*”<sup>836</sup>. Sobre lo anterior hemos de señalar que además de que en dicho pronunciamiento no se consideraron concurrentes tales requisitos<sup>837</sup>, difícilmente puede darse el conocimiento cabal y cierto de lo que se renuncia cuando se renuncie antes de conocer el alcance del daño<sup>838</sup>. Efectivamente, estamos ante un régimen cuya utilidad es precisamente la de otorgar una plaza de prueba de la buena construcción puesto que por la naturaleza de las cosas no es suficiente un examen de la obra, sino que es necesario un tiempo durante el cual se puedan poner de manifiesto los vicios de la construcción<sup>839</sup>, y en caso de estar ante defectos ya manifiestos lo normal es que la renuncia se produzca en el marco de un acuerdo transaccional con concesiones mutuas.

---

caso " que señala la norma con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma ( SSTs 24 de mayo (RJ 2007, 4008) y 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8855) ; 13 de marzo de 2008 (RJ 2008, 4050) ; 19 de julio 2010 (RJ 2010, 6559) ).» También pueden verse las sentencias de 11 de octubre de 2012 (RJ 2013/2270) y 22 de octubre de 2012 (RJ 11064).

<sup>836</sup> (RJ 4412). En dicha sentencia el vendedor pretendía hacer valer una renuncia a la reclamación por los adquirentes al esgrimir la siguiente cláusula: “*los demandantes eximen de toda responsabilidad al promotor en todo lo relacionado con la vivienda adquirida y, por consiguiente, con el garaje anexo a la misma, mediante documentos firmados por los mismos*”, frente a lo que el TS señaló, sin desconocer la validez de la renuncia, que no era lo suficientemente clara. Dispuso la sentencia: “*...la Sala sentenciadora en la instancia no desconoce la validez de la renuncia de los derechos que no contraríen el interés o el orden público o perjudiquen a tercero, sino que tal renuncia, en el caso concreto debatido, no era lo «explícita, clara, terminante e inequívoca», a los efectos de lo pretendido por el recurrente de exonerarle de responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones que como vendedor eran exigibles....*”.

Sobre el requisito de que la renuncia debe ser clara, explícita y terminante puede verse DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 623, p. 449, quienes citan pronunciamientos del TS.

<sup>837</sup> Véase nota anterior.

<sup>838</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 818, p. 125. Sin perjuicio de ello, para el autor la cuestión ha sido superada con la disposición adicional primera de la LCGC (véase nota 818).

<sup>839</sup> Cfr. epígrafe 1 de capítulo I, especialmente opiniones de MANRESA y LUCAS FERNÁNDEZ (véase p. 3).

Mayor trascendencia tuvo la sentencia de 25 de abril de 1984 en la que Tribunal Supremo declaró la validez de una cláusula de exoneración de la responsabilidad del contratista por culpa o negligencia pasado un plazo de garantía que se había pactado entre las partes<sup>840</sup>, cuestión esta que será analizada en el siguiente epígrafe dedicado a la posibilidad de disposición de los plazos de garantía previstos en la LOE.

Al margen de todo lo expuesto, conviene tener en cuenta la diversidad de defectos constructivos que cubre el art. 17 de la LOE, puesto que no tutela exclusivamente los defectos estructurales del edificio, ni tan siquiera se limita a los daños a la habitabilidad, sino que incluye defectos de terminación o acabado que, como veremos, son defectos bastante menos graves que los anteriores<sup>841</sup>. A pesar de lo anterior, los autores a la hora de defender sus posturas no hacen diferencias en cuanto a los defectos objeto de potencial pacto<sup>842</sup>, con lo que coincidimos porque la norma no hace distinciones en su articulado, como tampoco cuando se marca el objetivo de establecer un marco general en el que pueda fomentarse la calidad<sup>843</sup>.

---

<sup>840</sup> RJ 1969.

<sup>841</sup> Véase epígrafe 2.4 de capítulo V.

<sup>842</sup> Cfr. MORENO-TORRES HERRERA (véase nota 820); ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 815; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 427, quien considera de orden público no sólo la responsabilidad decenal y trienal que establece la LOE, sino también la anual por defectos de terminación o acabado, y destaca que ocurre igual que en Francia donde lo son las garantías decenal, bienal y de perfecta terminación, de acuerdo con el art. 1.792-5 del Código civil, y ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 46, señala que en los defectos funcionales el orden público pierde fuerza, pero sin que por ello establezca un diferente régimen de disposición para la responsabilidad derivada de ellos.

En contra, FERNÁNDEZ COSTALES (véase nota 808), y GÓMEZ DE LA ESCALERA (véase nota 849).

<sup>843</sup> Cfr. fragmento de Exposición de Motivos extractado en nota 278.

Además, aunque los defectos de terminación o acabado resulten poco relevantes de forma aislada, su repetición veremos que puede impedir el uso satisfactorio del edificio. Véase en epígrafe 2.4.2 de capítulo V pronunciamientos del TS recaídos en aplicación del art. 1.591 CC, puestos en relación con otros de algunas audiencias provinciales que consideran constitutivos de la responsabilidad trienal a los defectos de terminación, por razón de su carácter generalizado.



Por otro lado, debemos plantearnos el alcance subjetivo de la indisponibilidad, puesto que algunos autores consideran que puede ser disponible en la relación interna entre los agentes de la edificación<sup>844</sup>, y el Tribunal Supremo ha admitido dichos pactos con efectos internos entre los agentes<sup>845</sup>. Discrepamos de lo anterior, porque la ley no sólo pretende el resarcimiento, sino también la calidad de la edificación como figura en su Exposición de Motivos, y los requisitos básicos previstos para tal fin en su art. 3 se configuran con carácter imperativo, por lo que resulta incompatible con la calidad que los agentes pacten, por ejemplo, una reducción de ella a cambio de la exoneración de alguno en sus relaciones internas<sup>846</sup>.

Para terminar, menor interés presenta la materia estudiada desde la perspectiva de máximos de responsabilidad, de ahí que hayan sido pocos los autores que se pronuncien sobre la posibilidad de imponer un régimen más severo que el previsto legalmente<sup>847</sup>, postura a favor de la cual nos

---

<sup>844</sup> En tal sentido: SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 818, p. 125; RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 50; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 46 y 47; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 501, poniendo el ejemplo de pactos entre contratista y subcontratista mediante el que éste exime en las relaciones internas de toda responsabilidad al contratista; MORENO-TORRES HERRERA (véase nota 820).

<sup>845</sup> Cfr. sentencia de 27 de junio de 1994 (RJ 6505) extractada (véase nota 833), que admite *obiter dicta* dichos efectos entre los agentes de la edificación.

<sup>846</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 84-85. Además sostiene la autora que la intervención de las oficinas de control de los seguros impedirán en la práctica tales pactos porque si las mismas informan negativamente se denegará el seguro y conllevará consecuencias registrales que dificultarán la venta. No obstante, como bien destaca la autora la entrada en vigor diferida del resto de seguros diferentes al decenal hace que el papel de dichas entidades se reduzca a los elementos determinantes de esta responsabilidad asegurada (cfr. disposición adicional segunda, apartado dos de la LOE).

No obstante, que puede haber pactos que no provoquen merma de calidad, como por ejemplo aquel mediante el que el subcontratista exime de responsabilidad al contratista por los daños causados por el primero, porque en este supuesto coincidirán el responsable directo del vicio y el que va a responder internamente como consecuencia de tal pacto, sin que, por tanto, pueda ejecutar el subcontratista de forma negligente con la expectativa de que en caso de ser demandado por los adquirentes podrá repetir al constructor lo abonado a éstos.

<sup>847</sup> Dentro del escaso número de autores que se han referido a esta cuestión, admite la imposición de un régimen más gravoso GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, pp. 422-423. Razones obvias explican la falta de interés de este aspecto y es que

mostramos, lo que conlleva que se superponga a la responsabilidad mínima prevista legalmente otra adicional, como especie de garantía comercial.

## **2.4 La disposición de los plazos de garantía concedidos por la Ley de Ordenación de la Edificación**

En cuanto a esta cuestión de la alteración de los plazos de garantía previstos en la LOE<sup>848</sup>, al margen de la extrapolación que se puede hacer de la opinión doctrinal mayoritaria contraria a la admisión de la disposición de la responsabilidad, son pocos los autores que se la han planteado específicamente. Los que lo han hecho defienden posiciones contrapuestas, porque así como unos se muestran contrarios a su admisión, particularmente por el interés público de la materia de modo análogo a algunos comentaristas del art. 1.591 CC<sup>849</sup>; otros niegan ese interés público y admiten la reducción de los plazos de garantía<sup>850</sup>.

---

será sumamente infrecuente que al adquirente se le otorgue un régimen superior al previsto legalmente.

<sup>848</sup> Sobre la cuestión de la alteración del plazo de prescripción previsto en la LOE, véase epígrafe 2 de capítulo VII.

<sup>849</sup> ARIAS DÍAZ, M. D., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002, p. 61 (nota 26), desecha toda posibilidad de pacto que conlleve que el plazo de garantía se inicie antes de la recepción o terminación de la obra, sólo admitiendo el pacto por el que se amplíen los plazos de garantía, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 815, el cual se fundamenta en el interés público que preside la seguridad de las edificaciones así como la calidad y su habitabilidad. Comentando el art. 1.591.1º pueden verse HERRERA CATENA, o.c. nota 19, pp. 48-52, quien se basa en el carácter de orden público de la responsabilidad, y FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 357, por el carácter *ex lege* de dicha responsabilidad.

En cambio, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 286, admitía, como un modo de actualizar el ordenamiento jurídico, el pacto por el que los defectos de poca o relativa importancia se sometían a un plazo más breve que el decenal de garantía. No obstante, esta actualización ya se ha realizado por la LOE al reservar su art. 17 para el plazo decenal de defectos constructivos especialmente graves (véase epígrafe 2.2 de capítulo V). No coincidimos con MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 210, en que GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1063, admitía la limitación en el tiempo de la responsabilidad a condición de que fuera suficiente para que el dueño compruebe

La postura del Tribunal Supremo en torno a la posibilidad de alteración de los plazos de garantía no es todo lo contundente que desearíamos. Ello lo decimos porque, además de que la sentencia de 13 de junio de 1984 prohibió tal pacto de un modo no muy claro por las circunstancias del caso<sup>851</sup>, en la sentencia de 25 de abril de 1984 se declaró la validez de una cláusula de exoneración de la responsabilidad del contratista por culpa o negligencia pasado un plazo de garantía de seis meses que se había pactado entre las partes, fundamentalmente por no apreciar que sobrepasara los límites de la autonomía de la voluntad<sup>852</sup>; y en la

---

la solidez de la construcción, puesto que lo anterior lo señala el autor refiriéndose a la jurisprudencia francesa, no siendo un juicio propio sobre dicha admisión.

<sup>850</sup> MORENO-TORRES HERRERA (véase nota 820). La autora, o.c. nota 212, p. 208, ve el interés a esta cuestión en que: *“si bien es cierto que, en pura teoría, ello no significa otra cosa que la necesidad de probar que el defecto es originario para obtener la indemnización, no se puede desconocer que la intención de las partes habrá sido otra: la de excluir la responsabilidad más allá de la fecha que se señale”*. Por tanto, se apoya en la función de los plazos de garantía como plazos durante los que se presume el carácter originario del defecto, sobre la que nos remitimos al epígrafe 1 de capítulo VI. También admite la reducción de los plazos de garantía, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 405, quien cita en apoyo la STS de 3 de julio de 1989 (RJ 5281) sobre la que entraremos a continuación.

<sup>851</sup> (RJ 3236). Véase en nota 833 los hechos de la sentencia, concretamente que el pacto no afectaba a la ruina sino a otro tipo de defectos. En dicha sentencia parece apuntarse que si se hubiera pactado la reducción del plazo de garantía afectante a defectos constitutivos de ruina, se hubiera declarado su nulidad al ser irrenunciable la responsabilidad por ruina.

<sup>852</sup> RJ 1969. Se trataba de un supuesto en el que el propietario de un solar que había encargada a un constructor, dos arquitectos y un aparejador la construcción de un complejo turístico, reclamaba la reparación de los defectos constructivos de que padecía la obra. La reclamación fue estimada en primera instancia, no así en la apelación, ante lo que se recurre en casación sin resultado, señalando la sentencia en cuanto a la cláusula en cuestión: *“CONSIDERANDO que a la misma conclusión desestimatoria debe llegarse al estudiar los motivos octavo, noveno y décimo, asimismo encauzados por la vía del número primero del repetido artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, y con la denuncia de violación de los artículos mil noventa y uno, mil ciento uno, mil quinientos noventa y uno, mil doscientos cincuenta y ocho y mil quinientos cuarenta y cuatro del Código Civil y aplicación indebida de las leyes siete, ocho y nueve del Fuero Navarro y sexto, segundo y mil doscientos cincuenta y cinco del Código Civil, y todo ello porque, pese a la constatada realidad de las deficiencias constructivas, en lo atinente al contratista, es visto que su responsabilidad aparece exonerada por obra de la cláusula, la cual, por otra parte, no ha podido invalidarse como ilícita por no sobrepasar los límites de las leyes que se citan: Ley, moral, orden público, perjuicio de tercero, precepto prohibido o fraude de Ley”*.

sentencia de 3 de julio de 1989 se admitió el pacto de una garantía de cinco años, aunque el plazo de garantía convencional no era motivo de conflicto porque los vicios habían aparecido dentro de él, y además concurren circunstancias algo particulares<sup>853</sup>.

Por nuestra parte, dado que con carácter general hemos defendido la imposibilidad de disposición de esta responsabilidad por su naturaleza legal<sup>854</sup>, somos contrarios a que se puedan reducir los plazos de garantía incluso aunque se esté ante defectos menos graves como son los de terminación o acabado, porque la LOE ya ha reducido los plazos de garantía al reservar para el decenal los defectos más graves y trasladar el resto a plazos más breves de tres y un año, que veremos son criticados por la doctrina fundamentalmente por su cómputo desde la recepción de

---

<sup>853</sup> RJ 5281. Se trataba de un supuesto en que habían surgido discrepancias entre dos entidades, adjudicataria y concesionaria, para la liquidación de sus relaciones contractuales, por lo que se sometieron a un arbitraje de equidad resuelto mediante laudo, consecuencia del cual suscribieron un documento de finiquito que exceptuaba los defectos o averías imputables a vicios de construcción que se revelaran durante el plazo de cinco años. En base a lo anterior se interpuso demanda por la entidad concesionaria, en lo que aquí interesa frente a la adjudicataria, la cual fue desestimada al haberse interpuesto con posterioridad a los cinco años, sentencia que es revocada en apelación y mantenida en casación porque al no discutirse la aparición de los defectos dentro del plazo de garantía, y no ser éste un plazo de ejercicio de la acción, no procedía la caducidad de la misma.

MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 208, con fundamento en que no se discutía la validez del pacto debido a la aparición de los vicios en plazo, sostiene que el Tribunal Supremo no ha se pronunciado directamente sobre esta cuestión específica de la disposición del plazo de garantía en aplicación del art.1.591 CC. En cambio, SIERRA GIL DE LA CUESTA, cuando admite la reducción del plazo de garantía cita como ejemplo esta sentencia (véase nota 850).

<sup>854</sup> Así, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., ADC 1 (1985), pp. 213-232, se muestra contrario a la STS de 25 de abril de 1984 (RJ 1969) porque, con carácter general, no es partidario de la validez de la renuncia a la responsabilidad por negligencia grave por ir en contra del orden público y las buenas costumbres, además de que las cláusulas de irresponsabilidad contribuyen a que disminuya el sentido de la responsabilidad individual lo cual para el autor, al ser gravemente perjudicial para la sociedad, no debe ser amparado por el Derecho, apoyándose además en el principio histórico que equipara el dolo y la culpa lata. Todo lo anterior para el autor es más evidente en el caso de la responsabilidad por ruina que se fundamenta en razones de orden público, en referencia expresa a la seguridad de los edificios.

la obra por ser ésta un evento anterior al de la adquisición por los destinatarios finales de la obra<sup>855</sup>.

En lo referente a la posibilidad de ampliación de los plazos previstos en la LOE, debe admitirse dado que no se lesiona a los adquirentes del edificio<sup>856</sup>. Obviamente será infrecuente que los agentes de la edificación otorguen unos plazos mayores de garantía, aunque no vemos ningún inconveniente en ello, en cuyo caso se superpondrá al plazo legal mínimo una especie de garantía comercial<sup>857</sup>.

#### **IV.- LOS VICIOS CONSTRUCTIVOS, LOS DAÑOS MATERIALES, SU PRUEBA E IMPUTACIÓN A LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN**

##### **1. Los vicios o defectos constructivos como causa de los daños materiales cubiertos por la Ley de Ordenación de la Edificación**

El origen o causa de la responsabilidad prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación, de acuerdo con el propio tenor de su art. 17, se observa que se encuentra limitado a los vicios o defectos constructivos<sup>858</sup>, de ahí que se señale que la LOE no regula todas las responsabilidades que se pueden derivar del proceso constructivo<sup>859</sup>.

---

<sup>855</sup> Cfr. art. 17.1. Véase epígrafes 1 y 2.1 de capítulo VI.

<sup>856</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 208 y 216, para la que no supondrá lesión alguna para el propietario, por lo que no le son aplicables los límites de la LGDCU; ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 61 (nota 26), por no vulnerar ningún precepto legal, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 405.

<sup>857</sup> Esta garantía, como destaca MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 216-217, en caso de que se deba a circunstancias particulares sólo alcanzará al adquirente con el cual el promotor lo haya pactado, y si se trata de una garantía ofrecida por el promotor con carácter general en la publicidad de venta de las viviendas, alcanzará a los subaquirentes sucesivos.

<sup>858</sup> El mentado precepto dispone:

La expresión vicios o defectos que utiliza la LOE reiteradamente a lo largo de su articulado<sup>860</sup>, aunque el art. 17.1 habla genéricamente de vicios o defectos hay que denominarlos vicios o defectos de construcción y además esta expresión ha de entenderse en un sentido genérico, y no como lo hacía el art. 1.591 CC donde aludía a la actividad del contratista<sup>861</sup>.

---

*“Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.*

*1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:*

- a. Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.*
- b. Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.*

*El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.”*

<sup>859</sup> Entre otros muchos: DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14; CADARSO PALAU, J., *El sistema de responsabilidad civil en la construcción*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, ed. CGPJ, Madrid, 2008, p. 46, quienes además destacan que el título del precepto parece querer establecer un régimen que abarque todo tipo de responsabilidades; TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 49; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 484, y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 257. La limitación referida se pone de manifiesto si acudimos a los diferentes tipos de incumplimientos a que puede dar lugar una obligación de hacer, como es la del contrato de obra, y a los que se refiere el CEC en su art. 94 titulado “Incumplimiento de una obligación de hacer” que dispone: “1. La obligación de hacer se considera incumplida si la obra no ha sido acabada antes del término previsto en el contrato, o ha sido ejecutada parcialmente, o de manera defectuosa, o utilizando cosas o materiales inapropiados...”.

<sup>860</sup> Salvo en los arts. 6.2 d) y 19.9 d), que se refieren a defectos observados en el momento de la recepción de la obra, en el resto de los preceptos la ley se refiere siempre conjuntamente a vicios o defectos.

<sup>861</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 433-434, quien además destaca que es la terminología de los arts. 17.3 y 19, y que se viene a coincidir con el art. 1.669 Código civil italiano que se refiere al defecto de construcción en sentido genérico. También

Además, a diferencia del art. 1.591 CC que sólo se refiere a la palabra vicio, la LOE utiliza también la palabra defecto<sup>862</sup>, y aunque tradicionalmente ésta se ha identificado más con su falta de funcionalidad o la falta de cualidades propias y naturales de una cosa, y el término vicio con algo más intrínseco en referencia a la mala ejecución de la obra, o con la mala calidad o daño físico en las cosas<sup>863</sup>, se ha destacado que la LOE utiliza con parecido alcance las expresiones vicios o defectos<sup>864</sup>.

Al referirse la ley a vicios o defectos que afecten al edificio, estamos ante un cumplimiento defectuoso de contrato<sup>865</sup>, por lo que no se cubre un

---

sobre el sentido genérico de la expresión, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 92, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 205.

Por tanto, los vicios o defectos de la construcción en el sentido defendido abarcan los vicios de ejecución propiamente dicha, los del proyecto y los de la dirección que vimos al tratar el art. 1.591 CC, que tendrán que especificarse ulteriormente para imputarlo a uno u otro de los agentes de la edificación, como destacan CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 434-435, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.597.

<sup>862</sup> ALBIEZ DHORMANN, o.c. nota 333, p. 617. En este sentido, GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 358, resalta que el término legal defecto es de nuevo cuño.

<sup>863</sup> Respectivamente, atribuyen tales significados a los términos defecto y vicio, ALBIEZ DHORMANN, o.c. nota 333, p. 617, y MARTÍN BERNAL, J. M., *Vicios y/o defectos y su incidencia en la LAU, LPH, LOE y el Código Civil*, AJA 535 (2002), p. 1, quien se basa en las fuentes francesas e italianas.

<sup>864</sup> MARTÍN BERNAL, o.c. nota 863, p. 2, a quien le parece paradójico que a diferencia del Código civil en el que se habla más de vicios, la LOE está más dominada, al menos en su planteamiento general por defectos, a pesar de que persigue mejorar la calidad. Sobre ello reiteramos que la LOE se refiere indistintamente a los dos términos a lo largo de su articulado.

Sin embargo, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 46 y 65, se hace sinónimos el daño del defecto de la construcción. Se basa el autor en GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 165-166, que veía los defectos como algo diferente a los vicios, al considerar que tanto la ruina como el defecto constructivo es el resultado del vicio constructivo, lo cual no consideramos que sea aplicable a la LOE al situarse por la norma en el mismo plano a los defectos y a los vicios como causa de los daños materiales, aunque, como veremos, a efectos prácticos, el hecho de que la LOE se refiera a que se responderá de los daños causados por vicios o defectos constructivos no supone la limitación de la responsabilidad a los daños materiales, sino que también es resarcible el vicio o defecto considerado en sí mismo, más allá de las consecuencias adicionales que se deriven de él (véase epígrafe 2.3 del presente capítulo).

<sup>865</sup> Sobre la consideración de los vicios o defectos como cumplimiento defectuoso puede verse por todos DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 199, y ALBIEZ DHORMANN, o.c. nota 333, p. 628.

incumplimiento total, pero además suele tratarse de un incumplimiento de la *lex artis*<sup>866</sup>, de tal manera que no alcanza a otros cumplimientos defectuosos del contrato de obra que no derivan de la construcción propiamente dicha ni merecen el calificativo de dañosos<sup>867</sup>.

Más concretamente se excluyen las faltas de conformidad entre lo ejecutado y lo pactado en el contrato suscrito entre el promotor y el resto de agentes<sup>868</sup>, el incumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato de compraventa entre el promotor y el adquirente, con particular

---

<sup>866</sup> Así lo destacan los partidarios de la naturaleza contractual de la responsabilidad, e incluso algunos defensores de su naturaleza legal (véase epígrafe 1.1.1 de capítulo III), a los que cabe añadir SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.594. No obstante, ya hemos visto (epígrafe 1.2.2 de capítulo III) que hay otros supuestos particulares en los que no juega la *lex artis*, como el de la responsabilidad del constructor por los materiales que cuentan con los análisis favorables correspondientes, además del supuesto del promotor (véase epígrafe 2.2.1.2 de capítulo VIII).

<sup>867</sup> Con carácter general señala que no se cubren otros incumplimientos defectuosos, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14. SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 208, se refieren particularmente al resto de cumplimientos defectuosos que no derivan de la construcción ni son dañosos, idea se aprecia en las SSTs de 13 de mayo de 2008 (RJ 3060) y 27 de junio de 2012 (RJ 8014) de las cuales es ponente el primero de ellos. Véase sobre estas sentencias nota 872.

<sup>868</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 335, el cual se refiere a estos supuestos como carencias o faltas de conformidad contractual; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 87 y 88, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 366.



atención al referido a las calidades convenidas<sup>869</sup>, y los retrasos en la entrega de la obra<sup>870</sup>.

En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha excluido de la responsabilidad prevista en el art. 1.591 CC la falta de instalación de los elementos contratados la cual deriva a la responsabilidad contractual<sup>871</sup>, y ha advertido que tal planteamiento se encuentra en la LOE<sup>872</sup>.

---

<sup>869</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.705; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.594; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 366; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1164, quien pone como ejemplo la falta de instalación de elementos que había de contener la vivienda; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 208, se refieren a grifería o parqué inadecuado, calidades distintas, colocación de extintores. En esta línea, FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 458, pone como ejemplos de incumplimiento la construcción de menos habitaciones de una vivienda o número de plantas de un edificio; y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 258, las viviendas con superficie inferior a la pactada.

Particularmente un grupo de autores se refieren a los incumplimientos de las calidades pactadas, como GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.706, quien alude a la discordancia entre las calidades pactadas y las ejecutadas; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.164, quien se refiere a la falta de calidades pactadas u ofrecidas por el promotor; ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, p. 33, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 208.

<sup>870</sup> Entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 87; FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 258, y ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, p. 33.

<sup>871</sup> Cfr. STS de 27 de junio de 2012 (RJ 8014), [Comentada por SANCIÑENA ASURMENDI, C., CCJC 91 (2013), pp. 405 y ss.] que versaba sobre una demanda interpuesta por varios propietarios de viviendas unifamiliares contra la promotora-vendedora, el arquitecto superior y el técnico, concretamente *“si es o no posible imputar al arquitecto demandado la deficiente instalación del depósito de GLP (Gas licuado del Petróleo) para dotar de energía a las calderas de calefacción y ACS instaladas en la promoción...teniendo en cuenta que la responsabilidad se le exige en base el artículo 1.591”*. Dicho depósito no obtendría las autorizaciones pertinentes por razones de su ubicación, la cual fue decidida entre el promotor y el ingeniero no demandado, imposibilitando el funcionamiento del sistema de calefacción y ACS. La sentencia de instancia estimó la demanda condenando tanto al arquitecto superior como a la promotora, con base en la responsabilidad decenal por vicios ruinógenos e incumplimiento contractual y absolviendo al arquitecto técnico, y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del arquitecto y desestimó la demanda formulada contra él porque no había participado en el proyecto del sistema de calefacción y agua caliente, ni en la dirección de estas unidades. Ante lo anterior, los actores recurren y el TS desestima el recurso, señalando: *“Una cosa es el daño o vicio constructivo y otra la falta a las condiciones del contrato. El daño es el resultado que origina las consecuencias que prevé la norma, mientras que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabilidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas, que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que no viene dada por el artículo*

En relación con lo anterior, nos surge la cuestión de qué régimen aplicar a los incumplimientos de lo específicamente pactado que pueden afectar a los requisitos básicos de la edificación que cubre la LOE<sup>873</sup>. Estos supuestos entendemos que deberían ampararse en dicha norma por afectar, independientemente del origen del daño en lo pactado, a los requisitos básicos que ella tutela, planteamiento que observamos implícito

---

*1591 del Código Civil , sino por los artículos 1101 y 1124 del mismo Cuerpo Legal , puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen por tanto el calificativo de dañosos en el sentido de la norma ( STS 13 de mayo 2008 (RJ 2008, 3060) )”.*

No obstante, la sentencia también se basa en que el arquitecto no intervino en el proyecto de instalación del depósito en cuestión, lo cual se ve como un hecho decisivo por SANCINIENA ASURMENDI, o.c. nota 871, p. 416).

<sup>872</sup> Cfr. sentencia de 13 de mayo de 2008 (RJ 3060). Dicha sentencia ante la reclamación con base en el art. 1.591 CC de una comunidad de propietarios por la no construcción de una piscina, supresión de la escalera de acceso a sótano y cerramiento en planta baja, con variación de la superficie construida, estimó el recuso de casación interpuesto por los técnicos que habían sido condenados. Dicha sentencia tras afirmar lo extractado en nota anterior, señala que ello: *Es razón de la remisión que en la actualidad hace la Ley de Ordenación de la Edificación a las responsabilidades contractuales, desde la inconcreta e insegura expresión "sin perjuicio", utilizada en el apartado 1 del artículo 17, o desde la cita de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil del apartado 9, respecto del vendedor frente al comprador, para el ejercicio de las acciones previstas específicamente para los vicios ocultos.* La sentencia señala que el compromiso de ejecutar la piscina afecta a quien la oferta y no la construye, es decir, al promotor, pero no al resto de los agentes, aunque figurase en proyecto, porque no se está ante una incorrecta ejecución de aquélla. En cuanto a la supresión de las escaleras también considera que es un incumplimiento contractual del promotor, pero no ruina funcional porque no concurre ningún defecto constructivo o posible imperfección que pudiera afectar a la seguridad o eficacia en el uso del sótano, o que le hiciera inútil para su finalidad dado que el acceso se realiza por una entrada independiente. Idéntica calificación hace el TS de la disminución de la zona diáfana respecto a la prevista en el proyecto.

<sup>873</sup> Cfr. art. 17. 1 b) que se remite al art. 3.1 c), dentro del cual, además de otros requisitos básicos de habitabilidad como los relativos a la higiene y salud, protección contra el ruido, y aislamiento acústico y térmico, se encuentran otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan el uso satisfactorio del edificio. V.g. la no instalación del sistema de calefacción pactado imprescindible para la habitabilidad de la vivienda por el clima del lugar.

En esta línea, al comentar el párrafo segundo del art. 1.591 CC vimos que algunos autores destacaban que la ruina podía deberse a incumplimientos contractuales a la vez que a un incumplimiento de la *lex artis*, conllevando la aplicación de dicho párrafo (véase nota 232).

en algún pronunciamiento del Tribunal Supremo aplicando el art. 1.591<sup>874</sup>. Además, de lo contrario los adquirentes no tendrían otro vía que la de la responsabilidad extracontractual para reclamar al resto de agentes no vinculados contractualmente con él, con el flaco favor que haría a la calidad a la que tiende la LOE el breve plazo de prescripción anual de dicha acción<sup>875</sup>.

De lo analizado hasta ahora se desprende que la LOE prescinde del concepto de ruina como presupuesto de la responsabilidad de los agentes de la edificación, dado que se funda en los daños materiales producidos en el edificio por vicios o defectos como señala su art. 17.1<sup>876</sup>. En este punto se observa que la LOE ha seguido con la tendencia del Derecho comparado a sustituir el término ruina por el de daños causados en el

---

<sup>874</sup> Vemos nuestro planteamiento en la sentencia de 13 de mayo de 2008 (RJ 3060) comentada en nota 872. En dicha sentencia, en cuanto a la falta de instalación de una escalera de acceso al sótano, se viene a decir que se considera exclusivamente incumplimiento contractual, porque el sótano tiene otro acceso: “*....no es posible advertir ningún defecto constructivo o posible imperfección que pudiera afectar a la seguridad o eficacia en el uso del sótano, o que le hiera inútil para su finalidad dado que el acceso se realiza por una entrada independiente...*”. Por tanto, si tal incumplimiento contractual hubiera afectado a la vez a la seguridad del edificio, sería resarcible por la vía del art. 1.591 CC.

Observamos que el incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación con causa en un incumplimiento de lo específicamente pactado desborda el marco del incumplimiento específico, para constituir a la vez un incumplimiento de la *lex artis*, de las reglas elementales de la profesión.

<sup>875</sup> Véase capítulo IX.

<sup>876</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 330 y 343, quien destaca además que no hay un concepto unitario, al modo del término ruina; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 374, quien señala que se ha dejado de sancionar la ruina para sancionar, en general, vicios o defectos constructivos. También pueden verse FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 456; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 66-67; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 46; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 20; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.596; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 207; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 485; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 914; ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, p. 35, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 128.

Hasta en tres ocasiones el art. 17.1 utiliza la expresión al referirse a las distintas responsabilidades decenal, trienal y anual. También se refieren a daños materiales por vicios o defectos los apartados 3 y 6 del mismo artículo. Por lo anterior, CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 5, observa expresivamente una machacona insistencia.

edificio por vicios o defectos de la construcción, particularmente del Derecho francés, donde tras la Ley *Spinetta* se abandona toda referencia a la idea de ruina, y se habla simplemente de daños (*dommages*) en la obra al igual que hace la LOE<sup>877</sup>.

Lo anterior debe valorarse positivamente porque la ampliación de la noción de ruina que ha realizado el Tribunal Supremo conlleva que pierda sentido seguir utilizando dicho término<sup>878</sup>, y al fijarse la atención en los defectos constructivos se distingue esta responsabilidad por defectos de

---

<sup>877</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 433, refiriéndose a los arts. 1.792 y 1.792-2 del Código civil francés. Esta tendencia se observaba por GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 165, con anterioridad a la LOE tanto en la jurisprudencia como en el Derecho comparado. Este autor señalaba que ya se evidenció en el art. 1.669 del Código civil italiano donde junto a la responsabilidad por ruina se contempla la causada por graves defectos, así como en el CC portugués de 1966, que en su art. 1.225 igualmente hablaba de defectos graves (sobre la versión actual véase *infra*), y que este pensamiento culminó con la Ley *Spinetta*. Efectivamente, señala dicho artículo del CC italiano: “*Cuando se trata de edificios o de otras cosas inmuebles destinadas por su naturaleza a larga duración, si, en el curso de diez años desde la realización, la obra, por vicio del suelo o por defecto de la construcción, se arruina en todo o en parte, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos, el empresario es responsable frente al comitente y a sus causahabientes....*”. En análogo sentido a GÓMEZ DE LA ESCALERA, puede verse a ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 46.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.597, ve esta tendencia a sustituir la ruina por los vicios o defectos de construcción además de en el Código italiano y portugués, en el Código suizo de obligaciones y en el B.G.B. Efectivamente, en cuanto al Código civil portugués, su art. 1.225, modificado por la DL 267/94, de 25 de Octubre, junto con la ruina regula los defectos de la obra; el Código suizo de obligaciones en su art. 371 habla de defectos de la obra, y el B.G.B después de la reforma de la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones de 2002, habla de vicios materiales y vicios jurídicos en su art. 633, y antes de ella hablaba de vicio, como destaca ALBIEZ DHORMANN, o.c. nota 333, p. 617. Además, en la misma línea puede verse el art. 760 del libro 7 del CC holandes.

Además, en el Proyecto de reforma del Código civil de 1994 el art. 1.594 se refería a “*vicios o defectos de los que deba responder el contratista*”, aunque el art. 1.600 hablaba de “*vicios determinantes de ruina*”.

<sup>878</sup> SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 187, valora positivamente la utilización de la expresión daños materiales y que no se utilice el término ruina “*al ser un concepto desfigurado y distorsionado a favor del perjudicado*”; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 20, señala que se adaptaba difícilmente a las situaciones a las que venía aplicándose; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4.596 y 4.597, señala “*el cúmulo de despropósitos que provocó la acepción ha dado pie a nuestro legislador a abandonar dicha acepción por el término de “vicios o defectos de construcción”*”, y su extensión hasta límites insospechados. En parecido sentido, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 46, alude a la ampliación de la noción de ruina.

los incumplimientos de lo pactado<sup>879</sup>. También es aplaudida la opción legislativa por los autores que ven que al no exigirse que el vicio sea ruinógeno será mayor la protección<sup>880</sup>, y es que, como veremos, el art. 17 de la LOE incluye defectos de terminación o acabado que se excluían del concepto de ruina funcional.

Sin embargo, la responsabilidad que establece la LOE es la causada por los vicios o defectos constructivos que especifica en su art. 17<sup>881</sup>, y que analizaremos al tratar las garantías decenal, trienal y anual, con lo que no es, por tanto, un sistema abierto o de atipicidad del daño, puesto que es necesario que se pueda incluir en alguno de esos tres supuestos, advirtiéndose singularmente que han de menoscabar los requisitos básicos de la edificación regulados en su art. 3<sup>882</sup>. Al hilo de ello se ha

---

<sup>879</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 208, señalan que se clarifica *“el verdadero contenido y alcance de los desperfectos que normalmente se demandan en los juzgados, distinguiéndolos de los que son simples incumplimientos de las condiciones pactadas en el contrato...”*; FUENTESECA DEGENEFTE, o.c. nota 269, p. 456, señala que la LOE concreta específicamente el origen del daño, situándose en un primer plano el concepto de daño producido por construcción defectuosa.

<sup>880</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 17; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 211.

<sup>881</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 370; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 434; TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 47, señala que cubre el daño originado por las causas especificadas por la ley. También resalta que se trata de un régimen de responsabilidad por ciertos vicios de la construcción, REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 347. O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 497, señala que la LOE *“no hace una proclamación de responsabilidad... sino que el propio art. 17, hace una enumeración de vicios o defectos en la edificación”*; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.592, señala gráficamente que la LOE no cubre *“ni todo tipo de daño, ni todo tipo de vicio...”*; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 539, se refiere a que se cubrirán daños materiales que *“sean consecuencia... de los vicios o defectos constructivos a los que se refiere el número primero del artículo 17”*. También destacan que el daño ha de incluirse en alguno de los supuestos del art. 17, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 485. Igualmente pueden verse COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 586, y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 258.

<sup>882</sup> VICENTE DOMINGO, E., *El daño*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 308, se refiere los sistemas de atipicidad del daño como aquellos que contienen una cláusula abierta en la que únicamente se señalan los requisitos esenciales y básicos de responsabilidad.

Se destaca que no todo daño causado por defectos constructivos es indemnizable conforme a la LOE, dado que es necesario que se pueda incluir en alguno de los tres supuestos del art. 17, por parte CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 373; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., *La nueva Ley de ordenación de la edificación*, 38/1999, de 5 de

puesto de relieve la diferencia con el art. 1.591 CC en el que el tipo de vicio no delimitaba el daño sino que funcionaba como criterio de imputación de la responsabilidad a un determinado agente<sup>883</sup>.

Lo anterior provoca para un grupo de autores una merma de la protección de los adquirentes, puesto que con el art. 1.591 CC cualquier defecto grave activaba la responsabilidad<sup>884</sup> dado que para el Tribunal Supremo cualquier defecto constructivo que excediera de imperfecciones corrientes hacía responder. Ahora bien, como explicaremos al tratar las responsabilidades decenal y trienal, no es necesario que todo el daño que cause la patología afecte a los requisitos básicos<sup>885</sup>.

Por último, habida cuenta de que el art. 17 de la LOE se limita a la reparación de los daños materiales causados por vicios o defectos de la construcción, no se prevén todos los remedios posibles con los que cuenta un acreedor ante el incumplimiento<sup>886</sup>.

---

*noviembre, y su incidencia en el artículo 1591 del Código civil*, RDP 5 (2001), p. 376; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 426 y 427. Sobre la vía mediante la que se cubren estos defectos no amparados en la LOE véase capítulo IX.

Sostienen que los defectos han de menoscabar los concretos requisitos básicos de la edificación que regula el art. 3 de la LOE, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.597, aunque excluye de esta idea el caso de vicios de terminación o acabado. En parecido sentido, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 47, destaca que el daño está indisolublemente asociado a unos defectos o vicios, definidos a su vez como incumplimiento de los requisitos técnicos previamente definidos. Para más detalles véase epígrafe 2.1.1 de capítulo V.

<sup>883</sup> En tal sentido, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 373; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.597, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 166.

<sup>884</sup> Así lo ven CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 376, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 399. En parecido sentido CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 425, observa como uno de los factores que hace que el régimen sea menos riguroso, el de la delimitación de los tres supuestos que dan lugar a responsabilidad. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 92, señala como limitaciones al resarcimiento de la ley, una limitación causal referida a los vicios o defectos que dan lugar a la responsabilidad, además de una limitación temporal y una objetiva por los daños que cubre, todo lo que, según la autora, hace que se restrinja notablemente la aplicabilidad de la ley frente a la situación que existía con el art. 1.591 CC.

<sup>885</sup> Véase epígrafe 2.1.1 de capítulo V.

<sup>886</sup> Así lo destaca FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 258, quien expone el resto de remedios que no contempla la LOE, como la reducción del precio, excepción

En suma, se observa que la LOE restringe el presupuesto de la responsabilidad a los defectos o vicios constructivos, puesto que la ruina en su interpretación jurisprudencial llegaba a incluir supuestos más cercanos a un incumplimiento contractual típico diferente del de la defectuosa construcción propiamente dicha; y, por otro lado, también comprobamos que no se refiere a la totalidad de los defectos o vicios constructivos que pueda presentar la obra, sino a aquellos que el legislador especifica<sup>887</sup>.

Veremos también la restricción del alcance de la responsabilidad en el epígrafe siguiente.

## 2. Los daños materiales cubiertos

### 2.1 La limitación de la Ley de Ordenación de la Edificación a los daños materiales causados en el edificio.

La LOE a lo largo de su art. 17 utiliza constantemente la expresión “*daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos*”, de lo que se deriva que los daños reparables han de producirse en el edificio<sup>888</sup>.

---

de contrato no cumplido o defectuosamente cumplido y la resolución. La autora califica el remedio de la LOE como indemnización de daños y perjuicios sobre lo que entraremos en el epígrafe siguiente en el que afirmaremos que la LOE no solo tutela el incumplimiento, la reparación del defecto, sino también los daños derivados de aquél. Por contraste, pueden verse otros remedios en el art. 1.190 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos; en el art. 1.483 párrafo primero de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa (PCV) de la Comisión General de Codificación. Sección de Derecho civil. (Boletín de información del Ministerio de Justicia. Mayo de 2005, pp. 2.072 y ss.), y en el capítulo 3 del libro III del DCFR.

<sup>887</sup> Véase epígrafes 2.1 de capítulo V, y epígrafe 1.1 de capítulo IX.

<sup>888</sup> Entre otros, pueden verse GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 343; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 157; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 207. A lo anterior no empece que, como destaca ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.163, el último párrafo del art. 17.1 no limita expresamente los daños materiales a los causados en el edificio cuando se refiere a los defectos de terminación o acabado. Para el autor el art. 19.1 a) no se olvida de tal limitación, en lo que no coincidimos. Además, sus términos no aportan nada nuevo porque coinciden con los del art. 17.1 (*vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras*). Sin embargo, llegamos a idéntica conclusión porque no es lógico que unos defectos se limiten a estos daños causados en el edificio (defectos estructurales y de

Pero además deben tener su origen en él, esto es, los vicios o defectos constructivos se han de cometer en la construcción del edificio, y no en la del colindante<sup>889</sup>.

Se prescinde de la expresión “daños y perjuicios” utilizada por el art. 1.591 CC que, como vimos, servía de apoyo para sostener una reparación integral de los perjuicios causados por la ruina<sup>890</sup>. También se destaca la diferencia con Francia, donde se cubren todos los daños que cause el vicio o defecto constructivo<sup>891</sup>.

Concretamente la LOE se limita a un tipo de daño patrimonial<sup>892</sup>, al cual se le denomina por algunos autores también como daño material<sup>893</sup>, que es el término que utiliza la LOE. No obstante, lo anterior no supone que la LOE cubra todo el daño patrimonial derivado del vicio o defecto constructivo porque, además de no incluir el lucro cesante, se limita al

---

habitabilidad, que, dicho sea de paso, son más graves) y los de terminación o acabado alcancen además a otros.

<sup>889</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 124. Volveremos sobre esta cuestión en epígrafe 1.3 de capítulo IX.

<sup>890</sup> Véase epígrafe 1.5 de capítulo I.

<sup>891</sup> En tal sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 508, quien señala que aunque la Ley de 4 de enero de 1978 no especifica cuáles son los daños reparables por la responsabilidad decenal y bienal, la jurisprudencia ha precisado que son indemnizables todos, incluidos los morales. También señala la separación del modelo galo en cuanto a los daños, CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 5, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 94, quien destaca además que la norma francesa no se presentó como una norma de protección a los consumidores, como se presentó la LOE.

Además en la LOE coincide el daño indemnizable con el interés a asegurar (cfr. arts. 19.1 y 17.1 LOE) y en Francia el objeto del seguro está limitado a los daños materiales causados en el edificio. En tal sentido, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 370, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.593, quien además se refiere a la regulación similar de otros países de nuestro entorno.

<sup>892</sup> Daño patrimonial que es entendido como daño causado al patrimonio, a los bienes que lo integran, como señala LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 452. En parecido sentido, VICENTE DOMINGO, o.c. nota 882, pp. 326 y 327, lo define como el daño que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio.

<sup>893</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 452; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 362, y VICENTE DOMINGO, o.c. nota 882, p. 327.



daño que sufre el edificio. Por tanto, no ampara todo el daño emergente que causa el vicio o defecto constructivo, dado que dentro del daño emergente se encuentran además de los gastos de reparación del bien, esto es, el daño directo, otros daños que podemos denominar genéricamente como daños indirectos o reflejos<sup>894</sup>.

Con todo, se observa un claro propósito del legislador de limitar la responsabilidad a los daños materiales causados en el edificio<sup>895</sup>.

Sin embargo, algunos autores defienden que por medio de la LOE sean resarcibles también otros daños producidos por los defectos, ello con base en diferentes argumentos<sup>896</sup> con los que no coincidimos porque

---

<sup>894</sup> Sobre la identificación del coste de reparación o valor del bien dañado con el daño directo, y el concepto de daños indirectos o reflejos, puede verse MARTÍN DEL PESO, R., *La indemnización y valoración de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, ed. Sepín, Madrid, 2007, p. 71.

<sup>895</sup> En tal sentido pueden verse, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, pp. 458 y 461; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 26; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.593; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 35-36, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.163.

Coinciden en la limitación del daño resarcible referida, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 455; VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.397; PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 434; ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, pp. 104 y 107; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 147; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 324; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 18; CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, p. 41; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 187; ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 1, p. 132; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4.593 y 4.594; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 23; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 206; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 93; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 538; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.118; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 166; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 339; MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 63; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 190; ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, pp. 34 y 35; MARTÍN OSANTE, o.c. nota 723, p. 116; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.163; FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 258, y ALBIEZ DHORMANN, o.c. nota 333, p. 627.

En contra, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 90, considera que si se quería limitar la responsabilidad a los daños materiales en contraposición a los personales la expresión empleada sigue sin ser feliz. Tampoco ve clara la limitación a los daños materiales y la exclusión de los morales MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.322, y PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 42, aprecia que la expresión daños materiales es más producto de la celeridad y premura de su elaboración, que un afán de restringir la responsabilidad a ellos.

<sup>896</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 90, considera un límite impreciso el concepto de daños materiales preguntándose retóricamente si no lo son también los

se prescinde de la expresión “*en el edificio*” que utiliza el primer párrafo del art. 17.1. En esta línea, se pronosticó por algunos que era posible que los tribunales movidos por la protección de los consumidores que señala la ley en la Exposición de Motivos superasen su tenor literal y diesen cobertura a otros daños<sup>897</sup>.

Sin embargo, los pronunciamientos del Tribunal Supremo han confirmado lo contrario, sin albergar duda sobre la limitación de los daños resarcibles a los daños materiales causados en el edificio<sup>898</sup>.

---

de estancia en un hotel de los ocupantes de la vivienda; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 179 y 180, observa que se trata de una aparente limitación de la ley que se está refiriendo a la obligación principal de indemnizar esos daños materiales, pero sin que ello quite que la indemnización de los demás daños y perjuicios, como prestación accesoria, según la autora con la extensión de los arts. 1.106 y 1.107 del CC; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, pp. 42 y 43, considera resarcibles todos los patrimoniales que directa o indirectamente se deriven del vicio constructivo, incluyendo el lucro cesante, excluyendo sólo los morales y los relacionados por el art. 19.9 de la LOE (morales, personales y daños a inmuebles contiguos o bienes muebles), porque lo contrario supondría, según el autor, limitar a los costes de reparación de la obra. Le sigue QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, pp. 359 y 360, para quien lo contrario sería contradictorio con la mayor protección que, según la Exposición de Motivos, quiere otorgar la ley al usuario y/o perjudicado.

GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.706 y 2.707, señala que cuando son consumidores los adquirentes también son reclamables los daños no materiales conforme a la LOE, y también cuando el promotor para reclamar otros daños quiere beneficiarse de un plazo de garantía, fundamentándose en que la LOE es, según su Exposición de Motivos, una aportación más a la LGDCU y en que su art. 2.1.c) señala como derecho básico del consumidor la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, sin distinción de daño. Frente a ello hemos de decir que el hecho de que la LOE limite los daños resarcibles no significa que los consumidores pierdan el derecho a ser resarcidos, otra cosa es el régimen bajo el cual lo harán. En cuanto al promotor, se basa en que no tendría sentido que reclamando conforme al art. 1.591 CC se beneficiara de un plazo mayor de garantía que el consumidor. Sobre esta cuestión volveremos en epígrafe 1.5 de capítulo IX.

<sup>897</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, pp. 1.205-1.207, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 95.

<sup>898</sup> Cfr. sentencia de 29 de mayo de 2008 (RJ 3182) que se refiere *obiter dicta* a la limitación a daños materiales, en un supuesto en el que se discutía la forma de reparación que permitía el art. 1.591, en el siguiente sentido: “*En verdad, ya durante el último decenio del siglo pasado, fue adoptada jurisprudencialmente la solución de conceder la indemnización como remedio para solventar tales problemas. 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*”.

El cambio que representa la LOE respecto del art. 1.591 CC no ha pasado inadvertido puesto que se pone de manifiesto la restricción del alcance que había tenido el régimen de responsabilidad por ruina<sup>899</sup>.

## 2.2 Valoración de la limitación de los daños resarcibles realizada por la Ley de Ordenación de la Edificación.

Algunos autores han criticado la limitación de los daños resarcibles que hace el art. 17 de la LOE a los daños materiales. Concretamente, se

---

En sentencia de 15 de julio de 2011 (RJ 5123), se señala (también en aplicación del art. 1.591 CC) después de referirse a que *“el artículo 1591 del Código Civil bajo el concepto “daños y perjuicios”, no excluye ninguna suerte de daños causalmente vinculados a una defectuosa construcción”, “No sucede lo mismo en la Ley de Ordenación de la Edificación cuyo artículo 17 se refiere exclusivamente a los daños materiales, sobre los cuales instrumenta la responsabilidad civil de los que intervienen en la ejecución, poniendo fin a una tendencia decididamente expansiva del concepto de daños que se había producido en la jurisprudencia”.*

Cfr. la sentencia de 13 abril de 2012 (RJ 5902) dictada sobre un supuesto en el que la acción ejercitada frente a los agentes de la edificación se basaba en el art. 17 de la LOE y en el art. 1.101 CC, y se reclamaban unas cantidades por vicios o defectos de la edificación, por los daños morales y por otros daños y perjuicios. Se recurre en casación únicamente por los daños morales a los que había sido condenada la promotora, con fundamento, en lo que aquí interesa, *“por la estimación de los daños morales en el ámbito de la responsabilidad decenal, infracción de los arts. 9 , 10 , 11 , 12 , 16 , y 17 de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre ( RCL 1999, 2799 ) de Ordenación de la Edificación”.* Tal motivo fue desestimado por el TS porque, aunque la LOE se limita a los daños materiales, el resto pueden reclamarse por otras vías: *“La sentencia no infringe la normativa de la Ley de Ordenación de la Edificación (RCL 1999, 2799), pues aún cuando el art. 17 de la misma y concordantes, se limita a regular los daños materiales ocasionados en el edificio , ello no excluye que se puedan reclamar los morales en base a la responsabilidad contractual ( art. 1101 del C. Civil ), como en este caso”.*

<sup>899</sup> En tal sentido pueden verse, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 368; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 25; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 43; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 485, quien destaca *“frenando así la tendencia marcadamente ampliadora del concepto de daños que se había producido en la jurisprudencia”*; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4 ,pp. 537-538. Califica el régimen de bastante más restrictivo, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.592. Más moderada es SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 128, para la que se reduce sensiblemente. Como otros autores que señalan la restricción, pueden verse: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, p. 1.776; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 399; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 208; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.118, y MARTÍN OSANTE, o.c. nota 723, p. 117.

Véase nota anterior, STS de 15 de julio de 2011 (RJ 5123).

considera difícil de justificar por carecer de precedentes en nuestro ordenamiento jurídico<sup>900</sup> o directamente que no puede justificarse y que es fruto del enfoque de un seguro de daños<sup>901</sup>. También se ha criticado desde la perspectiva de la coordinación de la LOE con el resto del ordenamiento, al considerarse que los daños excluidos se someterían al régimen de responsabilidad extracontractual con su breve plazo anual de prescripción<sup>902</sup>.

Sin embargo, igualmente se ha intentado justificar tal restricción. Así, se sostiene que la LOE persigue garantizar unos determinados niveles de calidad, sin que se desampare a los propietarios, dado que declara subsistentes las responsabilidades contractuales<sup>903</sup>; o que, como se trata de una ley reguladora de la edificación, resulta lógico que se ocupe de los daños derivados de ella<sup>904</sup>. Además, se han esgrimido las presunciones que conlleva la LOE y la objetivación de la responsabilidad que ha realizado, pues producidos daños materiales en los plazos de garantía es lógico presumir que se deben a algún defecto o vicio constructivo, mientras que para el resto de daños se considera sensato presuponer la existencia de una pluralidad de posibles causas<sup>905</sup>.

---

<sup>900</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 94.

<sup>901</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 46, señala que carece de justificación evidente y que remite a la perspectiva del seguro de daños; para FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 90, no se encuentra ningún motivo de justicia, ni en técnica jurídica, ni otro fundamento para limitarse a los daños materiales.

<sup>902</sup> HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, p. 373. Sobre esta cuestión véase epígrafe 1.3.1 de capítulo IX.

<sup>903</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 95, aunque reconoce que no tutela en la medida de la Exposición de Motivos, y que es una normativa que poco aporta en cuanto a la tutela otorgada por la preexistente.

<sup>904</sup> En tal sentido FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 461.

<sup>905</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 66-71. En análogo sentido, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 206 y 207, y MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 63.

Ve RUIZ-RICO RUIZ un cierto apoyo histórico de que dicha presunción se limite a los daños materiales en los textos de las Partidas, concretamente la Ley 21, Título 32, Partida 3ª, en la que se habla de la obligación de los constructores y sus herederos de “refazer” las edificaciones derruidas, como también en el artículo 1.248 del Proyecto de 1836 que disponía: *“la Ley presume que ha habido vicio de construcción si la obra se arruina antes de diez años sin mediar causa extraordinaria o caso*

Aunque a favor de la opinión anterior ciertamente los sistemas objetivos se caracterizan por la limitación de los daños resarcibles<sup>906</sup>, vemos que existen supuestos en que es lógico presumir, por las mismas reglas de la experiencia que provocan altísima probabilidad de que los daños del edificio se deben a los agentes, que otros daños se han producido precisamente por el vicio constructivo<sup>907</sup>. Además, bien se

---

*fortuito*”; y en el artículo 1.532 del Proyecto de 1851 que señalaba: “*El arquitecto o empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruina por vicio de la construcción o del suelo*”. También se apoya en el art. 1.792 del Code en su redacción dada por la Ley *Spinetta* que habla de presunción de responsabilidad en su apartado dos; en el art. 1.669 del Codice italiano (véase texto en nota 877) en el art. 1.225 del Código portugués (“*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1219 y siguientes, si el contrato de empresa tuviere por objeto la construcción, modificación o reparación de edificios u otros inmuebles destinados por su naturaleza a larga duración y, en el transcurso de cinco años, a contar desde la entrega, o en el transcurso de plazo de garantía pactado, la obra, por vicio del suelo o de la construcción, modificación o reparación, se arruina total o parcialmente o presentare graves defectos o peligro de ruina, el empresario responde del perjuicio frente al dueño de la obra*”) y en el art. 371 del Código suizo de las Obligaciones. Y es que para el autor tampoco estaba claro que el artículo 1.591 sirviera para reclamar la totalidad de los daños, aunque el TS lo admitiera así, y resalta además que en algunas sentencias no se explicitaba si el actor acumuló otras acciones y en otras el TS acude al principio *iura novit curia*.

También se señala por RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 74-79, como justificación de la presunción limitada a los daños materiales, la normativa sobre protección de consumidores, concretamente el carácter como bien de naturaleza duradera de todo inmueble construido (según el Anexo II del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, derogado por el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes) que exige una garantía temporal mínima de correcto funcionamiento, de modo que aparecidos defectos durante dicho plazo surge el derecho a reclamar la reparación, porque para el autor, tanto la acción de la LOE como la del art. 11 de la derogada LGDCU tienen el mismo fundamento, siendo el art. 17 de la LOE un desarrollo de aquél.

<sup>906</sup> Véase epígrafe 1.2.1 del capítulo III.

<sup>907</sup> A esta altísima probabilidad como razón de la presunción limitada a los daños materiales causados al edificio se refiere RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 73.

Pensemos en que dicho grado de probabilidad también se da en el supuesto de la inundación de un edificio por defectos constructivos, en cuyo caso es lógico presumir que los daños a los bienes muebles que aparecen mojados en el edificio se deben a ellos.

podría exigir prueba cumplida de la relación de causalidad para incluirlos en la LOE, cosa que no se ha hecho<sup>908</sup>.

En resumidas cuentas, hay daños diferentes a los materiales causados al edificio que, por alejarse de los vicios o defectos, no pueden presumirse debidos a ellos, pero hay otros casos a los que sí se les puede aplicar dicha presunción por una probabilidad cualificada<sup>909</sup>, pudiendo haberlos incluido a ambos la LOE mediante su prueba. Dicha probabilidad cualificada veremos que es una justificación de la presunción que contiene la LOE, pero esta presunción no es la causa de la limitación de los daños resarcibles a los materiales, sino más bien el efecto, puesto que al haberse limitado la ley a los daños materiales se puede presumir la responsabilidad de los agentes, porque el daño habla por sí mismo<sup>910</sup>.

También se ha argumentado como razón de la limitación los seguros que implanta la LOE, concretamente el coste y consiguiente aumento del precio de la vivienda que supondría incluir en el seguro el resto de daños<sup>911</sup>. Sin embargo, debido a que el legislador bien podría haber establecido un régimen de responsabilidad más amplio que el del

---

<sup>908</sup> En relación con ello debemos recordar que el Tribunal Supremo en bastantes supuestos no ha condenado a los agentes por daños morales precisamente por su falta de prueba (véase SSTs en nota 171); y que cuando condenaba a los gastos de desalojo o mudanza, era motivado por su necesidad para la realización de la obras de reparación (véase SSTs en nota 165).

<sup>909</sup> Criterio este que por dificultad probatoria se considera suficiente en materia de responsabilidad extracontractual derivada de actividades profesionales o empresariales. En tal sentido pueden verse, entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (III). La relación de causalidad*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 502, quien destaca que se aplica a dicho ámbito cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, y REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ, o.c. nota 724, pp. 775-777, señalando que se trataría de hipótesis en que desconociéndose la causa exacta del hecho dañoso, exista una razonable probabilidad de que provenga de la conducta o actividad del demandado.

<sup>910</sup> Véase epígrafe 3.1 del presente capítulo.

<sup>911</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 132. En parecido sentido, CADARSO PALAU (véase nota 901).

seguro<sup>912</sup>, salvo que se pretendiera proteger a los agentes al limitar su responsabilidad a los daños materiales, coincidimos con aquellos autores que ven la limitación difícil de justificar tanto desde el punto de vista de la protección de los adquirentes como desde el técnico<sup>913</sup>, sin poderse alegar como argumento contrario a lo anterior que la LOE deja subsistentes las acciones contractuales porque no siempre podrán ejercitarse, dado que con todos los agentes de la edificación no se mantendrán vínculos de tal naturaleza<sup>914</sup>.

### **2.3 La concreción de los daños materiales cubiertos: la reparación de defecto, de sus consecuencias en el edificio, y el reembolso de los gastos de minoración del daño**

La Ley de Ordenación de la Edificación no nos ofrece una noción de los daños que tutela<sup>915</sup>. Si acudimos a la definición del daño como *“todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”*<sup>916</sup>, y tomamos la expresión que utiliza la LOE de daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos, podría verse el defecto o vicio constructivo como el acaecimiento o evento determinado, y el daño material como el menoscabo consecuencia del vicio o defecto.

---

<sup>912</sup> Recordamos que el legislador estudió el régimen francés para la elaboración de la LOE, y en Francia las coberturas aseguradoras no coinciden con la extensión de la responsabilidad (véase nota 891).

<sup>913</sup> Ya veremos (epígrafe 1.1 de capítulo IX) los problemas que se generan en la articulación de este régimen con otros regímenes de responsabilidad. Véase nota 901, CADARSO PALAU y FERNÁNDEZ HIERRO.

<sup>914</sup> Véase epígrafe 1.2 de capítulo IX.

<sup>915</sup> Lo normal es precisamente que las normas no nos procuren una definición del daño, sino que sea la doctrina la que se ha encargado de ofrecérmola, como señala VICENTE DOMINGO, o.c. nota 882, p. 311.

<sup>916</sup> LARENZ, K., *Derecho de obligaciones (traducción y notas Santos Briz, J.)* I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 193.

Sin embargo, el defecto o vicio en sí es un daño reparable porque dentro del contenido reparable conviene distinguir que una cosa es la reparación en sí del defecto constructivo, y otra la de sus consecuencias en el edificio<sup>917</sup>. La formula de daños materiales causados por vicio o defecto podría llevarnos al equívoco de limitar el daño resarcible al que causa el vicio o defecto, sin considerar éstos, es decir, sin ver el vicio o defecto como resarcible por la misma, lo cual debe descartarse<sup>918</sup>. Tal interpretación debe ser desterrada porque la LOE protege los requisitos básicos que especifica en su art. 3 que debe poseer la edificación<sup>919</sup> y que se ven afectados por los vicios o defectos constructivos. Pero es que además no tiene sentido alguno limitar lo resarcible a los daños que causen los vicios o defectos, y excluir la reparación de la causa o la fuente de los daños, por lo que consideramos que ley incluye dentro del daño material la propia existencia de la patología<sup>920</sup>, porque que el padecimiento de un vicio o defecto de construcción produce necesariamente un perjuicio material que determina la responsabilidad de los agentes<sup>921</sup>.

---

<sup>917</sup> En este sentido ya se pronunciaba GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 190-191, el cual señalaba, en referencia al art. 1.591 CC, que si bien normalmente el daño consiste en la presencia de ellos, los daños y perjuicios no deben ser confundidos con los defectos de la construcción, porque éstos son la causa, y los primeros el efecto, y argumentaba que el tenor literal del art. 1.909 CC da pie a esta distinción al referirse a daño causado por defecto de la construcción. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 102, señala que el daño puede consistir en la simple manifestación de los vicios o defectos, o ir más allá de esta manifestación. Igualmente ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 68, distingue dentro del concepto de daño además de la anomalía constructiva, también todos los perjuicios que genere la misma; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.163, distingue la reparación de los defectos de los daños que ha provocado en el propio edificio.

<sup>918</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 92 y 93, y REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 352.

<sup>919</sup> Véase p. 79 sobre este objetivo de la norma.

<sup>920</sup> Aunque con poca fortuna, quizás por un exceso de celo en excluir daños diferentes a los materiales.

<sup>921</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 433. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 101-102.

En esta línea CARRASCO PERERA, o.c. nota 332, p. 403, se refiere a que la expresión daños materiales en el edificio, que utiliza tanto el art. 17 como el 19, es



En relación con lo anterior, la reparación no puede limitarse a la reposición de los requisitos básicos incumplidos y excluir a los daños consecuencia de la patología que no afecten a ellos ya que, como explicaremos al tratar las responsabilidades decenal y trienal<sup>922</sup>, no es necesario que todo el daño que cause el vicio constructivo afecte a los requisitos básicos.

En definitiva, tenemos como resarcibles dos daños diferentes, la reparación del vicio o defecto propiamente dicho, cuya existencia es en sí dañosa, y la reparación de las consecuencias que haya generado en el edificio<sup>923</sup>. Es decir, utilizando el lenguaje del art. 1.098 CC se condena a deshacer lo mal hecho<sup>924</sup>, pero además a reparar las consecuencias que generó lo anterior<sup>925</sup>, por lo que la LOE no sólo tutela el incumplimiento, entendido como el vicio o defecto constructivo, sino además unas determinadas consecuencias, los daños materiales que cause, diferentes, por tanto, al defecto<sup>926</sup>. Por ello, no coincidimos con algunos autores que

---

equivoca porque el edificio no sufre un daño material, sino que es el propietario por la necesidad de invertir en costes de reparar los defectos que comprometen la estabilidad, habitabilidad o que afectan a los elementos de acabado; en el mismo sentido, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, p. 373. Sin embargo, CARRASCO PERERA, junto con CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 426, ha señalado que *“el daño no es el vicio constructivo (pues éste sólo es su causa)”*. No obstante, apreciamos lo anterior compatible con nuestra opinión porque se está refiriendo el autor al término vicio en su dimensión estática, como causa del daño, y nosotros nos referimos al vicio manifestado, que conlleva la necesidad de realizar la inversión a la que alude el autor.

<sup>922</sup> Véase epígrafe 2.1.1 de capítulo V.

<sup>923</sup> V.g. un defecto estructural que además de comprometer la estabilidad del edificio, provoca un daño en otros elementos no estructurales del edificio, o un defecto de aislamiento de una cubierta que provoca una inundación o humedades. Sobre este último caso puede verse la SAP de Girona de 4 marzo de 2009 (JUR 396358).

<sup>924</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.163, cita dicho precepto al tratar la reparación del defecto en sí. Observa SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, p. 126, que el art. 1.098 literalmente se refiere a deshacer pero no a rehacer, aunque la interpretación lógica conlleva la inclusión de la reconstrucción.

<sup>925</sup> Como señala ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.163, quien en referencia a un defecto de impermeabilización, señala que habrá que reparar los daños que ha causado a la pintura o en la instalación eléctrica.

<sup>926</sup> Aunque se pudiera pensar que en el contrato de obra, dada su consideración como un todo, el daño que aparece a consecuencia del vicio es también incumplimiento propiamente, porque afecta a la obra (no afecta a otro bien

excluyen los daños que cause un defecto en otra dependencia del edificio<sup>927</sup>, y además, la jurisprudencia ha cubierto con carácter general los daños causados por el vicio o defecto constructivo en la propia obra<sup>928</sup>.

Pero además de que es reparable la patología, no es necesario para ello que haya provocado un daño material diferenciado de su propia existencia<sup>929</sup>, porque existen incumplimientos de requisitos básicos que no van a generar daños materiales en el edificio adicionales al vicio constructivo<sup>930</sup>, y porque otra opción conllevaría el sinsentido de exigir que el incumplimiento (entendido como el vicio constructivo) genere un daño adicional para poder pretenderse el cumplimiento. Además, apreciamos que cuando el legislador se ha limitado a los daños materiales, ha sido con el propósito de limitar las consecuencias resarcitorias del

---

diferente al comprometido), consideramos que el constructor no incumple por el daño provocado por el vicio y diferente a él, sino por el vicio. Véase p. 223 sobre la obligación del contratista de ejecutar libre de vicios.

<sup>927</sup> En tal sentido, FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 464, pone el ejemplo de daños por rotura de una cañería que provoca inundación que perjudica al piso inferior, y defiende que responderá el propietario del inmueble sin perjuicio de una posible repetición de este último contra los agentes de la edificación. La sigue BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 157.

<sup>928</sup> Aunque aplicando el art. 1.591 CC, Cfr. STS de 18 de diciembre de 2006 (RJ 9572) que distingue entre la patología consistente en defectuosa impermeabilización de techo de un garaje subterráneo de una sola planta y las humedades causadas por ella. También puede verse la STS de 1 de marzo de 2007 (RJ 1625) aplicando el mismo precepto. En aplicación de la LOE, cfr. SAP de Valencia de 22 de octubre de 2007 (JUR 2008\78804) que condenó a la reparación de los daños derivados de la caída de un termo, esto es, además de volver a instalar el termo adecuadamente, a reparar las consecuencias de la mala instalación; SAP de Murcia de 29 de julio de 2010 (AC 1164) que imputa el daño provocado en la pintura a causa de un defecto en la instalación del sistema de calefacción.

<sup>929</sup> Véase nota 921. Sin embargo, algunos autores parecen exigirlo. Así, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 68, expone “...la Ley en este caso señala que no se responde por el vicio, sino que se responde por los daños que haya causado el vicio. Si el vicio es de los mencionados, debe producir los daños oportunos en el tiempo señalado...”, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.592, señala que “el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad, seguridad o terminación y acabado únicamente va a generar consecuencias civiles generadoras de responsabilidad civil ex art. 17 LOE cuando dichos incumplimientos ocasionen daños materiales en el edificio”. No obstante, la autora (o.c. nota 96, p. 4.597) identifica el daño con el “menoscabo de alguna de las concretas utilidades predicables del edificio; la habitabilidad o la seguridad del edificio”.

<sup>930</sup> V.g. la falta de aislamiento acústico.

defecto, pero no con el de configurarlo, esto es, de exigir para la reparación de la patología la producción de un daño diferente al que la mera existencia del defecto conlleva.

En otro orden de cosas, en cuanto a la entidad de los daños materiales, respecto de lo que la ley no señala nada, no se exige que el defecto sea grave puesto que al incluir el art. 17 los defectos de terminación o acabado se responde aunque se trate de una imperfección corriente en la construcción<sup>931</sup>, a diferencia de lo que vimos al tratar el concepto de ruina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>932</sup>.

En cuanto al efecto dañoso del defecto o vicio constructivo más allá de su existencia, ha de tenerse en cuenta que éste puede no ser la causa inmediata del daño, lo cual es particularmente significativo en los casos en los que el vicio o defecto genere un incendio o explosión que a su vez provoque daños materiales<sup>933</sup>.

Por último, dentro de los daños reparables en virtud de la LOE tenemos que referirnos a aquellos gastos que los propietarios deban realizar para cumplir con el deber de mitigar el daño que les exige el principio de buena fe<sup>934</sup> y cuyo incumplimiento tendrá consecuencias<sup>935</sup>. Este deber

---

<sup>931</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 370 y 374. No obstante, como señala la autora, en el caso de la garantía decenal sí será grave.

Se refiere al silencio de la LOE en materia de la entidad de los daños, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 343 y 344. Tampoco con carácter general lo especifica nuestro Código civil, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 322.

<sup>932</sup> Véase epígrafe 1.3 de capítulo I, en el que exponíamos que el TS no incluía las imperfecciones corrientes.

<sup>933</sup> Tales daños serán objeto de reparación como se desprende del art. 19.9 g) que salva de la exclusión de cobertura del seguro los daños generados por incendio o explosión, cuando estos acontecimientos se deban a defectos de las instalaciones del edificio. Cfr. SAP de Valencia de 29 de abril de 2009 (JUR 303887), en supuesto en que la entidad aseguradora vía subrogación ejercitaba acción frente a los agentes de la edificación por defectuosa instalación eléctrica que causó un incendio.

<sup>934</sup> Como señala LLAMAS POMBO, E., *Formas de reparación del daño (II)*, Práctica Derecho de daños 81 (2010), p. 23, el deber de la víctima de aminorar o evitar el agravamiento del daño *“casi siempre exige la inversión o el gasto de recursos económicos, cuyo reembolso no persigue otra cosa que restablecer el equilibrio patrimonial roto”*. Se refiere a los gastos realizados por el acreedor para la

(diferente a la reparación del defecto por parte del perjudicado, aunque relacionado con ella<sup>936</sup>) está contemplado en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) y le exige realizar labores tendentes a evitar una agravación del daño<sup>937</sup>.

El cumplimiento de dicho deber, en tanto que beneficiará a los agentes de la edificación al disminuir el daño resarcible, consideramos que se puede equiparar al daño material que cubre la LOE<sup>938</sup>, lo cual refuerza el

---

mitigación del daño como una partida del daño emergente, SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.515.

Sobre el fundamento de dicho deber en el principio de buena fe, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 783, y con GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 216, citando la STS de 15 de noviembre de 1994. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1.259, quien además señala desde el punto de vista económico la legítima expectativa del deudor de poder calcular la indemnización a la que estará obligado por el hecho de su incumplimiento, argumento económico que consideramos que no puede sostenerse con tal rigor cuando estamos limitados a daños ocasionados en el propio edificio construido todo él por el constructor.

Igualmente este fundamento se observa en el art. 1.211 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos que regula este deber de mitigar el daño al excluir la responsabilidad de los daños que el acreedor pudiera haber evitado o reducir adoptando las medidas requeridas por la buena fe, y reconocer a éste el derecho a resarcirse de los gastos razonablemente realizados, aunque las medidas no hayan dado resultado. En parecido sentido al anterior, puede verse el art. 3:705 del libro III del DCFR, que excluye los daños que el acreedor hubiera podido reducir dando los pasos razonables y le otorga el derecho a recuperar los gastos razonablemente realizados para ello.

<sup>935</sup> Véase epígrafe 4.4 de capítulo VIII.

<sup>936</sup> LLAMAS POMBO, o.c. nota 934, p. 23, señala que la pretensión de recuperar el coste invertido en la reparación por la víctima ha de conectarse con dicho deber. Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el contenido de dicho deber no coincide con la reparación por el propio perjudicado, porque no ha de consistir necesariamente en una reparación del vicio, sino en aminorar sus consecuencias. Sobre el estudio de la reparación del defecto por parte del perjudicado, véase epígrafe 5.1 de capítulo VIII.

<sup>937</sup> BOE de 17 de Octubre de 1980. El art. 17 señala: *“El asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro”*.

<sup>938</sup> Señalan dicho beneficio, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 216. Como afirma CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1099, *“el acreedor habrá tendido con esta conducta a minimizar el alcance de sus daños futuros. Y al haber operado así, minimiza y mitiga igualmente el alcance de la responsabilidad del deudor”*.

Pensemos en el supuesto de que el propietario decida reparar por su cuenta el daño y luego reclamar su coste al agente. Si en tal caso ha minorado previamente a

art. 17 de la LCS al imponer el pago de dichos gastos a la compañía aseguradora<sup>939</sup>.

No obstante, habrá de juzgarse si las obras que realiza el propietario son razonables en atención a las circunstancias como exige el art. 17 de la LCS<sup>940</sup>, a lo que añadimos que deberá tenerse en cuenta si el agente ha sido requerido si las circunstancias lo permitían<sup>941</sup>, a pesar de todo lo cual, no se exige que las medidas tomadas por el propietario hayan sido efectivas<sup>942</sup>.

## 2.4 Los daños excluidos de la Ley de Ordenación de la Edificación

Como hemos visto, el art. 17 de la LOE limita los daños resarcibles a los daños materiales que sufra el edificio. No obstante lo anterior, el alcance de la expresión daño material no puede limitarse a su significado

---

la reparación el daño, y en consecuencia el coste de la reparación que finalmente ejecutó por su cuenta y que ahora reclama, es lógico que el importe de la referida minoración se reclame por la misma vía que por la que reclamaría el daño total no minorado.

<sup>939</sup> “Los gastos que se originen por el cumplimiento de la citada obligación, siempre que no sean inoportunos o desproporcionados a los bienes salvados serán de cuenta del asegurador hasta el límite fijado en el contrato, incluso si tales gastos no han tenido resultados efectivos o positivos. En defecto de pacto se indemnizarán los gastos efectivamente originados. Tal indemnización no podrá exceder de la suma asegurada”.

<sup>940</sup> Véanse nota anterior y nota 934, sobre tal exigencia en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos y en el DCFR. En este punto, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 783, habla de las medidas “que razonablemente se encuentren en su mano” y el mismo autor con GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 216, señala las circunstancias objetivas y subjetivas como límite de este deber. CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, pp. 1.259-1.260, observa que el estándar de razonabilidad dependerá de una variedad de circunstancias, entre las cuales incluye la real capacidad financiera del acreedor (pensemos en el adquirente que no puede ni tan siquiera obtener un préstamo para reparar su vivienda) o la legítima confianza que pueda tener en que el deudor pueda todavía cumplir.

<sup>941</sup> Sobre la cuestión de la necesidad o no de requerimiento previo de cara a la reparación por el perjudicado, véase epígrafe 5.1.3 de capítulo VIII.

<sup>942</sup> Véanse notas 934 y 939, respectivamente sobre la Propuesta de Modernización y sobre la LCS.

ordinario de daño físico y excluir todo el que no sea de tal clase, puesto que ya hemos apuntado que algunos incumplimientos de requisitos básicos de la edificación no van a generar daños materiales en el edificio adicionales al vicio constructivo, como es la falta de aislamiento acústico que se considera resarcible por el Tribunal Supremo en aplicación de la LOE<sup>943</sup>, o la falta de dimensiones adecuadas de plazas de garaje<sup>944</sup>.

Dicho esto, la LOE a la hora de regular la responsabilidad en su art. 17 no hace exclusiones expresas, sino que las realiza en su art. 19.9 en sede de las garantías que es tomado como referente<sup>945</sup>. Dicho precepto,

---

<sup>943</sup> Cfr. sentencia de 19 de marzo de 2013 (RJ 3153), que desestimó un recurso de casación interpuesto por dos promotoras y la constructora de varios edificios que habían sido condenadas desde la primera instancia a la realización de las obras necesarias para evitar los ruidos y vibraciones que, con origen en el metro que circulaba cerca de ellos, sufrían sus propietarios por encima de los límites máximos previstos en la normativa. No obstante, en la sentencia no se llegó a discutir que dicho daño encontrara amparo en la LOE, sino que se alegaba la falta de responsabilidad de los demandados con fundamento en el art. 17.8 de la LOE, esgrimiendo que el ruido y las vibraciones se debían a un acto de tercero, al paso de los trenes.

Véase en epígrafe 2.3.2 de capítulo V, la opinión doctrinal mayoritaria acerca de la suficiencia del incumplimiento de los requisitos básicos, sin exigir daño material en el edificio en sentido de desperfecto.

<sup>944</sup> El TS en aplicación del art. 1.591 CC señala en sentencia de 28 septiembre de 2010 (RJ 7143) que ha “ampliado el concepto de ruina funcional incluso a supuestos en que se trataba de plazas de garaje impracticables (por todas, sentencia de 2 de octubre de 2003 ( RJ 2003, 6451) )”.

Aplicando la LOE, la SAP de Burgos de 22 de febrero de 2011 (JUR 158534), engloba dentro del daño material los problemas de dimensión de plazas de garaje: *“Ciertamente la Ley de Ordenación de la Edificación hace responder al promotor y a los técnicos por los daños materiales. Ya no se habla como antes de responsabilidad por vicios o defectos de la construcción, y parece que en el sentir de la ley está antes la responsabilidad por los daños que la responsabilidad por los defectos o los vicios. Pero lo anterior no significa tomar la expresión “daño material” en su sentido literal... por daño material han de entenderse no solo aquellos defectos que producen un menoscabo físico de la edificación; de lo contrario no se entendería que la ley imputase responsabilidad por los daños materiales consistentes en defectos de habitabilidad, los cuales normalmente se caracterizan por el incumplimiento de las normas técnicas que regulan la actividad constructiva, que es lo que sucede con la insuficiente dimensión de la plazas de garaje”*.

<sup>945</sup> En dicho precepto según la doctrina se aprecia también la restricción de los daños resarcibles, como han destacado DíEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14, que sostiene además que el hecho de que se realicen exclusiones en el art. 19 demuestra que el que no se hagan en el art. 17 no se debe a olvido; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 192; FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 462; CORDERO LOBATO, o.c.

aunque hace una exclusión general en su apartado a) de los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la LOE, a continuación excluye algunos daños diferentes a los daños materiales causados en el edificio y que analizaremos<sup>946</sup>.

Las exclusiones de cobertura, como se encarga de sentar el artículo renombrado, lo son salvo pacto en contrario, pero tal pacto de inclusión de daños excluidos legalmente del seguro no hace que los agentes de la edificación respondan de ellos<sup>947</sup>. Obviamente, nada impide que entre los agentes de la edificación y el propietario se pacte que queden cubiertos otros daños diferentes a los que cubre la ley<sup>948</sup>.

Sentado lo anterior, de la propia delimitación de los daños materiales causados en el edificio como daños resarcibles derivan las siguientes

---

nota 1, p. 370, aunque resalta los problemas interpretativos que genera; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 93; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 539.

<sup>946</sup> Dispone dicho precepto:

- 9. Salvo pacto en contrario, las garantías a que se refiere esta Ley no cubrirán:*
- a. Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.*
  - b. Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.*
  - c. Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.*
  - d. Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma.*
  - e. Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio.*
  - f. Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.*
  - g. Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.*
  - h. Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.*
  - i. Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción.*

<sup>947</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 94, quien pone de relieve que pese al paralelismo entre los supuestos de responsabilidad y los daños cubiertos por los seguros, éstos no son un mero complemento de aquéllos, por lo que tienen cierta independencia. Otros autores llegan al mismo resultado puesto que limitan la eficacia de tal pacto al objeto del seguro sin extenderlo al de la responsabilidad. Nos referimos a DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 540.

<sup>948</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14.

exclusiones. En primer lugar, no son reclamables los daños causados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio que sufre el defecto constructivo, los cuales se excluyen de la cobertura del seguro por el art. 19.9 b)<sup>949</sup>.

También se excluyen el resto de daños patrimoniales diferentes a los daños materiales causados en el edificio como señala el art. 19.9 a). Así, aunque tengan causa en el defecto no se cubren los daños causados a bienes muebles situados en el edificio como señala expresamente el art. 19.9 c)<sup>950</sup>, en general los llamados daños indirectos<sup>951</sup>, como son los gastos derivados de desocupar los inmuebles<sup>952</sup>, gastos de vigilancia del

---

<sup>949</sup> Entre otros, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14, quien alude al supuesto típico de daños por vaciamiento del solar; PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254. También los excluyen CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 434, y SEIJAS QUINTANA y SACRITÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 207, quienes además critican la falta de regulación de los daños ocasionados por obras de demolición y vaciado del terreno; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 538; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 339; ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, pp. 34 y 35, y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 258.

Sobre estos supuestos de daños causados a inmuebles contiguos, véase epígrafe 1.3.1 de capítulo IX.

<sup>950</sup> Excluyen estos daños, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14; PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254; ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 107; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 434; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329; SEIJAS QUINTANA, J. A., *Acciones, solidaridad y prescripción en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*, Jueces para la democracia 47 (2003), p. 68; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.594; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 538; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 155, llamándolos daños secuenciales, a los cuales también se refiere como excluidos RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.118. Como otros autores que excluyen expresamente los daños a los bienes muebles pueden verse RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 339; MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 63; ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, pp. 34 y 35, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.164.

Menos todavía se incluyen los daños a bienes situados fuera del edificio. Así SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329, se refiere a la caída de una losa de la fachada que ocasiona daños a un vehículo.

<sup>951</sup> Así los denominan SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.593, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 155; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.164, los denomina gastos indirectos, y pone como ejemplo el coste de la vivienda de reemplazo. En términos más generales, LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 192, y RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.118, se refieren a los daños indirectos como excluidos.

<sup>952</sup> PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.594; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 155; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 93; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 557-558, refiriéndose este autor también a los gastos de mudanza como no resarcibles según la LOE; MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 63.



edificio<sup>953</sup>, los gastos de dictámenes periciales, aunque sean costes de defensa del propietario<sup>954</sup>, gastos financieros<sup>955</sup>, y el lucro cesante<sup>956</sup>.

En cambio, no se deben excluir los gastos de desescombro<sup>957</sup> por la sencilla razón de que los escombros son parte del edificio ahora convertido en ellos por causa del defecto y es imprescindible desescombrar para reconstruir.

Por otro lado, no consideramos excluidas las labores de desmontaje del mobiliario necesarias para reparar porque, a pesar de que la literalidad de la ley conllevaría su exclusión al no ser daños causados al edificio, consideramos que en este punto se debería realizar una interpretación flexible por ser una partida imprescindible para reparar el daño causado a aquél<sup>958</sup>, porque de lo contrario, en los supuestos en que no exista relación contractual entre el agente y el adquirente, se aplicaría el régimen extracontractual con plazo de prescripción anual en vez del bianual de la LOE, con la consiguiente descoordinación entre la reparación propiamente dicha y lo necesario para ella.

Por último, de conformidad con el art. 19.9 a) de la LOE resultan excluidos los daños personales que pueda ocasionar el defecto

---

<sup>953</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 552, citando por contraste la STS de 21 de junio de 1999 (RJ 4390) que accedió a ellos en aplicación del art. 1.591 CC.

<sup>954</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.594; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 155; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 552-557, sin perjuicio, como señala el autor, de que sea resarcido el demandante de dicho gasto si son estimadas sus pretensiones, por incluirse dentro del concepto de costas judiciales.

<sup>955</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 557, se refiere a los intereses del préstamo hipotecario de los adquirentes devengados hasta que la vivienda se repare.

<sup>956</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.594; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 155; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 93; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 558-560; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.164.

<sup>957</sup> PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 42.

<sup>958</sup> Esto es, no nos referimos a gastos de guardamuebles que, al margen del menor rendimiento de los operarios de la reparación que conllevaría mantener los muebles en el edificio, pueden llegar a ser prescindibles para la realización de las labores de reparación. Nos referimos a gastos que son absolutamente imprescindibles para aquellas labores. Pensemos en que para reparar un pavimento va a ser imprescindible desmontar el mobiliario de una cocina.

constructivo, esto es, los daños corporales y morales<sup>959</sup>, estos últimos que además hay que decir que es poco habitual que se deriven de los defectos constructivos<sup>960</sup>.

Con todo, el que los daños descritos estén excluidos de la LOE no significa que queden huérfanos de toda protección, sino que deberán ser reclamados por otras vías<sup>961</sup>, con los problemas de coordinación que ello genera y que analizaremos en la parte dedicada a la articulación de la LOE con el ordenamiento jurídico<sup>962</sup>.

---

<sup>959</sup> Cfr. STS de 15 de julio de 2011 (RJ 5123) que señaló, en un supuesto en el que era de aplicación el art. 1.591 en referencia a la cobertura por éste de los daños morales, que *“No sucede lo mismo en la Ley de Ordenación de la Edificación cuyo artículo 17 se refiere exclusivamente a los daños materiales, sobre los cuales instrumenta la responsabilidad civil de los que intervienen en la ejecución”*.

Excluyen de la LOE los daños personales, PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14, quien se refiere expresamente a daños corporales a viandantes; FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 463, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 157, aluden a daños a inquilinos y también a viandantes; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 18, también alude a los daños corporales y morales a ocupantes o viandantes; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4594, se refiere en general a los daños personales como excluidos, como también LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 192, quien alude a los daños personales de los propietarios, subaquirentes o terceros, y SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329. Sobre la exclusión de los daños corporales y morales pueden verse también ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 107; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 434; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 347; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 950, p. 68; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 93; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 560-563; MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 63; ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, pp. 34 y 35, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.164.

<sup>960</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.127, y STS de 15 de julio de 2011 (RJ 5123) que señaló: *“El daño moral que se invoca debe ser demostrado y dicha regla no puede ser aplicable a todo incumplimiento, sino solamente a aquel que evidencia por sí mismo la existencia de un menoscabo de esta naturaleza desligado de la esfera económica, lo que no ocurre en principio en materia constructiva, de la que deriva como efecto natural la responsabilidad de la constructora por los defectos constructivos, no la existencia de daños morales, como así resulta en la actualidad de la Ley de Ordenación de la Edificación”*.

<sup>961</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 25; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 147; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 26, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 207, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.164, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 132;

<sup>962</sup> Véase capítulo IX. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 95 y 96, señala que por tales problemas hubiera sido preferible que el legislador no se limitara a los daños materiales.

### 3. Régimen de prueba de los daños materiales causados al edificio y su imputación a los agentes

#### 3.1 La presunción de causalidad del daño material causado al edificio con la intervención de los agentes de la edificación

Los daños materiales causados en el edificio y que son objeto de la cobertura del art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, han de deberse, como hemos visto<sup>963</sup>, a vicios o defectos de la construcción, estar, por tanto, en relación de causalidad con ellos<sup>964</sup>.

Pues bien, una vez aparecidos los daños materiales en el edificio dentro de los correspondientes plazos de garantía, se presume que se deben a la intervención de los agentes de la edificación puesto que a falta de previsión de reglas por parte de la LOE en esta materia, siguen vigentes las establecidas por el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1.591.1º CC, por lo que una vez que se pruebe el daño, se presume *“iuris tantum”* que es debido a causa imputable a los demandados<sup>965</sup>.

---

<sup>963</sup> Véase epígrafe 1 del presente capítulo.

<sup>964</sup> Por todos comentando el art. 1.591 CC, CADARSO PALAU (véase epígrafe 1 de capítulo I), y GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 187, quien señala: *“uno de los requisitos que debe reunir el defecto es el de ser un defecto de construcción, esto es, un defecto que tenga su causa en los vicios constructivos con que fue edificada la obra: ha de existir, en consecuencia, un nexo causal entre el vicio constructivo (sea de proyecto, de dirección técnica, de ejecución material, o de todos ellos conjuntamente), y el defecto que presenta el edificio”*. Comentando la LOE, se refieren expresamente a tal requisito de la causalidad, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 438; RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 39; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 266; LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2.681, para quien se encuentra apuntada en términos generales por el art. 17.2 de la LOE, al aludir a actos u omisiones propios, o de aquellas personas por las que se deba responder.

Con carácter general, en referencia a la responsabilidad contractual, DíEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 784, señala que tiene que existir causalidad *“entre la lesión del derecho de crédito producido por el deudor y los daños reclamados por el acreedor que los ha sufrido”*; y refiriéndose a la responsabilidad civil, puede verse DE ÁNGEL YÁGÜEZ, o.c. nota 909, p. 413, señalando que *“el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso”*.

<sup>965</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 380. En análogo sentido ROUANET MOTA, o.c. nota 382, p. 1.006, destaca el silencio de la norma y la vigencia de la jurisprudencia

Tal presunción se aprecia en el art. 17.8 de la LOE que impone a los agentes de la edificación la carga de la prueba de que los daños materiales que presenta el edificio fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado<sup>966</sup>. Por tanto, en resumidas cuentas, se presume, el carácter originario del daño que sufre el edificio<sup>967</sup>.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el mantenimiento en el régimen de la LOE de la presunción *iuris tantum* de la culpabilidad de los agentes de la edificación que establece en aplicación del art. 1.591.1º CC, y que conlleva que los adquirentes sólo deban probar el hecho de la ruina y sean aquéllos quienes tengan que demostrar su falta de responsabilidad. Concretamente, el Alto Tribunal ha señalado que esta inversión de la carga de la prueba resulta del art. 17.8 de la LOE de tal forma que a los

---

sobre la inversión de la carga de la prueba de la causa de los daños o, en su caso, el grado de responsabilidad de los mismos.

<sup>966</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 352, ve dicha inversión probatoria en el art. 17.8, como también MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 183. RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 106, destaca que una vez acreditado el daño material hay una presunción de nexo causal; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 497, señala que debe ser el agente quien debe probar la ruptura del nexo causal, refiriéndose al art. 17.8; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 23, que serán los agentes los que deban demostrar las causas de exoneración previstas en el art. 17.8, añadiendo: “*de suerte cuando se demuestre la existencia de daños materiales en el edificio se presumirá que existe una acción u omisión negligente del sujeto agente, que siempre responderá por ellos, salvo concurran las circunstancias expuestas*”; LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2.682, señala tras referirse a las causas de exoneración que “*Lo que es indudable es que la prueba de inimputabilidad correspondería siempre a los diferentes agentes de la edificación presuntamente responsables ex lege*”; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 672, también considera a partir del art. 17.8 que a los agentes les corresponde probar las causas de exoneración, y que sigue rigiendo la presunción *iuris tantum* formulada por la jurisprudencia. También pueden verse, ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, p. 35, y DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 94.

<sup>967</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 183, destaca que se presume el carácter originario del defecto; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.592, que se presume el carácter originario del daño, y afirmando que serán los agentes los que deben demostrar que los daños se deben a las causas de exoneración previstas en el art. 17.8; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.163, extrae del tenor del art. 17.8 que se presume el carácter originario del defecto, cuando dice, señala el autor, “*la responsabilidad no será exigible si se prueba...*”.

adquirentes les basta con acreditar el daño sin que la falta de prueba sobre su origen recaiga sobre ellos<sup>968</sup>.

Además, constituye apoyo legal de la presunción el art. 17.3 de la LOE según el cual cuando no se pueda individualizar la responsabilidad en el

---

<sup>968</sup> La sentencia de 28 abril de 2008 (RJ 2681) en un supuesto en que era de aplicación el art. 1.591 CC, señaló: *“Acreditada que una construcción es defectuosa, se presumirá que existe una acción u omisión negligente del sujeto agente, que siempre responderá del daño, salvo que concurran las circunstancias enervantes de la acción, de tal forma que la falta de prueba sobre el origen del daño, no recae sobre los demandantes, a los que les basta con acreditar que la ruina existe, que se produjo y se manifestó en el plazo decenal, sino sobre los demandados ( SSTS de 29 de noviembre de 1993 [ RJ 1993, 9183] ; 31 de mayo 2000 [ RJ 2000, 5089] ). Es, por tanto, de plena aplicación el principio de inversión de la carga de la prueba que obliga al perjudicado a acreditar que existe un daño vinculado a la actuación de los agentes y que éste ha ocurrido dentro del período de garantía, como en la actualidad resulta del artículo 17.8 de la Ley de Ordenación de la Edificación ( RCL 1999, 2799) , en relación con el artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)”*.

En la STS de 7 de junio de 2011 (RJ 4391) en un supuesto en el que también era de aplicación el art. 1.591 CC, además de pronunciarse en idénticos términos a los párrafos extractado de la anterior sentencia, realiza una cierta equiparación entre la responsabilidad prevista en aquél y en la LOE a continuación de lo que en la inversión de la carga de la prueba: *“La responsabilidad que impone el artículo 1591 del Código Civil ( LEG 1889, 27) , y ahora el artículo 17.8 de la Ley de Ordenación de la Edificación ( RCL 1999, 2799) , a las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación se establece en favor de los propietarios y de los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos en el caso de que fueran objeto de división, y no será “exigible a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquellos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño” -artículo 17.8 -”*. Destacar que esta sentencia condenó por un defecto constructivo distinto al que figuraba en el informe pericial del actor.

También la STS de 14 mayo de 2008 (RJ 3067), *obiter dicta*, porque era de aplicación el art. 1.591 CC, afirma tal presunción: *“Por otra parte, el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación ( RCL 1999, 2799) -no aplicable en el supuesto del debate- permite afirmar que este ordenamiento sigue la mencionada tendencia objetivadora de la responsabilidad de los intervinientes en el proceso constructivo, y hace surgir el deber de indemnizar los daños materiales del hecho de que nazcan de los vicios o defectos afectantes a los distintos elementos de la construcción, y que el Legislador presume que son debidos al incumplimiento por aquellos intervinientes de las obligaciones que les impone la propia Ley, las demás disposiciones de aplicación o el contrato que origina su intervención...”*.

La llamada jurisprudencia menor sí ha afirmado la vigencia de la presunción estudiada en aplicación de la LOE, sin imponer al demandante, por tanto, la carga de la prueba del origen de los daños materiales que presenta el edificio. Entre otras, cabe referirse a la SSAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2011 (JUR 2012\97730); Cádiz de 15 marzo de 2005 (JUR 2006\22821); Navarra 11 julio de 2008 (JUR 2009\95732), y de Madrid de 21 de junio de 2010 (JUR 321077).

daño se condenará a todos los agentes solidariamente<sup>969</sup>, lo que se debe a que el demandante no tiene que probar su causa<sup>970</sup>, sino que es el demandado quien ha de probar su falta de contribución causal para exonerarse<sup>971</sup>.

Esta presunción de causalidad del daño con el defecto o vicio constructivo vemos que constituye el fundamento o desencadenante de la responsabilidad, puesto que una vez presumida la relación de causalidad con el vicio o defecto constructivo se presume la responsabilidad, porque aquél la lleva intrínseca.

---

<sup>969</sup> Dispone el referido precepto: *“No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente”*. Obsérvese que en el precepto se habla de *“individualizar la causa de los daños”*, y no de *“probarla”*, lo que parece apuntar a que el legislador alude al supuesto de que, sabiéndose que el daño se debe a defecto constructivo, no se puede atribuir su causa individualmente a ningún agente, lo cual, a pesar de esta literalidad, no sostenemos, porque coincidimos en que el demandante no tiene que probar la causa de los daños, ello de acuerdo con la doctrina tradicional y con los pronunciamientos del TS (véase notas anterior y 964).

<sup>970</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 380. En análogo sentido ROUANET MOTA, o.c. nota 382, p. 1.006.

Existe, por tanto, un paralelismo con lo que, referido a la responsabilidad extracontractual, señala LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 463, al poner de relieve que la exigencia de certeza se difumina en las agresiones procedentes del miembro anónimo de un grupo. También puede verse REGLERO CAMPOS, o.c. nota 661, p. 58, para el que la transformación que ha experimentado la relación causal se advierte con particular claridad en los casos en los que se imputa el daño sin estar probada su participación causal, como son los daños por miembro indeterminado del grupo, supuestos en los que, destaca el autor junto con MEDINA ALCOZ, o.c. nota 724, p. 771, existe una presunción de autoría. Sobre esta cuestión véase epígrafe 3.1.2 de capítulo VIII.

<sup>971</sup> PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254, alude a que, *“conforme al artículo 17.3, cabe responder incluso sin contribución a la causación del defecto constructivo, si no se logra probar la falta de dicha contribución causal”*. En el mismo sentido FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 257. También destaca estas reglas de la prueba, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 23, al señalar que hay que *“acreditar que existe un daño vinculado a la actuación de los agentes”*, los cuales serán condenados si no demuestran que *“el daño o vicio constructivo se produjo de una forma ajena a su intervención”*.

Tal fundamento en el art. 17.3 se aprecia en SSAP de Cádiz de 15 marzo de 2005 (JUR 2006\22821); Navarra 11 julio de 2008 (JUR 2009\95732), y de Madrid de 21 de junio de 2010 (JUR 321077).

Por tanto, el demandante sólo tiene que probar el daño material para que se presuma que se debe a vicio o defecto constructivo, como vimos que era la postura mayoritaria de los autores que comentaban la responsabilidad derivada del art. 1.591 CC<sup>972</sup>, y no que el daño se debe a vicios o defectos constructivos. Antes la ruina, ahora el daño material, habla por sí mismo<sup>973</sup>.

Con lo anterior se marca la diferencia con la regla general de que el *onus probandi* del incumplimiento corresponde al actor<sup>974</sup>, porque el daño material que presenta el edificio si no fuera por la presunción de que se corresponde a vicio o defecto constructivo no demuestra el incumplimiento puesto que puede deberse en teoría a otras causas diferentes. Y observamos una diferencia con la prueba de los supuestos típicos de incumplimiento, porque en ellos además de probar el incumplimiento, hay que probar la causalidad del daño con él partiéndose del incumplimiento<sup>975</sup>, mientras que en nuestro supuesto se parte del otro extremo de la cadena, dado que primero se prueba el daño y éste hace que se presuma producido un incumplimiento al que se relaciona causalmente.

En cuanto a la justificación de esta presunción de causalidad, ya vimos que se asentaba en la dificultad probatoria de los adquirentes para demostrar que el daño se debía a la actuación de los agentes, frente a la facilidad de éstos por haber ejecutado la obra, y que sólo transcurrido el plazo de garantía se comprueba la solidez de la obra y desaparece la sospecha de que la ruina se debe a tales agentes<sup>976</sup>.

---

<sup>972</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo I.

<sup>973</sup> Véase GÓMEZ DE LA ESCALERA en referencia a la ruina (epígrafe 1 de capítulo I, p. 9).

<sup>974</sup> Regla que es uniforme en la doctrina, como señala LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, p. 1.207, quien añade que en materia de incumplimiento no juega la inversión de la carga de la prueba como hace en el caso de la culpa.

<sup>975</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1.177, señala que en la responsabilidad contractual el punto de partida no lo constituye el daño, sino el incumplimiento.

<sup>976</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo I (pp. 10,12 y 13).

Pues bien, en esta “sospecha” existe una especie de probabilidad cualificada de que aparecidos daños en los primeros años se deben a vicios constructivos, de ahí precisamente la presunción de causalidad. Sucede algo parecido a lo que acontece en la responsabilidad extracontractual donde juega la probabilidad cualificada, puesto que el establecimiento de la relación de causalidad se realiza con arreglo a premisas extrasistemáticas fundadas en las reglas de la física y la experiencia<sup>977</sup>, y éstas nos apuntan en nuestra materia tal probabilidad cualificada.

Esta operativa, a su vez, describe la función de los plazos de garantía, porque una cosa es que se haga responsable de lo acaecido en un plazo de garantía mediante la prueba correspondiente, y otra que además se presuma que se debe al agente lo ocurrido durante él<sup>978</sup>.

No consideramos que la caracterización de la obligación del constructor como obligación de resultado sea la que conlleva tal presunción porque al momento de establecerla únicamente tenemos un daño manifestado en el edificio que en teoría podría no ser demostrativo de una falta de obtención de aquél (piénsese en una posible falta de mantenimiento) y que, por tanto, por sí solo no demuestra definitivamente la falta de obtención de resultado<sup>979</sup>. La obligación de resultado provoca en nuestra opinión que aparecido un daño material, que se imputa, vía de presunciones, a vicio constructivo, se considera no obtenido el resultado

---

<sup>977</sup> Véase nota 909 sobre tal probabilidad cualificada en el ámbito extracontractual. Sobre el modo de establecerse la relación de causalidad, XIOL RÍOS, J. A., *La imputación objetiva en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Act. Civil 2 (2010), p. 124.

<sup>978</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo VI.

<sup>979</sup> Visto de otra forma no es la consideración de la obligación como de resultado la que conlleva que aparecido un daño (del que no se ha probado la causa) se considere no obtenido aquél, puesto que el resultado no es un edificio sin daños materiales durante los plazos de garantía, porque entonces no cabría exoneración de los agentes, sino que el resultado es un edificio sin daños provenientes de vicios o defectos constructivos.



de una construcción sin vicios constructivos que es el debido por el constructor<sup>980</sup>.

En cuanto al alcance práctico de la presunción estudiada, conviene volver nuevamente a la distinción que hemos expuesto en otro lugar entre la reparación del vicio o defecto constructivo y de los otros daños materiales que ellos causen al edificio<sup>981</sup>. Aunque pudiera parecer a primera vista que los daños que cause la patología diferentes a la manifestación de ella en sí misma<sup>982</sup> requerirían, por no identificarse con ella, de una prueba plena de la relación de causalidad, entendemos que la distinción entre la patología y los daños en materia de prueba es irrelevante. Fundamentamos lo anterior en que la aparición de estos daños, en caso de que no se pudiera probar su relación de causalidad con la patología concreta, también conllevaría la presunción de la responsabilidad de los agentes, puesto que se trataría como un daño independiente, al que se le aplicaría “otra presunción de causalidad” con la actuación de ellos<sup>983</sup>.

Donde sí planteará problemas la aplicación de la presunción de causalidad es en los daños que no nos hablan por sí mismos de una defectuosa construcción ni tan siquiera por probabilidad cualificada, como es el caso de un incendio o explosión del edificio, los cuales se pueden deber a múltiples causas no imputables a los agentes, de ahí que sea necesario en estos supuestos situar el daño en el ámbito de los

---

<sup>980</sup> Sobre la obligación de conseguir el resultado de una construcción sin vicios, véase epígrafe 1.2.2 del capítulo III, p. 223.

<sup>981</sup> Véase epígrafe 2.3 del presente capítulo.

<sup>982</sup> V.g. daños por falta de impermeabilización de cubierta en pisos inferiores.

<sup>983</sup> Que obviamente se verá especialmente justificada si por la entidad de la patología y de los daños que presenta el edificio pudiera razonablemente presumirse la relación de causalidad porque la experiencia demostrase una probabilidad cualificada de que su producción se deba a ella. Del mismo modo, mientras más remoto se nos presente el daño en relación a un posible vicio constructivo, con mayor facilidad podrán demostrar los demandados su exoneración.

agentes<sup>984</sup> y probar un defecto constructivo del que, al menos por probabilidad cualificada, se derivara el incendio o explosión.

Otra cuestión es la gran dificultad que hemos reconocido que existe en aplicar la presunción de causalidad en caso de obras sobre edificios preexistentes<sup>985</sup>.

Por otro lado, a pesar de la presunción estudiada, algunos autores sostienen la necesidad de que el demandante se haga valer de informe pericial para así demostrar la índole constructiva del daño<sup>986</sup> o su origen<sup>987</sup>, frente a lo que oponemos que operará la presunción estudiada, pues en el hipotético supuesto de que el perito del demandante no pueda concluir acerca del origen de los daños en una defectuosa construcción y el demandado no prueba la exoneración, este último será condenado en virtud de aquella presunción. Es más, en línea con ello el Tribunal

---

<sup>984</sup> Parecen apuntar a esta idea las SSTs de 28 de abril de 2008 (RJ 2681) y 7 de junio de 2011 (RJ 4391) cuando señalan que al perjudicado basta con demostrar un *“daño vinculado a la actuación de los agentes”* (véase nota 968).

<sup>985</sup> Sobre el problema de la aplicación de la presunción de causalidad en estos supuestos de obras sobre edificios preexistente véase epígrafe 7.4.1 de capítulo II, p. 141.

<sup>986</sup> Es la opinión de LÓPEZ SÁNCHEZ, J., comentado la sentencia de 22 de julio de 2004 (RJ 6629) [CCJC 71 (2006), p. 644]. En igual sentido, el mismo autor, o.c. nota 19, pp. 398-400, se fundamenta en que es necesario, además del daño, probar el carácter ruinoso de las irregularidades en la edificación. El autor en ambas obras se apoya en la STS de 19 de octubre de 1998 (RJ 7440), de la que no vemos que con claridad se derive la necesidad de informe pericial, en tanto que, cuando se refiere a la característica ruinoso de los desperfectos o vicios constructivos, lo hace para resaltar que son los agentes los que han probar su exoneración. En lo que aquí interesa, señala la sentencia: *“En relación con el enfoque concerniente a la solidaridad, también la doctrina consolidada de la Sala se muestra partidaria de la misma cuando no sea factible individualizar la responsabilidad correspondiente a cada profesional interviniente en la construcción, y en el ámbito probatorio en este orden de cosas, no cabe duda, de acuerdo, asimismo, con la doctrina jurisprudencial de bastar al dueño de la obra probar la característica ruinoso de los desperfectos o vicios constructivos, para hacer recaer en aquellos profesionales la probanza de no corresponderles ninguna responsabilidad en el campo de sus respectivas funciones y obligaciones...”*.

<sup>987</sup> RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 339, señala que para determinar no solo la existencia y alcance de sus daños, sino su origen, es fundamental que el demandante practique un informe pericial ya sea de parte o mediante su designación judicial.

Supremo se ha manifestado en algunas ocasiones sobre el carácter facultativo del informe pericial en esta materia<sup>988</sup>.

No obstante, volveremos sobre la necesidad del informe pericial a la hora de estudiar la determinación del responsable y los diferentes daños cubiertos por cada uno de los plazos de garantía de la LOE<sup>989</sup>.

### **3.2 La imputación a los agentes de la edificación de los daños materiales causados a ella**

Vista la presunción de la relación de causalidad del daño material con los vicios o defectos de la construcción cometidos por los agentes,

---

<sup>988</sup> En sentencia de 7 de junio de 2011 (RJ 4391) que en lo que aquí interesa señala: *“Quien demanda no está obligado a concurrir el pleito con un informe pericial, le basta con acreditar el daño que aduce por cualquiera de las pruebas admitidas en derecho, como hecho constitutivo o fundamento de su acción, identificándolo como causa de una defectuosa construcción...”*.

En el mismo sentido, cabe citar la STS de 22 de julio de 2004 (RJ 6629) (Comentada por LÓPEZ SÁNCHEZ, o.c. nota 986, pp. 629 y ss.) supuesto en el que, al igual que la anterior era de aplicación el art. 1.591 CC y no la LOE. En este caso, la sentencia de primera instancia apreció la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y, por tanto, no entró en el fondo del asunto, y la de apelación, estimando en parte el recurso del demandante, rechazó dicha excepción, pero en cuanto al fondo del asunto desestimó la demanda por no haber propuesto el actor prueba pericial. Se habían aportado actas notariales acreditativas de los daños que presentaba el inmueble y un informe de un arquitecto técnico, luego ratificado mediante prueba testifical, no como prueba pericial. El TS casa la sentencia por entender que únicamente es necesario acreditar los daños y no la causa: *“...aunque la falta de prueba pericial permitiera abrigar dudas sobre la causa de tales defectos, sin embargo la propia existencia de éstos ha de entenderse más que suficientemente probada”*...“Pues bien, así las cosas, el presente motivo también ha de ser estimado porque la sentencia impugnada, al desestimar la demanda por no haber propuesto el actor hoy recurrente prueba pericial, infringió el artículo 1214 del Código Civil en su interpretación y aplicación jurisprudencial a los procesos sobre responsabilidad decenal del artículo 1591 del mismo Cuerpo legal, ya que según doctrina reiterada de esta Sala, que tiene como punto de partida la objetivación de dicha responsabilidad mediante una presunción de culpa de los partícipes en la edificación... una vez probados los defectos por el demandante incumbe a los demandados demostrar su falta de responsabilidad en aquéllos ...”.

LÓPEZ SÁNCHEZ, o.c. nota 986, pp. 642-643 y o.c. nota 19, pp. 398-399, resta valor a esta sentencia de 22 de julio de 2004, basándose en que se resolvió el recurso cuando ya había entrado en vigor la LEC que da carácter de prueba pericial a los informes aportados por las partes, de ahí que no deduzca de la misma la falta de necesidad del informe pericial.

<sup>989</sup> Véase, respectivamente epígrafes 3.2.2 de capítulo VIII, y 2.1.3 de capítulo V.

debemos preguntarnos por qué se les imputa el daño, puesto que una cosa es la relación causal material, es decir, que un hecho sea causa material del daño, y otra si el daño puede serle imputable<sup>990</sup>. No nos estamos refiriendo a la imputación del vicio o defecto propiamente dicho, que se cometió en el momento de la ejecución de obra, esto es, la imputación del incumplimiento, cuyo estudio ya realizamos<sup>991</sup>.

Una vez presumida la relación de causalidad entre el daño y el vicio no vemos que el primero se impute porque el vicio sea, de acuerdo con los criterios de responsabilidad extracontractual<sup>992</sup>, una causa adecuada para su producción<sup>993</sup>, esto es, trasladando dicha teoría a nuestra materia, que

---

<sup>990</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 327. Como señala XIOL RÍOS, o.c. nota 977, p. 124, la imputación *“es un concepto netamente jurídico, pues consiste en la aplicación de aquellos principios establecidos por la ley con arreglo a los cuales el daño, reconocible al margen del Derecho, debe ponerse a cargo de quien, igualmente al margen del Derecho, aparece como autor del mismo”*.

<sup>991</sup> Véase epígrafe 1.2 de capítulo III.

<sup>992</sup> Sobre la aplicación de las reglas establecidas en materia de responsabilidad extracontractual a los problemas de la relación de causalidad de daños contractuales, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, pp. 784-785, quien añade que lo anterior significa en el momento actual aplicar los criterios de imputación objetiva.

<sup>993</sup> Sobre la teoría de la causalidad adecuada, puede verse REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ, o.c. nota 724, pp. 733-740, quienes la definen como aquella que considera *“como causa en sentido jurídico... sólo aquellos hechos de los cuales quepa esperar “a priori”, y según criterios de razonable seguridad o de verosimilitud estadística (juicio de probabilidad), la producción de un resultado”*; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 462, quien señala que *“adecuada es la causa que normalmente, lleva consigo siempre un daño de la especie considerada”*; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 326, se refieren a esta teoría como aquella que estima *“como causa del daño el antecedente que es probable, posible o razonable que lo ocasionen”*. También DE ÁNGEL YÁGÜEZ, o.c. nota 909, p. 415, se refiere a ella como causa normalmente generadora del resultado, y SANTOS BRIZ, J., *La relación causal y problemas relacionados con ella*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 542, señala que para la doctrina de la adecuación la cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal. En parecido sentido puede verse LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, pp. 280-281.

Se destaca que esta teoría es por la que se decanta el TS, aunque también que a veces se separa de las teorías: DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 327, quienes consideran que la posición del TS se inclina por la teoría de la causa adecuada; también PEÑA LÓPEZ, o.c. nota 776, p. 2.464, el cual señala que era la teoría más utilizada por la jurisprudencia hace pocos años, aunque actualmente se ha consolidado la teoría de la imputación objetiva; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 463, alude a que se acude a criterios de sentido común, aunque viendo en bastantes

fuera de esperar por el agente que a consecuencia del vicio se iban a producir todos los daños que finalmente se han producido en el edificio. Sustentamos lo anterior en que esta teoría excluiría de la imputación causal daños que a priori era difícil que se produjeran a consecuencia del vicio constructivo<sup>994</sup>, y porque los agentes sólo se exoneraran si prueban las causas de exoneración que como hemos visto tienen la función de romper la relación de causalidad material entre su intervención y el daño que presente el edificio<sup>995</sup>.

Apreciamos que la LOE otorga mayor importancia a la causalidad directa o inmediata entre el defecto constructivo y el daño causado por él<sup>996</sup>, y lo más importante, que hay que tener en cuenta el fin de protección de la norma<sup>997</sup> (criterio que se ha visto presente en los

---

sentencias la inspiración en la causalidad adecuada. En cambio, LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, pp. 281-282, además de considerar que el TS se inclina generalmente porque este problema se resuelva por la valoración que realicen los Jueces, aprecia que las teorías son utilizadas de manera instrumental atendiendo a un planteamiento realista de los supuestos litigiosos.

<sup>994</sup> REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ, o.c. nota 724, p. 734, se refieren a la dimensión negativa de la causa adecuada que excluye de la imputación causal *“aquellos antecedentes que de forma estadísticamente muy improbable hubieran dado lugar, por sí mismo, al resultado final...”*.

Son escasos los pronunciamientos que aplican de manera algo expresa la teoría de la causalidad adecuada en la materia que estamos tratando. Dentro de ellos cabe citar la STS de 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862), dictada en un supuesto en el que se pretendía por los agentes condenados en segunda instancia imputar la totalidad de los daños de la nave de autos a un deslizamiento de tierras ocasionado por un cambio en el curso subterráneo de las aguas freáticas, ello porque la audiencia los había condenado a la indemnización del agravamiento a causa de que el técnico no realizó una cimentación más profunda, dadas las circunstancias especiales del terreno. El Tribunal Supremo consideró como causa eficiente del agravamiento de los daños la defectuosa cimentación aunque la causa desencadenante fuera el deslizamiento de la tierra.

<sup>995</sup> Véase epígrafe 1.2.3 de capítulo III.

<sup>996</sup> Sería algo parecido a la teoría de la causalidad directa e inmediata del daño que, como señalan REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ, o.c. nota 724, p. 733, fue una de las primeras que se formuló para imputar casualmente el daño y que lo único que exige es que no haya sido roto el nexo causal por interferencia de otra serie causal.

<sup>997</sup> Se sustenta algo similar por parte de la doctrina alemana en sede de responsabilidad por ilícito civil, que para imputar el resultado atiende a qué es lo protegido por la norma, proponiendo sustituir el criterio de la causalidad adecuada

preceptos de la construcción<sup>998</sup>) puesto que lo que protege el art. 17 de la LOE es una construcción sin daños materiales causados por vicios o defectos constructivos y producidos éstos, los daños (aunque sea por la vía de la presunción de causalidad) se imputan causalmente al agente.

Por lo anterior, defendemos que en nuestra materia no juega la distinción que realiza el art. 1.107 CC<sup>999</sup> en cuanto al alcance de la reparación según la buena o mala fe del deudor<sup>1000</sup>. Además, algunos

---

(REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ, o.c. nota 724, p. 754), y este criterio se encuentra recogido en el Código civil holandés en el art. 163 de su libro 6.

Sobre el criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad puede verse PANTALEÓN PRIETO, F., *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, en VV.AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1.580, señalando que según él: “no pueden ser objetivamente imputados aquellos eventos dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado”. En análogo sentido pueden verse DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, pp. 336-337; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 466, y SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.517. Como señala XIOL RÍOS, o.c. nota 977, p. 127, el criterio del ámbito de protección de la norma excluye “la imputación en caso de incumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales impuestas por el ordenamiento jurídico cuando el carácter ilegal de la conducta causante del daño carece de relevancia en función del interés protegido por la norma vulnerada”.

<sup>998</sup> SANTOS BRIZ, o.c. nota 993, p. 545, quien ve en los preceptos protectores de la construcción el resultado de una experiencia de largos años y que descansan en la previsión de riesgos posibles de tal manera que “el agente será responsable de las consecuencias aunque no se le pueda reprochar culpa, con tal de que caigan en el ámbito del peligro que trataron de prevenir los preceptos protectores”.

<sup>999</sup> Artículo que es fruto de la influencia del modelo francés, como destacan entre otros, LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 206, y CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1.244.

<sup>1000</sup> Alude a esta diferencia la STS de 15 de junio de 2010 (RJ 5151), al señalar: “Interpretando este precepto, la jurisprudencia (SSTS de 23 de febrero de 1973, 16 de julio de 1982 y 23 de octubre de 1984) ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad”.

Sobre el diferente alcance de la responsabilidad en uno y otro caso puede verse DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 784, quien señala que en caso de culpa la cadena causal es estricta, aludiendo el autor a la expresión “consecuencia necesaria”, mientras que en el caso de incumplimiento doloso es más amplia, pues exige solamente una derivación conocida, en clara alusión el autor al tenor del segundo párrafo del precepto que impone al deudor doloso todos los daños “que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”, aunque aclarando que ello no supone que el deudor doloso responda de los daños de los que su conducta no se encuentre enlazada casualmente; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660,

autores proponen que se interprete de acuerdo con las ideas de responsabilidad por riesgo, de responsabilidad cuasi-objetiva y análogas<sup>1001</sup>, y ya hemos visto que la responsabilidad estudiada se

---

pp. 206 y 208, el cual considera que el deudor doloso va a responder conforme a los criterios de responsabilidad extracontractual, esto es, sin imputársele más daños de los que le correspondería aplicando los criterios de dicha responsabilidad, de forma más gravosa que el deudor de buena fe, pero (o.c. nota 1, p. 482) el deudor doloso tendrá como límite aquellos daños que el análisis causal adecuada ha declarado indemnizables; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 153, que es partidario de que el deudor doloso responda de cualesquiera consecuencias dañosas derivadas de su incumplimiento, porque conocidamente alude a la prueba, y en cuanto al alcance de la responsabilidad del deudor de buena fe defiende que se objetiva la consideración de los daños de que debe responder, no vinculándose a la voluntad del deudor, refiriéndose al giro impersonal de *“previstos o que se hayan podido prever”*.

Además, ha de tenerse en cuenta que se ha destacado la falta de su aplicación, por SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, p. 199, y LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, pp. 1.220-1.221.

<sup>1001</sup> Tal es la opinión de SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, p. 199. En este sentido, DíEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 787, señala que la previsibilidad de los daños a la que se refiere dicho precepto *“exige una información o conocimiento por ambas partes de los riesgos que el contrato entraña, pero exige también, de manera expresa o implícita, un cierto sistema de distribución de tales riesgos...”*; y aunque los daños fueran previstos o previsibles en el momento de contratar *“habrá de aplicar en todo caso los criterios de imputación objetiva...”*; en parecido sentido CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1.243, propone la determinación de lo previsible teniendo en cuenta la causa típica de cada contrato y de los riesgos que se gestionan a través de él, y SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.517. Véase nota anterior, LASARTE ÁLVAREZ acerca de que el art. 1.107 parece objetivar los daños previstos.

También puede verse el CEC que en su art. 162.4 señala: *“A menos que el deudor haya actuado por dolo o culpa, debe responder del daño que – en atención al texto del contrato, a las circunstancias, a la buena fe y a los usos- debe razonablemente considerarse asumido implícitamente por él – en cuanto persona normalmente informada- en el momento de celebración del contrato”*. Sobre que la culpa que señala el precepto es la culpa grave, puede verse VICENTE DOMINGO, E., en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, dir. por C. Vattier Fuenzalida, J. M. de la Cuesta Sáenz, J. M. Caballero Lozano, II, ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 607. De igual forma, en cuanto a los PECL, puede verse DíEZ-PICAZO, MORALES MORENO y ROCA TRÍAS, o.c. nota 754, p. 377, autores que comentan su art. 9.503 que hace responder al deudor de lo previsto o previsible razonablemente al tiempo de contratar, como probable consecuencia de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento fuera intencional o gravemente negligente. En análogo sentido puede verse el art. 1.208 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos que dispone: *“El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato”*. Dicho artículo puede verse comentado por FENOY PICÓN, N., *La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato*:

califica como objetiva<sup>1002</sup>. Al margen de ello, el precepto hace responder al deudor de buena fe de lo previsible al momento de constituirse la obligación y se pueda entender que los agentes de la edificación tienen la posibilidad de prever razonablemente que de un vicio constructivo se derivarán daños de diversa entidad y alcance en el edificio como ha hecho el Tribunal Supremo, quien además ha considerado que la pretensión de reparación es solicitud de cumplimiento y no de daños y perjuicios<sup>1003</sup>. Pero lo más importante es que aunque acudiéramos al

---

*propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento*, ADC 4 (2011), pp. 1.634 y ss, que, como destaca la autora, no reproduce el art. 1107.2 CC, que imputa al deudor doloso todos los que conocidamente se deriven del incumplimiento. También puede verse el art. 3:703 del libro III del DCFR que establece la responsabilidad de los daños previsibles para el deudor no doloso ni gravemente negligente.

<sup>1002</sup> Véase epígrafe 1.2.1 de capítulo III.

<sup>1003</sup> Cfr. STS de 20 de octubre de 1982 (RJ 5565), recaída en un supuesto en que la constructora reclamaba a la promotora la devolución de las retenciones practicadas por ésta en garantía de la correcta ejecución de la obra, frente a lo que la promotora reconvino reclamando la suma que resultara de las reparaciones efectuadas por terceras empresas, y los daños y perjuicios sufridos por el retraso y por la reducción en el ritmo de ventas y por el aumento de los costes y amortizaciones, más daños morales. En lo que aquí interesa, el recurso de la constructora se motivaba en que ella nunca fue requerida para reparar los defectos, por lo que se deberían excluir de la indemnización los daños y perjuicios causados por el retraso en la ocupación y venta de las edificaciones, dado no se han podido prever al tiempo de constituirse la obligación y no son consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. Frente a lo anterior el TS, desestima el motivo señalando: *“sin discutir el carácter de buena fe de todo deudor, salvo prueba en contrario, es indudable que en el caso debatido concurre el presupuesto que la norma invocada exige para la responsabilidad del deudor de buena fe; es decir, que se trate de daños y perjuicios previstos o podidos prever al tiempo de constituirse la obligación, como son evidentemente los desperfectos o vicios observados en la construcción que se describen en la sentencia recurrida, todos perfectamente previsibles en la hipótesis probada en la instancia de construcción defectuosa, y que, además, son consecuencia necesaria del incumplimiento por parte de la entidad contratista de sus obligaciones para una perfecta y total terminación del conjunto, tal como se obligó expresamente en el contrato aportado a los autos; por todo lo cual, en definitiva, al ser rechazable este último motivo, decae la totalidad del recurso”*.

En sentencia de 12 de mayo de 1994 (RJ 3575) el TS declaró no aplicable el art. 1.107 por considerar que la demanda de los actores reclamando la realización de reparaciones es solicitud de cumplimiento de la obligación, y no daños y perjuicios: *“en el caso debatido para nada se condena en el fallo impugnado en casación al pago de daños y perjuicios, sino al cumplimiento de la obligación; en este pleito, consistente en reparar los servicios de calefacción y agua caliente central del edificio”*. *“En su caso los supuestos daños serían objeto de otra pretensión, no deducida en la demanda y de*



criterio de imputación del fin de protección de la norma<sup>1004</sup> la tipificación legal realizada en el art. 17 de la LOE de los daños resarcibles como los daños materiales derivados del vicio o defecto de construcción no deja lugar a hacer distinciones en el alcance del daño indemnizable<sup>1005</sup>. El fin de protección de la norma, que es una edificación sin daños derivados de vicios o defectos, también habilita para imputarlos aunque no se esté ante un incumplimiento doloso.

## V.- LAS RESPONSABILIDADES DECENAL, TRIENAL Y ANUAL PREVISTAS EN LA LOE

### 1. Los requisitos básicos de la edificación

#### 1.1 Introducción

La Ley de Ordenación de la Edificación vincula los requisitos básicos que deben tener los edificios a su calidad al indicar en su art. 1 que la regulación del proceso de la edificación tiene como finalidad “asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios”<sup>1006</sup>.

---

*la que para nada habla el mismo fallo. d) Por consiguiente, es evidente la confusión en que incurre el motivo al hablar de "causa de las deficiencias", que dice "no se han probado", unificando su tratamiento jurídico con su consecuencia hipotética "de los posibles daños". En definitiva, la Sala "a quo" procedió correctamente al no aplicar el artículo 1107, párrafo 1, porque no es aplicable al supuesto de hecho enjuiciado".*

<sup>1004</sup> Como advierte DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 787, el hecho de que sea previsible no supone que deba imputarse todo el daño, sino que hay que aplicar los criterios de imputación objetiva, en nuestro caso, decimos nosotros, el de protección de la norma.

<sup>1005</sup> Ello con independencia de que la parte del edificio afectada por el vicio constructivo no sea construida por el mismo agente, esto es, no forme parte de su prestación contractual. Es decir, la parte del edificio afectada por las consecuencias dañosas del vicio constructivo más allá de su existencia puede no haber sido construida por el agente que cometió el vicio constructivo en la otra parte de la edificación.

<sup>1006</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, pp. 16-17; ALMENAR BELENGUER, JIMÉNEZ LÓPEZ y PÉREZ PAZ, o.c. nota 307, p. 113. Esta idea se reitera en el art. 3 del CTE, como veremos, y en el Anejo III del CTE dedicado a la terminología, que define a los requisitos básicos como “Objetivos derivados de la demanda social de calidad de los

Concretamente el art. 3.1 de la LOE titulado “*Requisitos básicos de la edificación*”, en su redacción dada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, señala que, con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, fija los requisitos básicos de la edificación que deberán satisfacerse, de la forma que reglamentariamente se establezca, en el proyecto, la construcción, el mantenimiento, la conservación y el uso de los edificios y sus instalaciones, así como en las intervenciones que se realicen en los edificios existentes, requisitos que son relativos a la funcionalidad, seguridad y habitabilidad<sup>1007</sup>.

---

*edificios y cuya consecución debe procurarse tanto en el proyecto como en la construcción, mantenimiento y conservación de los mismos”.*

<sup>1007</sup> Dispone el art. 3 en el párrafo introductorio de su apartado primero, en la redacción dada por el apartado dos de la disposición final tercera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas: “*Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, se establecen los siguientes requisitos básicos de la edificación, que deberán satisfacerse, de la forma que reglamentariamente se establezca, en el proyecto, la construcción, el mantenimiento, la conservación y el uso de los edificios y sus instalaciones, así como en las intervenciones que se realicen en los edificios existentes:*”.

Antes de dicha reforma no se incluía la remisión reglamentaria que realiza en cuanto a la forma de satisfacer los requisitos básicos; tampoco que éstos deberían cumplirse además de por las edificaciones, por las intervenciones en edificios existentes e instalaciones, y además añade que deberán satisfacerse en el uso de los edificios y sus instalaciones, mientras que en la versión original sólo se aludía a la fase de proyecto, construcción, mantenimiento y conservación de los edificios. Cfr. versión anterior del primer párrafo del art. 3.1: “*Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes*”. Sobre los motivos de esta modificación véase nota 467.

Al margen de esta modificación, el art. 3.1 señala como requisitos básicos: “*a) Relativos a la funcionalidad: a.1) Utilización, de tal forma que la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones faciliten la adecuada realización de las funciones previstas en el edificio. a.2) Accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica. a.3) Acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información de acuerdo con lo establecido en su normativa específica. a.4) Facilitación para el acceso de los servicios postales, mediante la dotación de las instalaciones apropiadas para la entrega de los envíos postales, según lo dispuesto en su normativa específica.*

Por tanto, estos requisitos no rigen sólo durante la construcción del edificio, a los efectos de imponer a los agentes de la edificación su cumplimiento, sino que éste y sus instalaciones deben mantenerse, conservarse y usarse de tal forma que se satisfagan, rigiendo, por tanto, durante todo el proceso constructivo<sup>1008</sup>.

Se ha señalado que lo anterior no supone imponer a los edificios construidos con anterioridad a la vigencia de dichas exigencias una forzosa adecuación a ellas, sino sólo su obligatoriedad en cuanto a su mantenimiento y conservación en buen estado de acuerdo con el art. 16 de la LOE en relación con los requisitos de seguridad estructural previsto en el apartado primero del art. 3.1 b) y de higiene y salubridad en el interior del edificio establecido en el apartado primero del art. 3.1 a)<sup>1009</sup>.

Sin embargo, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, incluye una importante modificación del Texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio<sup>1010</sup>, concretamente reforma el art. 9 que regula el deber legal de conservación, que en su apartado primero señala

---

*b) Relativos a la seguridad: b.1) Seguridad estructural, de tal forma que no se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. b.2) Seguridad en caso de incendio, de tal forma que los ocupantes puedan desalojar el edificio en condiciones seguras, se pueda limitar la extensión del incendio dentro del propio edificio y de los colindantes y se permita la actuación de los equipos de extinción y rescate. b.3) Seguridad de utilización, de tal forma que el uso normal del edificio no suponga riesgo de accidente para las personas.*

*c) Relativos a la habitabilidad: c.1) Higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos. c.2) Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades. c.3) Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio. c.4) Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio”.*

<sup>1008</sup> Como lo sostiene GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 138.

<sup>1009</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 144.

<sup>1010</sup> Cfr. disposición final duodécima de la Ley 8/2013.

que cuando se trate de edificaciones, *“el deber legal de conservación comprenderá, además, la realización de los trabajos y las obras necesarias para satisfacer, con carácter general, los requisitos básicos de la edificación establecidos en el artículo 3.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y para adaptarlas y actualizar sus instalaciones a las normas legales que les sean explícitamente exigibles en cada momento.”*

Además, este deber de conservación incluye de acuerdo con el referido art. 9.1 *“realizar obras adicionales por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano”*<sup>1011</sup>, las cuales *“podrán consistir en la adecuación parcial o completa a todas, o a algunas de las exigencias básicas establecidas en el Código Técnico de la Edificación”*. Y en sintonía con esta reforma se hace lo propio con la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (LPH), con el objeto de evitar que los actuales regímenes de mayorías establecidos impidan la realización de las actuaciones previstas en la nueva ley, como señala la Exposición de Motivos<sup>1012</sup>.

---

<sup>1011</sup> En este punto, motiva la norma que *“Se distinguen así dos supuestos: los tradicionales motivos turísticos o culturales, que ya forman parte de la legislación urbanística autonómica, y la mejora para la calidad y sostenibilidad del medio urbano, que introdujo la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”* (cfr. punto IX de la Exposición de Motivos).

<sup>1012</sup> Cfr. disposición final primera. Particularmente interesa destacar que se modifica el art. 10 de la LPH, cuyo apartado primero letra a) contempla como obligatorios los trabajos necesarios para cumplir con los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, a cuyo efecto se dispone que no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos. Y el mismo precepto en su letra b) somete a idéntico régimen a *“Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes...”*. Sobre el concepto de ajustes razonables véase epígrafe 1.3, nota 1056.

No obstante, se encarga de sentar la parte programática de la norma que la referencia a la necesidad de satisfacer los requisitos básicos de la edificación establecidos en el art. 3.1 de la LOE, no supone, con carácter general, la aplicación retroactiva del CTE<sup>1013</sup>.

## 1.2 El Código Técnico de la Edificación

El art. 3 de la LOE presupone varios niveles de regulación de la calidad edificatoria, porque después de enumerar los requisitos básicos prevé la entrada en vigor de un instrumento de reglamentación técnica<sup>1014</sup>, el Código Técnico de la Edificación<sup>1015</sup> que establece las exigencias técnicas que los edificios deben reunir para dar cumplimiento a dichos requisitos como nos indica el apartado segundo del precepto<sup>1016</sup>.

---

<sup>1013</sup> Cfr. punto IX de la Exposición de Motivos. En la misma tónica se expone (cfr. punto citado) que con la referencia a los trabajos y obras necesarios para adaptar y actualizar progresivamente las edificaciones, en particular las instalaciones, a las normas legales que les vayan siendo explícitamente exigibles en cada momento, no se persigue su aplicación retroactiva sino incluir en el deber de conservación las obligaciones que vaya introduciendo la normativa para mantener las condiciones de uso de las edificaciones. Además, se aprecia un especial interés de la norma de aclarar que la reforma no introduce cambios sobre el deber legal de conservación (cfr. punto renombrado IX de la Exposición de Motivos).

<sup>1014</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 137.

<sup>1015</sup> Se alaba haberse optado por la figura de un código por OTERO CEREZO, o.c. nota 426, pp. 41-43, porque conlleva que el mismo recopila el conocimiento más actualizado de la edificación y tiene una metodología común y ordenada, y porque irá sustituyendo la profusa y difusa normativa estatal preexistente (véase sobre ella p. 294). En igual sentido en cuanto a lo beneficioso de acabar con la dispersión normativa puede verse MAESO CABALLERO, J., *Influencia del Código Técnico de la Edificación de 17 de marzo de 2006 en la determinación de la responsabilidad de los distintos agentes de la LOE*, RRCCS 10 (2004), p. 20.

<sup>1016</sup> Señalaba el art. 3.2 de la LOE en su primer párrafo con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 8/2013 (cfr. disposición final tercera tres): *“El Código Técnico de la Edificación es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones, de tal forma que permite el cumplimiento de los anteriores requisitos básicos”*. Actualmente, en lo que aquí nos interesa, se sigue contemplando este segundo nivel de regulación al señalarse: *“El Código Técnico de la Edificación es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios de nueva construcción y de sus instalaciones, así como de las intervenciones que se realicen en los edificios existentes, de acuerdo con lo previsto en*

Por tanto, los requisitos básicos se fijan en la LOE de forma general<sup>1017</sup>, lo que no constituye una novedad en el ámbito de la construcción, puesto que el enfoque de requisitos esenciales ya se encontraba en la Directiva 89/106/CEE, de 21 de diciembre de 1988 que estableció los requisitos esenciales de las obras, y en el Real Decreto 1630/1992, de 29 de diciembre que la traspuso<sup>1018</sup>.

Por este camino la disposición final segunda de la LOE impuso la aprobación del CTE en el plazo de dos años a contar desde su entrada en vigor, no obstante lo cual hubo de esperarse hasta 2006<sup>1019</sup> para que se

---

*las letras b) y c) del artículo 2.2, de tal forma que permita el cumplimiento de los anteriores requisitos básicos”.*

<sup>1017</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 113, p. 334, señala que el art. 3 de la LOE define de forma absolutamente general los requisitos básicos. Va más allá MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 112, quien sostiene que el art. 3 está plagado de términos imprecisos. GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 102, justifica lo anterior en que la ley no puede descender al detalle precisando las condiciones que ha de reunir el edificio para cumplir con los requisitos, y CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, p. 17, en que al vincular la LOE los requisitos básicos a la calidad y ser ésta un concepto relativo, la ley define los requisitos básicos también de forma relativa, sin fijar unos concretos niveles de calidad. Pone, entre otros, el ejemplo del art. 3.1 c. 1) de que las condiciones de salubridad y estanqueidad sean aceptables.

Sin embargo, MARTÍN BERNAL, o.c. nota 269, p. 17, destaca lo detallista que ha sido la LOE al fijar los requisitos básicos.

<sup>1018</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, p. 17. Véase referencia de la Directiva en nota 291. Dicha directiva fue derogada por el art. 65 del Reglamento (UE) 305/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo, por el que se establecen condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción y se deroga la Directiva 89/106/CEE del Consejo (DOUE, serie L, de 4 de abril de 2011), reglamento cuyo art. 3 también contempla un enfoque de requisitos básicos.

El art. 3 del RD referido dispuso: “1. Los requisitos esenciales que, en su caso, deben satisfacer las obras son: a) Resistencia mecánica y estabilidad; b) Seguridad en caso de incendio; c) Higiene, salud y medio ambiente; d) Seguridad de utilización ; e) Protección contra el ruido; f) Ahorro de energía y aislamiento térmico”.

<sup>1019</sup> Sobre el proceso de elaboración del CTE y las razones que justificaron la necesidad de codificar las exigencias edificatorias puede verse CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 75-77 y 80.

dictara el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación<sup>1020</sup>.

Con anterioridad al CTE los requisitos básicos se regulaban por las Normas Básicas de la Edificación (NBE) aprobadas por el Real Decreto 1650/1977, de 10 de junio, sobre normativa de la edificación, que la estableció como disposiciones de obligado cumplimiento en el proyecto y la ejecución de los edificios, aprobándose dentro de este marco jurídico diversas NBE, las cuales se desarrollaban mediante las Normas Tecnológicas de la Edificación (NTE) que no eran normas obligatorias<sup>1021</sup>.

En cuanto al objeto del CTE, aunque el art. 3.2 de la LOE apuntaba ya con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 8/2013 que aquél es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios que permiten el cumplimiento de los requisitos básicos, el CTE

---

<sup>1020</sup> El mismo entró en vigor al día siguiente de su publicación la cual tuvo lugar el 28 de marzo de 2006, pero la disposición transitoria primera del Real Decreto que lo aprueba dispuso no sería de aplicación a las obras para las que se hubiese solicitado licencia con anterioridad, exigiéndose por la disposición transitoria cuarta para que no se aplicara el CTE que se inicien en el plazo máximo de tres meses, contado desde la fecha de concesión. El legislador ha utilizado para marcar la aplicación del CTE el mismo criterio de la fecha de solicitud de licencia que la LOE, razón por la que CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 144, se remite a las críticas realizadas al mismo (véase epígrafe 8.1 de capítulo II) De igual modo CASTRO BOBILLO realiza las mismas críticas al criterio elegido de la fecha de solicitud de la licencia por el CTE, que las que realiza al idéntico criterio elegido por la LOE, y que hemos visto (*ibidem*).

La disposición transitoria segunda estableció dos períodos transitorios de 6 y 12 meses desde la entrada en vigor, durante los cuales se podía optar por aplicar las disposiciones normativas a que dichos periodos se refieren o las nuevas previsiones que correspondan en cada caso contenidas en el CTE; y la disposición transitoria tercera también estableció dos períodos de la misma naturaleza y duración, durante los cuales era facultativa la aplicación de determinadas exigencias básicas. Este régimen transitorio ha sido considerado por CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, p. 87, como bastante complejo. Ampliamente pueden verse comentado este régimen transitorio CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 144-145; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, pp. 33 y ss; OTERO CEREZO, o.c. nota 426, p. 52; y ALMENAR BELENGUER, JIMÉNEZ LÓPEZ y PÉREZ PAZ, o.c. nota 307, pp. 115-119.

<sup>1021</sup> Para más referencias puede verse la siguiente web del Ministerio de Fomento: <http://www.codigotecnico.org/web/cte/historia/>. También DE LA SERNA BILBAO, M. N. y SERRA MARÍA-TOMÉ, J., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001, pp. 84-90, y OTERO CEREZO, o.c. nota 426, pp. 41 y 53.

no regula todos los requisitos básicos que figuran en el art. 3 de la LOE por el mandato limitado que hizo ésta en su disposición final segunda al limitar su objeto a los relativos a la seguridad y habitabilidad<sup>1022</sup>. Por tanto, como señala su art. 1.3, se dejan fuera los referidos a la funcionalidad, y los aspectos funcionales de los elementos constructivos que se regirán por su normativa específica, salvo los referidos a la accesibilidad de las personas, lo que ha sido criticado por algunos autores<sup>1023</sup>.

También supone una limitación del alcance regulador del CTE el hecho de que el art. 3.2 de la LOE señale que *“podrá completarse con las exigencias de otras normativas dictadas por las Administraciones competentes*<sup>1024</sup> *y se actualizará periódicamente conforme a la evolución*

---

<sup>1022</sup> Dicha disposición final segunda señala: *“Autorización al Gobierno para la aprobación de un Código Técnico de la Edificación. Se autoriza al Gobierno para que, mediante Real Decreto y en el plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe un Código Técnico de la Edificación que establezca las exigencias que deben cumplir los edificios en relación con los requisitos básicos establecidos en el artículo 3, apartados 1.b) y 1.c)”*.

La limitación del objeto del CTE a estos requisitos básicos, también consta en el apartado primero de su art. 1 titulado objeto: *“El Código Técnico de la Edificación, en adelante CTE, es el marco normativo por el que se regulan las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios, incluidas sus instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad, en desarrollo de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en adelante LOE”*. En línea con el anterior apartado, el apartado segundo del art. 1 señala: *“El CTE establece dichas exigencias básicas para cada uno de los requisitos básicos de “seguridad estructural”, “seguridad en caso de incendio”, “seguridad de utilización y accesibilidad”, “higiene, salud y protección del medio ambiente”, “protección contra el ruido” y “ahorro de energía y aislamiento térmico”, establecidos en el artículo 3 de la LOE, y proporciona procedimientos que permiten acreditar su cumplimiento con suficientes garantías técnicas”*. El mismo contenido, en cuanto a los requisitos básicos se ve en el art. 9 titulado generalidades.

De recorte habla GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 148, entendemos que en referencia a la relación de la disposición final segunda con el art. 3.2 de la LOE que no limita el CTE a dichos requisitos relativos a la seguridad y habitabilidad.

<sup>1023</sup> Se critica la falta de regulación de los requisitos de funcionalidad por DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 32, porque la Exposición de Motivos de la LOE resalta como uno de sus objetivos fundamentales la protección de la funcionalidad, elevándola a requisito básico.

<sup>1024</sup> Pueden verse referencias a dicha normativa en GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 139-140, quien relaciona distintas leyes dictadas por las CCAA en las que se vienen a reproducir los requisitos básicos establecidos en el art. 3 de la LOE y que tipifican generalmente la contravención de dichos requisitos como infracción administrativa. Igualmente señala la autora leyes autonómicas en las que, dado el



de la técnica y la demanda de la sociedad”<sup>1025</sup>. A ello se une que la disposición final segunda de la LOE señaló que un conjunto de normas técnicas preexistentes continuarían en vigor hasta la aprobación del CTE, que los Documentos Básicos que contiene el CTE aceptan sus soluciones<sup>1026</sup>, y que además dejó vigente parte de ellas<sup>1027</sup>.

En cuanto al contenido del CTE, su art. 3 dispone que se encuentra dividido en dos partes: la primera contiene las disposiciones y condiciones generales de aplicación y las exigencias básicas que deben cumplir los edificios, y la segunda está formada por los denominados Documentos Básicos (DB) para el cumplimiento de las exigencias básicas, que también poseen carácter reglamentario<sup>1028</sup>.

Estos DB, que serán actualizados en función de los avances técnicos y de las demandas sociales<sup>1029</sup>, de acuerdo con el art. 3.2 del CTE

---

carácter de mínimos de los requisitos básicos y de las exigencias básicas que establecen la LOE y el CTE, se fija el grado de cumplimiento de las exigencias básicas y otras prestaciones edificatorias y niveles de calidad de carácter voluntario, definidos en el proyecto. De igual modo, la misma autora junto con CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, o.c. nota 346, p. 175, pone de relieve que las CCAA pueden exigir requisitos técnicos adicionales a los edificios. Gráficamente DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 32, señalan que el nivel mínimo de calidad exigible variará también en el espacio, en virtud de las competencias asumidas por las CCAA.

<sup>1025</sup> Así destacan DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 32, que los requisitos básicos irán evolucionando conforme al progreso de la técnica y la demanda de la sociedad.

<sup>1026</sup> Cfr. art. 3.2 b) del CTE que señala que los Documentos Básicos *“También podrán contener remisión o referencia a instrucciones, reglamentos u otras normas técnicas a los efectos de especificación y control de los materiales, métodos de ensayo y datos o procedimientos de cálculo, que deberán ser tenidos en cuenta en la redacción del proyecto del edificio y su construcción”*. Destacan esta remisión, entre otros, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 138; la misma autora junto con CARRASCO PERERA, o.c. nota 1019, p. 78, y OTERO CEREZO, o.c. nota 426, p. 43.

<sup>1027</sup> La normativa técnica que quedó vigente al margen del CTE, puede verse en GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 141-142.

<sup>1028</sup> Cfr. art. 3.1 del CTE. Se destaca por CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 26, que no le resta al carácter jurídico de las normas de los DB el hecho de que estén plagadas de fórmulas técnicas, porque las prescripciones técnicas son instrumentales para la consecución de las exigencias básicas.

<sup>1029</sup> Cfr. art. 3.1 b). Según CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, pp. 18-19, esto supone un claro reconocimiento de que las técnicas de la construcción no son exactas ni

caracterizan las exigencias básicas y su cuantificación mediante el establecimiento de niveles o valores límite de las prestaciones de los edificios, y fijan unos procedimientos, basados en el conocimiento consolidado de las diferentes técnicas constructivas, cuya utilización acredita el cumplimiento de aquellas exigencias básicas<sup>1030</sup>.

Expuesto lo que antecede, el CTE será obligatorio<sup>1031</sup> aunque las partes no hayan estipulado su cumplimiento, por la norma de integración masiva que es el art. 1.258 CC<sup>1032</sup>. Además, en línea con nuestra opinión

---

totalmente conocidas, de lo que deriva unas consecuencias exoneratorias que trataremos en el epígrafe 2.3.5.

<sup>1030</sup> Por ello, destaca su carácter heterogéneo CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 29.

<sup>1031</sup> CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, p. 91; CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 83. Para CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 39, lo relevante de cara a reconocer eficacia privada a una norma, es si resulta necesario para verla cumplida que se reconozca a los particulares una pretensión para obtener su cumplimiento frente a otro ante la Jurisdicción civil, lo cual concluye que ocurre con el CTE, como también sucedía con las NB. También lo sostienen GONZÁLEZ NEBREDÁ, P., SANTDIUMENGE FARRÉ, J. y TÁBOAS BENTANACHS, M., *El Código Técnico de la Edificación y las normas urbanísticas. ¿A quiénes obliga el CTE? Criterios de prevalencia*, en *El desarrollo de la Ley de Ordenación de la Edificación. Código Técnico de la Edificación*, dir. por J. A. Seijas Quintana y C. Alvira Duplá, ed. CGPJ, Madrid, 2008, p. 317. Sobre el carácter indisponible de las exigencias básicas puede verse ALMENAR BELENGUER, JIMÉNEZ LÓPEZ y PÉREZ PAZ, o.c. nota 307, p. 123.

<sup>1032</sup> CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, p. 91. Ya veremos no obstante que estos autores consideran difícil el surgimiento de responsabilidad por incumplimiento del CTE si no es por vía del art. 17 de la LOE, y trataremos con mayor profundidad los efectos de su incumplimiento sobre los contratos de compraventa y de obra (véase en especial epígrafe 1.2.2 de capítulo IX) la coordinación de la LOE con el resto del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, en referencia a los requisitos básicos previstos en el art. 3 de la LOE y su integración en el contrato de compraventa, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 22.

Este carácter obligatorio se observa en las expresiones imperativas que utilizan varios preceptos de la parte primera del CTE, como su artículo 1, que en sus apartados primero y cuarto señala, respectivamente que *“El Código Técnico de la Edificación, en adelante CTE, es el marco normativo por el que se regulan las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios...”*, y que *“Las exigencias básicas deben cumplirse”*.

Se ha destacado por CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 38, que no es obstáculo a ello su carácter reglamentario porque incluso los que sostienen una reserva de ley en materia civil admiten la eficacia jurídico-privada de los reglamentos si se dictaron en virtud de una delegación legislativa, haciendo referencia la autora a la disposición final segunda de la LOE.

mantenida a la hora de negar la disposición de la responsabilidad prevista en la LOE, hacemos lo propio con el nivel de calidad del CTE en tanto que éste, de acuerdo con el art. 3.2 de aquélla, establece las exigencias básicas que permiten cumplir con los requisitos básicos de la edificación fijados en el art. 3 de la LOE y que dan lugar a la responsabilidad prevista en su art. 17, a lo que también apoya la redacción imperativa de la parte I del CTE<sup>1033</sup>.

El CTE dispone en su art. 5.1.2 que para que un edificio alcance los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad de la LOE que desarrolla y que cumpla las correspondientes exigencias básicas, los agentes de la edificación, en la medida en que afecte a su intervención, deben cumplir las condiciones que el CTE establece para la redacción del proyecto, la ejecución de la obra y el mantenimiento y conservación del edificio<sup>1034</sup>.

---

<sup>1033</sup> En cuanto al primero argumento, se ve reforzado por el art. 2.3 del CTE, en su redacción dada por la reciente Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que establece unas cautelas para que las intervenciones que se realicen en edificios preexistentes no conlleven una rebaja del nivel preexistente en el edificio de cumplimiento de las exigencias básicas del CTE por debajo del previsto en éste si el preexistente era superior. Sobre la redacción imperativa de la parte I del CTE véase nota 1032.

Sin embargo, CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 34-36, no baraja la nulidad de la cláusula contractual por la que se disponga de los niveles de calidad fijados por el CTE, sino la adopción de medidas administrativas que impongan la dotación a dichos edificios de dichos niveles de calidad, por lograrse así el interés público consistente en su cumplimiento, permitiendo la autora la disposición del CTE por pacto entre las partes, sólo considerando nula la cláusula en caso de que se trate de consumidores y usuarios, salvo que hayan podido negociar obteniendo una rebaja del precio. En parecido sentido comentando la LOE MORENO-TORRES HERRERA (véase epígrafe 2.2 de capítulo III).

<sup>1034</sup> Por CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, p. 81, se aprecia en este punto que el CTE afianza la extensión de las exigencias básicas a todo el proceso constructivo, desde la fase de proyecto hasta la fase de mantenimiento y conservación. En esta misma línea destaca GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 180, la importancia de que el CTE exige que se justifique la adecuación de las prestaciones del edificio a los requisitos básicos desarrollados mediante las exigencias básicas de seguridad y habitabilidad de sus arts. 10 a 15, y que ello se exigirá tanto para las soluciones adoptadas según los DB como para las que mejoren los niveles exigidos en el CTE a través de soluciones alternativas (véase nota 1037 sobre la admisión de estas soluciones alternativas).

No obstante, como bien señala GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 180-182, no será suficiente para justificar las exigencias básicas con acudir a los DB, puesto que las exigencias de funcionalidad han quedado fuera del CTE al ser reguladas por

Por lo anterior, el CTE impone al proyecto que describa el edificio y defina las obras de ejecución con el detalle suficiente para que pueda comprobarse que las soluciones propuestas cumplen las exigencias básicas del CTE y demás normativa aplicable<sup>1035</sup>. Y para ello establece controles en las distintas fases del proceso constructivo: el control del proyecto (art. 6.2), el control de la ejecución de la obra y de la obra terminada (art. 7), y establece deberes relacionados con el uso y mantenimiento (art. 8.2).

No obstante, se trata de un código basado en prestaciones que establece las exigencias mínimas a cumplir y unos anexos técnicos que desarrollan las diversas tecnologías para ayudar a ello, pero permite la utilización de cualquier otro procedimiento o solución para tal fin<sup>1036</sup>. Concretamente el CTE para alcanzar sus objetivos acude a los Documentos Básicos que contiene, pero también, en virtud de su enfoque prestacional, permite alcanzarlos mediante otras técnicas<sup>1037</sup>, como los

---

su normativa específica, y porque el CTE también se remite a una gran parte de las NBE anteriores y otra normativa preexistente, además de que se han dictado normas por las CCAA sobre determinadas exigencias edificatorias.

<sup>1035</sup> Cfr. arts. 6.1.1 y 6.1.2 Así lo destaca, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 174 y 180, para quien este contenido definitorio estará constituido por las determinaciones de la memoria del Proyecto de ejecución, distintas de los presupuestos de sustentación del edificio que ya formaron parte del proyecto básico, esto es, definición del sistema estructural, del envoltente, de los elementos de compartimentación, de los acabados, de los subsistemas de acondicionamiento e instalaciones, del equipamiento sanitario e industrial; también los planos que no se exigieron como parte del proyecto básico (planos de estructura, de instalaciones, de definición constructiva y memorias gráficas). Observamos en lo anterior que se basa la autora en el Anejo I del CTE dedicado al contenido del Proyecto que establece este contenido para el Proyecto de Ejecución y el contenido mínimo para el Proyecto Básico.

<sup>1036</sup> CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, p. 76. Sobre el proceso de gestación del CTE mediante la asistencia de representantes del Ministerio de Fomento a eventos internacionales e información sobre la normativa de otros países basada en prestaciones puede verse SERRA MARÍA-TOMÉ, J., *El Código Técnico de la Edificación en la LOE*, RDUMA 177 (2000), pp. 455-457.

<sup>1037</sup> Cfr. art. 5.1.3 apartados a) y b) del CTE. En tal sentido, CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, p 79.

No obstante, como expone CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 30-31, las partes optativas de los DB sólo pueden ser la que no constituya caracterización y cuantificación de las exigencias básicas y concretan las exigencias básicas previstas

Documentos Reconocidos (DR)<sup>1038</sup>. Además, en otras ocasiones no es aplicable un procedimiento contenido en el CTE, sino en otras reglamentaciones que declara vigentes, o en normas de referencia UNE, y se permite adoptar soluciones diferentes a las previstas en los DB siempre que su suficiencia de cara a cumplir las exigencias básicas quede justificada en el proyecto<sup>1039</sup>.

La valoración del CTE, con carácter general, ha sido positiva, particularmente su enfoque prestacional, no prescriptivo, por permitir el desarrollo tecnológico y ser el enfoque adoptado por los países más desarrollados<sup>1040</sup>, aunque se advierte de la dificultad de acreditar el

---

en la Parte I del CTE. Además, la autora se refiere a supuestos en los que los DB nos presentan como procedimientos de verificación lo que son propiamente cuantificaciones de las exigencias básicas.

<sup>1038</sup> Estos Documentos Reconocidos son regulados por el art. 4 del CTE, que los crea como documentos técnicos, sin carácter reglamentario, pero que cuentan con el reconocimiento del Ministerio de Vivienda, habiéndose creado adscrito a la Dirección General de Arquitectura y Política de Vivienda, el Registro General del CTE, que tendrá carácter público e informativo. Según el apartado 2 del mentado precepto podrán tener el contenido siguiente: *“a) especificaciones y guías técnicas o códigos de buena práctica que incluyan procedimientos de diseño, cálculo, ejecución, mantenimiento y conservación de productos, elementos y sistemas constructivos; b) métodos de evaluación y soluciones constructivas, programas informáticos, datos estadísticos sobre la siniestralidad en la edificación u otras bases de datos; c) comentarios sobre la aplicación del CTE; o d) cualquier otro documento que facilite la aplicación del CTE, excluidos los que se refieran a la utilización de un producto o sistema constructivo particular o bajo patente”*.

<sup>1039</sup> En tal sentido GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 141. Cfr. art. 5.1.3 b) del CTE, que establece *“el proyectista o el director de obra pueden, bajo su responsabilidad y previa conformidad del promotor, adoptar soluciones alternativas, siempre que justifiquen documentalmente que el edificio proyectado cumple las exigencias básicas del CTE porque sus prestaciones son, al menos, equivalentes a las que se obtendrían por la aplicación de los DB”*.

<sup>1040</sup> CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, pp. 86-87, aunque advierte que este enfoque se ha visto traicionado en los hechos dado el nivel de detalle de los Documentos Básicos, que deja poco espacio para soluciones innovadoras. No obstante, advierten que la oportunidad que representa el CTE de extender la calidad al sector de la construcción no será posible si no se revierten las plusvalías generadas por el sector en la investigación de tal manera que se evite el encarecimiento de la vivienda que supone la aplicación del CTE.

También destaca este enfoque de prestaciones y sus ventajas OTERO CEREZO, o.c. nota 426, p. 42, señalando además que es el modelo propugnado por las principales Organizaciones Internacionales relacionadas con la materia que han inspirado los códigos de países avanzados y que permite la apertura a mercados globales de

cumplimiento de las exigencias básicas por vías alternativas a los DB porque ya no se dispondrá de la presunción que conllevan éstos<sup>1041</sup>.

También en el terreno de lo valorativo, como veremos, el CTE exactamente no se ha limitado a desarrollar los requisitos básicos del art. 3 de la LOE sino que los ha reformulado, aunque algunos autores intentan justificar lo anterior<sup>1042</sup>.

---

productos de la construcción y de los profesionales del sector. Este autor, o.c. nota 426, p. 73, contrariamente a los anteriores, considera que el sobrecoste que conlleva el CTE tendrá escasa repercusión en el precio, con la salvedad de las viviendas de protección oficial, y que en todo caso se verá compensado por la mayor eficiencia energética de los edificios.

Igualmente sobre las ventajas del CTE, se pronuncia REQUENA PAREDES, J., *El Código Técnico de la Edificación (CTE) un nuevo marco para el ejercicio de la profesión de arquitecto. Obligaciones en el Código Técnico de los agentes intervinientes en la edificación (II)*, en *El desarrollo de la Ley de Ordenación de la Edificación. Código Técnico de la Edificación*, dir. por J. A. Seijas Quintana y C. Alvira Duplá, ed. CGPJ, Madrid, 2008, p. 27-30, quien concreta que supondrá unos edificios más seguros, más saludables, mejor ventilados y aislados, y más sostenibles y eficientes energéticamente, destacando que un porcentaje del agua caliente y electricidad provendrá de energía solar, y también que obligará a los promotores a subcontratar, con el mayor encarecimiento de la obra, pero, a la vez, permitirá el desarrollo de ciertos sectores de la industria auxiliar e instaladores. Sobre los beneficios del CTE igualmente puede verse ORTEGA ESPINOSA, S., *Coberturas Aseguradoras de las Obras de Edificación*, en *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, dir. por A. E. Humero Martín, III, primera parte, coord. por I. Sierra Pérez, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 213-214.

<sup>1041</sup> OTERO CERREZO, o.c. nota 426, p. 44; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 113, p. 341; CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 33. Véase sobre esta presunción epígrafe 2.3.5.

<sup>1042</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 140, ha criticado que, aunque el art. 9.2 del CTE define las exigencias básicas como prestaciones de carácter cualitativo que los edificios deben cumplir para alcanzar la calidad que la sociedad demanda, los requisitos básicos son reinterpretados por el CTE a través del enunciado del objetivo en que consiste cada uno según el mismo y la enumeración de unas exigencias mínimas que las edificaciones deben cumplir para satisfacerlos, todo lo cual se observa en los arts. 10 a 15. Ello, señala la autora, que tiene el efecto rebajarse considerablemente el nivel de calidad sugerido por el art. 3 de la LOE, hasta dejarlo reducidos a la mera exigencia de limitación de unos riesgos determinados cuya existencia se presupone a pesar de haberse realizado un proceso edificatorio de calidad.

En sentido contrario, otros autores parten de que los requisitos básicos permiten diferentes grados de satisfacción. Nos referimos a CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, pp. 17-18, para quien los requisitos básicos realmente constituyen objetivos de calidad de la edificación susceptibles de diversos grados de satisfacción, teniendo en dicho contexto el CTE la función de concretar este nivel mínimo de calidad o grado aceptable de cumplimiento de los requisitos básicos, mediante las exigencias básicas,

Tampoco parece haber acuerdo en que el CTE permita una más fácil resolución de los conflictos<sup>1043</sup>. Lo anterior nos trae la cuestión de las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento del CTE en materia de la responsabilidad regulada en la LOE, la cual será estudiada en el epígrafe dedicado a la responsabilidad trienal, por ser en el estudio de esta responsabilidad donde se plantea con mayor si es necesario para el surgimiento de responsabilidad el incumplimiento del CTE.

### 1.3 Los requisitos básicos relativos a la funcionalidad del edificio

Los requisitos básicos relativos a la funcionalidad se encuentran enunciados en el apartado a) del art. 3.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que señala como tales: *“a.1) Utilización, de tal forma que la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones faciliten la adecuada realización de las funciones previstas en el edificio. a.2) Accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica. a.3) Acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales*

---

consiguiéndose así un justo equilibrio entre la demanda social de calidad, las posibilidades técnicas de conseguirla y su coste económico, lo que se observa según el autor en el art. 9 del CTE y en la definición del Anejo III del CTE de los requisitos básicos de la edificación (véase nota 1006). En el mismo sentido en cuanto a la función de mínimos de calidad del CTE se pronuncian DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 46.

<sup>1043</sup> Por SERRA MARÍA-TOMÉ, o.c. nota 1036, p. 459, se pone de manifiesto la dificultad de aplicación de un CTE basado en prestaciones, por la amplitud y profundidad de conocimiento que debe tenerse para ello. También OTERO CERREZO, o.c. nota 426, p. 42, destaca la gran dificultad de su aplicación y comprobación y que se agranda muy considerablemente la subjetividad de peritos y jueces.

Por el contrario, GONZÁLEZ NEBREDÁ, SANTDIUMENGE FARRÉ, y TÁBOAS BENTANACHS, o.c. nota 1031, pp. 317-319, consideran que el cumplimiento redundará en la seguridad jurídica, y que al anticipar al deudor el estándar de la *lex artis* que el juzgador tendrán en cuenta. En parecido sentido, GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 350, antes de la aprobación del CTE, señalaba que será *“un punto de apoyo pericial básico para la jurisprudencia en los pleitos sobre construcción”*. SALINERO ROMÁN también señala que el CTE facilitará la resolución extrajudicial de conflictos (véase p. 394, epígrafe 2.3.5.2, donde, además, nos referimos a otras opiniones en tal sentido).

*y de información de acuerdo con lo establecido en su normativa específica. a.4) Facilitación para el acceso de los servicios postales, mediante la dotación de las instalaciones apropiadas para la entrega de los envíos postales, según lo dispuesto en su normativa específica.”*

A la vista del contenido de este precepto resulta una variada naturaleza de dichos requisitos básicos y que variarán según el edificio concreto de que se trate<sup>1044</sup>.

En cuanto a los requisitos básicos de utilización, que son, como señala el apartado primero del art. 3.1 a) extractado, los relativos a la disposición y las dimensiones de los espacios y también a la dotación de las instalaciones, se fijan con el propósito de facilitar la adecuada realización de las funciones previstas en el edificio, con lo que se observa lo dicho acerca de que la funcionalidad dependerá del destino del edificio<sup>1045</sup>. Además, no se puede imponer normativamente, salvo por razones de seguridad y salubridad, la disposición de los espacios y dimensiones porque ello dependerá de la idea que tengan el promotor y el proyectista<sup>1046</sup>.

Por otro lado, se ha llamado la atención sobre que la LOE no regule el dimensionado y distribución de espacios como un requisito de

---

<sup>1044</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 106, además de apuntar tal naturaleza, observa que los requisitos básicos relativos a la utilización son tan indeterminados que dependen de la idea que tengan el promotor y el proyectiva, y que las diferencias serán abismales, haciendo referencia, entre otros supuestos, a lo requerirá un hipermercado o un pequeño apartamento; en análogo sentido, DE LA SERNA BILBAO y SERRA MARÍA-TOMÉ, o.c. nota 1021, p. 95, se pronuncian en análogo sentido, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 105, quien aprecia que la funcionalidad está en consonancia con el destino del edificio, sin establecerse pautas legales rígidas.

<sup>1045</sup> Véase *supra*, GONZÁLEZ PÉREZ, y DE LA SERNA BILBAO y SERRA MARÍA-TOMÉ, o.c. nota 1021, p. 95.

<sup>1046</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 107-108, quien se refiere a la normativa de viviendas de protección oficial que pretende garantizar unas condiciones mínimas de comodidad. Como señala el autor que serán dichos agentes los que decidan la forma de disponer los espacios y dimensiones de una industria o un comercio del modo que estimen más idóneo para la actividad a desarrollar, o de las viviendas para hacerlas más atractivas. En análogo sentido, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 33.



habitabilidad como hacen otras normas estatales y las normas autonómicas, respecto de lo que algunos ven como causa excluirlos de la responsabilidad regulada en aquélla sobre lo que volveremos<sup>1047</sup>.

En segundo lugar, como requisitos relativos a la funcionalidad, el art. 3.1 a) en su apartado segundo contempla el requisito de accesibilidad, tendente a que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica. Por tanto, podemos definir este requisito de accesibilidad como la condición que debe cumplir un edificio para ser utilizado por todas las personas, en forma segura, confortable y de la manera más autónoma posible<sup>1048</sup>.

En cuanto a la regulación de este requisito de accesibilidad, hay que tener en cuenta en el ámbito estatal la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de minusválidos<sup>1049</sup>, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que establecía en su art. 10 y en su disp. final novena las condiciones básicas de accesibilidad<sup>1050</sup>, y que ha sido refundida junto con la anterior por medio

---

<sup>1047</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 145, señala que la inclusión de las condiciones de distribución de espacios en este apartado 1. a) y no el 1. c) del art. 3 de la LOE, dedicado a los requisitos de habitabilidad, “*obedece sin duda a la sistemática del art. 17, dedicado al régimen de responsabilidad y plazos de garantía de las obras, dada la imposibilidad de considerar que el dimensionado de espacios y su distribución sea un daño relacionado con la “habitabilidad” susceptible por lo tanto de manifestarse con posterioridad a la recepción*”. También destacan esta regulación, DE LA SERNA BILBAO y SERRA MARÍA-TOMÉ, o.c. nota 1021, p. 95.

Sobre si el incumplimiento de este requisito básico genera la responsabilidad trienal prevista en la LOE véase epígrafe 2.3.2.

<sup>1048</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 33. En parecido sentido se pronuncia VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 105.

<sup>1049</sup> BOE de 30 de abril de 1982.

<sup>1050</sup> BOE de 3 de diciembre de 2003. Destacan DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 34, que con esta ley la accesibilidad deja de ser considerada como un aspecto más o menos intenso de la acción social o los servicios sociales, para ser entendida como un presupuesto esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales que asisten a los ciudadanos con discapacidad.

del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que establece un calendario para la exigencia de las condiciones básicas de accesibilidad de espacios públicos urbanizados y edificaciones<sup>1051</sup>.

La ahora refundida Ley 51/2003 fue desarrollada por el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, que aprueba las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones<sup>1052</sup>, que preveía en su disposición final tercera la incorporación de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los edificios al Código Técnico de la Edificación, lo cual ha tenido lugar finalmente a través del Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero<sup>1053</sup>.

En esta materia también hay que tener en cuenta la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que modificó la hoy refundida Ley 51/2003<sup>1054</sup>, y la Ley 8/2013, de 26 de junio, de

---

Véase nota 1054 sobre su reforma por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>1051</sup> BOE de 3 de diciembre de 2013. Cfr. arts. 23 y 25, y disposición adicional tercera del texto refundido.

<sup>1052</sup> BOE de 11 de mayo de 2007.

<sup>1053</sup> Mediante el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad (BOE de 11 de marzo de 2010), el cual incluyó en la parte I del CTE el requisito de accesibilidad junto con el de Seguridad de utilización, así como, consecuentemente, desarrolló dichas condiciones en un mismo documento básico, el cual se pasa a denominar “DB-SUA Seguridad de Utilización y Accesibilidad”, y las condiciones de evacuación de las personas con discapacidad en caso de incendio, se incorporaron al requisito básico “Seguridad en caso de incendio” (SI) según nos expone la norma en su parte programática.

<sup>1054</sup> BOE de 2 de agosto de 2011. Como señala su Exposición de Motivos, esta norma “...ahonda en el modelo social de la discapacidad, cuyo precedente inmediato sería la

rehabilitación, regeneración y renovación urbanas con la que, como señala en su parte programática, “...se pretende ir adaptando gradualmente, aunque de forma decidida, nuestro parque edificado a condiciones mínimas de conservación, accesibilidad y calidad...”. Esta norma crea el Informe de Evaluación de los Edificios que, como informa su Exposición de Motivos, entre otros fines busca “...facilitar a las Administraciones competentes un instrumento que les permita disponer de la información precisa para evaluar el cumplimiento de las condiciones básicas legalmente exigibles, tanto en materia de conservación, como de accesibilidad”<sup>1055</sup>, el cual establecerá si el edificio es susceptible o no de

---

*Ley 51/2003.... pero da un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva. El objetivo de esta Ley es imprimir este nuevo impulso para alcanzar el objetivo de adecuación concreta de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención, recogiendo las pertinentes adaptaciones en su articulado”.*

<sup>1055</sup> En este punto señala el artículo 4: “1. Los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva podrán ser requeridos por la Administración competente, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera, para que acrediten la situación en la que se encuentran aquéllos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y con el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre el grado de eficiencia energética de los mismos. 2. El informe de evaluación que determine los extremos señalados en el apartado anterior, identificará el bien inmueble, con expresión de su referencia catastral y contendrá, de manera detallada: a) la evaluación del estado de conservación del edificio. b) la evaluación de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, de acuerdo con la normativa vigente, estableciendo si el edificio es susceptible o no de realizar ajustes razonables para satisfacerlas. c) La certificación de la eficiencia energética del edificio, con el contenido y mediante el procedimiento establecido para la misma por la normativa vigente”.

No obstante, prosigue el precepto: “Cuando, de conformidad con la normativa autonómica o municipal, exista un Informe de Inspección Técnica que ya permita evaluar los extremos señalados en las letras a) y b) anteriores, se podrá complementar con la certificación referida en la letra c), y surtir los mismos efectos que el informe regulado por esta Ley. Asimismo, cuando contenga todos los elementos requeridos de conformidad con aquella normativa, podrá surtir los efectos derivados de la misma, tanto en cuanto a la posible exigencia de la subsanación de las deficiencias observadas, como en cuanto a la posible realización de las mismas en sustitución y a costa de los obligados, con independencia de la aplicación de las medidas disciplinarias y

realizar ajustes razonables para satisfacerlas <sup>1056</sup>, estableciendo su disposición transitoria primera un calendario para su aplicación.

En tercer lugar, la LOE contempla en el apartado tercero del art. 3.1 a.) como requisito básico relativo a la funcionalidad, el acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información, de acuerdo con lo establecido en su normativa específica.

Esta materia se encuentra regulada por el Real Decreto-Ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación <sup>1057</sup>, que se aplica según su art. 2 a todos los edificios y conjuntos inmobiliarios en los que exista continuidad en la edificación, de uso residencial o no, y sean o no de nueva construcción, que estén acogidos, o deban acogerse, al régimen de propiedad horizontal regulado por la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal <sup>1058</sup>, y también a los edificios que, en todo o en parte, hayan sido o sean objeto de arrendamiento por plazo superior a un año, salvo los que alberguen una sola vivienda. Este real decreto-ley define lo que se entiende por infraestructura común de acceso a servicios de telecomunicación como los sistemas de telecomunicación y las redes que existan o se instalen en los edificios para cumplir, como mínimo, las funciones que especifica en su art. 1 que son básicamente las

---

*sancionadoras que procedan, de conformidad con lo establecido en la legislación urbanística aplicable”.*

<sup>1056</sup> El art. 2.4 dedicado a las definiciones nos da el siguiente concepto de ajuste razonable: *“las medidas de adecuación de un edificio para facilitar la accesibilidad universal de forma eficaz, segura y práctica, y sin que supongan una carga desproporcionada. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que su no adopción podría representar, la estructura y características de la persona o entidad que haya de ponerla en práctica y la posibilidad que tengan aquéllas de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. Se entenderá que la carga es desproporcionada, en los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, cuando el coste de las obras repercutido anualmente, y descontando las ayudas públicas a las que se pueda tener derecho, exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes”.*

<sup>1057</sup> BOE de 28 de febrero de 1998.

<sup>1058</sup> Esta extensión fue introducida por la disposición adicional sexta de la LOE que modificó el art. 2 apartado a) del tratado real decreto-ley.

relacionadas con el acceso a los servicios de radiodifusión sonora y televisión digital terrestre, telefonía fija y telecomunicaciones por cable.

También hay que reseñar la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones<sup>1059</sup>, y Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, que aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones (ICT) para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones<sup>1060</sup>.

---

<sup>1059</sup> BOE de 10 de mayo de 2014. Esta ley que en su artículo 45 regula las redes de comunicación electrónica en el interior de los edificios, señalando que mediante real decreto se desarrollará la normativa legal en materia de infraestructuras comunes de comunicaciones electrónicas, determinando, tanto el punto de interconexión de la red interior con las redes públicas, como las condiciones aplicables a la propia red interior, y que asimismo regulará las garantías aplicables al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas a través de sistemas individuales en defecto de infraestructuras comunes de comunicaciones electrónicas y el régimen de instalación de éstas en todos aquellos aspectos no previstos en las disposiciones con rango legal reguladoras de la materia. También este precepto prevé que la aprobación de la normativa técnica básica de edificación que regule la infraestructura de obra civil en el interior de los edificios deberá tomar en consideración las necesidades de soporte de los sistemas y redes de comunicaciones electrónicas, previendo que la infraestructura de obra civil disponga de capacidad suficiente para permitir el paso de las redes de los distintos operadores, de forma que se facilite la posibilidad de uso compartido de estas infraestructuras por aquéllos.

<sup>1060</sup> BOE de 1 de abril de 2011. Este real decreto tiene por objeto, como reza su art. 1, el establecimiento de la normativa técnica de telecomunicación relativa a la ICT para el acceso a los servicios de telecomunicación; las especificaciones técnicas de telecomunicación que se deberán incluir en la normativa técnica básica de la edificación que regule la infraestructura de obra civil en el interior de los edificios para garantizar la capacidad suficiente que permita el acceso a los servicios de telecomunicación y el paso de las redes de los distintos operadores, y los requisitos que debe cumplir la ICT para el acceso a los distintos servicios de telecomunicación en el interior de los edificios. El concepto de infraestructura común de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de comunicación que maneja este reglamento, así como su ámbito de aplicación, son coincidentes con los del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero (cfr. arts. 2 y 3 del reglamento).

Igualmente trata, como expone el mismo precepto en su apartado segundo, de permitir el desarrollo de conceptos como el de “hogar digital”, afrontando el tratamiento de diferentes necesidades de los usuarios de forma integrada, que aproximan las viviendas y las edificaciones al objetivo de aumentar su sostenibilidad y su accesibilidad para personas con discapacidad. Dicho concepto de hogar digital es definido por su anexo V *“como el lugar donde, mediante la convergencia de infraestructuras, equipamientos y servicios, son atendidas las necesidades de sus habitantes en materia de confort, seguridad, ahorro energético e integración*

Por último, la LOE en el apartado cuarto del art. 3.1 a) contempla el requisito relativo a la *“facilitación para el acceso de los servicios postales, mediante la dotación de las instalaciones apropiadas para la entrega de los envíos postales, según lo dispuesto en su normativa específica”*<sup>1061</sup>, lo que incluye obviamente los buzones correspondientes.

#### **1.4 Los requisitos básicos de la edificación relativos a su seguridad estructural, a la seguridad en caso de incendio y a la seguridad en su utilización**

Analizaremos aquí los requisitos básicos relativos a la seguridad que establece para los edificios el art. 3.1 b) de la LOE, dentro de los cuales veremos que unos están dirigidos a la construcción, otros a lo relacionado con los efectos de los incendios, y otros tendentes a la utilización del edificio<sup>1062</sup>. En cualquier caso estamos hablando de la seguridad que ha sido tradicionalmente una de las finalidades que ha legitimado la intervención administrativa en todos los sectores y, por supuesto, en el de la edificación<sup>1063</sup>.

En primer lugar el apartado primero del art. 3.1 b) regula el requisito básico de la seguridad estructural del edificio, el cual concurrirá cuando *“no se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los*

---

*medioambiental, comunicación y acceso a contenidos multimedia, teletrabajo, formación y ocio”.*

<sup>1061</sup> Este apartado 4 del art. 3.1 a) fue introducido por el art. 82 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2001).

<sup>1062</sup> En tal sentido, VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 108.

<sup>1063</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 109; MUÑOZ CASTILLO, J. y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, F., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: Régimen jurídico y técnico*, coord. por R. García Macho, ed. Colex, Madrid, 2000, p. 35; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 36.

*muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio”*<sup>1064</sup>.

Con anterioridad a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, la seguridad estructural, a diferencia de otros requisitos edificatorios, era exigible a todo tipo de edificios, con independencia de la fecha de su construcción<sup>1065</sup>.

En cuanto al análisis del precepto en cuestión, en primer lugar hemos de reparar en que nos indica que el daño que sufre el edificio puede tener origen en sus elementos estructurales o afectar a ellos, con lo que se marca la diferencia con el art. 17.1 que exige que los daños afecten a dichos elementos, lo que estudiaremos con detalle<sup>1066</sup>. Se ha señalado que puede que estos daños de los que trata de proteger el requisito básico de seguridad estructural tengan su origen incluso fuera del edificio porque, a pesar de su integridad, la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio pueden quedar comprometida, de ahí que el art. 12 de la LOE imponga al director de la obra la adecuación de la cimentación y la estructura proyectada a las características geotécnicas del terreno<sup>1067</sup>. No obstante, como vimos al comentar el art. 1.591 CC, se coincide en que prácticamente todo suelo es edificable, por lo que la cuestión es que se adapte el edificio a él y en realidad más que ante un daño con origen

---

<sup>1064</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 425, destaca que se sigue con fidelidad la Directiva 89/106/CEE, de 21 de diciembre de 1988, que denomina resistencia mecánica y estabilidad al primero de los requisitos esenciales que según ella deben satisfacer las obras. En el mismo sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 177, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 491. Véase misma redacción de art. 3 de RD 1630/1992 que la traspuso (nota 1018).

Se formula de forma negativa este requisito básico, como ha puesto de manifiesto GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 158.

<sup>1065</sup> En tal sentido puede verse GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 159. Como señala la autora, el art. 19 de la LSV establecía el deber de los propietarios de mantener a las mismas en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. Véase epígrafe 1.1 del presente capítulo, p. 291, sobre la modificación por obra de la Ley 8/2013 del art. 9 del Texto refundido de la Ley de Suelo que regula el deber de conservación. Recordemos que la seguridad ha sido una de las finalidades tradicionales de intervención pública en la construcción (véase nota 1063).

<sup>1066</sup> Véase epígrafe 2.2.2.

<sup>1067</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 158.

fuera del edificio, estaremos ante un daño con origen en el edificio, por su falta de adecuación al suelo sobre el que se erige<sup>1068</sup>.

Precisamente con la finalidad de cumplir con la seguridad estructural del edificio, la Instrucción de Hormigón Estructural (en adelante EHE-98) aprobada mediante Real Decreto 2661/1998, de 11 de diciembre, imponía en su art. 4.1 incorporar al proyecto estudio geotécnico de los terrenos<sup>1069</sup>.

Por otro lado, sin perjuicio de lo que diremos<sup>1070</sup>, el art. 3.1 b) no protege de cualquier daño sino que exige que comprometa directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

En cuanto al desarrollo de este requisito básico, como señala el art. 1 del CTE en él se regulan las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios, incluidas sus instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de seguridad<sup>1071</sup>, pero tras su entrada en vigor quedaron vigentes otras normas técnicas<sup>1072</sup>.

---

<sup>1068</sup> Véase epígrafe 1.5 de capítulo I, nota 129. Por ello, no es de extrañar que por GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 464-465, se defienda que si el edificio se emplaza sobre un terreno inadecuado estaremos ante un defecto en la cimentación, citando varios pronunciamientos del TS que condenan por no adoptarse la cimentación adecuada a los terrenos de que se trate. También Díez-Picazo, o.c. nota 4, p. 387, se hace eco de lo anterior al señalar: “Así se ha podido decir que los suelos no tienen vicios y que hoy en día es posible construir prácticamente en cualquier parte”.

<sup>1069</sup> Derogado por la letra a) del número 1 de la disposición derogatoria única del RD 1247/2008, de 18 de julio, por el que se aprueba la instrucción de hormigón estructural (EHE-08) (BOE de 22 de agosto).

<sup>1070</sup> Véase epígrafe 2.2.2.

<sup>1071</sup> Con anterioridad a la entrada en vigor del CTE eran aplicables las Normas Básicas de la Edificación y la reglamentación técnica de obligado cumplimiento señaladas en la disp. final segunda de la LOE. Reza dicha disposición refiriéndose al CTE “Hasta su aprobación, para satisfacer estos requisitos básicos se aplicarán las normas básicas de la edificación-NBE que regulan las exigencias técnicas de los edificios y que se enumeran a continuación:

NBE CT-79 Condiciones térmicas en los edificios.

NBE CA-88 Condiciones acústicas en los edificios.

NBE AE-88 Acciones en la edificación.

NBE FL-90 Muros resistentes de fábrica de ladrillo.

NBE QB-90 Cubiertas con materiales bituminosos.

NBE EA-95 Estructuras de acero en edificación.

NBE CPI-96 Condiciones de protección contra incendios en los edificios.



Para cumplir con el requisito básico de la seguridad estructural, el art. 10 del CTE, después definirlo<sup>1073</sup> como el comportamiento estructural adecuado frente a las acciones e influencias previsibles a las que pueda estar sometido durante su construcción y uso previsto, señala en su segundo apartado que los edificios se proyectarán, fabricarán, construirán y mantendrán de forma que cumplan con una fiabilidad adecuada las exigencias básicas que se establecen en los apartados siguientes<sup>1074</sup>. Dichas exigencias, de acuerdo con los arts. 10.1 y 10.2 del CTE, son la SE 1 (Resistencia y estabilidad) que consiste en que la resistencia y la estabilidad sean las adecuadas para que no se generen riesgos indebidos, de forma que se mantenga la resistencia y la estabilidad frente a las acciones e influencias previsibles durante las fases de construcción y usos previstos de los edificios, que un evento extraordinario no produzca consecuencias desproporcionadas respecto a la causa original, y se facilite el mantenimiento previsto; y la SE 2 (Aptitud al servicio) que conlleva que la aptitud al servicio será conforme con el uso previsto del edificio, de forma que no se produzcan deformaciones inadmisibles, se

---

*Asimismo, se aplicará el resto de la reglamentación técnica de obligado cumplimiento que regule alguno de los requisitos básicos establecidos en el artículo 3”.*

De las anteriores, hasta la aprobación del CTE se siguieron aplicando las NBE siguientes referidas a la seguridad estructural: NBE-AE-88 (Acciones en la edificación) aprobada mediante Real Decreto 1370/1988; NBE-EA-95 (Estructuras de acero en la edificación) aprobada mediante Real Decreto 1829/1995; NBE-FL-90 (Muros resistentes de fábrica de ladrillo) aprobada mediante Real Decreto 1723/1990, las cuales han sido derogadas por la disp. derogatoria única del RD 314/2006 que aprueba el CTE.

<sup>1072</sup> Como son el RD 2661/1998 y el RD 642/2002, de 5 de julio, que aprueba la Instrucción para el proyecto y la ejecución de forjados unidireccionales de hormigón estructural realizados con elementos prefabricados (EFHE), los cuales fueron derogados por el RD 1247/2008, de 18 de julio, por el que se aprueba la instrucción de hormigón estructural (EHE-08) (cfr. disposición derogatoria única). Otra norma a tener en cuenta es el RD 997/2002, de 27 de septiembre, que aprueba la norma de construcción sismorresistente: parte general y edificación (NCSE-02) (BOE de 11 de octubre de 2002).

<sup>1073</sup> De reinterpretación de dicho requisito básico habla GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 159-160. Véase nota 1076.

<sup>1074</sup> Como destaca MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 124, el cumplimiento de dichas exigencias básicas permite entender que queda garantizado un adecuado comportamiento estructural.

limite a un nivel aceptable la probabilidad de un comportamiento dinámico inadmisibles y no se produzcan degradaciones o anomalías inadmisibles.

A la vista de este contenido del art. 10 del CTE<sup>1075</sup>, no es de extrañar que haya sido duramente criticada su falta de claridad al paso que se afirma que el incumplimiento de dichas exigencias no es por sí mismo el presupuesto de la responsabilidad prevista en la LOE<sup>1076</sup>.

Con todo, para conseguir el cumplimiento de las exigencias básicas de Resistencia y estabilidad y de Aptitud al servicio, el CTE contiene en su parte II, los siguientes Documentos Básicos relacionados con la seguridad estructural: “DB-SE Seguridad Estructural”, “DB-SE-AE Acciones en la edificación”, “DB-SE-C Cimientos”, “DB-SE-A Acero”, “DB-SE-F Fábrica” y “DB-SE-M Madera”, los cuales según el art. 10.3 de su parte I especifican parámetros objetivos y procedimientos cuyo cumplimiento asegura la satisfacción de las exigencias básicas y la superación de los niveles mínimos de calidad propios del requisito básico de seguridad estructural.

De dichos DB, nos centraremos fundamentalmente en el DB-SE por ser, como indica su apartado 1.2, la base para los demás<sup>1077</sup>. El ámbito de

---

<sup>1075</sup> Que se refiere, por ejemplo, a que no se generen riesgos indebidos, a que un evento extraordinario no produzca consecuencias desproporcionadas respecto a la causa original, o a que no se produzcan deformaciones inadmisibles.

<sup>1076</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 159-160, lo considera un precepto “sembrado de conceptos jurídico-técnicos indeterminados”, y señala que “afortunadamente, el incumplimiento de estas exigencias no constituye per se el supuesto de hecho de la responsabilidad decenal prevista en el art. 17.1 LOE si se dan sus condiciones, mucho más claras que las expresadas en el CTE”. Igualmente MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 125, señala que “No queda claro cuáles son la resistencia y la estabilidad «adecuadas» ni los «riesgos indebidos» que debe evitarse en la exigencia de resistencia y estabilidad, ni los múltiples aspectos «inadmisibles» a los que se alude en la exigencia básico de aptitud al servicio con lo que difícilmente puede precisarse así cuándo el edificio cumple con estas exigencias básicas”.

Sobre estas cuestiones apuntadas por las autoras, véase epígrafe 2.2.2.

<sup>1077</sup> En cuanto al resto de los DB relativos a la seguridad estructural, el DB SE-AE (relativo a acciones de la edificación) tiene como campo de aplicación, de acuerdo con su apartado 1.1.1, el de la determinación de las acciones sobre los edificios para verificar el cumplimiento de los requisitos de seguridad estructural (capacidad portante y estabilidad) y aptitud al servicio, establecidos en el DB-SE; el DB SE-A (relativo al acero), de acuerdo con su apartado 1.1.1, se destina a verificar la

aplicación de este DB es el que se establece con carácter general para el conjunto del CTE en su art. 2, como señala su apartado II. Como indica su apartado III (criterios generales de aplicación), pueden utilizarse otras soluciones diferentes a las contenidas en él, en cuyo caso deberá seguirse el procedimiento establecido en el art. 5 de la parte I del CTE y documentarse en el proyecto el cumplimiento de las exigencias básicas<sup>1078</sup>.

Al margen de lo anterior, el análisis estructural del edificio requiere de acuerdo con el art. 3.1 d) de este DB tomar como base los estados límites que son aquellas situaciones que, de ser superadas, puede considerarse que el edificio no cumple alguna de los requisitos estructurales para las que ha sido concebido como nos indica su apartado 3.2. Dentro de los estados límites el apartado 3.2.1 de este DB-SE se refiere a los estados límite últimos que constituyen un riesgo para las personas, ya sea porque producen una puesta fuera de servicio del edificio o su colapso total o parcial, e impone que deben considerarse como tales los que determina<sup>1079</sup>. Junto a estos estados límite últimos, el apartado 3.2.2 contempla los estados límite de servicio que son los que, de ser superados, afectan al confort y al bienestar de los usuarios o de terceras personas, al correcto funcionamiento del edificio o a la apariencia de la

---

seguridad estructural de los elementos metálicos realizados con acero en edificación; el DB SE-F (relativo a la fábrica) tiene por objeto, de acuerdo con su apartado 1.1.1, la verificación de la seguridad estructural de muros resistentes en la edificación realizados a partir de piezas relativamente pequeñas, comparadas con las dimensiones de los elementos, asentadas mediante mortero, tales como fábricas de ladrillo, bloques de hormigón y de cerámica aligerada, y fábricas de piedra; y por último, el DB SE-M (relativo a la madera) tiene como campo de aplicación, también de acuerdo con su apartado 1.1.1, el de la verificación de la seguridad de los elementos estructurales de madera en edificación.

<sup>1078</sup> Nos remitimos en cuanto al carácter facultativo de los DB a lo visto en el epígrafe 1.2 del presente capítulo.

<sup>1079</sup> Que son los debidos a “a) pérdida del equilibrio del edificio, o de una parte estructuralmente independiente, considerado como un cuerpo rígido; b) fallo por deformación excesiva, transformación de la estructura o de parte de ella en un mecanismo, rotura de sus elementos estructurales (incluidos los apoyos y la cimentación) o de sus uniones, o inestabilidad de elementos estructurales incluyendo los originados por efectos dependientes del tiempo (corrosión, fatiga)”.

construcción, y también determina los que deben considerarse como tales<sup>1080</sup>.

El documento básico dedicado a la cimentación (DB-SE-C) también contiene en su apartado 2.2.1.1 unos estados límite que deben tenerse en cuenta para su dimensionado, dentro de los cuales contempla unos estados límite últimos que son asociados con el colapso total o parcial del terreno o con el fallo estructural de la cimentación, y determina los que deben considerarse como tales<sup>1081</sup>. También se contemplan unos estados límite de servicio que de acuerdo con el mismo apartado están asociados con determinados requisitos impuestos a las deformaciones del terreno por razones estéticas y de servicio, igualmente determinándose los que deben considerarse como tales<sup>1082</sup>.

---

<sup>1080</sup> Concretamente el apartado 3.2.2 determina en su segundo y tercer párrafos: “2. Los estados límite de servicio pueden ser reversibles e irreversibles. La reversibilidad se refiere a las consecuencias que excedan los límites especificados como admisibles, una vez desaparecidas las acciones que las han producido. 3 Como estados límite de servicio deben considerarse los relativos a: a) las deformaciones (flechas, asientos o desplomes) que afecten a la apariencia de la obra, al confort de los usuarios, o al funcionamiento de equipos e instalaciones; b) las vibraciones que causen una falta de confort de las personas, o que afecten a la funcionalidad de la obra; c) los daños o el deterioro que pueden afectar desfavorablemente a la apariencia, a la durabilidad o a la funcionalidad de la obra”.

<sup>1081</sup> Señala el apartado 2.2.1.2: “1 Se considerarán estados límite últimos todos aquellos clasificados como tales en el apartado 3.2.1 del DB-SE. 2 Como estados límite últimos deben considerarse los debidos a: a) pérdida de la capacidad portante del terreno de apoyo de la cimentación por hundimiento, deslizamiento o vuelco, u otros indicados en los capítulos correspondientes; b) pérdida de la estabilidad global del terreno en el entorno próximo a la cimentación; c) pérdida de la capacidad resistente de la cimentación por fallo estructural; d) fallos originados por efectos que dependen del tiempo (durabilidad del material de la cimentación, fatiga del terreno sometido a cargas variables repetidas)”.

<sup>1082</sup> En el apartado 2.2.1.3 que dispone: “1 Se considerarán estados límite de servicio todos aquellos clasificados como tales en el apartado 3.2.2 del DB-SE. 2 Como estados límite de servicio deben considerarse los relativos a: a) los movimientos excesivos de la cimentación que puedan inducir esfuerzos y deformaciones anormales en el resto de la estructura que se apoya en ellos, y que aunque no lleguen a romperla afecten a la apariencia de la obra, al confort de los usuarios, o al funcionamiento de equipos e instalaciones; b) las vibraciones que al transmitirse a la estructura pueden producir falta de confort en las personas o reducir su eficacia funcional; c) los daños o el deterioro que pueden afectar negativamente a la apariencia, a la durabilidad o a la funcionalidad de la obra. 3 Otras comprobaciones a efectuar en relación con la aptitud

Se aprecia, por tanto, un contenido mucho más amplio en los estados límite de servicio que en los estados límite últimos, puesto que los primeros no requieren una afectación de la seguridad estructural y llegan a incluir efectos en la apariencia de la construcción o en la estética, sobre lo que volveremos al tratar la responsabilidad decenal<sup>1083</sup>.

El segundo requisito básico que contempla el art. 3.1 b) de la LOE es el de seguridad en caso de incendio, que es formulado por su apartado segundo que dispone: *“Seguridad en caso de incendio, de tal forma que los ocupantes puedan desalojar el edificio en condiciones seguras, se pueda limitar la extensión del incendio dentro del propio edificio y de los colindantes y se permita la actuación de los equipos de extinción y rescate”*. Este precepto no se refiere expresamente a la prevención de incendios, sino que parte de su producción e intenta aminorar sus efectos sobre el edificio y los colindantes, y que no tenga efectos sobre las personas facilitándose su evacuación<sup>1084</sup>.

El desarrollo de este requisito básico se lleva a cabo por el CTE. Concretamente el art. 11 de su parte I, tras señalar que este requisito básico consiste en reducir a límites aceptables el riesgo de que los usuarios de un edificio sufran daños derivados de un incendio de origen accidental, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento, establece para su consecución las exigencias básicas relativas a la propagación interior y exterior del incendio, a la evacuación de ocupantes, a las instalaciones de protección

---

*al servicio de la cimentación dependen de su tipología y se tratan en los capítulos correspondientes”*.

<sup>1083</sup> Véase epígrafe 2.2.2 sobre la responsabilidad decenal. Esta diferencia es tal vez la explique la opinión de REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, pp. 34-35, que por un lado señala que si se alcanzan los estados límite surge el riesgo para las personas de colapso total o parcial del edificio, equiparable, según el mismo autor, al concepto jurisprudencial de ruina física, y por otro lado, sostenga que los estados límites de servicio coinciden con el concepto de ruina funcional del TS.

<sup>1084</sup> A lo anterior abunda el propio título del requisito básico, el cual es ilustrativo de lo afirmado al ser el de seguridad *en caso* de incendio.

contra incendios, a la facilitación de actuación de bomberos y a la resistencia de la estructura del edificio al fuego<sup>1085</sup>.

Para el cumplimiento de dichas exigencias el CTE contiene el Documento Básico de Seguridad en caso de incendios (DB-SI) que es aplicable al ámbito señalado por su art. 2 CTE<sup>1086</sup>, salvo, como indica el art. 11, a los edificios, establecimientos y zonas de uso industrial a los que les sea de aplicación el Reglamento de seguridad contra incendios en los establecimientos industriales aprobado por RD 2267/2004, de 3 de diciembre<sup>1087</sup>.

Al igual que el DB-SE, el DB-SI señala en su apartado III (Criterios generales de aplicación) que pueden utilizarse otras soluciones diferentes

---

<sup>1085</sup> Dispone el artículo 11:

*“11.1. Exigencia básica SI 1: Propagación interior*

*Se limitará el riesgo de propagación del incendio por el interior del edificio, tanto al mismo edificio como a otros edificios colindantes.*

*11.2. Exigencia básica SI 2: Propagación exterior*

*Se limitará el riesgo de propagación del incendio por el exterior, tanto en el edificio considerado como a otros edificios.*

*11.3. Exigencia básica SI 3: Evacuación de ocupantes*

*El edificio dispondrá de los medios de evacuación adecuados para facilitar que los ocupantes puedan abandonarlo o alcanzar un lugar seguro dentro del mismo en condiciones de seguridad.*

*11.4. Exigencia básica SI 4: Instalaciones de protección contra incendios*

*El edificio dispondrá de los equipos e instalaciones adecuados para hacer posible la detección, el control y la extinción del incendio, así como la transmisión de la alarma a los ocupantes.*

*11.5. Exigencia básica SI 5: Intervención de bomberos*

*Se facilitará la intervención de los equipos de rescate y de extinción de incendios.*

*11.6. Exigencia básica SI 6: Resistencia estructural al incendio*

*La estructura portante mantendrá su resistencia al fuego durante el tiempo necesario para que puedan cumplirse las anteriores exigencias básicas”.*

<sup>1086</sup> Este DB, en su apartado II, se cuida en señalar que será aplicable también a los elementos del entorno del edificio que formen parte del proyecto, refiriéndose reglón seguido al art. 2 de la LOE conforme al cual forman parte del edificio sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio; y en el plano negativo, señala que no incluye exigencias dirigidas a limitar el riesgo de inicio de incendio relacionado con las instalaciones o los almacenamientos regulados por reglamentación específica, debido a que corresponde a dicha reglamentación establecer dichas exigencias.

<sup>1087</sup> BOE de 17 de diciembre de 2004.

a las contenidas en él, de acuerdo con el art. 5 del CTE<sup>1088</sup>, y constituye una particularidad de este DB su flexibilidad de cara a adaptarse a las necesidades concretas del tipo de edificio de que se trate<sup>1089</sup>. Por último, señalar que en esta materia debe tenerse igualmente en cuenta el Reglamento de instalaciones de protección contra incendios, aprobado por Real Decreto 1942/1993, de 5 de noviembre<sup>1090</sup>.

El tercer requisito básico que contempla el art. 3.1 b) de la LOE es el de seguridad de utilización del edificio, cuyo último apartado lo formula disponiendo: *“Seguridad de utilización, de tal forma que el uso normal del edificio no suponga riesgo de accidente para las personas.”* Sobre este requisito básico han sido varios los autores que han resaltado su redacción genérica y que no estamos ante exigencias técnicas de la edificación, aunque otros advierten que incluyen requisitos de tal naturaleza y sin ella<sup>1091</sup>.

Al margen de lo anterior, hemos de apuntar que el objeto de este requisito básico no es evitar en todo caso que se produzcan accidentes, sino que resulta de la dicción del precepto que se trata de conseguir que el uso normal no suponga riesgo de accidente para las personas, y por uso normal consideramos que ha de entenderse no sólo aquel propio del

---

<sup>1088</sup> También, según el mismo apartado, cuando la aplicación de este DB en obras en edificios protegidos sea incompatible con su grado de protección, se podrán aplicar aquellas soluciones alternativas que permitan la mayor adecuación posible, desde los puntos de vista técnico y económico, de las condiciones de seguridad en caso de incendio.

<sup>1089</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 161. V.g. prevé un régimen particular para las zonas destinadas al albergar personas privadas de libertad o edificios en los que existan personas que precisen ayuda para evacuar el edificio, como son las residencias geriátricas.

<sup>1090</sup> BOE de 14 de diciembre de 1993. A este reglamento se remite el CTE, por ejemplo, en la Sección SI 4 de este DB correspondiente a Instalaciones de protección contra incendios.

<sup>1091</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 111, aprecia que es muy genérica la redacción, y que no estamos ante exigencias técnicas de la edificación; mientras que para VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 109, aunque la redacción de este requisito también le resulta genérica, lo fundamenta en que abarca todos aquellos requisitos técnicos y no técnicos que permitan que la utilización del edificio sea lo más segura posible.

destino de la cosa, sino también el que mandan los deberes de prudencia que toda actividad humana precisa<sup>1092</sup>.

Este requisito básico, sin perjuicio de otra normativa<sup>1093</sup>, también se desarrolla por el CTE<sup>1094</sup>, ello junto con el de accesibilidad, en su art. 12 que después de señalar que su objetivo consiste en reducir a límites aceptables el riesgo de que los usuarios de un edificio sufran daños inmediatos en el uso previsto de aquél como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento, dispone que para cumplir el requisito los edificios se proyectarán, construirán, mantendrán y utilizarán de forma que se cumplan las exigencias básicas que el CTE establece sobre seguridad frente a riesgos de caídas, de impacto o de atrapamiento, de aprisionamiento, del causado por iluminación inadecuada, por situaciones con alta ocupación, de ahogamiento, por vehículos en movimiento, y frente al causado por la acción del rayo<sup>1095</sup>.

---

<sup>1092</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 38, parecen aludir a esta idea al señalar que se trata de que *“el funcionamiento del edificio no suponga riesgos inadmisibles de accidentes”*; También lo anterior puede ser lo que lleva a VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 110, a señalar que se pretende con este requisito que el uso y disfrute del edificio pueda llevarse a cabo con la menor posibilidad de riesgos de accidentes personales, con lo que se está excluyendo, según el mismo, aquellos elementos que por sí supongan la creación de un riesgo de producción de daños.

<sup>1093</sup> Como el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado mediante el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, el cual ha sido derogada por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera (BOE de 16 de diciembre de 2007) en aquellas comunidades autónomas que hayan dictado normativa en la materia (cfr. disposición derogatoria única, apartado 1).

<sup>1094</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 132, considera esta regulación como una de las novedades más esperadas del CTE. En el mismo sentido, la autora junto con CARRASCO PERERA o.c. nota 1019, p. 85. También destaca el carácter novedoso OTERO CEREZO, o.c. nota 426, p. 46.

<sup>1095</sup> Dispone el art. 12 refiriéndose a estas exigencias básicas:

*“12.1. Exigencia básica SUA 1: Seguridad frente al riesgo de caídas*

*Se limitará el riesgo de que los usuarios sufran caídas, para lo cual los suelos serán adecuados para favorecer que las personas no resbalen, tropiecen o se dificulte la movilidad. Asimismo se limitará el riesgo de caídas en huecos, en cambios de nivel y en escaleras y rampas, facilitándose la limpieza de los acristalamientos exteriores en condiciones de seguridad.*



Para el cumplimiento de estas exigencias el CTE crea el Documento Básico DB-SUA Seguridad de utilización y accesibilidad cuyo ámbito de aplicación es el que se establece con carácter general para el conjunto del CTE en el art. 2<sup>1096</sup>, dejando fuera expresamente determinados riesgos<sup>1097</sup>, y en línea con el carácter dispositivo de los DB las soluciones

---

*12.2. Exigencia básica SUA 2: Seguridad frente al riesgo de impacto o de atrapamiento*  
*Se limitará el riesgo de que los usuarios puedan sufrir impacto o atrapamiento con elementos fijos o practicables del edificio.*

*12.3. Exigencia básica SUA 3: Seguridad frente al riesgo de aprisionamiento*  
*Se limitará el riesgo de que los usuarios puedan quedar accidentalmente aprisionados en recintos.*

*12.4. Exigencia básica SUA 4: Seguridad frente al riesgo causado por iluminación inadecuada*

*Se limitará el riesgo de daños a las personas como consecuencia de una iluminación inadecuada en zonas de circulación de los edificios, tanto interiores como exteriores, incluso en caso de emergencia o de fallo del alumbrado normal.*

*12.5. Exigencia básica SUA 5: Seguridad frente al riesgo causado por situaciones con alta ocupación*

*Se limitará el riesgo causado por situaciones con alta ocupación facilitando la circulación de las personas y la sectorización con elementos de protección y contención en previsión del riesgo de aplastamiento.*

*12.6. Exigencia básica SUA 6: Seguridad frente al riesgo de ahogamiento*

*Se limitará el riesgo de caídas que puedan derivar en ahogamiento en piscinas, depósitos, pozos y similares mediante elementos que restrinjan el acceso.*

*12.7. Exigencia básica SUA 7: Seguridad frente al riesgo causado por vehículos en movimiento*

*Se limitará el riesgo causado por vehículos en movimiento atendiendo a los tipos de pavimentos y la señalización y protección de las zonas de circulación rodada y de las personas.*

*12.8. Exigencia básica SUA 8: Seguridad frente al riesgo causado por la acción del rayo*

*Se limitará el riesgo de electrocución y de incendio causado por la acción del rayo, mediante instalaciones adecuadas de protección contra el rayo”.*

<sup>1096</sup> Este DB, en su apartado II, de igual forma que hemos visto hace el DB de Seguridad en caso de incendio, se cuida en señalar que será aplicable también a los elementos del entorno del edificio que formen parte del proyecto, refiriéndose reglón seguido al art. 2 de la LOE conforme al cual forman parte del edificio sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio. También dispone que las exigencias que se establecen en él para los edificios serán igualmente aplicables a los establecimientos.

<sup>1097</sup> Cfr. apartado II de este DB que, en lo que aquí interesa señala: “La protección frente a los riesgos específicos de:

- las instalaciones de los edificios;
- las actividades laborales;
- las zonas y elementos de uso reservado a personal especializado en mantenimiento, reparaciones, etc.;
- los elementos para el público singulares y característicos de las infraestructuras del transporte, tales como andenes, pasarelas, pasos inferiores, etc.; así como las

que da este DB pueden sustituirse por otras de acuerdo con lo previsto en el art. 5 del CTE, como expresa su apartado III<sup>1098</sup>.

### **1.5 Los requisitos básicos de la edificación relativos a la habitabilidad**

El art. 3.1 c) de la LOE contempla como requisitos básicos relativos a la habitabilidad: *“c.1) Higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos. c.2) Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades. c.3) Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio. c.4) Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio.”*

A la vista del contenido de este precepto, que alude a condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad, a la adecuada gestión de residuos, a permitir satisfactoriamente las actividades mediante el aislamiento del ruido, y a un uso racional de energía, se destaca la indeterminación de tales requisitos y la inseguridad jurídica consecuente<sup>1099</sup>.

---

*condiciones de accesibilidad en estos últimos elementos, se regulan en su reglamentación específica”.*

<sup>1098</sup> De la misma manera señala este apartado que, cuando la aplicación de las condiciones de este DB en obras en edificios existentes no sea técnica o económicamente viable o, en su caso, sea incompatible con su grado de protección, se podrán aplicar aquellas soluciones alternativas que permitan la mayor adecuación posible a dichas condiciones.

<sup>1099</sup> Nos referimos a FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 87; duramente VALLS LLORET, o.c. nota 448, p. 27, se plantea de qué sirve establecer unos requisitos básicos de tal generalidad que se requerirá un reglamento posterior; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 426, quien por ello expone la necesidad de un sistema

Por otro lado, aunque el precepto hable de habitabilidad, lo que nos podría llevar etimológicamente a exigir al edificio que sea susceptible de habitarse, como sinónimo de vivir o morar<sup>1100</sup>, no nos limitamos a viviendas porque los requisitos de habitabilidad también se aplican a otras edificaciones distintas a ellas, ello al margen del ámbito de la LOE que hemos visto no se reduce a ellas<sup>1101</sup>, dado que los propios fines de dichos requisitos no son predicables exclusivamente de este tipo de edificaciones<sup>1102</sup>.

Estos requisitos básicos están más orientados hacia la protección de las personas que hacia la de los edificios<sup>1103</sup>. Concretando, dado el contenido heterogéneo del precepto que no sólo incluyen la higiene y salud, se puede decir que con adiciones, tratan de garantizar la salubridad que ha sido uno de los fines tradicionales de la intervención

---

objetivo que permitiera concretar cuando un edificio cumple con ellos, en alusión al CTE. Véase epígrafe 2.3.5 sobre las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento del CTE en materia de responsabilidad.

<sup>1100</sup> Como nos señala GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 112, quien a la definición de la RAE del verbo habitar.

<sup>1101</sup> Véase epígrafe 7.1 de capítulo II.

<sup>1102</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 112-113, quien argumenta que *“La habitabilidad hay que referirla a que la estancia en él (aunque no sea la residencia) no suponga peligro para la salud”*. En idéntico sentido, DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Comentarios prácticos a la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Comares, Granada, 2003, p. 36. Destaca por lo anterior, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 112, que la expresión habitabilidad no es muy apropiada, al igual que hace MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 111. GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 345, señala que no se pretende sólo hacer habitable una vivienda con el requisito de habitabilidad del art. 3.1 c) porque también tienen como finalidad proteger el medio ambiente o el ahorro de energía, como igualmente tienen una aplicación general los aspectos funcionales del art. 3.1 c) 4, concluyendo el autor que se aplica a cualquier clase de edificios en el sentido que este término tiene para la LOE. En el mismo sentido sobre que no nos limitamos a vivienda, VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 110.

<sup>1103</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 110. Sin embargo, véase p. siguiente acerca de que el art. 13 del CTE determina como uno de los objetivos de este requisito básico que no se deteriore el edificio.

administrativa<sup>1104</sup>, y que hay que referirla a que la estancia en él no suponga un peligro para la salud<sup>1105</sup>.

Señalado lo anterior, el art. 3.1 c) de la LOE se refiere en su primer apartado al requisito básico de higiene, salud y protección del medio ambiente el cual consiste en que *“se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos.”* A la vista de esta literalidad, resulta patente que no se pretende únicamente garantizar unas condiciones aceptables del ambiente interior del edificio, sino que éste no deteriore el ambiente de su entorno<sup>1106</sup>.

Este apartado, después de imponer que en el edificio se alcancen condiciones aceptables de salubridad, lo que obviamente alude a que la estancia en él no suponga un peligro para la salud, exige también que se alcancen condiciones aceptables de *“estanqueidad en el ambiente interior del edificio”* que podemos definir como aquella cualidad del inmueble que le hace resistente a las humedades y filtraciones, impidiendo el paso del agua<sup>1107</sup>.

---

<sup>1104</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 112. También parece ser el variado contenido del art. comentado el que explique la descripción amplia de estos requisitos que hace VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 110, quien señala que se trata de que el edificio permita la residencia o el trabajo dentro de él en las mejores condiciones de calidad de vida y sobre todo de proyecciones vitales lo más firmes posibles. Sobre esta cuestión puede verse ampliamente, DE LA SERNA BILBAO, o.c. nota 246, pp. 79 y ss.

<sup>1105</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 113; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 111.

<sup>1106</sup> Como sostiene GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 113. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 126. Sin embargo, el hecho de que la LOE se haya limitado al medio ambiente en su entorno inmediato fue uno de los motivos que conllevó la formulación de dos propuestas de veto al Proyecto de Ley en el Senado que serían rechazadas (Diario de Sesiones del Senado, núm. 479, de 23 de septiembre de 1999). Dichas propuestas serían rechazadas porque, además de resaltarse que se hacía mención explícita al medio ambiente en sus artículos 3 y 12, así como en la Exposición de Motivos, se consideraba regulado por la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Medio Ambiente Atmosférico,.

<sup>1107</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 39. Estos supuestos de responsabilidad son bastante frecuentes y serán analizados (véase epígrafe 2.3.3).

El CTE desarrolla este requisito básico de higiene, salud y protección del medio ambiente en su art. 13 que lo denomina salubridad, y cuyo objetivo consiste en reducir a límites aceptables el riesgo de que los usuarios, dentro de los edificios y en condiciones normales de utilización, padezcan molestias o enfermedades, así como el riesgo de que los edificios se deterioren<sup>1108</sup> y de que deterioren el medio ambiente en su entorno inmediato, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento. Lo anterior constituye una reinterpretación del requisito básico lo que se constata si comparamos un texto con otro<sup>1109</sup>, y sobre cuyas consecuencias de cara a la responsabilidad de los agentes de la edificación entraremos<sup>1110</sup>.

Para la consecución del requisito básico analizado, el art. 13 establece las exigencias básicas sobre protección frente a la humedad, recogida y evacuación de residuos, calidad del aire interior y suministro y evacuación de aguas<sup>1111</sup>. Entre estas exigencias básicas, han sido destacadas por su

---

<sup>1108</sup> En este punto observamos que no sólo se trata de proteger a las personas, como apunta la denominación del requisito básico que hace la LOE (higiene, salud y protección del medio ambiente) sino que también se pretende proteger al edificio.

<sup>1109</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 163, que considera esta definición como una reinterpretación del requisito básico, que lo limita, al realizar una limitación de objetivos el CTE. DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 40, cuando señalan que pretende "disminuir (el subrayado es nuestro) *los problemas de patología por humedad...*".

Lo anterior se comprueba si comparamos ambos textos. El art. 3 de la LOE que habla de condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, mientras que el art. 13 del CTE se refiere a reducir a límites aceptables el riesgo de que padezcan molestias o enfermedades los usuarios, o de que se deteriore el edificio y el medio ambiente en su entorno inmediato.

<sup>1110</sup> Véase epígrafe 2.3.5 dedicado a la incidencia del cumplimiento del CTE.

<sup>1111</sup> Señala dicho art. 13:

*"13.1 Exigencia básica HS 1: Protección frente a la humedad*

*Se limitará el riesgo previsible de presencia inadecuada de agua o humedad en el interior de los edificios y en sus cerramientos como consecuencia del agua procedente de precipitaciones atmosféricas, de escorrentías, del terreno o de condensaciones, disponiendo medios que impidan su penetración o, en su caso permitan su evacuación sin producción de daños.*

*13.2 Exigencia básica HS 2: Recogida y evacuación de residuos*

carácter novedoso las relativas a la protección frente a la humedad y a la calidad del aire interior<sup>1112</sup>, y además la primera también ha sido valorada por ser bastante frecuente la patología de humedades<sup>1113</sup>.

Para el cumplimiento de estas exigencias, el CTE, como dispone su art. 13, crea el Documento Básico “DB HS Salubridad”, cuyo ámbito de aplicación se especifica para cada sección de las que se compone en sus respectivos apartados. En cuanto a la importante exigencia de protección frente a la humedad a pesar de que se refiere a las humedades procedentes de condensaciones<sup>1114</sup>, el DB-HS no las regula sino que su apartado 1.1 las remite a la Sección HE-1 titulada limitación de la

---

*Los edificios dispondrán de espacios y medios para extraer los residuos ordinarios generados en ellos de forma acorde con el sistema público de recogida de tal forma que se facilite la adecuada separación en origen de dichos residuos, la recogida selectiva de los mismos y su posterior gestión.*

#### *13.3 Exigencia básica HS 3: Calidad del aire interior*

*1 Los edificios dispondrán de medios para que sus recintos se puedan ventilar adecuadamente, eliminando los contaminantes que se produzcan de forma habitual durante el uso normal de los edificios, de forma que se aporte un caudal suficiente de aire exterior y se garantice la extracción y expulsión del aire viciado por los contaminantes. 2 Para limitar el riesgo de contaminación del aire interior de los edificios y del entorno exterior en fachadas y patios, la evacuación de productos de combustión de las instalaciones térmicas se producirá, con carácter general, por la cubierta del edificio, con independencia del tipo de combustible y del aparato que se utilice, de acuerdo con la reglamentación específica sobre instalaciones térmicas.*

#### *13.4 Exigencia básica HS 4: Suministro de agua*

*Los edificios dispondrán de medios adecuados para suministrar al equipamiento higiénico previsto agua apta para el consumo de forma sostenible, aportando caudales suficientes para su funcionamiento, sin alteración de las propiedades de aptitud para el consumo e impidiendo los posibles retornos que puedan contaminar la red, incorporando medios que permitan el ahorro y el control del agua.*

*Los equipos de producción de agua caliente dotados de sistemas de acumulación y los puntos terminales de utilización tendrán unas características tales que eviten el desarrollo de gérmenes patógenos.*

#### *13.5 Exigencia básica HS 5: Evacuación de aguas*

*Los edificios dispondrán de medios adecuados para extraer las aguas residuales generadas en ellos de forma independiente o conjunta con las precipitaciones atmosféricas y con las escorrentías”.*

<sup>1112</sup> CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, p. 85 y OTERO CEREZO, o.c. nota 426, p. 47.

<sup>1113</sup> CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, p. 85. Concretamente, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 164, señala que una de cada tres reclamaciones frente a aseguradoras tienen por objeto daños relacionados por humedades. Véase gran número de SSTs en nota 83.

<sup>1114</sup> Cfr. nota 1111.

demanda energética del DB HE dedicado al ahorro de energía, por lo que el DB-HS se limita a las humedades provenientes del exterior del edificio<sup>1115</sup>.

Por último, en línea con el tantas veces referido carácter facultativo de los DB, como señala el apartado III de este DB pueden utilizarse otras soluciones diferentes a las contenidas en él, de acuerdo con el art. 5 del CTE.

El art. 3.1 c) en su segundo apartado se refiere al requisito básico de la protección contra el ruido que consiste en “*que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades.*” Resulta plausible que el legislador haya establecido como uno de los requisitos básicos la protección contra el ruido, por que éste supone un ataque a la salud de las personas cuando se superan determinados decibelios tolerables<sup>1116</sup>.

Observamos en primer lugar que el precepto parte del ruido percibido, esto es, no trata de evitar su producción, ni tan siquiera su percepción, sino que ésta no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades, por la razón de que no se puede evitar que se perciba<sup>1117</sup>. Ahora bien, el propósito es doble dado que se trata de evitar no sólo que el ruido ponga en peligro la salud, sino también que aquél no impida desarrollar a las personas satisfactoriamente sus actividades, lo que consideramos elogiabile.

Este requisito básico ha sido desarrollado por el CTE, el cual en su art. 14 señala que su objetivo “*consiste en limitar, dentro de los edificios y en*

---

<sup>1115</sup> Así señala el apartado uno de la Sección HS 1 que se aplica a los muros y los suelos que están en contacto con el terreno y a los cerramientos que están en contacto con el aire exterior (fachadas y cubiertas) de todos los edificios incluidos en el ámbito de aplicación general del CTE.

<sup>1116</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 112. Sobre la consecuencias del ruido también pueden verse, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 114-115, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 129.

<sup>1117</sup> Se ha destacado este enfoque regulador consistente en evitar las consecuencias del ruido pero no su producción, porque no es posible evitar muchas de sus causas, por GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 115.

*condiciones normales de utilización, el riesgo de molestias o enfermedades que el ruido pueda producir a los usuarios como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento*". Nuevamente nos encontramos con que el CTE reinterpreta este requisito básico lo que se comprueba si comparamos esta precepto con su formulación por la LOE <sup>1118</sup>, y sobre cuyas consecuencias en materia a la responsabilidad de los agentes de la edificación entraremos <sup>1119</sup>.

Pues bien, este art. 14 del CTE nos indica *"que los edificios se proyectarán, construirán y mantendrán de tal forma que los elementos constructivos que conforman sus recintos tengan unas características acústicas adecuadas para reducir la transmisión del ruido aéreo, del ruido de impactos y del ruido y vibraciones de las instalaciones propias del edificio, y para limitar el ruido reverberante de los recintos"* <sup>1120</sup>. En este tenor apreciamos que se trata de evitar tanto el ruido procedente del exterior como el que nace en el propio edificio, aunque también se ha destacado que no se protege de todo tipo de ruidos <sup>1121</sup>.

Para cumplir con esta exigencia básica se crea mediante el Real Decreto 1371/2007 de 19 de octubre <sup>1122</sup> el Documento Básico "DB-HR Protección frente al ruido" que especifica parámetros objetivos y sistemas

---

<sup>1118</sup> La LOE en el segundo apartado del art. 3.1 c) señala que este requisito básico consiste en no poner en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades, y en cambio el CTE señala que consiste en limitar el riesgo de molestias o enfermedades.

<sup>1119</sup> Véase epígrafe 2.3.5 dedicado a la incidencia del cumplimiento del CTE.

<sup>1120</sup> Se destaca por DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 43, la importancia de este ruido reverberante en determinados espacios como restaurantes, aulas y comedores.

<sup>1121</sup> Nos referimos a MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 129, autora que destaca que *"aunque existan ruidos de otra índole, será un edificio que se ajusta a los niveles de calidad que la sociedad demanda, porque los poderes públicos parecen considerar que son los ruidos anteriores los que determinan que el edificio cumpla con los requisitos básicos de calidad"*; y que ve como razón de ello *"un intento por conciliar los intereses contrapuestos de quien produce el ruido y quien tiene que soportarlo tomando en consideración las actuales técnicas de aislamiento y su coste"*.

<sup>1122</sup> BOE de 23 de octubre de 2007.



de verificación cuyo cumplimiento asegura la satisfacción de tal exigencia básica<sup>1123</sup>, y cuyo ámbito de aplicación es el que establece el art. 2 del CTE con una serie de excepciones determinadas en su apartado II.

Además, este DB señala en su apartado 2 que con su cumplimiento se entenderá que el edificio es conforme con las exigencias acústicas derivadas de la aplicación de los objetivos de calidad acústica al espacio interior de las edificaciones incluidas en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido y sus desarrollos reglamentarios<sup>1124</sup>.

Por último, señalar que el apartado III este DB también permite utilizar otras soluciones diferentes a las contenidas en él, en cuyo caso deberá seguirse el procedimiento establecido en el art. 5 del CTE.

El art. 3.1 c) de la LOE en su tercer párrafo contempla el requisito básico de ahorro de energía y aislamiento térmico que consiste en *“que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio.”* Se observa en el tenor de este artículo que con el aislamiento térmico no se persigue el bienestar de los ocupantes del edificio, sino un uso racional de la energía<sup>1125</sup>, aunque es obvio que un

---

<sup>1123</sup> Cfr. apartado I. Se destaca por OTERO CEREZO, o.c. nota 426, p. 48, el mayor rigor que supone este DB en relación con la normativa precedente, puesto que antes el análisis de las condiciones de atenuación acústica se realizaba por elementos independientes y ahora debe tenerse en cuenta además todos los elementos que les complementan. También recalca el avance que supone en la restricción de la transmisión del ruido desde el exterior del edificio como en su interior.

<sup>1124</sup> BOE de 18 de noviembre de 2003. La Ley del Ruido traspuso la Directiva 2002/49/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental (DOL de 18 de julio de 2002), y ha sido desarrollada por el Real Decreto 1513/2005, de 26 de diciembre, en lo referente a la evaluación y gestión del ruido ambiental (BOE de 17 de diciembre de 2005), y por el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre (BOE de 23 de octubre de 2007), en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas.

<sup>1125</sup> De ahí el acierto de GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 116, cuando sostiene que, aunque el aislamiento térmico contribuye al bienestar, al paliar el frío en invierno y el calor en verano, sin embargo, la finalidad del mismo es la del ahorro energético. También aluden a esta doble finalidad del aislamiento térmico, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 43. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 130, observa que las exigencias básicas de ahorro de energía, que veremos contiene el CTE, están más anudadas a la necesidad de protección del medio ambiente que a garantizar la calidad de las edificaciones.

edificio que esté aislado térmicamente, además de redundar en el ahorro energético, lo hará en el bienestar de sus ocupantes<sup>1126</sup>.

Esta finalidad de ahorro energético se ha trasladado al art. 15 CTE que señala que este requisito básico tiene por objetivo *“conseguir un uso racional de la energía necesaria para la utilización de los edificios, reduciendo a límites sostenibles su consumo y conseguir asimismo que una parte de este consumo proceda de fuentes de energía renovable, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento”*.

Si comparamos este precepto y el art. 3.1 c) de la LOE, se observa la introducción del objetivo complementario de reducir el consumo a unos límites sostenibles y que una parte de éste proceda de fuentes de energía renovable, sobre cuyas consecuencias en materia de responsabilidad entraremos<sup>1127</sup>.

Al margen de lo anterior, para la consecución de este requisito el CTE establece cinco exigencias básicas relativas a la limitación de demanda energética, al rendimiento de las instalaciones térmicas, a la eficiencia energética de las instalaciones de iluminación, a la contribución solar mínima de agua caliente sanitaria y a la contribución fotovoltaica mínima de energía eléctrica<sup>1128</sup>.

---

<sup>1126</sup> Fundamenta lo anterior el tenor de la Exigencia básica HE 1 Limitación de demanda energética, al poseer como finalidad la de alcanzar el bienestar térmico (véase nota 1128).

<sup>1127</sup> Destaca esta introducción, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 167. Véase epígrafe 2.3.5 sobre las consecuencias en materia de responsabilidad.

<sup>1128</sup> Según el art. 15 estas exigencias básicas consistirán en lo siguiente:

*“Exigencia básica HE 1: Limitación de demanda energética*

*Los edificios dispondrán de una envolvente de características tales que limite adecuadamente la demanda energética necesaria para alcanzar el bienestar térmico en función del clima de la localidad, del uso del edificio y del régimen de verano y de invierno, así como por sus características de aislamiento e inercia, permeabilidad al aire y exposición a la radiación solar, reduciendo el riesgo de aparición de humedades de condensación superficiales e intersticiales que puedan perjudicar sus características y tratando adecuadamente los puentes térmicos para limitar las pérdidas o ganancias de calor y evitar problemas higrotérmicos en los mismos.*

*15.2 Exigencia básica HE 2: Rendimiento de las instalaciones térmicas*

De acuerdo con el esquema propio del CTE que hemos ido viendo, para cumplir con tales exigencias básicas se crea el Documento Básico “DB HE Ahorro de energía”, aunque sin regularse la exigencia del rendimiento térmico que se remite al Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE) <sup>1129</sup>.

---

*Los edificios dispondrán de instalaciones térmicas apropiadas destinadas a proporcionar el bienestar térmico de sus ocupantes. Esta exigencia se desarrolla actualmente en el vigente Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, RITE, y su aplicación quedará definida en el proyecto del edificio.*

*15.3 Exigencia básica HE 3: Eficiencia energética de las instalaciones de iluminación*  
*Los edificios dispondrán de instalaciones de iluminación adecuadas a las necesidades de sus usuarios y a la vez eficaces energéticamente disponiendo de un sistema de control que permita ajustar el encendido a la ocupación real de la zona, así como de un sistema de regulación que optimice el aprovechamiento de la luz natural, en las zonas que reúnan unas determinadas condiciones.*

*15.4 Exigencia básica HE 4: Contribución solar mínima de agua caliente sanitaria*  
*En los edificios, con previsión de demanda de agua caliente sanitaria o de climatización de piscina cubierta, en los que así se establezca en este CTE, una parte de las necesidades energéticas térmicas derivadas de esa demanda se cubrirá mediante la incorporación en los mismos de sistemas de captación, almacenamiento y utilización de energía solar de baja temperatura, adecuada a la radiación solar global de su emplazamiento y a la demanda de agua caliente del edificio o de la piscina.*

*Los valores derivados de esta exigencia básica tendrán la consideración de mínimos, sin perjuicio de valores que puedan ser establecidos por las administraciones competentes y que contribuyan a la sostenibilidad, atendiendo a las características propias de su localización y ámbito territorial.*

*15.5. Exigencia básica HE 5: Contribución fotovoltaica mínima de energía eléctrica*  
*En los edificios que así se establezca en este CTE se incorporarán sistemas de captación y transformación de energía solar en energía eléctrica por procedimientos fotovoltaicos para uso propio o suministro a la red. Los valores derivados de esta exigencia básica tendrán la consideración de mínimos, sin perjuicio de valores más estrictos que puedan ser establecidos por las administraciones competentes y que contribuyan a la sostenibilidad, atendiendo a las características propias de su localización y ámbito territorial”.*

A las anteriores exigencias, se ha añadido por medio de la Orden FOM/1635/2013, de 10 de septiembre, por la que se actualiza el documento básico DB-HE "ahorro de energía", la exigencia básica EH 0, sobre Limitación del consumo energético, la cual se caracteriza por el apartado 2.2.1 de la sección dedicada a esta exigencia del siguiente modo: “1 El consumo energético de los edificios se limita en función de la zona climática de su localidad de ubicación y del uso previsto. 2 El consumo energético para el acondicionamiento, en su caso, de aquellas edificaciones o partes de las mismas que, por sus características de utilización, estén abiertas de forma permanente, será satisfecho exclusivamente con energía procedente de fuentes renovables.

<sup>1129</sup> Cfr. art. 15.2 (véase nota anterior). Este reglamento ha sido aprobado mediante Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, (BOE de 29 de agosto de 2007) y ha derogado (Cfr. disp. derogatoria única 1) el anterior reglamento aprobado mediante

Este DB se divide en seis secciones que corresponden a las exigencias básicas en igual número que hemos visto, respecto del que se ha destacado que presenta cambios de peso sobre la normativa anterior<sup>1130</sup>, y cuyo ámbito de aplicación no coincide con el del CTE señalado en el art. 2, sino que se lo especifica para cada sección de las que se compone. Por otro lado, también se pueden utilizar otras soluciones diferentes a las contenidas en él<sup>1131</sup>.

Por último, no podemos cerrar este requisito básico sin referirnos al Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, que aprueba el Procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios<sup>1132</sup>,

---

Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio, y el Real Decreto 1218/2002, de 22 de noviembre que modificaba a este último. El vigente reglamento, que ha sido modificado por Real Decreto 1826/2009, de 27 de noviembre (BOE de 11 de diciembre de 2009), por el Real Decreto 249/2010, de 5 de marzo (BOE de 18 de marzo de 2010) y por Real Decreto 238/2013, de 5 de abril (BOE de 13 de abril de 2013) pretende, como nos indica su art. 1, establecer las exigencias de eficiencia energética y seguridad que deben cumplir las instalaciones térmicas en los edificios destinadas a atender la demanda de bienestar e higiene de las personas, durante su diseño y dimensionado, ejecución, mantenimiento y uso, así como determinar los procedimientos que permitan acreditar su cumplimiento.

<sup>1130</sup> La NBE CT-79 Condiciones térmicas en los edificios derogada por el CTE (véase nota 1071). Concretamente, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 167-168, pone de relieve la aparición de novedosas exigencias, como la de limitación de la demanda energética mejorándose las características térmicas de todo el edificio respecto a la normativa precedente, que las instalaciones de iluminación dispongan de sistemas de control que optimicen la luz natural, y la instalación de paneles solares de baja temperatura para el calentamiento del agua sanitaria y de paneles fotovoltaicos. En la misma línea, OTERO CERREZO, o.c. nota 426, p. 50, señala que este DB representa la mayor novedad, exigiendo un análisis complejo de la envolvente térmica del edificio, suponiendo una mejora los aislamientos térmicos y la introducción, prácticamente obligatoria, de la energía solar y, en determinados edificios, de la fotovoltaica. En parecido sentido puede verse REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, p. 36.

<sup>1131</sup> En cuyo caso, como hemos visto para el resto de DB, deberá seguirse el procedimiento establecido en el artículo 5 de la Parte I del CTE, como permite su apartado III.

<sup>1132</sup> BOE de 13 de abril de 2013. Este RD traspone la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios (DOL de 18 de junio 2010) y deroga (cfr. disp. derogatoria única, apartado 1) el RD 47/2007, de 19 de enero que aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de los edificios de nueva construcción que traspuso la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, de Eficiencia energética de los Edificios, la cual estableció la obligación de poner a disposición de los compradores o usuarios de los edificios un certificado de eficiencia energética.

cuyo art. 1 señala que tiene por objeto el establecimiento de las condiciones técnicas y administrativas para realizar tal certificación, y la metodología de cálculo de su calificación de eficiencia energética, así como la aprobación de la etiqueta de eficiencia energética como distintivo común en todo el territorio nacional, ello con la finalidad de promover la eficiencia energética, mediante la información objetiva que obligatoriamente se habrá de proporcionar a los compradores y usuarios en relación con las características energéticas de los edificios, materializada en forma de un certificado de eficiencia energética que permita valorar y comparar sus prestaciones. Esta etiqueta de eficiencia energética es el distintivo que señala el nivel de calificación de eficiencia energética obtenida por el edificio o unidad del edificio<sup>1133</sup>.

A grandes rasgos, el ámbito de aplicación de este procedimiento, de acuerdo con el art. 2 del RD referido, es el de edificios de nueva construcción y edificios o parte de ellos que se vendan o arrienden durante más de cuatro meses<sup>1134</sup>, con una serie de exclusiones. Se fija el 1 de junio de 2013 como fecha a partir de la cual será obligatorio poner a disposición y entregarles a los compradores o arrendadores el certificado de eficiencia energética<sup>1135</sup>.

En último lugar, el art. 3.1 c) en su apartado cuarto fija como requisitos básicos relativos a la habitabilidad *“otros aspectos funcionales de los*

---

<sup>1133</sup> Cfr. art. 1.3 m).

<sup>1134</sup> Este RD también fija obligaciones para la Administración, puesto que le impone que todos los edificios o partes de aquellos en los que una autoridad pública ocupe una superficie útil total superior a 500 metros cuadrados que sean frecuentados habitualmente por el público deberán disponer del certificado de eficiencia energética (Cfr. disposición transitoria segunda).

<sup>1135</sup> Cfr. disposición transitoria primera del RD. En cuanto a la obligación de entrega, cfr. art. único del RD, que además impone la obligación de exhibirlo. Este certificado se unirá la Libro del Edificio (cfr. art. 5.7 del Procedimiento Básico aprobado por el RD) y tendrá una validez de diez años (art. 11.1 del Procedimiento Básico aprobado por el RD).

Además, deberá incluirse una etiqueta energética en toda oferta, promoción o publicidad dirigida a la venta o el arrendamiento (cfr. art. 12.2 del Procedimiento Básico que aprueba el RD).

*elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio”.*

Resulta, por tanto, la amplitud y la gran indeterminación de este requisito de habitabilidad<sup>1136</sup>, de ahí que se pueda pronosticar que se va a convertir en un cajón de sastre en el que se incluyan aquellos supuestos de dudosa calificación<sup>1137</sup>.

Con carácter general, se coincide en que en este párrafo cuarto del art. 3.1 c) se encuentran las utilidades propias de un edificio<sup>1138</sup>, de ahí que sea decisivo el uso del edificio<sup>1139</sup>. Y precisamente por esta amplia

---

<sup>1136</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 378, ve en este precepto un requisito de habitabilidad de dudosa interpretación, a lo que se une que no están bien delimitados con los elementos de terminación o acabado, puesto que éstos no son definidos por la ley, todo lo cual conlleva que la frontera entre la responsabilidad por defectos de terminación o acabado y por incumplimiento de este requisito sea más que difusa. En análogo sentido, CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, p. 79, destacan la dificultad de determinar cuáles son estos aspectos funcionales, dada la indeterminación de la LOE que en su art. 3 incluye las cuestiones relativas a las dimensiones mínimas en el requisito de funcionalidad y que, sin embargo, considera dentro de la habitabilidad a los aspectos estudiados. También MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 40, destacan el carácter genérico del requisito contemplado en el último párrafo del art. 3.1 c); ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 612, considera que se trata de una declaración abierta, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 188, destaca que contiene este precepto una serie de conceptos jurídicos indeterminados incompatibles con la seguridad jurídica.

<sup>1137</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 612. En línea con el anterior, por GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 113, se destaca que será uno de los preceptos que se aplicará con mayor frecuencia. Véase más opiniones en epígrafe 2.3.2.

<sup>1138</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 378; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.156. O como dice VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 114, aquellos requisitos que deben cumplir los elementos constructivos y las instalaciones para hacerlos útiles, facilitando un uso adecuado, satisfactorio y de pleno rendimiento.

<sup>1139</sup> Así lo considera GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 116. En el mismo sentido, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 614, señala expresamente que se debe tener en cuenta el destino propio del edificio para juzgar cuáles son estos requisitos consistentes en otros aspectos funcionales, esto es, cuáles son los necesarios para permitir un uso adecuado de la edificación según su destino, y que consecuentemente serán mayores en viviendas, por el destino de las mismas consistente en vivir y descansar con seguridad y dignidad e, incluso con cierta comodidad. El autor expone en apoyo que el TS ha tenido en cuenta en aplicación del art. 1.591 del CC el destino del edificio como vivienda, para exigir al mismo su adecuación a dicho destino, citando la sentencia de 30 de septiembre de 1991 (RJ 6075) que relaciona la ruina funcional con el derecho a una vivienda digna del art. 47 del CE. Véase p. siguiente MORENO-TORRES HERRERA.

cobertura, otros autores alaban que la expresión del legislador permite incluir cualquier inadecuación del edificio a su destino<sup>1140</sup>.

De todo lo anterior deriva, como veremos, que se considere cubiertos por esta vía los daños que el Tribunal Supremo incluía en la noción de ruina funcional<sup>1141</sup>.

En cuanto al desarrollo normativo de este requisito básico, el art. 1.3 del CTE lo remite a su normativa específica, respecto de la cual hemos de apuntar que constituye una normativa muy amplia, habida cuenta de que abarcan diversos servicios<sup>1142</sup>.

## **2. Las responsabilidades decenal, trienal y anual previstas en el art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación**

### **2.1 Cuestiones generales.**

#### **2.1.1 El criterio delimitador de las responsabilidades previstas en el art. 17 de la LOE.**

Las responsabilidades derivadas de defectos de la construcción se encuentran reguladas en el art. 17 de la LOE, autotitulado “Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación”, cuyo apartado primero reza:

*“1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:*

---

<sup>1140</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 199-200.

<sup>1141</sup> Véase epígrafe 2.3.3.

<sup>1142</sup> Así lo destaca VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 114, en referencia a la normativa sobre piscinas privadas, ascensores y otros elementos.

*Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.*

*Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.*

*El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año”.*

Como ya vimos<sup>1143</sup>, el art. 17 de la LOE prescinde del concepto de ruina como presupuesto de la responsabilidad, que se funda ahora en los daños materiales producidos en el edificio por vicios o defectos constructivos; y además limita el origen de la responsabilidad a los vicios o defectos constructivos que especifica, los cuales determinaremos en los epígrafes dedicados a las responsabilidades decenal, trienal y anual.

En relación con lo anterior, hemos destacado que, a diferencia del art. 1.591 CC, en el que los tipos de vicios funcionaban como criterios de imputación a los agentes, en la LOE el tipo de vicio delimita el daño<sup>1144</sup>. Así, se destaca que los vicios son utilizados en el art. 17.1 para integrarlos en uno de los tipos de responsabilidades expresados en él<sup>1145</sup>,

---

<sup>1143</sup> Véase pp. 250 y 252.

<sup>1144</sup> Véase p. 253. Constituían los vicios previstos en el art. 1.591 CC, como dice CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 481, “*simplemente descripciones de las distintas conductas contrarias a la lex artis*”.

<sup>1145</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 374, quien señala que dicha delimitación la realizan el origen de los vicios, y eventualmente la localización del daño, sobre lo que entraremos en este epígrafe. En análogo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 101, advierte un cambio en la noción de vicios con respecto al art. 1.591 CC en el que funcionaban como criterios de imputación, mientras que ahora los defectos se conectan con determinados elementos del edificio.



lo que supone un paralelismo con el ordenamiento francés<sup>1146</sup>. Lo que subyace a lo anterior es que los vicios referidos en el art. 1.591 CC eran vicios que apuntaban al responsable de ellos, mientras que los vicios o defectos previstos en el art. 17.1 son neutros en cuanto a imputación se refiere<sup>1147</sup>. No obstante, como veremos, en la responsabilidad anual prevista en el art. 17.1 de la LOE los vicios sí funcionan como criterios de imputación<sup>1148</sup>.

Este cambio en cuanto al enfoque del art. 1.591 CC se ha valorado positivamente porque al establecer la LOE diferentes supuestos de responsabilidad en atención a la parte del edificio en que incida el defecto constructivo, y no en atención a la concreta conducta del agente que lo causa, no se da la difícil prueba del responsable y se permite establecer diferentes plazos de garantía<sup>1149</sup>.

La inspiración francesa que ha tenido la LOE, concretamente en la Ley *Spinetta* de 1978 que modificó el art. 1.792 del *Code*, y que hemos

---

<sup>1146</sup> Nos referimos a MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 101 (nota 166) que se fundamenta en que en el art. 1.792 del *Code* en su nueva redacción dada por la Ley *Spinetta*, aunque menciona los vicios del suelo en la responsabilidad decenal, lo determinante es la producción de daños que comprometan la solidez de la obra o afecten a uno de sus elementos constructivos o de equipamiento o lo hagan impropio para su destino. También se basa en que en la responsabilidad bienal y anual que establece la mencionada ley no se alude en ningún momento al origen de los vicios.

<sup>1147</sup> Como dice CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 481, son vicios que “*afectan siempre a elementos constructivos*”.

<sup>1148</sup> A ello como excepción a la regla se refieren CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 7; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 623; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.597, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 102.

<sup>1149</sup> En tal sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 102-103, argumentando que si se estableciera distintas responsabilidades en atención al agente causante se exigiría al accionante para triunfar determinar el responsable en todo caso, y por otro parte, el atender al criterio al que ha atendido la ley, permite establecer diferentes plazos de responsabilidad, como se ha hecho. En cuanto al primer argumento, observamos que en aplicación del 1.591 del CC, que establece los vicios en atención al responsable de ellos, el TS no exige la prueba de la autoría del responsable para el triunfo de la acción (véase epígrafe 3.1.2 de capítulo VIII); y en cuanto al segundo sí coincidimos con la autora en que el hecho de que se tome en cuenta por la ley los elementos del edificio afectados por el defecto o vicio es lo que permite establecer diferentes plazos.

apuntado en otro lugar<sup>1150</sup>, se ha destacado en la materia objeto de los siguientes epígrafes por lo que es fundamental estudiar aquella<sup>1151</sup>. Sin embargo, la LOE es bastante más restrictiva en la configuración de las responsabilidades o menos protectora<sup>1152</sup>, como se irá contrastando.

Dicho lo anterior, debemos preguntarnos desde una perspectiva general de qué dependen las responsabilidades previstas en el art. 17 de la LOE, materia sobre la que no existe acuerdo.

Concretamente, para un grupo de autores lo importante son los elementos constructivos que se ven afectados por el vicio o por el daño que podrán afectar a elementos estructurales o de otro tipo, según la responsabilidad decenal, trienal o anual ante la que nos hallemos<sup>1153</sup>.

---

<sup>1150</sup> En epígrafe 4 de capítulo II.

<sup>1151</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 480, aunque como él señala, es menos compleja la LOE que el sistema francés.

<sup>1152</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 376, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 104.

<sup>1153</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, pp. 480-481, para quien no importa el origen de los vicios, y extractando ilustrativamente el art. 17.1 destaca que exige en cuanto a la responsabilidad decenal que los vicios afecten a los elementos estructurales, en cuanto a la garantía trienal que ocasione el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad y en la anual que los vicios que afecten a los elementos de terminación o acabado, y define a los vicios como incumplimientos de los estándares de habitabilidad, funcionalidad o seguridad de la construcción; este autor junto GONZÁLEZ CARRASCO y CORDERO LOBATO, o.c. nota 346, p. 427, en análogo sentido se refiere además de a la localización del vicio o defecto y la utilidad menoscabada por él, al tiempo de manifestación de los daños; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 410, p. 11, y o.c. nota 201, p. 387, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, pp. 899 y 963, sostienen que, atendiendo al tenor del art. 17.1, la responsabilidad depende de los elementos de la edificación en que se produzcan los daños, cualquiera que sea su entidad. También para ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 67, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 103, lo importante es el elemento al que afectan los vicios. En este grupo podemos incardinar a COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 579 (nota 55), para el cual la garantía decenal es por vicios que afecten a los elementos estructurales, la garantía trienal se refiere únicamente a los vicios no estructurales en otros elementos constructivos y la anual a los vicios o defectos de ejecución. Para COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 623, el vicio o defecto constructivo, tiene en la LOE una doble función: por un lado la de delimitar y acotar la duración de cada plazo de garantía (lo cual trataremos en epígrafe 1 de capítulo VI), y por otro, determinar qué plazo es el aplicable entre los posibles. En cuanto a este último cometido, para el autor (o.c. nota 164, p. 627), salvo para los defectos de terminación o acabado, se identifica el vicio de acuerdo con dos factores

Otros autores sostienen, sin más, que es la naturaleza o entidad del vicio lo que marca cada una de las responsabilidades<sup>1154</sup>, o la gravedad de los daños o la magnitud del vicio ruinógeno<sup>1155</sup>.

Sin embargo, algún autor ha negado que dependan las responsabilidades de la gravedad del defecto, y se ha acudido en solitario al mayor o menor tiempo en que el daño puede producirse, porque se parte de que la experiencia y la lógica indican que no todos los defectos, aun preexistentes al tiempo de la recepción de la obra, tardan el mismo tiempo en manifestarse<sup>1156</sup>.

Por último, también se han conjugado criterios variados al sostenerse que además de la importancia del vicio para la pervivencia del edificio, se ha tenido en cuenta el tiempo que puede tardar en ser detectado el vicio y el coste de la reparación<sup>1157</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que no podemos establecer un criterio único que determine la inclusión de los supuestos en una de las tres

---

acumulativos: el elemento constructivo en el que se localiza o al que afecta, y la concreta utilidad predicable del edificio que resulta perjudicada por él.

<sup>1154</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 46, quien destaca además que no dependen del daño, dado que se encuentran limitados a los daños materiales en el edificio; VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.384, y SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, pp. 862-863. En parecido sentido, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 47, opina que lo que identifica el daño, y por tanto su inclusión en cada una de las tres responsabilidades, es que hayan sido ocasionados por unos defectos determinados.

<sup>1155</sup> En el primer sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 471 y 492-493, y GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 109. Alude a la magnitud del vicio, REGLERO CAMPOS, L. F., *La prescripción de la acción de reclamación de daños*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 1.225, quien añade que en la responsabilidad decenal están los daños estructurales, en la trienal daños no estructurales, y en la anual daños de terminación o acabado.

<sup>1156</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 193 y 195. Así, señala la autora que los vicios que afecten a elementos estructurales como los soportes o las vigas pueden ser de aparición tardía, pero no ocurre lo mismo cuando los defectos afectan a la red de conducción del agua, el cerramiento de las ventanas, al funcionamiento de las persianas o cuando consisten en un mal aislamiento térmico.

Volveremos sobre esta cuestión a propósito de la función de los plazos de garantía previstos legalmente, en epígrafe 1 de capítulo VI.

<sup>1157</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 127. También destaca el tiempo como criterio de delimitación, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 166.

responsabilidades previstas en el art. 17.1 de la LOE. En primer lugar, como veremos al tratar la responsabilidad decenal, no es determinante el origen del defecto en los elementos estructurales, porque puede encontrarse en otros elementos de diferente tipo; tampoco es siempre decisivo el elemento constructivo al que afecta, porque veremos algún supuesto de responsabilidad decenal en que el vicio no afecta directamente a ningún elemento estructural<sup>1158</sup>, y del mismo modo no será decisivo el elemento afectado en las responsabilidades trienal ni en la anual.

Sin embargo, si de algún criterio podemos predicar una cierta aplicación general es de los efectos del vicio en el edificio, en su seguridad estructural, en su habitabilidad, o en su acabado<sup>1159</sup>. Ahora bien, como tendremos ocasión, en lo referente a las responsabilidades decenal y trienal, no sólo tendrán cabida los efectos del vicio identificables con el menoscabo de esa seguridad estructural y habitabilidad, respectivamente, sino también otros que no se identifican con ello<sup>1160</sup>.

---

<sup>1158</sup> Véase epígrafe 2.2.2, el supuesto de daños por incendio o explosión por defectos en las instalaciones.

<sup>1159</sup> Observamos esta idea en CARRASCO PERERA (véase nota 1153) al referirse a incumplimientos de los estándares de habitabilidad, funcionalidad o seguridad de la construcción; en LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.624, al señalar en cuanto a los plazos de garantía del art. 17, que se establecen *“según la gravedad del vicio o defecto y de su trascendencia para la edificación. Podrían resumirse en: diez años para daños o vicios que afecten a estructura; tres años para vicios o defectos que afecten a condiciones de habitabilidad y un año por vicios o defectos que afecten a la terminación o acabado de la obra...”*; COLINA GAREA (véase nota 1153) al aludir a la concreta utilidad predicable del edificio que resulta perjudicada por el vicio, y en QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, p. 352, cuando señala que la LOE establece las tres responsabilidades *“según que afecten a la seguridad o vicios estructurales, a la habitabilidad, o a la mera terminación”*.

<sup>1160</sup> Véase pp. 253-254, en las que adelantábamos que no es necesario que todo el daño que cause la patología afecte a los requisitos básicos.

### 2.1.2 Los defectos constructivos excluidos del art. 17 de la LOE

Como hemos tenido ocasión de afirmar, no todo daño causado por defectos constructivos es resarcible conforme a la LOE, dado que es necesario que se pueda incluir en alguno de los tres supuestos del art. 17, singularmente que los defectos menoscaben los concretos requisitos básicos de la edificación que regula la LOE en su art. 3<sup>1161</sup>. Por ello, puede haber defectos constructivos que no encuentren cobijo en los referidos supuestos<sup>1162</sup>.

Concretamente, se exige para el nacimiento de la responsabilidad decenal y trienal, que se incumplan los requisitos básicos de la edificación, porque, a pesar de que el art. 17.1 a) al referirse a la responsabilidad decenal no menciona el requisito de la seguridad estructural del primer apartado del art. 3.1 b), el supuesto de hecho de la responsabilidad decenal, como ya veremos, es prácticamente coincidente con el requisito, y porque el art. 17.1 b) que establece la responsabilidad trienal exige el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad del art. 3.1 c)<sup>1163</sup>. Sin embargo, la necesidad de que se vean afectados los requisitos básicos de la edificación tiene una excepción, la de los vicios de

---

<sup>1161</sup> Véase pp. 252-253.

<sup>1162</sup> Ven la posibilidad de daños materiales en el edificio por vicios o defectos que no encajen en ninguna de las tres responsabilidades CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 500, los cuales, como nos ilustra dicho autor, son llamados daños intermedios (*dommages intermédiaires*) por la doctrina francesa; CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 48, quien además no ve ninguna justificación para someterlos a otros regímenes sin las limitaciones de plazos que conlleva el de la LOE. Pone como ejemplos un agrietamiento o desprendimiento de las losetas de una fachada, que ni comprometerán la estabilidad, ni afectarán a la habitabilidad, y menos aún es un simple defecto de terminación o acabado (véase sobre esta cuestión capítulo IX); FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 258 (nota 10), también considera que no todos los defectos de la edificación permiten exigir responsabilidad con base en el art. 17.1; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 104, aprecia por ello una protección de mínimos que según el legislador deben reunir todos los edificios. Véase más opiniones en nota 1170.

<sup>1163</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, p. 16. Sobre la coincidencia de los supuestos de hecho referidos a la responsabilidad decenal y al requisito básico de seguridad estructural también se ha pronunciado la SAP de Asturias de 28 mayo de 2013 (JUR 196741).

terminación o acabado que, como veremos, no afectarán a ningún requisito básico<sup>1164</sup>.

Pero además, no todos los requisitos básicos previstos en el art. 3 de la LOE darán lugar a la responsabilidad establecida en su art. 17, porque este precepto no contempla el incumplimiento de todos ellos<sup>1165</sup>, lo que planteará cuestiones de coordinación que serán tratadas en la parte final de este trabajo porque ni la LOE ni el CTE establecen cuáles son las consecuencias del incumplimiento de los requisitos básicos<sup>1166</sup>.

Conjugando estas dos afirmaciones se obtiene la siguiente conclusión: no todos los daños contemplados en el art. 17 están relacionados con los requisitos básicos de la edificación, ni tampoco todos los requisitos básicos constituyen daño resarcible conforme a dicho precepto<sup>1167</sup>.

Pues bien, debemos determinar los incumplimientos de requisitos básicos del art. 3 de la LOE que están excluidos de las responsabilidades del art. 17. En cuanto a los requisitos básicos relativos a la seguridad regulados en el art. 3.1 b), el art. 17.1 en su apartado a) dedicado a la responsabilidad decenal sólo cubre la seguridad estructural pero no la responsabilidad derivada de la falta de los requisitos relativos a la seguridad de utilización y en caso de incendio de los apartados segundo y tercero del primer precepto, como ha llegado a señalar la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2013 en referencia a los

---

<sup>1164</sup> Nos remitimos al epígrafe 2.4.

<sup>1165</sup> Por todos, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, y CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 92. En esta línea, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 142, destaca que no se responde por la LOE por el solo hecho del incumplimiento de requisitos básicos del art. 3, sino que se responde sólo si determinados defectos del edificio ocasionan determinados daños, que son, como nos dice la autora, los señalados por el art. 17.

<sup>1166</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 18. Así, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 142-143, sostiene que la generación de consecuencias civiles del incumplimiento de dichos requisitos dependerá en ocasiones de la integración de dichos requisitos en la pretensión de cumplimiento correcto del contrato de obra o de compraventa. Sobre esta cuestión véase capítulo IX.

<sup>1167</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 143.

últimos<sup>1168</sup>. Lo anterior ciertamente resulta criticable porque se han incluido otros requisitos básicos no tan importantes<sup>1169</sup>.

Tampoco da lugar a la responsabilidad prevista en el art. 17 de la LOE el incumplimiento de los requisitos de funcionalidad previstos en el art. 3.1 a) de la LOE porque el primer precepto no lo contempla<sup>1170</sup>.

---

<sup>1168</sup> (RJ 2014/1021). La sentencia sostiene los incumplimientos de la normativa anti-incendios no pueden incluirse en el ámbito del art. 17.1 de la LOE. CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 373, destaca que el cúmulo de requisitos del art. 17 es tal, que la LOE no sanciona el riesgo de accidente para las personas o que sean inseguras en caso de incendio, puesto que el apartado la letra a) de su apartado primero sólo sanciona la inseguridad estructural del apartado primero del art. 3.1 b), y la responsabilidad del art. 17.1 b) está limitada a los defectos constructivos que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1 c). También destacan que no están contemplados los requisitos de seguridad en caso de incendio y de utilización, GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 360; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 143; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 104, y MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 72.

Esta seguridad en caso de incendio ya veremos que difiere de los incendios provocados por un vicio constructivo (véase epígrafe 2.2.2).

No obstante, la STS de 5 de mayo de 2014 (RJ 3293) ha incluido los defectos de seguridad en caso de incendio porque en el supuesto de autos comprometían la estabilidad del edificio. Se trataba de un supuesto en que la sentencia de primera instancia había condenado a los técnicos por incumplimiento de la normativa contra incendio, pronunciamiento que fue revocado por la Audiencia Provincial con fundamento en que no se había un daño material y no se comprometía directamente la estabilidad. Señala el TS con revocación de esta última sentencia: *“El supuesto de autos tiene cabida dentro del art. 17.1 LOE dado que afecta a la falta de ignifugación de las vigas y a la falta de compartimentación antiincendios, que como la sentencia recurrida declara probado son vicios o anomalías en elementos estructurales e incluso pueden afectar sensiblemente la estabilidad del edificio. En la sentencia recurrida no se discute la afectación estructural, sino que entiende que los vicios no tienen cabida en el art. 17 LOE, porque los daños materiales no se han manifestado o materializado. Como establece la doctrina, desde el punto de vista objetivo, se define el daño como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o patrimonio. De esta definición podemos deducir que estamos ante daños materiales en cuanto menoscaban esencialmente el patrimonio de los actores, al que someten a un peligro grave, cierto, objetivo y persistente, que afecta a elementos estructurales”*. A esta sentencia formuló voto particular don José Antonio Seijas Quintana al que se adhirió don Antonio Salas Carceller, con fundamento en que la LOE no cubre la seguridad en caso de incendio, sino sólo la seguridad estructural, y que la vulneración de ésta requiere que en caso de incendio se comprometa la estabilidad y resistencia del inmueble.

<sup>1169</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 136, en referencia a la inclusión del requisito básico de ahorro de energía señala: *“Parece así más importante la protección del medio ambiente que la seguridad de las personas”*.

En torno a estas exclusiones, además de razones de literalidad del art. 17 de la LOE, se ha argumentado que el incumplimiento de los requisitos básicos excluidos no provoca daños materiales en el edificio que es a los que se limita la LOE, argumento que no consideramos aplicable a todas ellas<sup>1171</sup>.

Con todo, la exclusión del régimen de la LOE de los referidos incumplimientos de requisitos básicos resulta criticable porque no se compadece con que se consideren todos ellos por el art. 3.1 como requisitos básicos para el bienestar de la sociedad<sup>1172</sup>, ni tampoco con su parte programática en la que se nos dice que responde a la demanda social de calidad, y puede conllevar la ineficacia de la subrogación de los compradores en los derechos que reconoce la LOE si se considera que únicamente se pueden reclamar del vendedor los incumplimientos de los requisitos básicos excluidos<sup>1173</sup>.

---

<sup>1170</sup> En tal sentido pueden verse, entre otros, GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 360; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 373; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 143; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, p. 20; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 98, y MONSERRAT VALERO, o.c. nota 39, p. 72.

<sup>1171</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 24, quien se refiere a la exclusión de un accidente como consecuencia del incumplimiento la normativa de incendios o porque no se establecieron las medidas de seguridad de utilización. Igualmente CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, pp. 20 y 29, fundamenta su exclusión en que difícilmente su incumplimiento puede provocar daños materiales en el edificio. Este autor señala que hay que tener en cuenta que algunos de los requisitos básicos y exigencias básicas no están destinadas a evitar que se produzcan daños materiales en el edificio, poniendo el ejemplo del Documento Básico de Seguridad de Utilización.

Dicho argumento no es predicable con carácter general, concretamente en el supuesto del requisito de seguridad en caso de incendio que también pretende limitar la extensión del incendio dentro del edificio (cfr. art. 3.1 b) 2 LOE). Además, el daño material puede entenderse como la necesidad de invertir costes de reparación en el edificio (véase nota 921, opinión de CARRASCO PERERA sobre esta noción de daño material).

<sup>1172</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 143, quien añade que la exclusión conllevará que la cuestión de si el adquirente tiene derecho a exigir dichos aspectos funcionales, salvo que entren en el apartado cuarto del art. 3.1 c) impidiendo un uso satisfactorio del edificio, va a depender de que ello pueda ser considerado parte integrante del contrato. Véase capítulo IX sobre esta cuestión.

<sup>1173</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 24, quien se refiere al fragmento extractado en la nota 278. Destaca el autor que *“si se entiende que el daño que se ocasiona por el simple incumplimiento de las normas sobre disposición y dimensiones de espacios,*



Al margen de estas críticas algunos autores son contrarios a las exclusiones expresadas puesto que incluyen los incumplimientos del requisito de seguridad en caso de incendio<sup>1174</sup> o además de éstos a los defectos relativos a los requisitos de funcionalidad y de seguridad de utilización que se consideran aspectos funcionales contemplados en el apartado 4 del art. 3.1 c)<sup>1175</sup>. En este sentido han recaído algunos pronunciamientos en la llamada jurisprudencia menor<sup>1176</sup>, aunque deberán ceder en el caso particular del requisito básico de seguridad en caso de incendio ante la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2013.

---

*accesibilidad, seguridad de utilización no genera más acciones que la indemnizatoria o reparadora esencialmente derivada de cumplimiento de contrato, frente al vendedor...haremos ineficaz la subrogación de los sucesivos compradores de los pisos y locales para hacer efectivo un derecho imperativo e irrenunciable, como es el que resulta de la Ley". En el mismo sentido, el autor junto con SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 193.*

<sup>1174</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 109.

<sup>1175</sup> ORTI VALLEJO, nota 4, p. 1.156. Veremos en epígrafe 2.3.2 que gran número de autores se apoya en el apartado cuarto del art. 3.1 c) para incluir los defectos que afecten a los requisitos básicos de funcionalidad.

<sup>1176</sup> Cfr. SAP de Girona de 4 de marzo de 2009 (JUR 396358) que incluye la seguridad de utilización en la responsabilidad trienal y condena al director de obra por defectuosa ejecución de escalera de edificio que pone en riesgo la seguridad de los propietarios. También incluye los defectos que afecten a la seguridad en la utilización la SAP de Castellón de 1 de julio de 2010 (JUR 345719) en referencia a barandilla y piedra de remate de balcón; la SAP de Asturias de 28 mayo de 2013 (JUR 196741), incluye por la vía del art. 3.1 c.4) los incumplimientos de los requisitos básicos de seguridad de utilización y en caso de incendio señalando: "Así pues, si comparamos ambos preceptos, se observa que la redacción del art. 17-1-a resulta plenamente coincidente con la del art. 3-1-b-1, esto es, la seguridad estructural, y que el art. 17-1-b se remite al art. 3-1-c en su integridad. Por tanto, no existe remisión a los apartados b-2 y b-3 del art. 3-1, es decir, seguridad en caso de incendio y seguridad de utilización, supuestos que evidentemente no podrían quedar excluidos de su integración en el art. 17-1. En este sentido, el art. 17-1-a es claro en orden a su coincidencia exclusiva y excluyente con el art. 3-1-b-1, mas por contra el art. 3-1-c, al que se remite como queda dicho el art. 17-1-b, contiene un último apartado (el c-4) en el que podrían integrarse otros casos no señalados específicamente en los apartados anteriores. Por ello, la solución a juicio de este Tribunal sería entender comprendidos en este apartado los supuestos del art. 3-1-b-2 y 3-1-b-3, y por tanto en el art. 17-1-b".

### 2.1.3 La prueba de la inclusión del defecto constructivo en las responsabilidades previstas en el art. 17 de la LOE

Debido a que el art. 17 de la LOE establece distintos plazos de garantía en función del defecto constructivo de que se trate, surge la cuestión de a quién corresponde probar que el defecto reclamado se incardina en una concreta responsabilidad de las previstas y no en otra. Este sistema de responsabilidad triple con diferentes plazos de garantía, y por tanto, no inocuos para el triunfo de las acciones de los demandantes, será fuente de conflictos y habrá de serse preciso<sup>1177</sup>, cosa que no sucedía con el art. 1.591.1 CC, que disponía de un plazo único de garantía.

Pues bien, un nutrido grupo de autores sostiene que la LOE impone al actor la carga probatoria del tipo de defecto quien deberá servirse para tal fin de una prueba pericial, aunque algunos critican lo anterior por ver en

---

<sup>1177</sup> Destacan que en la práctica no será fácil distinguir cuándo estamos ante un tipo de defecto u otro, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 102, y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 206, quien señala que por el diferente plazo se va a originar una importante conflictividad, y que los demandantes intentarán, de modo comprensible, *“de obtener a toda costa la cobertura de la ley aunque para ello sea necesario forzar la interpretación de los distintos apartados del art. 17”*. En parecido sentido, GÁLVEZ CRIADO (véase nota 1180); GONZÁLEZ POVEDA, P., *La jurisprudencia sobre responsabilidad decenal del art. 1591 Cc y la Ley de Ordenación de la Edificación*, en *Jurisprudencia civil (2005-2007): Análisis crítico*, dir. por J. A. XIOL RÍOS, ed. CPGJ, Madrid, 2008, p. 250, destaca que la aplicación de la LOE *“requiere una mayor precisión en la calificación de los vicios o defectos constructivos para su inclusión en uno u otro de los distintos apartados del art. 17.1, que la que exigía la interpretación jurisprudencial del artículo 1591 del Código Civil en el que el tratamiento jurídico de la “ruina física” y de la “ruina funcional” era el mismo”*. MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, pp. 475-476, señala que es imprescindible que se hile fino, porque de lo contrario, el coste del seguro y el precio de la vivienda aumentarían. Véase nota 1136, CORDERO LOBATO, refiriéndose particularmente a la difícil distinción entre la responsabilidad anual y la trienal por incumplimiento de los otros aspectos funcionales del art. 3.1 c), apartado cuarto.

Sin embargo, por otros la misma realidad ha sido vista desde la perspectiva de la seguridad jurídica que genera la fijación legal de las distintas responsabilidades al determinarse sus supuestos. Nos referimos a SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, pp. 128 y 134; y a MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 100.

ello una confrontación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sólo exigía al perjudicado la prueba del daño como ya hemos visto<sup>1178</sup>.

Otros autores consideran que los agentes pechan con la carga de probar la causa del daño si se quieren exonerar, mientras que los accionantes solo deben probar el daño, pero no su causa, esto es, el vicio que lo ha originado, siendo los tribunales los que calificarán el defecto<sup>1179</sup>. Se sostiene que a falta de reglas sigue siendo aplicable la referida jurisprudencia que sólo exigía la prueba del daño, y que ello viene

---

<sup>1178</sup> Véase epígrafe 3.1 de capítulo IV, particularmente nota 968 en la que extractamos diversas SSTs recaídas en aplicación del art. 1.591 CC y que aludían además al mantenimiento de tal presunción en la LOE. Sostienen la carga de la prueba del actor, MORERA I PÉREZ, J., *La responsabilidad civil decenal en el anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación*, La Ley 3 (1999), p. 2.125, la LOE exige al perjudicado que investigue cuál es la causa de los daños para comprobar si tiene acción o no, lo cual supone para el autor la introducción de un elemento de inseguridad en contra del perjudicado; en idéntico sentido LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.624; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.439, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 95. Igualmente, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 47, quien ve que ello choca con la jurisprudencia del TS que hemos visto que sólo exigía probar el hecho de la ruina, sin demostrar la causa, puesto que el agente demandado tenía que demostrar que el vicio no le era imputable a él. También puede verse BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 80, quien destaca la dificultad que entraña determinar la causa de los daños para quien no es perito, y SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 858, para el que la prueba de la calificación del daño corresponde al que lo alega. En el mismo sentido, y exponiendo por ello la necesidad de una prueba pericial pueden verse, RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 57, para quien además de la naturaleza y causa de los daños, ha de probarse la fecha de aparición, por lo que en la mayoría de los casos habrán los accionantes que costear un informe pericial; y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 617-618, para quien dado que no se podrá normalmente determinar la causa sin un estudio mínimo, será necesario un informe pericial.

<sup>1179</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 205-207. Sin embargo, tratándose de la responsabilidad decenal, dado que dicha autora, como veremos (véase epígrafe 2.2.2) no sólo incluye en ella los daños aparecidos en los elementos estructurales, sino también los que tengan su origen en tales elementos que impidan un uso satisfactorio del inmueble, considera que es necesario probar que la causa de dichos daños está en los elementos estructurales. También alude la autora a que los demandantes, debido al mayor plazo y a la limitación del seguro obligatorio a la responsabilidad decenal, intentarán obtener la protección decenal, aunque advirtiendo que la calificación habrá de hacerse con respeto a la ley exigiendo que los tribunales interpreten rigurosamente cada una de las clases de defectos.

refrendado por el art. 17.3 de la LOE que impone la condena solidaria cuando no se averigüe la causa de los daños<sup>1180</sup>.

No coincidimos con esta derivación de la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo porque no se planteaba la necesidad que se plantea en la LOE puesto que en el art. 1.591 CC sólo existe un plazo de garantía. Además, si vamos al fondo de la cuestión, dado que la determinación de las concretas responsabilidades, como hemos sostenido dos epígrafes atrás, va a depender de cómo afecta el vicio constructivo al edificio, el objeto de la prueba estudiada se encuentra más próximo a los efectos del vicio que a éste en sí<sup>1181</sup>. En relación con ello, también hemos señalado que los vicios o defectos que contempla el art. 17 ya no funcionan como criterios de imputación, como hacían en el art. 1.591.1 CC.

Además, consideramos que no se puede derivar de la responsabilidad solidaria del daño de causa desconocida del art. 17.3 de la LOE que los actores no deban probar el tipo de defecto que sufre el edificio porque este precepto resuelve un problema de determinación del agente responsable, y no es lo mismo no poderse determinar el responsable de un defecto que no poderse determinar ante qué defecto estamos, esto es, si afecta a la seguridad estructural, a la habitabilidad o al acabado<sup>1182</sup>.

---

<sup>1180</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 430. También parte de la falta de norma expresa, GÁLVEZ CRIADO, A., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002, pp. 111-112, para sostener de conformidad con las normas generales sobre la carga de la prueba del art. 217 de la LEC que al demandante sólo le corresponde acreditar el daño y a los demandados el tipo de daño, fundamentándose además el autor en la mayor facilidad probatoria del demandado por su profesionalidad.

<sup>1181</sup> Ya veremos al tratar la responsabilidad decenal (véase epígrafe 2.2.2) que se exige el compromiso de la estabilidad y resistencia mecánica, y no necesariamente el origen en elementos estructurales; y en la responsabilidad trienal que se precisa el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad (véase epígrafe 2.3.2). En cambio la responsabilidad anual, si mira a un vicio concreto (véase epígrafe 2.4) aunque en teoría es de fácil constatación.

<sup>1182</sup> V.g. humedades en una vivienda, en cuyo caso el actor deberán probar que las mismas afectan a la habitabilidad de la misma, pero sin embargo, puede no poder probar a qué agente de la edificación se deben las mismas, como también en el caso de un desprendimiento de pavimentos. Lo mismo cabe decir de un supuesto en el que se produzcan daños en elementos estructurales, en cuyo caso habrá de probarse

Lo dicho no quita que, por facilidad probatoria y defensa de la parte más débil, opinemos que los Tribunales puedan tender en la práctica a flexibilizar tal exigencia, trasladándola en mayor o menor medida a los agentes de la edificación.

Relacionado con esta temática, ya determinaremos a quién se le atribuye el deber de probar que el daño ha tenido lugar dentro del plazo de garantía<sup>1183</sup>.

## 2.2 La responsabilidad decenal

### 2.2.1 El compromiso de la estabilidad y resistencia mecánica del edificio como requisito de la responsabilidad decenal

Esta responsabilidad decenal se establece en la letra a) del art. 17.1 que viene a señalar, en su lectura integrada con su párrafo inicial, que los agentes de la edificación responderán durante diez años de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

Lo primero que salta a la vista de este artículo es que se trata de los defectos más graves que puede padecer un edificio al afectar a la esencia misma de la edificación (su solidez, seguridad, estabilidad) y no a su mera funcionalidad<sup>1184</sup>.

---

para incluirse en la responsabilidad decenal que se compromete la estabilidad y resistencia mecánica del edificio.

<sup>1183</sup> Véase epígrafe 4 de capítulo VI.

<sup>1184</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 496. Por todos, destacan que estamos ante los defectos más graves, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 387; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 599; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 118, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 215, para el que *“Esta garantía se aplicará de modo restringido a aquellos supuestos muy graves en los que se haya producido el desplome total o parcial de la vivienda o cuando los daños, por afectar a elementos estructurales, supongan un eminente peligro de derrumbe”*.

Resulta del precepto que no es suficiente para que surja la responsabilidad que el vicio o defecto afecte “a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales”, sino que además es necesario que el vicio o defecto comprometa directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio<sup>1185</sup>, requisito que define esta responsabilidad<sup>1186</sup> dado que un vicio o defecto puede afectar a un elemento estructural de muy diversas formas.

Por ello, un defecto estructural que no suponga este compromiso directo de la estabilidad y resistencia mecánica no será resarcible, salvo

---

<sup>1185</sup> Entre innumerables: FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 86 (véase propuesta del autor en nota 1192); CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 481; el mismo autor junto con GONZÁLEZ CARRASCO y CORDERO LOBATO, o.c. nota 346, p. 428; Díez-PICAZO, o.c. nota 4, p. 388; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2316; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 334; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 358; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 425; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 27; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 68, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 121, COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 580 y 589; LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2679; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 213; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 110; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 176; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1153-1154; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 490; SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 129; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 599.

En este sentido puede verse la SAP de Madrid de 20 de junio de 2012 (JUR 261436): “Además, la localización del vicio o defecto en un elemento estructural y el compromiso de estabilidad son requisitos cumulativos para que haya lugar a responsabilidad ex art. 17.1 a): es decir, no están sujetos al régimen del art. 17.1 a), sin perjuicio de que puedan estarlo al del art. 17.1 b), aquellos daños por defectos que afectan a elementos estructurales si los mismos no llegan a comprometer la estabilidad del inmueble”.

Esta exigencia adicional no constaba claramente en el art. 17.1 a) de Proyecto de Ley, núm. 163-1, de 15 de marzo de 1999 dado que no figuraba la cópula “y”, sino que se señalaba, después del fragmento extractado arriba “que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio”, sin anteponerse la conjunción “y”. Sería introducida esta nueva redacción por la enmienda nº 167 del Grupo Parlamentario Popular (BOCG, Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo 1999). Destacan esta falta de claridad, entre otros, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 376; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 425, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 491.

<sup>1186</sup> Díez-PICAZO, o.c. nota 4, p. 388, señala que la exigencia del compromiso es lo que permite definir los defectos estructurales; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 108, observa que esta exigencia “es la que dota al defecto de la gravedad suficiente para justificar la amplitud del plazo de garantía...”; también para ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 600-601, quien destaca que se debe al propósito de incluir sólo en esta garantía a “los vicios o defectos de cierta entidad que afecten a los elementos más esenciales de una edificación”.

que pueda ser incluido en los otros supuestos de responsabilidad trienal o anual de la LOE<sup>1187</sup>.

Se ha destacado que este requisito adicional de compromiso denota la intención del legislador de excluir de este plazo decenal la llamada ruina funcional<sup>1188</sup>, y particularmente que la LOE exige que se comprometa la estabilidad y resistencia mecánica del edificio no de cualquier forma sino directamente<sup>1189</sup>. Dentro de los defectos constitutivos de esta ruina funcional se ha puesto especial atención en el de las fisuras y grietas las cuales ahora deberán cumplir tal requisito de compromiso para quedar sujetas a la responsabilidad decenal<sup>1190</sup>.

---

<sup>1187</sup> Por todos CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 376; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 578, refiriéndose a que no serán resarcibles salvo que conlleven el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1 c) de la LOE, y LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2.679, añadiendo este último además la posibilidad de que entren en la responsabilidad anual.

Cfr. SAP de Pontevedra de 8 de julio de 2013 (JUR 267960) que señaló en un supuesto de humedades y filtraciones a través de un muro del edificio: *“Aun cuando este muro es un elemento estructural, tal y como afirma el perito Don Joaquín en su informe, sin embargo no consta que los vicios o defectos que presenta el mismo comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, sino que las deficiencias detectadas afectan a la habitabilidad al referirse a condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio (en los términos del art.3-1- c LOE)”*.

<sup>1188</sup> En tal sentido, pueden verse MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2316; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 590. CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 481, observa que la voluntad del legislador español es inequívoca en el sentido de que los defectos o impropiedades funcionales que comprometan el destino convenido de la obra no darán lugar a la responsabilidad ni a aseguramiento decenal. Sin embargo, el autor añade que habrá que estar a lo que diga la jurisprudencia, que sospecha no será favorable a los intereses de los aseguradores; También CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 496, considera clara la voluntad de limitarse esta garantía a daños que presentan un gravedad real, aunque siguiendo a doctrina francesa, observa que se deja gran libertad de apreciación a los jueces.

Véase más opiniones en el mismo sentido sobre la exclusión de los supuestos de ruina funcional de esta responsabilidad decenal en epígrafe 2.3.3.

<sup>1189</sup> TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 46.

<sup>1190</sup> ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 213, señala si una fisura no compromete la estabilidad habría que acudir a la responsabilidad anual; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 108, destaca que si no se exigiría el requisito del compromiso de la estabilidad se incluiría en esta garantía las fisuras o grietas en el hormigón armado; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 179, sostiene por la exigencia de compromiso de estabilidad que conlleva esta responsabilidad, que las fisuras en la tabiquería raras

Con todo lo anterior se observa lo afirmado en el epígrafe introductorio acerca de que la inclusión de un defecto en una responsabilidad u otra va a depender del modo en el que incida en el edificio: de los efectos del vicio en el edificio, en este caso en su seguridad estructural. Pero, como igualmente hemos sostenido allí, no todo el daño ha de afectar al requisito básico objeto de tutela, en este caso el de seguridad estructural, por lo que, por ejemplo, un defecto estructural puede provocar una fisura que no afecta a ella, pero que deriva de él<sup>1191</sup>.

---

veces entrarán en ella. Ya comprobaremos que otros autores en cambio las sitúan en la responsabilidad trienal (véase nota 1289).

No obstante lo anterior, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 496, sostiene que tendrán cabida las fisuras que hiciesen la obra más vulnerable con la acción del tiempo. Contrario es el planteamiento de la SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2013 (JUR 166162): *“En definitiva, si bien es cierto que las patologías referentes a fisuras de la fachada y cubierta, así como los daños constatados en la tribuna de la finca, podrían llegar a comprometer la estructura del edificio si no se actúa para su reparación, no puede desconocerse que las mismas no afectan a la estructura de la finca sino que más bien integran un defecto que afecta a la habitabilidad del edificio a que se refiere el apartado 1, letra c) del artículo 3 de la LOE, y por esta razón, el plazo de garantía será el de tres años regulado en el apartado d) del párrafo primero del artículo 17 del mismo texto legal”*.

<sup>1191</sup>A favor de esta interpretación, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 102, señala en referencia a que los vicios causen daños en elementos diferentes a los estructurales *“aunque no sean daños en elementos estructurales, se han producido a consecuencia un vicio en los mismos”*; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 387 y 388, sostiene que en el caso de que los vicios de los elementos estructurales causen daños en los elementos constructivos e instalaciones objeto de la responsabilidad trienal, y los daños aparezcan transcurrido el plazo de tres años de garantía, será aplicable el plazo de garantía decenal de la letra a) del art. 17.1 *“al tratarse de daños colaterales de los referidos en esta letra y que traen causa directa de esos vicios o defectos afectantes a los elementos estructurales de la edificación”*; igualmente SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 964, incluye en la garantía decenal el daño que provoque un vicio o defecto de los elementos estructurales en los elementos constructivos e instalaciones del art. 17.1 b), aunque aparezcan más allá del plazo de garantía trienal, puesto que aunque una interpretación literal del art. 17.1 conllevaría excluirlos, ello sería contrario a la finalidad perseguida por la ley; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 493, parecen defender que no todo el daño ha de afectar a la estructura, dado que ponen como ejemplo de vicios o defectos estructurales el consistente en *“grietas en los muros de cerramiento exterior del edificio, por una deficiente puesta en obra de las cargas, y consecuentes humedades en dichos muros de cerramiento”*.

En contra de esta interpretación, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 375-376, considera excluidos los daños no cubiertos consecuencia de otros daños sí cubiertos, poniendo el ejemplo de una fisura que preconiza un defecto estructural y además genera un defecto antiestético en el edificio.



El carácter riguroso que se observa en la responsabilidad estudiada ha llevado a algunos autores a suavizar sus requisitos proponiendo interpretaciones que apreciamos contrarias al tenor de la norma, como son las de proponer que sean disyuntivos<sup>1192</sup>, o que, por la limitación de la responsabilidad trienal a determinados requisitos de habitabilidad y de la anual a los vicios de terminación o acabado, se deba incluir en la estudiada los vicios graves constitutivos de la ruina funcional o que limiten el uso previsto<sup>1193</sup>. También observamos contrario a la LOE que se sostenga que el requisito de compromiso sólo es exigible a los daños causados en los elementos estructurales y que no lo sea a los daños provocados en otros elementos derivados de vicios radicados en aquéllos para los que se considera que bastará que ocasionen daños indirectos que repercutan en el uso satisfactorio del inmueble<sup>1194</sup>.

Otras opiniones, en nuestra opinión más ajustadas al tenor de la LOE, juegan con el elemento temporal consistente en el momento de la producción del compromiso, sin requerir un compromiso inmediato de la estabilidad y resistencia mecánica<sup>1195</sup>, cuestión sobre la que volveremos al estudiar los plazos de garantía<sup>1196</sup>.

---

<sup>1192</sup> Es el caso de FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 86, quien debido a que la doble exigencia conllevará que esta responsabilidad será difícil que se dé en la práctica, propone que la exigencia sea disyuntiva y no acumulativa.

<sup>1193</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.316.

<sup>1194</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 197-199. Atender una interpretación exclusivamente literal supondría para la autora que los agentes sólo respondieran de los defectos que, cuando menos, supongan un riesgo futuro de inestabilidad o falta de resistencia de la edificación, lo cual considera que no responde al propósito del legislador. Además, señala que ello se ve agravado porque en tal caso no todos los defectos podrían quedar subsumidos en la garantía por defectos de habitabilidad, refiriéndose, a mayor abundamiento, a que en su plazo trienal difícilmente encajarían por ser defectos de aparición tardía. No obstante, aclara la autora que no se sostiene que se incluyan en esta responsabilidad decenal cualquier vicio grave que no entré en la responsabilidad trienal, sino que un defecto en un elemento estructural requerirá el compromiso referido, u ocasionar daños indirectos que repercutan en el uso satisfactorio, aludiendo expresamente a la opinión en sentido contrario de MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (véase nota anterior).

<sup>1195</sup> Nos referimos a ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 599-601, para quien en la mayoría de las ocasiones queda comprometida la estabilidad por el solo hecho de verse afectados por vicios o defectos los elementos estructurales. Por ello, para el

En cuanto al Derecho comparado, en el Derecho italiano también se cubre el compromiso de estabilidad del edificio con plazo decenal al sancionarse por el art. 1.669 del Codice italiano, además de la ruina total o parcial, el “*evidente pericolo di rovina*”<sup>1197</sup>. Pero en este plazo decenal, como dispone tal precepto, también tienen cabida los defectos graves<sup>1198</sup>.

A pesar de la inspiración francesa, la responsabilidad decenal del art. 17.1 de la LOE es más restrictiva que la prevista en el ordenamiento francés puesto que el art. 1.792 del *Code* engloba en ella no sólo los daños que comprometan la estabilidad del edificio, sino también los defectos que afecten sus elementos estructurales o instalaciones y que lo hacen impropio para su destino<sup>1199</sup>. Además, de acuerdo con el art. 1.792-2 también serán objeto de esta garantía los daños que afecten a la solidez de los elementos de equipamiento cuando éstos formen un cuerpo

---

autor se cubrirán por esta responsabilidad aquellos defectos que afecten a los elementos estructurales aunque no hayan comprometido la estabilidad y resistencia mecánica de modo inmediato o actual, siendo suficiente que se sepa que la resistencia y estabilidad va a quedar comprometida si no se reparan. Además, apunta el autor que si se exigiera que la estabilidad y resistencia mecánica quede comprometida de modo actual, también se exigirá que esté en la misma situación la de los ocupantes del edificio, lo cual no es conforme con el propósito de proteger, y concluye que esta interpretación sería algo parecido a lo ocurrido con el art. 1.591 que a pesar de señalar “se arruinase” la jurisprudencia desde siempre interpretó que no era necesario la ruina actual sino la potencial.

<sup>1196</sup> Véase epígrafe 4 de capítulo VI.

<sup>1197</sup> En tal sentido pueden verse CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 377, y también MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 106.

<sup>1198</sup> Defectos graves que no incluyen solamente aquellos que afectan a los elementos esenciales de la construcción y comprometen su estabilidad, como señala, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 106, citando doctrina italiana.

<sup>1199</sup> Cfr. art. 1.792. En tal sentido, puede verse CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 485; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 118, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 179. Además, como señala el referido precepto, estos defectos que hagan al edificio impropio para su destino pueden ser referidos a un elemento de equipo, siempre que tengan el efecto de hacer impropio para su destino al edificio en su conjunto y no sólo al elemento de que se trate. Dispone dicho artículo, según la traducción que nos ofrece la MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (o.c. nota 1, p. 117): “*Todo constructor de una obra es responsable de pleno derecho, frente al propietario o adquirente de la obra, de los daños, incluso si resultan de un vicio del suelo, que comprometen la solidez de la obra o que afectándola en uno de sus elementos constitutivos o en uno de los elementos de equipamiento, la hacen impropia para su destino*”.

indisociable con las obras de viabilidad, cimientos, estructura, de cerramientos o de cubierta, lo cual ocurrirá, según tal precepto, cuando su desmontaje o sustitución no pueda efectuarse sin deterioro o desprendimiento de material de la obra<sup>1200</sup>. No obstante esta mayor extensión de la responsabilidad decenal en Francia, ante todo debe tratarse de daños que presenten gravedad porque una interpretación amplia de los supuestos en que la obra se convierta en impropia para su destino vaciaría de contenido la garantía bienal prevista en dicho país<sup>1201</sup>, y que analizaremos también.

### **2.2.2 El requisito de que los vicios o defectos afecten a elementos estructurales del edificio**

Analizado el requisito de compromiso de la estabilidad y resistencia mecánica del edificio, procedamos ahora a hacer lo propio con el formulado en la primera proposición del art. 17.1 a) de la LOE consistente en que se responde *“de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales”*.

En primer lugar, debemos señalar que no se exige que el vicio o defecto tenga origen en los elementos estructurales o, dicho de otra forma,

---

<sup>1200</sup> Además de la literalidad del precepto, en tal sentido pueden verse CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 485-486, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 117. Dispone tal precepto: *“La presunción de responsabilidad establecida por el artículo 1792 se extiende igualmente a los daños que afectan a la solidez de los elementos del equipamiento de una obra, pero sólo cuando éstos forman indisociablemente un cuerpo con las obras de viabilidad, de cimentación, de estructura, de cerramiento o de cubierta. Se considera que un elemento de equipamiento forma indisociablemente un cuerpo con una de las obras de viabilidad, de cimentación, de estructura, de cerramiento o de cubierta cuando su desmontaje o su sustitución no pueden realizarse sin deterioro o retirada de material de la obra.”*

<sup>1201</sup> En tal sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 106, citando a autores franceses. Al respecto puede verse también MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 116-117, que cita sentencias de la Corte de Casación francesa que frenaron esta expansión de la garantía decenal a partir de 1996, puesto que se estaba convirtiendo la garantía decenal, en palabras de la autora, en prácticamente una responsabilidad sin falta, ello motivado por las redacciones distintas de los art. 1.792 y 1.792-2.

que se haya cometido en su construcción, porque el precepto sólo requiere que afecte a aquéllos sin limitar su origen. Por tanto, se incluyen los vicios que afecten a los elementos estructurales aunque tengan su origen en otras partes del edificio<sup>1202</sup>.

Además, estos vicios o defectos pueden proceder no sólo de otros elementos constructivos del edificio diferente a los estructurales, sino también de sus instalaciones, a lo que apoya la noción general de edificio que se contempla en el art. 2 que las incluye<sup>1203</sup>, y el art. 19.9 g) que sitúa en la cobertura del seguro decenal los daños por incendio o explosión causados por vicios o defectos de las instalaciones del edificio<sup>1204</sup>.

---

<sup>1202</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 15, para quien lo que califica a estos defectos es su condición de estructurales, de manera que su origen remoto resulta intrascendente en orden a su calificación; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 495, para quien son vicios que afectan a la estructura; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, pp. 425 y 426, a quien le parece claro que la resistencia mecánica y estabilidad pueden quedar comprometidas tanto por un defecto de la propia estructura como por un daño con origen en otros elementos, al ser lo relevante no el defecto en sí, sino su efectos sobre aquélla, haciendo referencia a que lo indican expresamente los art. 3.1 b), 17.1 a) y 19.1 c), sobre cuyas redacciones entraremos más abajo; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 376, aprecia que no es necesario que el vicio o defecto tenga su origen en estos elementos estructurales, sino que el mismo, cualquiera que sea su origen, afecte a dichos elementos y comprometa directamente la estabilidad; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 428; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 344, a la hora de tratar este requisito sólo señala que los vicios o defectos origen de los daños materiales han de afectar a estos elementos, sin exigir expresamente que estén localizados en ellos; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.154, quien pone el énfasis en que será suficiente que el defecto comprometa. También podemos citar a MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 115 y 120, para quien da igual la procedencia de los vicios o defectos, siendo lo importante que afecten a los elementos estructurales, y COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 580 y 587.

Cfr. SAP de Madrid de 20 de junio de 2012 (JUR 261436) que señala: “*No exige la norma que el vicio o defecto de los elementos estructurales tenga su origen en los mismos, basta con que los afecte ...*”.

<sup>1203</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 107, quien incluye el vicio en los elementos de equipo que afecten a los elementos estructurales, y señala que no se generará el problema que se genera en el Derecho francés en el que se exige que el elemento de equipo constituya un elemento indisociable con las obras, puesto que el art. 2 de la LOE los incluye en la noción de edificio, con independencia de que sean indisociables o no del edificio en sentido estricto. Sobre la inclusión en art. 2 de la LOE de los elementos accesorios de la edificación véase epígrafe 7.5 de capítulo II.

<sup>1204</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 481, y a COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 588. Sin embargo, no coincidimos con MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, p. 480, y

Con todo lo anterior vemos lo que apuntamos acerca de que lo importante es el efecto del vicio en el edificio<sup>1205</sup>, y que en su dimensión negativa conllevará la exclusión de esta garantía decenal de los defectos con origen en los elementos accesorios del edificio que sólo afecten a ellos y no a los elementos estructurales<sup>1206</sup>.

No es obstáculo a las conclusiones anteriores que los art. 3.1 b), 17.1 a) y 19.1 c) de la LOE presenten una discordancia de redacciones, concretamente que mientras los art. 3.1 b)<sup>1207</sup> y 19.1 c)<sup>1208</sup> contemplen los vicios o defectos que tengan su origen o afecten a los elementos estructurales, el art. 17.1 a) tan sólo incluya a los vicios o defectos que afecten a dichos elementos, puesto que se considera que lo relevante es esta afectación.

---

COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 588, quienes consideran un sinsentido excluir de la responsabilidad a los daños que afecten a los elementos estructurales con origen en otros elementos porque entonces habría seguro sin responsabilidad, puesto que el art. 19.1 c) para la cobertura del seguro decenal requiere además que se comprometa la estabilidad y resistencia del edificio con lo que no habrá defectos cubiertos por él que no afecten a la estructura que es de la que dependen la estabilidad y resistencia.

<sup>1205</sup> Véase epígrafe 2.1.1. Con un ejemplo lo veremos claro. Pensemos en un defectuoso revestimiento de un edificio situado en primera línea costera que sufre tales daños en su fachada que han llegado a afectar a las vigas de la estructura. En este supuesto no hay defecto o vicio constructivo en los elementos estructurales, concretamente en las vigas, las cuales se han ejecutado correctamente, sino un defecto en el revestimiento que ha hecho que éste no cumpla su función y queden al descubierto aquéllas corroyéndose. No obstante, no dejamos de reconocer que en este supuesto puede plantearse un problema de reparación intempestativa, como se planteó en la SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2013 (JUR 166162) en un supuesto de defectos consistentes en humedades que habían llegado a provocar oxidación en la estructura.

<sup>1206</sup> Excluyen estos defectos, COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 581, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 107.

<sup>1207</sup> Que dispone: *“Seguridad estructural, de tal forma que no se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio”*.

<sup>1208</sup> Que establece que el seguro decenal tendrá por objeto garantizar: *“...el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio”*.

En apoyo de ello algunos autores han destacado que estas diferentes redacciones obedecen a un error del legislador que únicamente plasmó una enmienda admitida en la redacción del art. 17 y no en los otros dos preceptos<sup>1209</sup>. Además, se ha argumentado que en realidad la inclusión de defectos con origen en los elementos estructurales no añade nada porque es imposible que un daño tenga su origen en la estructura sin afectarle<sup>1210</sup>, aunque también se ha sostenido que es evidente que están sometidos los defectos con origen en los elementos estructurales y que afectarán de una forma u otra a dichos elementos<sup>1211</sup>.

Disentimos de esto último, esto es, de que los defectos con origen en la estructura le afecten necesariamente, porque habrá de tenerse en cuenta el requisito de compromiso de la estabilidad del edificio analizado

---

<sup>1209</sup> MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, pp. 480 y 481, quien le da prevalencia a la redacción del art. 17, y al cual sigue COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 587. Para estos autores las diferencias de redacción se deben a que hubo una enmienda durante la tramitación parlamentaria que pretendía suprimir la expresión tengan su origen del art. 17.1 a) [puesto que el proyecto establecía que *“se respondía de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales...”*. (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-1, 15 de marzo de 1999.)] y que por error se limitó a dicho artículo con olvido de los otros dos. COLINA GAREA se refiere a la enmienda núm. 154 que fue presentada como dice su texto: *“a los efectos de suprimir la frase «Tengan su origen» en el epígrafe a) del artículo 17.1. JUSTIFICACIÓN Se propone suprimir esta frase para que las responsabilidades, fijadas durante el plazo de diez años, sean realmente exigidas por vicios que afecten a los cimientos, soportes, vigas, y para evitar que la aparición de cualquier deficiencia cuyo origen se desconozca o no se pueda determinar las causas, se incluyan en este plazo, dejando sin efecto los otros plazos fijados por la Ley”*. (BOCG, Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, 21 de mayo de 1999).

También explican esta divergencia a partir de un descuido del legislador, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 120-121, y JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 27, quien le da prevalencia a la redacción del art. 17 sobre el art. 19, por considerarlo en cierta medida accesorio, al establecer el sistema de aseguramiento de las responsabilidades previstas en el primero.

<sup>1210</sup> Así se pronuncia MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, p. 481. Igualmente para COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 587 y 588, quien añade que tal reiteración sólo podría evitarse mediante la interpretación absurda de incluir en esta responsabilidad vicios con origen en estos elementos que afecten únicamente al resto de los elementos del edificio.

<sup>1211</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 602 (nota 1248).

en el epígrafe anterior<sup>1212</sup>. Consideramos que lo importante es la afectación de los elementos estructurales porque se nos antoja bastante difícil la existencia de un defecto que comprometa directamente la estabilidad del edificio y no afecte a sus elementos estructurales, que son de los que depende precisamente aquella<sup>1213</sup>.

Este requisito adicional de compromiso de la estabilidad excluirá en la práctica defectos con origen en los elementos estructurales que a la vez no los afecten, con lo que se salvaguardará la función de esta responsabilidad decenal<sup>1214</sup>. Y a la inversa, hace coherente que el 19.9 g) otorgue la cobertura del seguro decenal a los casos en que se comprometa la estabilidad y resistencia por un incendio o explosión provocado por un defecto en las instalaciones, por ejemplo, de las instalaciones eléctricas, los cuales también quedarán cubiertos por esta responsabilidad decenal puesto que de lo contrario no tendría sentido su aseguramiento<sup>1215</sup>. En relación con lo anterior, aunque ya hemos visto que no se cubre por la responsabilidad decenal el incumplimiento de los

---

<sup>1212</sup> Ciertamente, los defectos con origen en los elementos estructurales afectarán de una u otra forma a ellos, pero a la ley no le es indiferente la forma en que le afecten, puesto que exige el compromiso de estabilidad. Pensemos en que al construir un edificio las columnas del garaje no se han terminado adecuadamente en su superficie presentando rugosidades. En este caso resulta patente que el defecto afecta a un elemento estructural, pero no a su función, y menos aún conlleva un compromiso de la estabilidad y resistencia del edificio.

<sup>1213</sup> En este punto conviene citar a GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 361, para quien no será posible un defecto desencadenante de daños que comprometan directamente la resistencia mecánica sin afectar también a la estructura; en idéntico sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 120.

<sup>1214</sup> Esta inclusión de daños que afecten a elementos estructurales que tengan origen en otras partes del edificio no conlleva una desnaturalización de la responsabilidad decenal, porque como bien ha destacado MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 108, no deja de corresponderse con el objetivo de la responsabilidad decenal al ser necesario que concurra el requisito de compromiso de la estabilidad y resistencia mecánica, con lo que se está limitando la garantía decenal a casos con la gravedad suficiente para justificar el plazo decenal de garantía.

<sup>1215</sup> Así lo destaca COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 580-581. También incluyen estos daños CARRASCO PERERA (véase nota 1204), y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.154. No obstante, este último autor no exige que se produzca el incendio o explosión, sino que los defectos existentes sean susceptibles de generar tales eventos, lo que se explica porque el autor incluye en esta responsabilidad los incumplimientos de la seguridad en caso de incendio establecida en el art. 3.1 b) 2.

requisitos básicos de seguridad en caso de incendio<sup>1216</sup>, consideramos que si las consecuencias de un incendio causado por defectos o vicios en las instalaciones son agravadas porque el edificio no cumple con las exigencias básicas del art. 3.1 b) 2 para limitar su extensión o para permitir la pronta actuación de los bomberos, debería resarcirse íntegramente el daño causado al edificio<sup>1217</sup>.

A pesar de esta opinión mayoritaria que exige la afectación de los elementos estructurales, alguna autora incluye en esta responsabilidad decenal los defectos que tengan origen en los elementos estructurales sin requerir su afectación porque se defiende que entrarán en ella tanto el daño manifestado en los elementos estructurales como el que tenga su origen en un vicio de uno de dichos elementos<sup>1218</sup>. Aunque vemos loable que esto permite abarcar daños que por problemas de plazo quedarían sin cobertura<sup>1219</sup>, choca con la exigencia del compromiso de la estabilidad y resistencia mecánica como requisito clave para que surja la responsabilidad decenal, y que además permitirá, según nuestro

---

<sup>1216</sup> Véase epígrafe 2.1.2.

<sup>1217</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.154, en contra de la opinión mayoritaria (véase epígrafe 2.1.2) incluye con carácter general el defecto relativo a la seguridad en caso de incendio, por incumplimiento del art. 3.1 b) 2, desde la consideración de que *“no cabe duda que el incumplimiento de las normas de seguridad para caso de incendios compromete la estabilidad del edificio (si se produce un incendio)”*.

<sup>1218</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 196-197. Para lo autora se derivan consecuencias en materia de prueba porque no siempre es necesario probar que la causa del daño esté en los elementos estructurales porque el origen del daño en dichos elementos es sólo un criterio de los que permite aplicar esta responsabilidad en los casos que aún no afectando los vicios a los elementos estructurales, tengan causa en él, y advierte que el daño manifestado en un elemento estructural será fácil de comprobar, mientras que lo segundo requerirá de informes periciales complejos.

<sup>1219</sup> V.g. daño derivado de un defecto o vicio de un elemento estructural que no compromete la estabilidad, sino que genera daños susceptibles de cubrirse por medio de la responsabilidad trienal, pero que se manifiestan pasado el plazo trienal de garantía.



planteamiento, que se cubran otros daños derivadas de ella que no afecten a la seguridad estructural<sup>1220</sup>.

En otro orden de cosas, algunos autores consideran que la LOE utiliza en esta responsabilidad decenal un concepto de edificación diferente al previsto en su art. 2 que incluye a sus elementos accesorios<sup>1221</sup>, puesto que sostienen que el nacimiento de esta responsabilidad exige que los daños se produzcan en los elementos estructurales del edificio en sentido estricto, sin alcanzar a los ocasionados en los elementos de urbanización<sup>1222</sup>. Y en este sentido han recaído algunos pronunciamientos en la llamada jurisprudencia menor<sup>1223</sup>.

---

<sup>1220</sup> Véase p. 351 sobre la idea de que no todo el daño derivado del defecto ha de afectar al requisito básico para ser objeto de responsabilidad.

Así, MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 206, pone como ejemplo de su tesis un daño en la pintura tenga causa en un forjado. Lo anterior, que es ciertamente coherente con la opinión de la autora acerca de que las distintas responsabilidades que prevé la LOE tienen en cuenta en el fondo el tiempo que tardan en manifestarse los daños (véase epígrafe 2.1.1), no lo compartimos si el defecto del forjado no compromete la estabilidad del edificio, porque no se habrá atentado a la seguridad estructural.

<sup>1221</sup> Véase epígrafe 7.5 de capítulo II.

<sup>1222</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 371, quien se basa en que el compromiso de estabilidad debe afectar al edificio en sentido estricto porque la ley en este punto maneja tal concepto de edificio; la misma autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 425 y 428. Le siguen a la primera, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 491; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 215, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 180. Esta última autora y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 425, sostienen que por ello el legislador se ha apartado de la jurisprudencia dictada en aplicación del art. 1.591 CC que incluía en la responsabilidad decenal los defectos que afectaban a las instalaciones y elementos de urbanización, con lo que no coincidimos puesto que el TS los incluía no porque necesariamente se hubiera afectado la estructura de ellos, sino por el amplio concepto de ruina funcional con el plazo decenal.

<sup>1223</sup> Cfr. SAP de Madrid de 20 de junio de 2012 (JUR 261436) que señala: *“QUINTO.- Sólo puede haber responsabilidad conforme al art. 17.1 a) en relación con aquellas unidades de obra que presenten daños estructurales que, además, sean susceptibles de comprometer su estabilidad. Esta limitación legal supone que sólo los edificios en sentido estricto pueden tener defectos estructurales. Los elementos constructivos que carezcan de tales elementos (por ej., las instalaciones fijas, el equipamiento propio y la urbanización adscrita al edificio) nunca pueden tener comprometida su estabilidad por causa de defectos que afecten a elementos estructurales (inexistentes, por hipótesis), por lo que los daños por sus defectos constructivos, por mucho que determinen la inutilidad del elemento en cuestión, no están sujetos a garantía decenal*

Nosotros no encontramos apoyo legal expreso para considerar que la LOE utiliza en este punto un concepto estricto de edificio, y no el que configuró previamente en su art. 2<sup>1224</sup>, cuyo apartado tercero considera como parte de la edificación además de a las instalaciones fijas y equipamiento propio, a los elementos de la urbanización adscritos a ella. Tampoco hallamos razones de fondo para privar a los elementos de la urbanización que estén adscritos al edificio de dicha garantía, porque pueden tener una estructura que se vea afectada<sup>1225</sup>.

Por otro lado, la enumeración que realiza el art. 17.1 a) de los elementos estructurales del edificio es ilustrativa como lo demuestra la expresión final “*u otros elementos estructurales*”<sup>1226</sup>. Sin embargo, al

---

[v. art. 17.1 a)], sino, en su caso, a los plazos de garantía trienal o anual del art. 17.1 b) LOE”; SAP de Guadalajara de 19 de junio de 2012 (JUR 249602): “A diferencia del grupo de daños derivados de defectos constructivos que afectan a elementos estructurales y comprometen la estabilidad del inmueble en este caso no se refiere solo los daños al edificio sino también pueden afectar a las instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización adscritos al edificio”.

<sup>1224</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 30 (nota 45), expone que no hay base suficiente para sostener una acepción amplia del concepto de edificio en unos casos y estricta en otros.

<sup>1225</sup> V.g. instalación deportiva adscrita al edificio. Algunos autores se han pronunciado expresamente a favor de esta opinión, como son CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, pp. 47-48, los cuales, aunque señalan que difícilmente surgirán defectos estructurales en estos elementos constructivos, no los descartan porque “podría suceder que hubiera daños en el equipamiento o instalaciones resarcibles en el plazo decenal si resultaba que estaban contruidos sobre la estructura o cimientos defectuosos, de modo que surgieran daños en aquéllos como consecuencia de una mala cimentación o forjado del edificio o conjunto inmobiliario”. En igual sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 581 y 582. Igualmente acude al concepto de edificio del art. 2.3 de la LOE, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 67. Tampoco excluyen los defectos estructurales en estos elementos, aunque advierte que no se van a causar normalmente daños estructurales en ellos, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.595, DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 157, quien se basa en el concepto de edificio del art. 2.3 de la LOE, y pone como ejemplos el hundimiento de un patio o de una piscina por defectos estructurales, ni ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.154.

<sup>1226</sup> Entre otros, pueden verse, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 334; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 586; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 107; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.153, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 129.

margen de los elementos concretos que menciona<sup>1227</sup>, el precepto no nos define qué es la estructura a la que ha de afectar los vicios o defectos constructivos.

Para lo anterior podemos acudir a la definición de la RAE que contempla la estructura como la armadura generalmente de acero u hormigón y que, fija al suelo, sirve de sustentación del edificio, y contemplar, como ha hecho algún autor, dentro de la estructura a los pilares de sustentación, al esqueleto de un inmueble<sup>1228</sup>. Otras definiciones se centran más en el contenido negativo al señalar que esta garantía decenal se corresponde con la obra fundamental sin cubrirse los cerramientos, cubiertas, soleras, revestimientos, solados, alicatados, canalizaciones, tabiques fijos, falsos techos, puertas y ventanas e impermeabilización<sup>1229</sup>.

La definición anterior nos pone en la pista de la cuestión consistente en si dentro del concepto de estructura se halla la cubierta que no se menciona expresamente en el precepto. Algunos autores han criticado esta omisión debido a que la jurisprudencia en aplicación del art. 1.591 CC se había referido a tal elemento<sup>1230</sup>, sobre lo que hemos de apuntar que en el fondo la calificación de la cubierta como elemento estructural no era imprescindible para que los defectos que le afectaran encontraran cobertura en tal precepto del CC porque el contenido de la ruina funcional no estaba limitada a los elementos estructurales. No obstante, hemos

---

<sup>1227</sup> De entre los que VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 108, ha destacado con acierto el de la cimentación, dado que es esencial para la seguridad estructural del edificio, y conlleva la necesidad de realizar los estudios correspondientes del suelo.

<sup>1228</sup> Cfr. vigésima segunda edición del DRAE (<http://www.rae.es/rae.html>). CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 495-496.

<sup>1229</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 480 (nota 30).

<sup>1230</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 465, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 494. Efectivamente, la STS de 17 septiembre 1996 (RJ 6724) que trataba sobre el desprendimiento de cubierta por la acción del viento. También puede verse BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 176 (nota 244), quien considera la inclusión de la cubierta en esta responsabilidad decenal por el carácter ilustrativo de los elementos estructurales mencionados en el art. 17.1.

visto la calificación expresa como tales de la cubierta en algún pronunciamiento<sup>1231</sup>.

Lo cierto es que si atendemos a la definición de la RAE que incide en la función de sustentación de la estructura y al anejo III de la parte I del CTE dedicado a la terminología que nos define a los elementos estructurales como parte de una estructura distinguible físicamente<sup>1232</sup>, y a la estructura como conjunto de elementos, conectados entre ellos, cuya misión consiste en resistir las acciones previsibles y en proporcionar rigidez, parece probable la exclusión de los defectos que afectan a la cubierta que no provoquen un daño en los elementos estructurales en sentido estricto del edificio.

Por otro lado, hay que hacer constar que aunque algunos autores parecen exigir para el nacimiento de la responsabilidad estudiada además de que el vicio o defecto afecte a los elementos estructurales y que a consecuencia de ellos se afecte la resistencia y estabilidad, la producción de un daño material en el edificio, en el fondo apreciamos que tal opinión no la llevan a la práctica<sup>1233</sup>. Esta falta de exigencia se encuentra en línea

---

<sup>1231</sup> Cfr. STS de 19 de mayo de 2006 (RJ 2371) cuando señala: *“Queda, por lo tanto, incólume, la declaración fáctica del Tribunal de instancia, de que los vicios reconocidos, y causantes de la ruina técnica, por afectar, en magnitud, a elementos estructurales esenciales en la construcción, como, en las viviendas habitables, al suelo, y en el conjunto del edificio, a la cubierta...”*. Por el contrario en STS de 19 de diciembre de 1989 (RJ 8843), aunque al extraer la sentencia de primera instancia, se habla de agrietamientos y humedades en elementos no estructurales y se incluyen entre paréntesis, a los tabiques interiores, cerramientos y cubiertas.

<sup>1232</sup> Continúa diciendo el anejo: *“por ejemplo: pilar, viga, losa, zapata, etc.”*.

<sup>1233</sup> Nos referimos a GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 344. No obstante, el autor no exige un determinado grado a los daños e incluye a los que pongan de manifiesto amenaza o peligro de ruina, concreción esta en la que vemos que la exigencia de un daño como requisito adicional se diluye, puesto que se está haciendo referencia a la mera manifestación del defecto o vicio, y además el autor parece identificar por un momento el daño material ocasionado por el vicio constructivo con el compromiso de estabilidad, cuando, para dejar claro que no serán objeto de cobertura aquellos vicios que aún no hayan comprometido la resistencia y la estabilidad, pero que sea previsible que lo provoquen, señala que mientras estos vicios no se manifiesten mediante un daño material no se puede acudir a esta responsabilidad. Pone como ejemplos el autor que se descubra que han sido erróneos los informes sobre la calidad del suelo o que se han empleado materiales no lo suficientemente

con lo sostenido en otro lugar acerca de que la previsión continua que hace la ley de “daño material causado por vicios o defectos de la construcción” no conlleva que se exija un daño más allá de la propia existencia del vicio o defecto constructivo, sino que creemos que se debe al celo de limitar los daños resarcibles a los materiales<sup>1234</sup>.

Por otra parte, para que surja esta responsabilidad decenal no se exige que se incumpla el CTE<sup>1235</sup> porque el art. 17.1 a) al fijarla no se remite al art. 3.1, en cuya letra b. 1) se define el requisito de seguridad estructural que es desarrollado por el CTE y, por tanto, esta norma no especifica el presupuesto de dicha responsabilidad<sup>1236</sup>. Lo anterior se ve reforzado porque el CTE define la exigencia básica de seguridad estructural de un modo mucho más amplio que la LOE al identificarla en su art. 10 con el comportamiento estructural adecuado frente a las acciones e influencias previsibles a las que el edificio pueda estar sometido durante su construcción y uso previsto, por lo que en principio hay un espacio vacío en la exigencia básica que no está cubierto por el régimen de responsabilidad de la LOE<sup>1237</sup>. Particularmente, apreciamos que exigir el incumplimiento del CTE haría ensanchar la responsabilidad decenal más allá de los márgenes previstos en la LOE porque los estados límite de servicio contemplados en los DB incluyen efectos en la apariencia de la

---

resistentes. En el mismo sentido puede verse SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, pp. 914-915.

<sup>1234</sup> Véase epígrafe 2.3 de capítulo IV, nota 920. Además, en el supuesto particular de esta responsabilidad ha de repararse en que ya es bastante daño material el que exige la norma al requerir que se comprometa la estabilidad del edificio.

<sup>1235</sup> No es la opinión de MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 122, aunque la autora aprecia que puede hacerse una interpretación flexible y considerarse producida la responsabilidad si, aunque se cumplan las exigencias básicas de seguridad estructural, se produce el supuesto del art. 17.1 a) de la LOE.

<sup>1236</sup> A esta idea se aproxima CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 47, cuando trata la exoneración de la responsabilidad por cumplimiento del CTE (que estudiaremos en epígrafe 2.3.5) y señala que esa cuestión no se puede plantear respecto de la responsabilidad decenal porque el artículo 17.1 a) no se remite al art. 3 para definir su supuesto de hecho.

<sup>1237</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 92. En esta misma línea, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 159-160, señala que el incumplimiento de dicha exigencia no es por sí misma el presupuesto de la responsabilidad prevista en la LOE.

construcción o en la estética<sup>1238</sup>. Volveremos con mayor detalle sobre esta cuestión al tratar la responsabilidad trienal<sup>1239</sup>, por ser en ella donde se plantea con mayor frecuencia, sin que lo haga en el caso de la responsabilidad anual porque ésta no se vincula por la LOE a ningún requisito básico de la edificación y, por tanto, queda al margen del CTE.

Por último, otra cuestión a tener en cuenta en esta responsabilidad, y también en la trienal, es que los defectos o vicios a que se refiere la ley pueden tener origen tanto en el proyecto del edificio, como en la dirección o ejecución<sup>1240</sup>, de igual modo que en Francia donde responde todo constructor en el sentido amplio del art. 1.792-1 del *Code*, esto es, arquitecto, contratista, técnico y promotor<sup>1241</sup>.

### **2.2.3 La correspondencia de la responsabilidad decenal con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la ruina actual y potencial**

En el primer capítulo de este trabajo vimos que dentro del concepto de ruina que maneja el art. 1.591 CC se ha incluido por el Tribunal Supremo no sólo la ruina actual, sino también la futura o potencial, entendida como aquellos defectos que provocarán con el paso del tiempo la ruina del edificio. Pues bien, el compromiso de la estabilidad y de la resistencia

---

<sup>1238</sup> Véase el contenido de los estados límites de servicio en epígrafe 1.4. En sentido contrario, existen opiniones que se plantean la identificación de la responsabilidad decenal con los incumplimientos del CTE. Nos referimos a REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, pp. 46-49, quien aprecia que los estados límite del DB-SE y su parte correspondiente a la cimentación vienen a completar el concepto de ruina física y potencial del TS. Este autor es partidario de un concepto amplio de responsabilidad decenal porque considera que las patologías que se describen como estados límites de servicio, es decir, aquellas que afectan al confort y bienestar de los usuarios, al correcto funcionamiento o a la apariencia de la construcción, también caerán dentro de la garantía decenal. Sin embargo, tiene en cuenta que el carácter administrativo y reglamentario del CTE *“abren la puerta a una interpretación restringida de determinados vicios funcionalmente ruinosos que quedan sujetos al plazo de garantía intermedia de tres años”*.

<sup>1239</sup> Véase epígrafe 2.3.5.

<sup>1240</sup> Por todos, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 117.

<sup>1241</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 485.

mecánica del edificio previsto en el art. 17.1 a) de la LOE permite incluir estos supuestos de la ruina potencial<sup>1242</sup>, esto es, el temor de que se derrumbe el edificio que se dará cuando concorra dicho compromiso<sup>1243</sup>.

Por otro lado, aunque el art. 17.1 a) de la LOE sólo se refiera al compromiso de la estabilidad y resistencia mecánica del edificio y no a su derrumbe, obviamente esta ruina actual queda cubierta<sup>1244</sup>.

Pero lo realmente importante en cuanto a la relación de esta responsabilidad con la doctrina legal, es que la LOE restringe el ámbito de la responsabilidad decenal, puesto que ya vimos que el Tribunal Supremo incluía dentro de la responsabilidad regulada en el art. 1.591 CC además de la ruina física, ya sea actual o la potencial, la ruina funcional que no estaba relacionada con la idea de perecimiento físico del edificio<sup>1245</sup>.

Pero, desde otra perspectiva, se reduce esta responsabilidad decenal al ámbito propio del art. 1.591 CC, a los defectos que causen en sentido estricto la ruina del edificio<sup>1246</sup>. Con ello se pone fin a una de las carencias

---

<sup>1242</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 376-377; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 334; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 109; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 344; CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 46; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 99; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1154-1155, quien valora positivamente que se haya incluido en esta responsabilidad la ruina potencial, y no se exija el derrumbamiento del edificio. A esta idea también se refiere con carácter general JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.442, al considerar que tendrán cabida *“...los defectos graves...que pueden dar lugar sin duda (al derrumbe) de forma mediata”*.

<sup>1243</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 109.

<sup>1244</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 377; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 213; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 177; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 109; CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 46. También se desprende de las palabras de O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 499, cuando señala que se corresponde esta responsabilidad al verdadero concepto de ruina. Expresamente ve en esta responsabilidad decenal, la ruina física, actual o potencial, LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2.678, e igualmente ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.153-1.154, identifica expresamente esta responsabilidad con la ruina del art. 1.591 CC. Con carácter general LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 191, considera aplicable a esta responsabilidad decenal el concepto de ruina elaborado por le TS.

<sup>1245</sup> Véase epígrafe 1.3 de capítulo I.

<sup>1246</sup> Entre otros, pueden verse CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 46, quien señala gráficamente *“he aquí la vieja responsabilidad decenal restituida a sus orígenes: la ruina en sentido propio, actual o potencial”*; SALA SÁNCHEZ, o.c. nota 97, p. 566, el cual destaca que los términos de la LOE son equivalentes al de ruina del art. 1.591

de la interpretación jurisprudencial de tal precepto, cual es la de la aplicación del plazo de garantía decenal a la amplia variedad de defectos que el Tribunal Supremo incluye en la ruina funcional, ya fueran estructurales o un defecto que no presentara tal gravedad<sup>1247</sup>.

## 2.3 La responsabilidad trienal

### 2.3.1 Introducción

La responsabilidad trienal se establece en el art. 17.1 b) de la LOE que dispone, en su lectura integrada con su párrafo inicial, que los agentes de la edificación responden durante tres años de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad de la letra c) del art. 3.1.

Resulta novedosa la referencia expresa a los requisitos de habitabilidad como generadores de responsabilidad<sup>1248</sup>, pero mayor es la novedad que supone este plazo trienal de garantía frente al plazo decenal del art. 1.591.1º CC que en su interpretación jurisprudencial se aplicaba a la amplia gama de defectos constitutivos de ruina funcional lo cual hemos visto que era criticado<sup>1249</sup>.

---

CC, lo que la LOE expresa la misma idea de forma descriptiva. En el mismo sentido que Sala Sánchez, puede verse RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, pp. 338-339. Gráficamente GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 357, señala *“la tradicional responsabilidad decenal por vicios ruinógenos no será ya en modo alguno un cajón de sastre o un recurso supletorio”*.

<sup>1247</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo II.

<sup>1248</sup> Así la destaca ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 605. Ello se explica en que, como ya sabemos, aunque el Tribunal Supremo incluyó en el art. 1.591 CC los defectos que incidieran sobre la habitabilidad, dicho precepto no hacía referencia a requisito de habitabilidad alguno.

<sup>1249</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo II. Así, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 16, valora positivamente que se corrija el concepto de ruina funcional, y destaca que no habrá más ruina que la que procede de los defectos estructurales, no siendo constitutiva de ruina el incumplimiento de requisitos de habitabilidad que está sometida a un plazo de garantía diferente. No obstante, en nuestra opinión más que corregirse tal



Esta responsabilidad trienal se ha inspirado en la garantía bienal del Derecho francés, concretamente en la garantía bienal establecida en el art. 1.792-3 del Code<sup>1250</sup>, aunque veremos que existen variaciones. Este precepto tras la reforma de 1978 limita el plazo bienal, hasta entonces referido a las obras menores (de acuerdo con el art. 2.270), a los defectos en los elementos de equipo dissociables del edificio, siempre que estos elementos no hagan impropia la obra para su destino porque en tal caso se aplicaría la responsabilidad decenal prevista en el art. 1.792<sup>1251</sup>. Esto supone una diferencia con el sistema de la LOE en el que los daños que hacen impropia la obra para su destino, con exclusión de los supuestos en que se comprometa la estabilidad y resistencia mecánica [art. 17.1 a)], serán cubiertos con la garantía trienal y no por la decenal<sup>1252</sup>.

También se distancia la LOE del Derecho italiano porque el art. 1.669 de su código contempla dentro del plazo único decenal además de la ruina y el peligro de ruina, los que el mismo llama graves defectos<sup>1253</sup>.

---

concepto de ruina, lo que se corrige es su plazo que pasa a ser trienal, como veremos en epígrafe 2.3.3.

<sup>1250</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 200, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 109. Esta garantía se llama garantía de buen funcionamiento por el art. 1.792-3 del *Code*.

<sup>1251</sup> Se refiere a la limitación de esta garantía a los elementos dissociables y a que era referida antes de la reforma de 1978 a las obras menores, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 486 y 487. Por tanto, estamos ante una garantía residual como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 110.

Para más referencias sobre el contenido de esta garantía bienal, puede verse a MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 109-110, quien cita a autores franceses sobre su aplicación a elementos móviles, en concreto a las instalaciones y aparatos eléctricos o mecánicos.

<sup>1252</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 496; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 110 y 113, y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 200. También destacan la inclusión en esta responsabilidad trienal de los vicios que hagan inútil la edificación para su destino BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 187, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 502.

<sup>1253</sup> Véase redacción en nota 877, y con un tenor parecido, pero con sometimiento a un plazo de cinco años, el art. 1.225 del CC portugués en nota 905. Estos graves defectos se refieren igualmente a las deficiencias que puedan producir una notable limitación en el uso del inmueble, como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 106, quien cita a doctrina italiana.

En otro orden de cosas, los defectos o vicios que dan lugar a esta responsabilidad trienal pueden tener origen tanto en el proyecto del edificio, como en la dirección o ejecución<sup>1254</sup>. Sin embargo, en Francia se ha discutido que sean responsables todos los constructores en el sentido amplio en que se entiende tal concepto por el art. 1.792-1 del *Code*<sup>1255</sup>.

Señalado lo anterior, procedamos a analizar en los epígrafes siguientes los presupuestos de esta responsabilidad, que son el incumplimiento de determinados requisitos básicos de la edificación, estudiándose su relación con la noción de ruina funcional que maneja el Tribunal Supremo, para terminar con el estudio del significado del giro “*vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones*” que utiliza el art. 17.1 b) de la LOE.

### **2.3.2 El incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación**

El art. 17.1 b) de la LOE exige para el nacimiento de esta responsabilidad trienal que haya un defecto en un elemento constructivo o instalación del edificio<sup>1256</sup>, y además que éste produzca el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad previstos en el art. 3.1 c)<sup>1257</sup>.

Este incumplimiento de los requisitos básicos es suficiente para que surja la responsabilidad puesto que no se requiere la producción de daño

---

<sup>1254</sup> Por todos MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 117.

<sup>1255</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 486, quien con fundamento en algunos autores franceses señala que podría sostenerse, dada la diferente redacción del art. 1.792-3, que a diferencia del art. 1.792, no utiliza la expresión de “todo constructor”, que serán responsables los que han tenido responsabilidad en la concepción, elección, fabricación e instalación de dichos elementos.

<sup>1256</sup> Sobre cuyo significado entraremos en el epígrafe 2.3.4.

<sup>1257</sup> Destacan expresamente la necesidad del incumplimiento de estos requisitos básicos, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, pp. 86-87; Díez-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 15; CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 481; FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 258 (nota 10); MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 111.

material en el edificio en el sentido de desperfecto<sup>1258</sup>. Se viene a considerar el incumplimiento de los requisitos básicos como un defecto que provoca un daño, pero entendido éste como pérdida de valor en el edificio<sup>1259</sup>. Lo anterior se encuentra en línea con lo sostenido acerca de que la previsión continua que hace la ley de daño material causado por vicios o defectos de la construcción no conlleva que se exija un daño más allá de la propia existencia del vicio o defecto constructivo, sino que creemos que se debe al celo de limitar los daños resarcibles a los materiales<sup>1260</sup>.

Pues bien, el art. 3.1 letra c) al que se remite el art. 17.1 b) contiene como requisitos de habitabilidad los referidos a la higiene, salud y protección del medio ambiente, protección contra el ruido, ahorro de energía y aislamiento térmico, y otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio<sup>1261</sup>.

---

<sup>1258</sup> No es el caso de GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 344, y de SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 915, los cuales exigen la producción de daños materiales, aunque sin concretar el alcance de tal requerimiento.

<sup>1259</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 115-116, quien además señala como ejemplo el incumplimiento de las normas sobre aislamiento térmico o acústico o ahorro energético. También puede verse COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 585 y 594 y 595, quien señala que es posible un incumplimiento de los requisitos básicos sin causarse un desperfecto material y físico, y que dado que la inobservancia de los requisitos de habitabilidad supondrá el incumplimiento de la normativa técnica, se podrá calificar como vicio de habitabilidad el mero incumplimiento de la normativa, sin que sea necesario que la deficiencia repercuta efectivamente en las condiciones de habitabilidad y funcionalidad. No obstante, para este autor el cumplimiento de dicha normativa no exonera, como veremos en epígrafe 2.3.5. Parece que tampoco exige daño en sentido de desperfecto, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 466, al identificar los efectos de los vicios o defectos con el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

<sup>1260</sup> Véase epígrafe 2.3 de capítulo IV, nota 920.

También se corresponde con la definición de Carrasco Perera del daño como la necesidad de invertir el coste de reparación (véase nota 921), definición que acogen otros autores que tampoco exigen daño material en el sentido de desperfecto material y físico del edificio. Nos referimos a MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 201, y a COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 585.

<sup>1261</sup> Destaca CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 493-494, que la remisión expresa a los requisitos básicos del art. 3.1 c) supuso una restricción del ámbito objetivo de esta responsabilidad con no mucho fundamento, y no deseada. Hace

Debido a esta remisión limitada a la letra c) del art. 3.1 quedan fuera del art. 17.1 b) los daños por el incumplimiento de los requisitos básicos relativos a la funcionalidad previstos en el art. 3.1 a)<sup>1262</sup>. No obstante, dado que en el art. 3.1 c) al que se remite el art. 17.1 b) se encuentra el requisito básico relativo a otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio, por gran parte número de autores se defiende que encontrarán protección por medio de la LOE el incumplimiento de los requisitos básicos de funcionalidad.

Ahora bien, unos autores limitan esta responsabilidad al supuesto de que se hayan ejecutado las instalaciones y elementos señalados en el art. 3.1 a) y presenten vicios o defectos que impidan un uso satisfactorio del edificio<sup>1263</sup>; en cambio, otros otorgan efectos más amplios a que dentro

---

referencia el autor a que en el art. 17.1 b) del Proyecto (Proyecto de Ley 121/163 BOCG. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, núm. 163-1, de 15 de marzo de 1999) sólo constaba la expresión de “*requisitos básicos de habitabilidad*” sin concretarlos a los del art. 3.1 c), y se intentó suprimir ese adjetivo, lo que finalmente provocó que el art. 17.1 b) limitara los requisitos de habitabilidad exclusivamente a los básicos del art. 3.1 c). Se refiere concretamente el autor a la enmienda del Grupo Parlamentario Catalán 155 (BOCG. Congreso de los Diputados. Proyectos de Ley. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999). Esta enmienda se fundamentaba en que “*toda vez que la normativa reguladora de los aspectos relativos a la habitabilidad de las viviendas puede establecer diferentes denominaciones, como por ejemplo básico, mínimo, etc*”. En igual sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 593.

<sup>1262</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 378, destaca lo paradójico que no quede cubierto la distribución de espacios en viviendas, cuando ésta se encuentra regulada en normas estatales y autonómicas de habitabilidad.

<sup>1263</sup> Es el caso de CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 378, para quien el propietario del edificio no podrá pedir por la vía de este precepto que le instalen los elementos necesarios para acceder a los servicios de telecomunicaciones, que eliminen las barreras arquitectónicas o le acondicionen las dimensiones y espacios del edificio para que sea convenientemente utilizado. En el mismo sentido, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 67-68 (nota 128). Aunque pudiera parecer contradictoria la opinión de Cordero Lobato acerca de que no se puede reclamar tales instalaciones por medio de la LOE, y sí se pueda reclamar las realizadas con vicios o defectos, lo cierto es que la LOE hace referencia en este punto en el art. 17.1 b) a “*aspectos de los elementos constructivos o instalaciones*”, lo que parece dar por hecho que se han ejecutado o instalado en obra. En análogo sentido a Cordero Lobato, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.155, quien exige con carácter general para el nacimiento de la responsabilidad trienal la producción de un defecto que afecte a los requisitos básicos, sin que pueda considerarse como tal los incumplimientos en sí mismos de los requisitos de

del art. 3.1 c) se encuentren otros aspectos funcionales, puesto que con apoyo en ello consideran que la alusión a los requisitos de habitabilidad incluye también a los relativos a la funcionalidad del art. 3.1 a), sin distinguir entre si dichos elementos han sido ejecutados o no<sup>1264</sup>.

Otros autores todavía van más allá y sostienen que el art. 3.1 c.4) al referirse a que se permita “*un uso satisfactorio del edificio*” permite incluir los supuestos constitutivos de ruina funcional, con lo que bastará que se impida tal uso satisfactorio con independencia de que concurra o no incumplimiento de las normativas que desarrollan los requisitos básicos<sup>1265</sup>. Esta importante cuestión de la inclusión de la ruina funcional en la responsabilidad trienal se estudiará en el siguiente epígrafe en el que se concluirá en sentido positivo.

A favor de incluir los incumplimientos de los requisitos básicos de funcionalidad se encuentran razones de protección de los adquirentes quienes de lo contrario únicamente podrían reclamar del vendedor los tales incumplimientos, protección además a la que tiende, según la Exposición de Motivos, tales requisitos básicos<sup>1266</sup>. Igualmente se ha

---

habitabilidad, lo que argumenta en las repetidas veces en las que el art. 17 se refiere a responsabilidad por defectos.

<sup>1264</sup> Nos referimos a MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 112, y a REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, p. 50.

<sup>1265</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 335 y 336. Igualmente para COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 593, el tenor del último párrafo del art. 3.1 c) posibilita dar entrada a la ruina funcional, de tal modo que el art. 17.1 b) sólo precisa que el vicio impida el uso satisfactorio del edificio. En parecido sentido, SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 858, deriva de dicho párrafo del art. 3.1 c) que entrarán en esta responsabilidad trienal todo tipo de daños que no sean los que afecten a la estructura y estabilidad del edificio. En sentido contrario a SANTOS MORÓN se pronuncia expresamente MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 112-113, nota 192, quien exige incumplimiento de la normativa correspondiente.

<sup>1266</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 24, quien además se refiere al fragmento extractado en la nota 278 (véase esta opinión en p. 344). También se fundamentan en razones de protección, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 112, y DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, pp. 160-161, quien además alude a la Exposición de Motivos.

Volveremos sobre esta cuestión en capítulo IX dedicado a la coordinación de la LOE con el resto del ordenamiento jurídico, donde veremos que el no sometimiento de estos supuestos a la LOE no es inocuo de cara a la adecuada protección de los adquirentes, ya que, o bien se derivan a la responsabilidad contractual, con las limitaciones de legitimación pasiva que conlleva, o a la responsabilidad

señalado que si un defecto impide de acuerdo con el art. 3.1 c.4) el uso satisfactorio del edificio está atentando a su habitabilidad, y que el CTE no regule ni los aspectos funcionales ni a los requisitos básicos de funcionalidad<sup>1267</sup>.

Sin embargo, otros autores son contrarios a las interpretaciones anteriores, y excluyen de esta responsabilidad además de los requisitos de funcionalidad, el requisito de habitabilidad del art. 3.1 c.4), con fundamento precisamente en que ambos no son regulados por el CTE, o en la vaguedad de su redacción<sup>1268</sup>.

A falta de pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, han recaído en la jurisprudencia menor algunos que condenan por incumplimientos de requisitos de funcionalidad con base en la LOE<sup>1269</sup>.

---

extracontractual, sin tales limitaciones, pero con la derivada del plazo de prescripción anual.

<sup>1267</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 122-123, pone de relieve que el CTE remite la regulación de los requisitos de funcionalidad a su normativa específica y que al detallar las exigencias básicas de la edificación, dedica un artículo a cada una de ellas, salvo a la contenida en el art. 3.1 c.4), y que *“desde un punto de vista lógico, se puede entender que impidiendo el uso satisfactorio del edificio se atenta contra la habitabilidad del mismo. En este sentido, recordamos además que dentro de la responsabilidad decenal del artículo 1591 del Cc. la ruina funcional englobaba de manera unitaria a todos los defectos que atentaran contra la habitabilidad y la adecuada utilización del edificio”*. Véase nota siguiente sobre la regulación en el CTE del requisito de accesibilidad mediante su reforma en 2010.

<sup>1268</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, p. 20. Viene a decir el autor que al no regularlos el CTE los está equiparando a los requisitos de funcionalidad. No obstante, hay que tener en cuenta que mediante el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, se incluyó en la parte I del CTE el requisito de accesibilidad junto con el de Seguridad de utilización. Es particularmente crítico con el apartado c.4) del art. 3.1, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 87, para el cual que la ley exija responsabilidad por algo tan vago, impreciso y subjetivo, como la posibilidad de hacer un uso satisfactorio del edificio parece un chiste, si no fuera un despropósito.

<sup>1269</sup> SAP de Córdoba de 8 de febrero de 2011 (JUR 2013/257305) sobre dimensiones insuficientes de armarios empotrados, defecto que incluye la sentencia en el art. 3.1 a) de la LOE; SAP de Asturias de 31 de enero de 2005 (JUR 61463), que después de referirse a SSTs que incluyen en la noción de ruina funcional defectos que impiden la utilización adecuada de garaje, sostiene que el art. 3 de la LOE al referirse al requisito básico de disposición y dimensión de espacios *“se hace eco de este problema”*; en la misma tónica la SAP de Ciudad Real de 1 de diciembre de 2003 (JUR 2004/58578) señaló que con anterioridad a la LOE el TS colmó la laguna que existía refiriéndose al requisito básico de utilización del art. 3.1 a). En el mismo

Además, ha de señalarse que el Alto Tribunal en aplicación del art. 1.591 CC consideraba constitutivos de ruina funcional a los defectos relacionados con la disposición y dimensiones de espacios a que se refiere el art. 3.1 a) de la LOE<sup>1270</sup>.

Con todo, el contenido general de esta responsabilidad trienal hará que convierta en la más aplicada para los vicios graves ya que la responsabilidad decenal al requerir el compromiso de la estabilidad de será excepcional<sup>1271</sup>, a lo que se une particularmente la amplitud de la formula abierta del art. 3.1 c.4) de la LOE<sup>1272</sup>.

### **2.3.3 La inclusión en la responsabilidad trienal de los defectos constitutivos de la ruina funcional manejada por el Tribunal Supremo**

Al margen de la discusión acerca de si la letra c.4) del art. 3.1 de la LOE referida a los otros aspectos funcionales que especifica permite incluir en la responsabilidad trienal los incumplimientos de los requisitos básicos de funcionalidad, en la responsabilidad trienal encontrarán cabida

---

sentido a la anterior la SAP de Ciudad Real de 28 de septiembre de 2012 (AC 2152). También puede verse la SAP de Burgos de 22 de febrero de 2011 (JUR 158534) (véase nota 944).

<sup>1270</sup> Es el caso de la STS de 2 de octubre de 2003 (RJ 6451), que condena por dimensiones inadmisibles de plazas de garaje y rampa, por la gran dificultad de utilización que ello conlleva. Se hace eco de esta doctrina la STS de 28 septiembre de 2010 (RJ 7143) que, en referencia a la anterior, señala que el TS ha “*ampliado el concepto de ruina funcional incluso a supuestos en que se trataba de plazas de garaje impracticables*”.

<sup>1271</sup> ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 216. Véase nota 1192, FERNÁNDEZ HIERRO, sobre el carácter restringido de la responsabilidad decenal. A esta idea también se refiere VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.393, al señalar que debido a la descripción detallada que hace la LOE de los supuestos de responsabilidad no podrá interpretar flexiblemente los vicios estructurales.

<sup>1272</sup> Véase opiniones en epígrafe 1.5 (nota 1136). JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.442, va más allá y considera que esta garantía trienal se convertirá en un auténtico cajón de sastre por el tenor de tal precepto. En idéntico sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 80.

todos aquellos daños que el Tribunal Supremo incluía en la ruina funcional<sup>1273</sup>.

Debido a la identificación de la responsabilidad trienal de la LOE con la ruina funcional resulta que más que corregirse su concepto, se ha corregido su plazo de garantía que ahora pasa a ser trienal<sup>1274</sup>.

Sin embargo, por una minoría de autores se considera que esta responsabilidad trienal es más estrecha que la ruina funcional, ya sea

---

<sup>1273</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 495, el cual considera a la ruina funcional dentro de esta responsabilidad trienal, al referirse ambas a la habitabilidad del edificio; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 68, señala que en la garantía trienal están los antiguos supuestos de la ruina funcional; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 336, considera que entrarán en esta responsabilidad los defectos que sin implicar riesgo de la estabilidad del edificio, eran considerados por la jurisprudencia como ruina en sentido lato; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 499, señala que los defectos a que hace referencia el art. 17.1 b) se corresponden al concepto de ruina funcional; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 344, quien parafrasea los requisitos básicos del art. 3.1 c) al señalar que los supuestos de responsabilidad trienal *“pueden incluirse en el concepto «ruina funcional» ya que la exigencia del cumplimiento de tales requisitos de habitabilidad va dirigida a conseguir «la adecuada utilización del edificio» o «un uso satisfactorio del edificio»...*”; en idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 915; en igual sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 189-190. También identifican la responsabilidad trienal con la ruina funcional, CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 47; RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 39; VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.393; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 27; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 215; QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, p. 368, aunque este último considera necesario para ello una interpretación amplia del art. 3.1 c.4); RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 339; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.156; LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2.678; SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, pp. 129-130; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 111; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 606, y DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, pp. 157-158. Con carácter general LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 191, considera aplicable a esta responsabilidad trienal el concepto de ruina elaborado por le TS.

Algunos autores especifican que entrarán los supuestos de la ruina funcional por la vía del apartado c.4) del art. 3.1 referido a otros aspectos funcionales de los elementos constructivos y de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio. Nos referimos a CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 378, y a MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 200, la cual considera que tal precepto sigue la postura del TS sobre la ruina funcional, al incluirse todos aquellos defectos que hacen inútil o, por lo menos, gravemente irritante o molesto el uso de las viviendas conforme a su natural destino.

<sup>1274</sup> Así, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 495, alaba que la LOE haya desconectado la ruina funcional del plazo decenal; CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 47, señala gráficamente que en la responsabilidad trienal se encuentra *“desalojada del largo plazo decenal”* la ruina funcional, y GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 466, expone que los defectos constitutivos de la ruina funcional ya no pueden reclamarse más allá de los tres años del plazo de garantía.



porque se llama la atención sobre la remisión limitada que hace el art. 17.1 b) al art. 3.1 c) referido a los requisitos de habitabilidad<sup>1275</sup>, o sobre que esta responsabilidad precisa el incumplimiento del CTE a diferencia de lo que acontecía con la ruina funcional. Esta última cuestión será analizada más adelante<sup>1276</sup> pero debemos señalar por el momento que es el CTE el que determina, de acuerdo con el art. 3.2 de la LOE, cuando se entienden cumplidos los requisitos básicos de cuya vulneración depende la responsabilidad trienal de acuerdo con el art. 17.1 b). No obstante, también habrá de tenerse en cuenta que el CTE no desarrolla los requisitos de la edificación previstos en el art. 3.1 c.4) de la LOE.

Lo cierto es que muchos de los supuestos que constituyen la tradicional ruina funcional encontrarán cabida en el art. 17.1 b) puesto que constituyen incumplimientos de los requisitos básicos de habitabilidad del art. 3.1 c) al que se remite aquél.

En primer lugar, el Tribunal Supremo incluía en la noción de ruina funcional humedades, filtraciones y goteras<sup>1277</sup>, que constituirán incumplimientos de los requisitos básicos relativos a la higiene y salud, por ser contrarias a la salubridad y estanqueidad del edificio a que alude el art. 3.1 c.1) de la LOE<sup>1278</sup>. Este precepto también exige que el edificio

---

<sup>1275</sup> BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, pp. 76-77. Sin exponernos las razones TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 46, no ve que todo lo que era ruina funcional entre en la responsabilidad trienal. Véase epígrafe anterior sobre la opinión generalizada acerca de la inclusión de los incumplimientos de los requisitos básicos de funcionalidad en esta responsabilidad trienal.

<sup>1276</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 113-114, quien destaca que la ruina funcional no exigía el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad determinados administrativamente. En parecido sentido, SEOANE PRADO, o.c. nota 292, p. 199, sostiene que el CTE tiene como uno de sus propósitos poner término a la amplitud, en algún caso desmedida, según el autor, con que la jurisprudencia ha venido configurando la ruina funcional especificando las exigencias que han de cumplir los edificios en cuanto a seguridad y habitabilidad. Sobre esta cuestión, y más concretamente sobre si se exige para el nacimiento de esta responsabilidad el incumplimiento del CTE, véase epígrafe 2.3.5.

<sup>1277</sup> Véase epígrafe 1.3 de capítulo I.

<sup>1278</sup> Incluye las humedades como un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 494. También consideran las humedades un supuesto de responsabilidad trienal COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 582, quien se refiere además a filtraciones, aunque es lógico que al incluir las

no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos, y aunque pudiera parecer que, por la entidad de este requisito básico que tiene como bien protegido el medio ambiente, no dará lugar a responsabilidad, consideramos que sí porque es suficiente para el nacimiento de la responsabilidad trienal con el incumplimiento de los requisitos básicos<sup>1279</sup>.

En cuanto al requisito básico relativo a la protección frente al ruido [(art. 3.1 c. 2)], éste también era tutelado por el Tribunal Supremo dentro de la ruina funcional, y el mismo Alto Tribunal lo ha considerado resarcible en aplicación de la LOE<sup>1280</sup>. No obstante, se ha destacado que con la LOE el mero incumplimiento de la normativa técnica sobre aislamiento acústico

---

humedades se haga lo propio con las filtraciones; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 127; REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, p. 50; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 346-347, para el que la justificación de su inclusión radica en que afectan a los requisitos de habitabilidad, en referencia a las que fueron objeto de la sentencia de 21 de marzo de 1996 (RJ 2233) (humedades producidas por filtraciones a través de las cubiertas de los sótanos, azotea y hueco de escalera por no cumplir la condición principal de impermeabilidad y adecuado sellado).

En la llamada jurisprudencia menor han recaído fallos en tal sentido, como la SAP de Castellón de 1 de julio de 2010 (JUR 345719) que incluye *“humedades en algunas viviendas, deficiente sujeción y sellado del colector de desagüe general con manchas de humedades derivadas del mismo”*; SAP de Madrid de 20 de marzo de 2009 (JUR 234452) incluye la defectuosa impermeabilización que provoca en una vivienda daños por filtraciones, al señalar *“La causa principal, defectuosa impermeabilización se integra en los vicios constructivos que afectan a la habitabilidad de la vivienda, previstos en el artículo 17.1 .b) en relación con el artículo 3.1.c) ambos de la Ley de Ordenación de la Edificación”*; SAP de Murcia de 4 de abril de 2006 (JUR 159762) incluye humedades y mal funcionamiento de chimenea afirmando *“Como acertadamente señala la sentencia recurrida, aunque individualmente considerados algunos de los defectos constructivos evidenciados en el informe pericial son de escasa entidad e incluso podían considerarse de acabado, el conjunto de ellos evidencia su mayor trascendencia y su encaje dentro de los previstos en el apartado 1, c) del art. 3 de la LOE, pues hay problemas de estanqueidad (humedades), de higiene y salud (mal funcionamiento de la chimenea) ...”*.

<sup>1279</sup> Cfr. epígrafe 2.3.2. Cfr. sentencia de 19 de marzo de 2013 (RJ 3153) comentada en nota 943.

<sup>1280</sup> Cfr. SSTs citadas en nota 93, y STS de 19 de marzo de 2013 (RJ 3153) comentada en nota 943.

será resarcible y que ello posiblemente no sucedería en el régimen del art. 1.591 CC<sup>1281</sup>.

En lo que se refiere al incumplimiento del requisito relativo al ahorro de energía y aislamiento térmico del edificio [(art. 3.1 c. 3)], el Tribunal Supremo ha dado cabida en el concepto de ruina funcional a defectos del aislamiento térmico<sup>1282</sup>. Aquí también se ha destacado que el defectuoso aislamiento térmico difícilmente era considerado como constitutivo de ruina a menos que se tratara de un incumplimiento grave de las medidas básicas de aislamiento térmico que afectasen a la habitabilidad, e hicieran el uso incómodo, irritante o gravemente molesto<sup>1283</sup>. Con mayor claridad

---

<sup>1281</sup> Nos referimos a SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 335-336, quien alude al incumplimiento de la *NBE CA-88 Condiciones acústicas en los edificios* (véase sobre ella nota 1071). El mismo razonamiento realiza la autora para incumplimientos de normativa de accesibilidad, aunque, como señala, la STS de 19 de abril de 1995 (RJ 3428) consideró como ruina funcional el que la rampa de acceso al garaje no contara con la anchura reglamentaria, ya que ello suponía *“una falta de seguridad y eficacia en el uso del garaje y una inadecuación a su fin o destino”*. En análogo sentido, COLINA GAREÁ, o.c. nota 164, p. 595, señala que *“la simple falta del debido aislamiento acústico...probablemente, no habría dado lugar a la responsabilidad ex artículo 1591 Cc, cuando dicha inobservancia no repercutiese negativamente en las condiciones de habitabilidad del edificio”*.

<sup>1282</sup> Véase SSTs en nota 93.

<sup>1283</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 611. En apoyo cita la STS de 26 de mayo de 2003 (RJ 7154) que no consideró ruinógena la inexistencia de aislamiento térmico en la cubierta sino un supuesto de incumplimiento contractual. Sin embargo, esta sentencia maneja un concepto de ruina funcional que no coincide con el típico que consiste en lo que haga el uso irritante o molesto (véase epígrafe 1.3 de capítulo I) sino que para descartar el carácter ruinógeno del defecto mantiene expresamente la siguiente apreciación de la Audiencia provincial consistente en que *“los vicios mencionados no afectan a los elementos esenciales de la construcción, ni la hacen inservible o inadecuada para el uso a que está destinada”*.

No obstante, lo cierto es que muchas sentencias que han calificado como ruinógenos estos defectos versaban sobre incumplimientos graves. Así, la STS de 15 de noviembre de 2005 (RJ 7631) considera como ruina funcional la falta de aislamiento térmico proyectado, y estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios actora frente a sentencia de la audiencia provincial: *“Acreditada la falta de colocación de dicho aislante termoacústico, esta falta no constituye un simple incumplimiento contractual sino que ha de calificarse como ruina funcional al afectar a la habitabilidad de las viviendas en cuanto se reduce su aislamiento de las agresiones acústicas y de temperatura exteriores”*; la STS de 2 de octubre de 1992 (RJ 7516) que desestimó el recurso de casación del promotor-constructor frente a la sentencia que había calificado como ruina los defectos en el aislamiento. Se trataba de dotar a las plantas superiores del correspondiente aislamiento térmico acústico según proyecto y normas de construcción, de la

es predicable lo anterior del requisito de ahorro de energía que ha supuesto una elevación del nivel de calidad hasta ahora exigible a los edificios de acuerdo con el art. 1.591 CC<sup>1284</sup>.

Por último, en cuanto a los otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio y a los que hace referencia el art. 3.1 c.4), debemos señalar que este precepto ha sido visto por algunos autores precisamente como la puerta por la que entrarán los supuestos de la ruina funcional<sup>1285</sup>, y en la jurisprudencia menor han recaído algunos pronunciamientos en tal sentido, que incluyen, quizá por lo anterior, supuestos bastante variados<sup>1286</sup>.

---

realización de las cámaras de aislamiento en los paramentos verticales, y la adecuación de los capitalizados de ventanas a efectos de aislamiento; la STS de 16 de diciembre de 1991 (RJ 9715), que versaba sobre una demanda interpuesta por una Comunidad de Propietarios frente a constructor y arquitecto director de la obra, demanda que sería estimada en primera instancia y confirmada por la sentencia de apelación. Se interpone recurso de casación por el arquitecto que niega la calificación de la falta de aislamiento térmico como ruina funcional, frente a lo que el TS lo desestima: *“en el supuesto de autos concurre claramente desde el momento en que se observan defectos tan esenciales como son: “La falta de aislamiento térmico en la cubierta que produce importantes humedades de condensación...”*.

<sup>1284</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 130-131, quien aprecia que considerar inhabitable a un edificio que no cuente con los sistemas de ahorro de energía *“eleva el grado de exigencia de calidad de los edificios, por contraposición a los parámetros marcados por la jurisprudencia al interpretar y aplicar el artículo 1591 del Cc.”* La autora critica lo anterior porque defiende que no debería llevarse estos incumplimientos al terreno de la responsabilidad por vicios constructivos, salvo que se impida a los propietarios la adecuada utilización del edificio, en referencia a la existencia y adecuado funcionamiento de instalaciones dirigidas al uso de la energía.

<sup>1285</sup> Véase nota 1273.

<sup>1286</sup> Con carácter general la SAP de Madrid de 20 de junio de 2012 (RJ 261436) que en referencia a este precepto señala: *“Esta cláusula residual permite entender que habrá lugar a responsabilidad conforme al art. 17.1 b) si cualquier elemento constructivo presenta vicios o defectos que impiden su uso satisfactorio. Deben entenderse incluidas en el art. 3.1 c.4) todas aquellas utilidades objetivamente predicables de un edificio y de cada una de sus dependencias, incluidas también las de índole estética, que son el único aspecto funcional de ciertos elementos constructivos. Se trata de la clásica ruina funcional”*; la SAP de Asturias de 17 de julio de 2009 (JUR 350861) señala: *“todas las deficiencias localizadas en mechinales, gárgolas y desagües han de merecer esa calificación pues los mismos permiten la filtración de agua entre la impermeabilización de las terrazas y la del mechinal ..., afectando así a la necesaria estanqueidad a que van dirigidos y por ello a su funcionalidad”* *“Por ultimo la ausencia de enfoscado en techos y paredes de los cuartos de instalaciones... y omisión de*

Por otro lado, en esta responsabilidad trienal encontrarán cabida los defectos consistentes en fisuras y grietas que ya vimos que el Tribunal Supremo consideraba constitutivos de ruina funcional<sup>1287</sup>. Ahora bien, se requerirá que no sean constitutivos de responsabilidad decenal<sup>1288</sup>, y por otro lado, que incidan en la habitabilidad del inmueble, porque de lo contrario irían a la responsabilidad anual defectos de terminación o acabado<sup>1289</sup>.

---

*colocación de pies derechos en las esquinas de las cajas de vidrio en los portales, que dejan sin la necesaria sujeción a los cristales, favoreciendo su rotura...no cabe duda excede del mero defecto de acabado para incidir en forma negativa en el uso satisfactorio de ambos elementos de ahí que deben reputarse son deficiencias incardinables en el tan citado art. 3.1 .c) 4 de la LOE"; la SAP de Valladolid de 5 de junio de 2013 (JUR 246511) incluye por la vía del art. 3.1 c.4) la excesiva altura de ventanas que dificulta el uso de tendederos, y deficiencias en conductos de campanas extractoras de aire que proveen un servicio insuficiente.*

En cuanto a la variedad de los defectos incluidos por esta vía, la SAP de Asturias de 17 de julio de 2009 (JUR 350861) contempla a las humedades que ya hemos visto que son más predicables del requisito básico de higiene y salud.

<sup>1287</sup> Véase nota 89.

<sup>1288</sup> Cuando estudiamos esta responsabilidad vimos que se advertía que las fisuras o grietas deberán comprometer la estabilidad y resistencia mecánica del edificio [art. 17.1 a) LOE] para quedar sujetas a la responsabilidad decenal (véase nota 1190).

<sup>1289</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, pp. 104 y 106, incluye las grietas y fisuras en fachada y tabiquería con fundamento en que el TS las incluía en el art. 1.591 CC. No obstante, puesto que afirma que muchos de los defectos de terminación o acabado llevarán a la inhabitabilidad de la vivienda, y que las grietas o fisuras referidas pueden incluirse en la garantía anual, parece limitar la inclusión en esta garantía trienal a que provoquen dicho efecto. La SAP de Castellón de 1 de julio de 2010 (JUR 345719) incluye *"grietas y fisuras generalizadas por las viviendas y elementos comunes"*; la SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2013 (JUR 166162) incluye las grietas (véase nota 1190); la SAP de Barcelona de 18 de octubre de 2010 (JUR 383377) que considera que afectan directamente a la habitabilidad los defectos de las vigas del techo porque se producen grietas y caída de arenilla, y la SAP de Valencia de 31 de julio de 2007 (JUR 340753) que incluye en esta responsabilidad las grietas localizadas en revestimiento de mármol de lavabos señalando que dichos defectos exceden de los de acabado no constituyendo un mero defecto estético, por cuanto al ubicarse en el cuarto de baño y estar afectado a la acción directa del agua pueden generar problemas de humedades.

Sin embargo, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 346, llega a incluir en esta responsabilidad trienal los supuestos de grietas sin exigencia adicional expresa. Cita el autor la STS de 16 de noviembre de 1996 (RJ 8262) que condena, en lo que aquí interesa, por grietas en el techo de algunos pisos; e inversamente MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 109, excluye de la responsabilidad trienal las fisuras en

Apreciamos que se ampararán en la responsabilidad trienal por la vía del art. 3.1 c.4) los defectos de ejecución en los pavimentos, bastantes frecuentes en la práctica, defectos que el Tribunal Supremo tradicionalmente ha calificado como constitutivos de ruina funcional y que ha señalado que tienen cabida en la LOE por afectar a la habitabilidad del edificio<sup>1290</sup>. Sin embargo, ya veremos que son muchos los autores que trasladan estos defectos a la responsabilidad anual<sup>1291</sup>.

Mayor debate se ha planteado en torno a la incardinación de los defectos estéticos en esta responsabilidad trienal o en la anual, defectos que hemos visto se llegaron a incluir por el Tribunal Supremo en el concepto de ruina funcional<sup>1292</sup>. Algunos autores defienden que el art. 3.1 c.4) al hablar de las utilidades propias de la cosa permite incluir también a las de índole estética en referencia que la estética es el único aspecto

---

el hormigón armado, por la concepción de la responsabilidad trienal que mantiene la autora dado que como veremos (véase epígrafe 2.3.4) niega que los defectos en elementos estructurales puedan afectar a la habitabilidad.

GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 346, con cita de la misma STS incluye en la responsabilidad trienal los defectos en la colocación de la carpintería de aluminio, aunque por nuestra parte consideramos que habrá de estarse al caso concreto pudiendo ser constitutivos de responsabilidad anual. Véase la SAP de Córdoba de 8 de febrero de 2011 (JUR 2013/257305) que considera como defectos de acabado la gran holgura existente entre tapajuntas de cierre de aluminio y pared.

<sup>1290</sup> Cfr. STS de 23 de febrero de 2010 (RJ 4342), que resolviendo un recurso de casación interpuesto por arquitecto técnico condenado por un inadecuado solado y defectos graves en su colocación (consistentes en la superficie no plana y en las juntas de dilatación excesivas) mediante el que se negaba el carácter ruinógeno de tales defectos, sentó: *“D) No es aceptable la afirmación de que no se trata de un supuesto de ruina contemplado en el artículo 1591 CC, entonces aplicable. La sentencia recurrida afirma que los defectos eran graves y ostensibles y que comportaban una merma notable en la habitabilidad del inmueble. Tanto con arreglo a la jurisprudencia dictada en aplicación e interpretación del artículo 1591 CC, como con arreglo a la LOE, un defecto de tales características que afecta a la habitabilidad del inmueble constituye un defecto de construcción que en la vieja tipología aplicable al artículo 1591 CC debía calificarse como de ruina funcional”*.

Véase pronunciamientos en nota 90 sobre la calificación de estos defectos como constitutivos de ruina funcional.

<sup>1291</sup> No lo hace GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 346, quien incluye en esta responsabilidad trienal los desprendimientos de azulejos, aunque sin incardinarlos expresamente en la vulneración del apartado cuarto del art. 3.1 c).

<sup>1292</sup> Véase nota siguiente.

funcional de determinados elementos constructivos, o se decantan sin más a favor de tal inclusión<sup>1293</sup>. En cambio, otros autores remiten estos supuestos a la garantía anual, y particularmente se ha argumentado que resulta improbable que un defecto que afecte a un elemento cuya única función sea la estética impida el uso satisfactorio del edificio conforme a su destino al que alude el art. 3.1. c.4), y que no resulta proporcionado el plazo de garantía de tres años<sup>1294</sup>.

A nuestro parecer, al margen de que el referido precepto contiene una formula bastante abierta al aludir al uso satisfactorio que no se lograría con algunos defectos estéticos, una interpretación de la responsabilidad trienal que incluyera defectos en elementos de la obra que no tengan como función principal la de estética del edificio conllevaría un vaciamiento de la responsabilidad anual, por lo que hay que estar al caso concreto<sup>1295</sup>.

---

<sup>1293</sup> Entre los primeros, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 378, quien señala que no era posible en el art. 1.591 CC porque hablaba de ruina, haciendo referencia a la STS de 22 junio de 2001 (RJ 5074) que llegó a incluir estos defectos estéticos en la ruina funcional (véase sobre la misma notas 95 y 97). En igual sentido, la misma autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 429, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 190, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.156, quien después de referirse al art. 3.1.c.4) sostiene que cabrán en esta responsabilidad *“todas aquellas utilidades objetivamente predicables de un edificio, incluyendo las meramente estéticas que, cómo no, también tienen una función (ambiental y de calidad de vida) y un claro valor económico merecedor de tutela”*. ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 612, también considera que tendrán cabida defectos estéticos por medio del art. 3.1 c.4), aunque sin limitarlo, al menos expresamente, a aquellos elementos constructivos que tengan la estética como único aspecto funcional.

<sup>1294</sup> Remiten estos defectos a la garantía anual, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 496; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 427; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 118, y COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 629, quien aporta los referidos argumentos.

<sup>1295</sup> V.g. se podría incluir en esta responsabilidad la reparación de un tono del aluminio de una ventana diferente al del resto de las existentes en el edificio, porque el color del revestimiento tiene como función la de la estética, e impide un uso satisfactorio, pero no así el caso de que un tapajuntas de una puerta se encuentre despegado de la pared y se aprecie un hueco antiestético, porque consideramos que no impide el referido uso satisfactorio. Sobre la calificación de este último supuesto como defecto de terminación o acabado véase SAP de Córdoba en nota 1289.

Por último, señalar que las responsabilidades derivadas de los defectos que impidan un uso satisfactorio son independientes de las garantías de que puedan disponer ciertas instalaciones del edificio<sup>1296</sup>.

#### **2.3.4 Determinación de los elementos constructivos e instalaciones afectados por los defectos o vicios**

Al margen de que hemos visto que la responsabilidad regulada en la Ley de Ordenación de la Edificación ha de traer causa en vicios o defectos de la construcción<sup>1297</sup>, existe un debate en torno a la determinación de los elementos del edificio a los que ha de afectar el vicio o defecto, esto es, el alcance de la expresión “*elementos constructivos e instalaciones*” que utiliza el art. 17.1 b).

Pues bien, en esta responsabilidad trienal la generalidad de los autores no defiende un concepto restringido de edificio, por lo que incluyen en su ámbito no sólo el edificio en sentido estricto, sino también los elementos accesorios que figuran en el art. 2.3 de la LOE<sup>1298</sup>, ello a pesar de que el art. 17.1 b) sólo se refiere a elementos constructivos e instalaciones, y no a equipamiento y a los elementos de la urbanización, como hace el primero de los preceptos citados<sup>1299</sup>.

---

<sup>1296</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 378, quien pone como ejemplo las instalaciones de telecomunicaciones. En el mismo sentido, la citada autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 429.

<sup>1297</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo IV.

<sup>1298</sup> Instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio. Véase sobre ellos epígrafe 7.5 de capítulo II.

<sup>1299</sup> Secundan esta opinión incluso los que sostienen un concepto restringido para responsabilidad decenal, como es el caso de CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (véase nota 1222) (CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 377, y la misma junto CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 429). También ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 215, señala que esta responsabilidad, a diferencia de la decenal, puede afectar a estos elementos de la urbanización. Igualmente puede verse COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 582, quien señala que los defectos pueden localizarse tanto en las instalaciones como en el equipamiento y elementos accesorios.

Otros autores, sin mayor explicación, señalan en cuanto al concepto de instalaciones empleado por el art. 17. 1 b) que habrá de acudir al art. 2.3 de la LOE,



Sí se ha sostenido una concepción restringida de edificio para el supuesto previsto en el apartado 4 del art. 3.1. c) relativo a otros aspectos funcionales, al excluirse de él al equipamiento propio por no referirse en tal apartado<sup>1300</sup>.

Consideramos que se trata tanto en el art. 17.1 b) como en el art. 3.1 c.4) de una simplificación legal con la que se quiere incluir en esta responsabilidad trienal tanto a defectos localizados en el edificio en sentido estricto (para lo que se utiliza genéricamente la expresión elementos constructivos) como en sus elementos accesorios (utilizando con el mismo carácter la expresión instalaciones)<sup>1301</sup>, y que si la norma quería establecer un concepto diferente al general que fijó en su art. 2.3 lo hubiera hecho de forma más clara. En la llamada jurisprudencia menor han sido dictadas resoluciones que incluyen en esta responsabilidad trienal los defectos en las instalaciones, equipamiento del edificio y elementos de urbanización<sup>1302</sup>.

---

en el que, como sabemos, también figuran el equipamiento propio y los elementos de la urbanización, como LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2.679, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 187-188. De forma menos clara GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 344, señala que en cuanto a las instalaciones ha de acudir al art. 2.3 LOE según el cual “*se consideran comprendidas sus instalaciones fijas y equipamiento propio*”. Vemos, por tanto, que no alude a los elementos de la urbanización, ello a pesar de referirse en el precepto citado por el autor, de ahí que no podamos afirmar con certeza que el autor los excluya. En idéntico sentido se pronuncia SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 915.

<sup>1300</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 379, quien no obstante no excluye los elementos de urbanización que caben dentro de la noción de elementos constructivos a los que se refiere el art. 3.1 c.4). La autora ve un claro propósito del legislador de excluir de esta responsabilidad a este equipamiento propio, identificándolo como elementos de equipo separables, y destacando que por lo anterior, es más restrictiva la LOE que el *Code* francés. Nos remitimos a lo visto en epígrafe 2.3.1, p. 368, acerca de que en el Derecho francés entran en la garantía bienal los elementos de equipo disociables.

<sup>1301</sup> En esta línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 111, aunque reconoce que la ley en el art. 17. 1 b) habla sólo de instalaciones y no de equipamiento propio y elementos de la urbanización, no lo considera razón suficiente para ser excluidos de esta responsabilidad.

<sup>1302</sup> SAP de Castellón de 1 de julio de 2010 (JUR 345719) incluye “*...deficiente sujeción y sellado del colector de desagüe general con manchas de humedades derivadas del mismo*”; SSAAPP de Madrid de 20 de junio de 2012 (JUR 261436) y de Guadalajara de 19 de junio de 2012 (JUR 249602) extractadas en nota 1223.

Ahora bien, se plantea un debate más intenso en la determinación del alcance de la expresión elementos constructivos utilizada por el art. 17.1 b) de la LOE, debido a que para un numeroso grupo de autores dichos elementos son los elementos no estructurales del edificio<sup>1303</sup>.

Sin embargo, consideramos que la expresión elementos constructivos no se puede contraponer a la de elementos estructurales porque la primera tiene un contenido más amplio que la segunda<sup>1304</sup>, y debe

---

<sup>1303</sup> GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 358 (nota 25), quien señala que se refiere esta garantía a los restantes elementos no estructurales; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 27, para el cual los vicios se causarán en “*los elementos constructivos que no integran la propia estructura del edificio.*”; LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2.679. Parecen posicionarse en este grupo, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 502, al sostener que los defectos de elementos constructivos son todos aquellos que no afecten a la cimentación y estructura del edificio.

Dentro de dicho grupo, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 111, considera que la remisión que hace la ley a los elementos constructivos es por contraposición a los elementos estructurales, de tal manera que un defecto en un elemento estructural que provoque un incumplimiento de habitabilidad no entrará en esta responsabilidad trienal. Pone el acento la autora en que el art. 17.1 en su apartado a) habla de elementos estructurales, mientras que el apartado b) de elementos constructivos, y además en que ve difícil que se dé este supuesto, remitiéndolo en definitiva a otros regímenes de responsabilidad diferentes al de la LOE. Sin embargo, no muy simétricamente admite MARTÍNEZ ESCRIBANO que un defecto en los elementos constructivos o instalaciones llegue a incidir en los elementos estructurales. Decimos no muy simétricamente, porque la autora para esta responsabilidad exige que el vicio o defecto tenga su origen en los elementos que especifica la ley (en este caso, los constructivos) y por el contrario, para la responsabilidad decenal no.

<sup>1304</sup> En tal sentido, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 344; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 915, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 187. En esta misma línea MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 199, pone de relieve que en esta responsabilidad la ley no exige daño en clase determinada de elemento constructivo, a diferencia de la responsabilidad decenal, puesto que se protege del incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, con independencia de cuál sea el elemento defectuoso. En igual sentido, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 215. Ahora bien la primera autora, por la concepción que hemos visto que tiene de la responsabilidad decenal (véase p. 436) hace la salvedad de que el defecto afecte a un elemento estructural porque tal caso se cubrirá por la responsabilidad decenal.

Otros autores admiten con carácter general que los defectos o vicios que ocasionen el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad se produzcan en los elementos estructurales del edificio, como GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 114 y p. 467, para el que los elementos estructurales no tienen como única función la de seguridad, sino también la higiene y salud de los que habitan el edificio, por lo que, aunque la ley hable de elementos constructivos, si los defectos o vicios en dichos elementos ocasionan incumplimiento en los requisitos de habitabilidad entrarán en la garantía trienal. También COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 590, ve

entenderse globalizadora de todos los elementos constructivos del edificio, sin atención a su función específica, por lo que se incluirán los defectos en elementos estructurales si éstos llegan a afectar a la habitabilidad. Ahora bien, lo anterior no nos puede llevar a excluir de la responsabilidad decenal y derivar a la trienal los defectos con los requisitos de la responsabilidad decenal que ocasionen además un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad pasado el plazo trienal de garantía.

### **2.3.5 La incidencia del Código Técnico de la Edificación en la responsabilidad de los agentes de la edificación**

#### **2.3.5.1 Introducción**

Puesto que los requisitos básicos de habitabilidad a los que se remite el art. 17.1 b) de la Ley de Ordenación de la Edificación han sido desarrollados por el CTE y otras normas técnicas, conviene determinar si es necesario para que surja la responsabilidad que se incumpla una norma técnica concreta, o dicho de otro modo, si el cumplimiento de dicha normativa excluye la responsabilidad<sup>1305</sup>, sobre lo que existe división de opiniones.

Existen argumentos a favor de la consideración del CTE como modelo de pericia profesional exigida por la *lex artis* que excluye la responsabilidad, como son el art. 3.2 de la LOE que determina que aquél establece las exigencias básicas que permiten cumplir los requisitos básicos de cuyo incumplimiento depende la responsabilidad; el propio tenor literal del CTE que está plagado de promesas de indemnidad para los agentes que cumplan sus prescripciones, y su estructura porque su

---

posible que un vicio estructural no comprometa la estabilidad pero ocasione un incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad. En igual sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 187. En términos generales MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 112, señala que puede afectar esta responsabilidad a un vicio o defecto de elemento constructivo, sea estructural o no.

<sup>1305</sup> Esta misma enunciación de la cuestión la hace CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 97. También parte de esta idea, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 127.

9.2 señala que los DB especifican cuando se entienden cumplidas las exigencias básicas<sup>1306</sup>.

Pero también existen razones a favor de considerar irrelevante el cumplimiento del CTE como son la consideración del art. 17.3 como un precepto que impone la responsabilidad a todos los agentes cuando se desconozca la causa del daño que será lo que la determine con independencia de aquel cumplimiento; que el art. 17.8 de la LOE no prevé como causa de exoneración el cumplimiento del CTE; que en la práctica el deudor no se libera probando la diligencia sino el caso fortuito, y la línea jurisprudencial que considera insuficiente el cumplimiento de los reglamentos para exonerar de responsabilidad<sup>1307</sup>.

### 2.3.5.2 Diferentes posturas doctrinales

Los autores que sostienen la necesidad del incumplimiento del CTE parten de que el art. 17.1 b) de la LOE exige la vulneración de los requisitos de habitabilidad al remitirse al art. 3.1 c), y éstos son desarrollados por aquél. Así, observan que se produce un cambio respecto de la responsabilidad ex art. 1.591 CC que no exigía el incumplimiento de las NBE o de las NTE, aunque su cumplimiento o incumplimiento se utilizara como parámetro<sup>1308</sup>.

---

<sup>1306</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 100-101, autora que ha prestado especial atención a esta cuestión y destaca que *“el CTE permite continuar la discusión planteada en el Derecho civil general sobre cómo se integra la diligencia exigible, es decir, si la diligencia exigida en los arts. 1101 y 1104 puede estar determinada por normas que establezcan procedimientos técnicos”*.

<sup>1307</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 101-102. A los efectos del cumplimiento de los reglamentos se refiere LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, p. 1.214, quien advierte que no exonera porque la diligencia supone un *“plus añadido a los mínimos de conducta que establecen dichas normas...”*. Sin embargo, sí son relevantes dichas normas para determinar la negligencia, porque incurre en culpa quien las incumple. En sentido contrario, CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 949, no considera que sea aplicable la regla referida a la responsabilidad contractual, al menos como principio, nos señala el autor, porque el acreedor debe conocer que la diligencia prestable por el deudor viene determinada por el aparatado reglamentario.

<sup>1308</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 112. Apunta la autora, o.c. nota 14, pp. 127-128, el ejemplo de las humedades que bajo el art. 1.591 CC conllevan la

En cambio, los autores que sostienen la falta de exoneración por el cumplimiento de la normativa técnica se fundamentan en la posibilidad de que exista un vicio constructivo que repercuta negativamente en la habitabilidad del edificio aun cuando se haya observado la normativa<sup>1309</sup>; en que no siempre el CTE coincidirá con la *lex artis*<sup>1310</sup>, y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera insuficiente el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, como es el CTE<sup>1311</sup>.

---

responsabilidad con independencia de la observancia de la normativa técnica (cfr. STS de 9 de marzo de 2000 (RJ 1515) comentada en nota 1311). Por ello, ve esta autora (o.c. nota 14, p. 115) una limitación doble de la LOE en relación con el art. 1.591 CC en su interpretación dada por el Tribunal Supremo para frenar la ampliación jurisprudencial de la ruina, por una parte al reducir el plazo de garantía a tres años y, por otra, al exigir que el defecto conlleve un incumplimiento de las normas administrativas; en parecido sentido SEOANE PRADO, nota 1323.

<sup>1309</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 336, quien añade que tales vicios impiden el uso satisfactorio de acuerdo con el tenor art. 3.1 c.4). En el mismo sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 596, considera resarcibles los vicios que no supongan incumplimiento de normativa técnica con apoyo tal precepto. Tampoco exonera el cumplimiento de las normas sobre control de calidad de las edificaciones para ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 227.

<sup>1310</sup> GONZÁLEZ NEBREDÁ, SANTDIUMENGE FARRÉ, y TÁBOAS BENTANACHS, o.c. nota 1031, pp. 319-320. Expresivamente señalan los autores que *“El CTE no elimina la lex artis a golpe de decreto”*. Sin embargo, estos autores consideran que exonera su cumplimiento y el de demás normativa técnica aplicable al arquitecto cuando según el avance de los conocimientos científicos y tecnológicos no hubiera otra solución que la adoptada cumpliendo el CTE y demás normativa.

Sobre esta cuestión de la *lex artis*, para SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 23, el art. 3 de la LOE, con el objetivo que señala de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, define reiteradamente la *lex artis*. En el mismo sentido, el referido autor y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 192.

<sup>1311</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 604, quien cita varios pronunciamientos del TS. Entre ellos, la STS de 27 de febrero de 2003 (RJ 2515) que señala con claridad meridiana en un supuesto en el que era de aplicación el art. 1.591 CC y la constructora alegaba la infracción de una serie de normativa administrativa que *“la imputación de responsabilidad por la producción de un daño es independiente del cumplimiento de normas reglamentarias”*; y la STS de 9 de marzo de 2000 (RJ 1515) que más específicamente resolvió, frente al recurso presentado por un arquitecto proyectista y director de la obra: *“El artículo 1591 resultó correctamente aplicado por el Tribunal de Instancia conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de Casación Civil, en cuanto tiene declarado que no impide la responsabilidad del Arquitecto el hecho de que el proyecto cumpliera con la normativa vigente, ya que lo demostrado es que la construcción resultó defectuosa ( S. De 12-1-1992 [ RJ 1992, 9581] ) por razón de las humedades que la afectaron, respondiendo dicho técnico por*

Incluso dentro de los autores que aprecian la necesidad del incumplimiento de las normas técnicas se reconoce que pueden existir defectos constructivos que no conlleven lo anterior, y que resulta criticable que se exija tal incumplimiento porque la labor de los agentes de la edificación debe ser presidida por la *lex artis*, por lo que se concluye que se debería responder por su incumplimiento aunque se cumplieran las normas administrativas, ya sea por la vía de la responsabilidad contractual o extracontractual, porque a pesar de los problemas de coordinación que ello genera no se ven apoyos suficientes para incluirlos en la LOE<sup>1312</sup>.

En cuanto al argumento a favor de la exoneración, apuntado en el epígrafe introductorio, consistente en que el CTE establece las exigencias básicas de los edificios que permiten cumplir con los requisitos básicos, los autores que lo sostienen insisten en la falta de determinación de estos requisitos por parte de la LOE y su concreción por el CTE<sup>1313</sup>. No obstante,

---

*las irregularidades apreciadas en el proyecto y diseño de la edificación, al no haberse ajustado a las exigencias de la «lex artis».*

<sup>1312</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 113-115 y 133-135, quien no obstante, no le quita valor a las normas administrativas como parámetro para determinar la responsabilidad civil, pero sin exclusividad.

Señala la autora como argumentos a favor de una interpretación flexible que incluya aquellos supuestos en que, a pesar de cumplirse con la normativa administrativa, se hace manifiestamente inhabitable el edificio, que si la evidencia de la deficiencia constructiva no tiene más peso que los cálculos empíricos en que se apoya la normativa técnica se podría convertir la tradicional obligación de resultado del contrato de obra en una obligación de medios; que la interpretación flexible se compadecería con el carácter tuitivo de los propietarios que se consagra en la Exposición de Motivos de la LOE, y con la calidad que tanto preocupa al CTE. Sin embargo, la autora reconoce que por “*el tenor literal de nuestras normas, que identifican el vicio con el incumplimiento del correspondiente documento Básico, y en tanto la jurisprudencia no se pronuncie en este sentido ampliatorio de la responsabilidad de la LOE, carecemos de apoyo suficiente para postular un entendimiento semejante...*”. No obstante, admite que reconducir aquellos vicios al régimen de responsabilidad contractual o extracontractual conlleva “*una mayor exigencia en la diligencia de los profesionales de la construcción fuera de la LOE y del CTE que en el marco de estas normas, que son el régimen específico de responsabilidad por defectos constructivos establecido, según parece, con una intencionalidad tuitiva de los propietarios de los edificios*”.

<sup>1313</sup> Se refieren a la definición absolutamente general de los requisitos básicos por parte del art. 3 de la LOE, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 23; CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 102-103, atiende al nivel de definición de los requisitos básicos por

se ha distinguido de esta idea a la responsabilidad decenal en atención al nivel de determinación que hace la LOE de los diferentes requisitos básicos que se observa mayor en el de seguridad estructural que en los supuestos de la responsabilidad trienal en los que el CTE no es que exonere sino que es el límite de lo exigible a los agentes, más allá de lo cual habrá caso fortuito o fuerza mayor<sup>1314</sup>.

También se ha intentado marcar diferencias entre ambas responsabilidades acudiendo al hecho de que el art. 17.1 a) de la LOE al establecer la responsabilidad decenal no se remite al art. 3, que a su vez se remite al CTE, como sí hace el art. 17.1 b) a propósito de la responsabilidad trienal<sup>1315</sup>. Sin embargo, en contra de lo anterior debemos

---

parte de tal precepto; en análogo sentido BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 188, señala que para valorar si el daño produce un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad debe tenerse en cuenta el CTE; ORTEGA ESPINOSA, o.c. nota 1040, p. 203, quien destaca que los términos ambiguos que utiliza la LOE no favorecen la resolución de litigios. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 121 y 127, alude a la generalidad de los términos en que se pronuncia el art. 3.1, y señala en esta línea: *“Si, como hemos apuntado, la responsabilidad trienal sólo será exigible cuando los vicios o defectos «ocasionen el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3» [artículo 17.1 b de la LOE], y estos requisitos, genéricamente enunciados en el referido precepto, se desarrollan en el CTE, será a través del análisis de este último como podremos precisar si procede exigir aquella responsabilidad o no”*.

<sup>1314</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 76, 90 y 103-105, quien señala en cuanto a la responsabilidad prevista en el art. 17.1 b) de la LOE por incumplimiento de los requisitos de habitabilidad que es imprescindible el incumplimiento del CTE por lo indeterminado de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1 c) de la LOE; mientras que en el caso de la responsabilidad decenal como el requisito básico de seguridad estructural está perfectamente definido por el art. 3 de la LOE, el CTE no estaba llamado a determinar la conducta exigible para su cumplimiento, por lo que su cumplimiento no exime de responsabilidad. Añade la autora que más allá del CTE en seguridad estructural no hay caso fortuito ni fuerza mayor, si se da el presupuesto del art. 17.1 a). Tampoco para CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 484, el cumplimiento de las exigencias del CTE constituye un caso fortuito a efecto de exoneración de la responsabilidad decenal, ni su incumplimiento constituye la responsabilidad decenal.

<sup>1315</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 133. Así, la autora, o.c. nota 14, pp. 126-130, defiende que no existirá responsabilidad por humedades si se cumplen el “DB-HS Salubridad” porque conllevará que se ha limitado suficientemente el riesgo de humedades que quiere evitar la correspondiente exigencia básica, razonamiento que extiende al resto de exigencias básicas relativas de salubridad; que el cumplimiento del “DB-HR Protección contra el ruido” conllevará que el edificio presenta un aislamiento acústico suficiente, y que conllevará lo mismo el cumplimiento del “DB-HE Ahorro de Energía”. CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 47, excluye de la

señalar que el supuesto de hecho de la responsabilidad decenal es prácticamente coincidente con el requisito básico de seguridad estructural<sup>1316</sup>, que el CTE regula los requisitos básicos relativos a la seguridad estructural, y fundamentalmente que el art. 3.2 de la LOE se remite expresamente al CTE para regular los requisitos básicos de la edificación, entre los que se encuentran los relativos a la seguridad, y a los que, además, se refiere la disposición final segunda de la LOE que prevé la aprobación del CTE.

Igualmente se ha argumentado para distinguir los efectos del cumplimiento del CTE en materia de responsabilidad decenal el difícil control de su cumplimiento. Concretamente se pone de relieve que al margen del que realizan los propios agentes de la edificación, el control realizado por la Administración a la hora de conceder las licencias de utilización del edificio y por los Colegios profesionales no verifica realmente la obra terminada, sino que se limita a un control documental<sup>1317</sup>. No obstante, no existe un diferente control del CTE en materia de cumplimiento de los requisitos básicos a los que se anuda la responsabilidad trienal<sup>1318</sup>, diferencia que sí existe en cuanto al realizado

---

exoneración que baraja (con fundamento en que el CTE representa el estado de los conocimientos) la responsabilidad decenal porque no existe remisión al art. 3 de la LOE.

<sup>1316</sup> Véase p. 341.

<sup>1317</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, p. 104. Con carácter general nos encontramos ante un sistema de autocontrol como ponen de relieve varios autores. Así, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 121, considera que debido a la falta de controles de otro tipo *“la única garantía de cumplimiento de los requisitos básicos del CTE sería la exigencia de responsabilidad por la inobservancia de los mismos”*; OTERO CERESO, o.c. nota 426, pp. 56 y 59, también se pronuncia sobre la responsabilidad de los propios agentes en la aplicación del CTE; igualmente sobre el sistema de autocontrol del CTE, haciendo referencia a su art. 6.2, puede verse REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, pp. 37-38, quien alude a la carencia de efectos que tendrá el visado de los proyectos a tales fines, y respecto al control de la Administración Pública que el cambio que supone el CTE conllevará que el control que se haga en cuanto al proyecto, la ejecución y finalización de obra, requerirá un esfuerzo de adaptación de los técnicos de cada Administración; ante el silencio del CTE en cuanto a quien corresponde el control del proyecto, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 113, p. 343, afirma que corresponde al proyectista el verificar que el mismo cumple con los requisitos y exigencias básicas del CTE.

<sup>1318</sup> Cfr. art. 6.2 de CTE.



por las entidades de control de calidad nombradas por la compañías aseguradoras porque actualmente se limita al ámbito del seguro decenal<sup>1319</sup>.

Sin embargo, otros autores que sostienen que el CTE permite satisfacer los requisitos básicos de la edificación no hacen distinciones entre la responsabilidad trienal y la decenal, ello con fundamento en las repetidas ocasiones en que señala que el empleo de los DB exime de responsabilidad sin distinguir la una de la otra<sup>1320</sup>.

Con todo, observamos que para los autores que sostienen la exoneración de la responsabilidad por cumplimiento del CTE no es obstáculo las reinterpretaciones que, como hemos visto, realiza de los

---

<sup>1319</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 121. Sobre la entrada en vigor de la exigencia de este seguro véase epígrafe 8.1 de capítulo II.

<sup>1320</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, pp. 426-427, para el cual el CTE permite el cumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad y de seguridad, determinando en consecuencia la existencia o no de vicios constructivos. El autor, o.c. nota 754, p. 19, concreta que la opción de emplear los DB exime de responsabilidad, haciendo referencia a las veces en las que el CTE lo repite, en concreto, a los arts. 3.2, 5.1.3 y 9.2. Procedemos a reproducirlos: Art. 3.2: *“Los DB contienen: a) la caracterización de las exigencias básicas y su cuantificación, en la medida en que el desarrollo científico y técnico de la edificación lo permite, mediante el establecimiento de los niveles o valores límite de las prestaciones de los edificios o sus partes, entendidas dichas prestaciones como el conjunto de características cualitativas o cuantitativas del edificio, identificables objetivamente, que determinan su aptitud para cumplir las exigencias básicas correspondientes; y b) unos procedimientos cuya utilización acredita el cumplimiento de aquellas exigencias básicas, concretados en forma de métodos de verificación o soluciones sancionadas por la práctica...”*; art. 5.1.3: *“Para justificar que un edificio cumple las exigencias básicas que se establecen en el CTE podrá optarse por: a) adoptar soluciones técnicas basadas en los DB, cuya aplicación en el proyecto, en la ejecución de la obra o en el mantenimiento y conservación del edificio, es suficiente para acreditar el cumplimiento de las exigencias básicas relacionadas con dichos DB...”*; art. 9.2: *“En los artículos siguientes se relacionan dichas exigencias básicas como prestaciones de carácter cualitativo que los edificios deben cumplir para alcanzar la calidad que la sociedad demanda. Su especificación y, en su caso, cuantificación establecidas en los Documentos Básicos que se incluyen en la Parte II de este CTE, determinan la forma y condiciones en las que deben cumplirse las exigencias, mediante la fijación de niveles objetivos o valores límite de la prestación u otros parámetros. Dichos niveles o valores límite serán de obligado cumplimiento cuando así lo establezcan expresamente los Documentos Básicos correspondientes. Además, los DB incluyen procedimientos, no excluyentes, cuya aplicación implica el cumplimiento de las exigencias básicas con arreglo al estado actual de los conocimientos”*.

requisitos básicos de habitabilidad del art. 3.1 c)<sup>1321</sup>. Obviamente estas reinterpretación son un argumento para la postura contraria, como se ha puesto de manifiesto al invocarse para defender la no exoneración de la responsabilidad decenal por el cumplimiento del CTE<sup>1322</sup>.

Por esta idea general de que el CTE permite cumplir los requisitos básicos de la edificación, algunos autores sostienen que no es obstáculo para la exoneración la doctrina del Tribunal Supremo acerca de que el cumplimiento de los reglamentos no excluye la responsabilidad. Se señala que el CTE tiene como fin el cambio de dicha doctrina<sup>1323</sup>. No obstante, a pesar de que bastantes autores han destacado que el CTE permitirá una mejor solución de los conflictos a que dé lugar la edificación<sup>1324</sup>, también

---

<sup>1321</sup> Véase p. 325 sobre el requisito básico de higiene y salubridad, pp. 327-328 sobre el requisito básico de protección frente al ruido, y p. 330 sobre el requisito básico de ahorro de energía y aislamiento térmico. Así, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 126-129, aunque reconoce que la exigencia básica de protección frente a la humedad del art. 13 del CTE consiste en limitar el riesgo previsible de que se produzcan humedades, defiende que el cumplimiento del “DB-HS Salubridad” conllevará que se ha limitado suficientemente tal riesgo y por tanto, se entenderá cumplida tal exigencia. Igualmente la autora, aunque reconoce que el CTE en su art. 14 se limita a determinados ruidos, afirma que el cumplimiento del “DB-HR Protección contra el ruido” conllevará que el edificio presenta un aislamiento acústico suficiente.

<sup>1322</sup> Así, CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 104-105, señala que no excluir la responsabilidad decenal por cumplimiento del CTE no es incongruente con los arts. 3 y 17 de la LOE, porque la pretensión de seguridad estructural es más amplia en el art. 3 de la LOE que en el CTE, porque mientras en la primera se responderá por cualquier daño estructural en los términos del art. 3 b.1), en el CTE para no responder basta con que la edificación no supere determinados valores límite. Sobre estos estados límite véase pp. 315-316.

<sup>1323</sup> SEOANE PRADO, o.c. nota 292, p. 199, destaca que es precisamente la finalidad principal del CTE la de procurar un cambio en la tradicional doctrina de que el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no excluye la responsabilidad del agente, y le resulta llamativo el modo en que se ha cambiado de enfoque, puesto que no es que el cumplimiento del CTE exonere de responsabilidad, sino que la observancia de los documentos básicos suponen la satisfacción de los requisitos básicos de la LOE.

<sup>1324</sup> Además de los autores citados en nota 1043; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 112, destaca, ante el mayor o menor grado de exigencia o tolerancia del propietarios, la conveniencia de establecer un criterio objetivo que el legislador ha dispuesto que sea el Código Técnico; REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, p. 45, aprecia que el CTE permitirá “detectar con mayor conocimiento de causa el error cometido, el motivo de la patología y en definitiva los presupuestos de una

se ha advertido que no está tan claro que efectivamente se produzca tal cambio porque a pesar de apreciarse que el CTE objetiva el nivel de calidades se considera posible que los Tribunales subjetiven la exigencia de responsabilidad, y construyan un concepto de aptitud o perfección de igual naturaleza subjetiva<sup>1325</sup>.

También se ha distinguido la cuestión de la falta de exoneración por el cumplimiento de los reglamentos de la consistente en que el estado de los conocimientos no permita otra solución, y se defiende que se estaría ante una solución similar a la de la Ley de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (LRP)<sup>1326</sup>. Así, se ve en el CTE la representación del estado de los conocimientos y, por tanto, el límite de lo exigible a los agentes de la edificación, lo que se refleja en su art. 9.2 que señala que la aplicación de los DB *“implica el cumplimiento de las exigencias básicas con arreglo al estado actual de los conocimientos”*<sup>1327</sup>.

---

*responsabilidad civil en este ámbito del Derecho que se adivina más difícil de eludir...”*; véase SALINERO ROMÁN, nota siguiente.

<sup>1325</sup> SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, pp. 188-189, quien alude como razón precisamente a algunos pronunciamientos del TS que han considerado irrelevante el cumplimiento de los reglamentos en materia de responsabilidad extracontractual. Destaca el autor que si las resoluciones judiciales se acomodan a los criterios objetivos del CTE, éste constituirá un instrumento que facilitará la resolución extrajudicial de conflictos.

<sup>1326</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 219 y 220, señalan que una cosa es que el cumplimiento de la legalidad reglamentaria no sea prueba de la diligencia de los agentes, y otra distinta que el estado del conocimiento técnico y científico no permita otra solución distinta. La LRP en su art. 6 señalaba (hoy el art. artículo 140.1 del TRLGDCU) que no se respondía si se prueba: *“a) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. b) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”*.

<sup>1327</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 47, advierte, aunque limitándose a la responsabilidad trienal (véase nota 1315) que tal precepto puede representar una válvula de exoneración de responsabilidad, pero ello sin un claro respaldo legal a diferencia de lo que sucede con los arts. 26 LGDCU de 1984 y 6.1 e) de la LRP (actualmente puede verse el art. 140.1 del TRLGDCU); ALMENAR BELENGUER, JIMÉNEZ LÓPEZ y PÉREZ PAZ, o.c. nota 307, pp. 123-124, sostienen que el cumplimiento de los documentos básicos libera a todos los agentes por basarse en los conocimientos consolidados de las técnicas constructivas, y GONZÁLEZ NEBREA, SANTDIUMENGE FARRÉ, y TÁBOAS BENTANACHS (véase nota 1310).

### 2.3.5.3 Valoración crítica

Según lo expuesto en el epígrafe anterior, se puede observar que los autores que defienden la exclusión de la responsabilidad por el cumplimiento del CTE, parten de que su nacimiento depende del incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación, y de la relación de éstos con el CTE, ya sea porque se considera que el CTE los define en unos casos y en otros no<sup>1328</sup>, o porque se sostiene con carácter general que permite obtener los requisitos básicos que regula<sup>1329</sup>; pero también existen autores que ven en el CTE el estado de los conocimientos<sup>1330</sup>. En cambio, los autores que consideran que no exonera de responsabilidad el cumplimiento del CTE, se fundamentan en que es posible un vicio que, sin incumplir normativa técnica, presuponga un daño a la habitabilidad, en que no siempre coincidirá con la *lex artis* el CTE, o en la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la insuficiencia del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias<sup>1331</sup>.

En cuanto a los argumentos alegados por los autores defensores del efecto liberatorio del CTE, hemos de señalar en lo referente al estado de los conocimientos como límite de la responsabilidad, que el CTE para cumplir con los requisitos básicos da fórmulas por medio de los DB, los cuales están basados en el conocimiento consolidado de las distintas técnicas constructivas y se actualizan en función de los avances técnicos<sup>1332</sup>. Sin embargo, la referencia a esta actualización supone admitir la insuficiencia del CTE para alcanzar en todos los supuestos los requisitos básicos<sup>1333</sup>, y lo más importante, el estado de los conocimientos

---

<sup>1328</sup> CORDERO LOBATO (véase pp. 390-391).

<sup>1329</sup> CASTRO BOBILLO (véase p. 392).

<sup>1330</sup> Véase p. 394 y la presente.

<sup>1331</sup> Véase p. 389.

<sup>1332</sup> Cfr. art. 3.1 b) del CTE.

<sup>1333</sup> A esta idea vemos que alude MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 134, al reconocer que pueden existir defectos no incluidos en el CTE por ir siempre la realidad delante del Derecho.

no se encuentra reconocido con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico<sup>1334</sup>.

Sin embargo, dado que la responsabilidad trienal se conecta con el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad [(cfr. art. 17.1 b)], el supuesto de hecho de la responsabilidad decenal coincide prácticamente con el requisito básico de seguridad estructural [cfr. art. 17.1 a) en relación con el art. 3.1 b.1)], y se encuentra este requisito más determinado por la LOE que los primeros, podríamos coincidir en que el cumplimiento del CTE supone la exclusión de la responsabilidad para aquellos requisitos básicos referentes a la responsabilidad trienal que el mismo define<sup>1335</sup>.

No consideramos excluyentes de este efecto liberador los motivos esgrimidos en el epígrafe introductorio. En primer lugar, en lo relativo a la falta de expresión por el art. 17.8 del cumplimiento del CTE como causa de exoneración, se puede argumentar que el CTE al desarrollar los requisitos básicos, cuya falta constituye la responsabilidad, no opera como causa de exoneración, sino como causa de cumplimiento. Tampoco consideramos un obstáculo el art. 17.3 de la LOE, porque este precepto impone la responsabilidad a todos los partícipes en la edificación cuando se desconozca la causa del daño, pero no entendida ésta como el requisito básico de la edificación incumplido<sup>1336</sup>. En lo que concierne a la posible aplicación de la doctrina jurisprudencial tradicional consistente en que el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no es suficiente, a la espera de la postura que adopte el Tribunal Supremo, también consideramos que lo verdaderamente relevante para posicionarse al

---

<sup>1334</sup> De ello se hace eco algún autor que esgrime este argumento, como es CADARSO PALAU (véase nota 1327).

<sup>1335</sup> Véase nota 1314. Lo anterior no supondría negar las consecuencias de incumplir la *lex artis*, sino que el incumplimiento de ella no siempre generará responsabilidad *ex LOE*, esto es, que podría ser fuente de responsabilidad exigible por otras vías.

<sup>1336</sup> En tal supuesto consideramos que no se desconoce si se ha incumplido el requisito básico en cuestión, dado que se parte, precisamente para el surgimiento de la responsabilidad, del hecho probado de tal incumplimiento, sino que lo que se desconoce es su causa.

respecto es el cambio de enfoque que ha supuesto la LOE que ya no sanciona sin más los vicios constructivos<sup>1337</sup>, sino que viene a integrar a los requisitos básicos en la prestación de los agentes al exigir nítidamente en la responsabilidad trienal que se incumplan, a lo que se une que el CTE determina, porque así lo dispuso el art. 3.2 de la LOE, la exigencias básicas que permiten cumplir estos requisitos básicos que constituirían la prestación.

No obstante, las conclusiones anteriores se entienden desde la premisa de que el CTE está correctamente elaborado y que no es posible un incumplimiento de los requisitos básicos si se ha cumplido aquél. Sin embargo, vemos posible lo anterior porque el CTE en varias ocasiones define los requisitos básicos de forma diferente a la LOE. Por ello, consideramos que si, a pesar de acreditarse el cumplimiento del CTE, se incumpliera algunos de los requisitos básicos del art. 3.1 c) a los que se remite el art. 17.1 b), y que desarrolla el referido instrumento, el agente debe responder frente al propietario. Concretamente, en cuanto al requisito básico de higiene, salud y protección del medio ambiente que hemos señalado que reinterpreta el art. 13 del CTE, es más restringido el resultado a obtener según este precepto puesto que es suficiente que se reduzcan a unos límites aceptables determinados riesgos<sup>1338</sup>. Otro tanto cabe decir del requisito básico de protección contra el ruido regulado en el

---

<sup>1337</sup> Véase pp. 252-253.

<sup>1338</sup> Véase nota 1321. Concretamente, mientras el art. 3.1 c) de la LOE mira a un resultado a obtener, que consiste en que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estancidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato; el art. 13 del CTE, aunque mira también a la obtención de un resultado, éste ya no consiste en las referidas condiciones aceptables y en evitar que se deteriore el medio ambiente, sino en reducir a límites aceptables unos riesgos, que son los de padecer molestias o enfermedades los usuarios y el de que se deteriore el edificio y el medio ambiente en su entorno inmediato.

Y ahondando en este enfoque del CTE de reducir riesgos, la exigencia básica HS 1 sobre protección frente a la humedad se refiere a la limitación del riesgo previsible de presencia inadecuada de agua o humedad en el interior de los edificios y en sus cerramientos. Pero además, aquí observamos dos cuestiones, la primera que el CTE no exige la eliminación de riesgo de filtraciones o humedades, sino su limitación; y la segunda, que sólo es relevante el riesgo previsible de filtraciones o humedades.

art. 3.1 c.2) que también hemos señalado que es reinterpretado por el CTE, porque mientras este precepto señala que consiste en no poner en peligro la salud de las personas y se les permita realizar satisfactoriamente sus actividades, el art. 14 del CTE considera que consiste en limitar el riesgo de molestias o enfermedades<sup>1339</sup>.

En sentido inverso, en cuanto al requisito básico de ahorro de energía y aislamiento térmico se ha puesto de relieve la introducción por el CTE del objetivo complementario de reducir el consumo a unos límites sostenibles y que una parte de él proceda de fuentes de energía renovable<sup>1340</sup>. Respecto a lo anterior consideramos que el objetivo de un consumo sostenible podría tener su encaje en el de conseguir un uso racional de la energía previsto en el tercer párrafo del art. 3.1 c) de la LOE, sin embargo, no vemos que la exigencia de que parte del consumo proceda de fuentes de energía renovable encaje exactamente en tal uso racional<sup>1341</sup>, razón por la que sostenemos su reclamación por otras vías diferentes a la LOE<sup>1342</sup>.

En cuanto a la responsabilidad decenal, el art. 17.1 a) de la LOE (a diferencia del art. 17. b), que establece la responsabilidad trienal) no se remite al art. 3, pero no deja de ser coincidente con el requisito básico de seguridad estructural que también desarrolla el CTE, y la LOE no define qué es el compromiso de estabilidad y resistencia mecánica, por todo lo cual habría que estimar que el cumplimiento del CTE permite descartar tal compromiso. No obstante, ya vimos que el art. 10 del CTE ha sido duramente criticado por su falta de claridad, y que el incumplimiento de

---

<sup>1339</sup> Véase nota 1321. A la vista de lo anterior, aunque ambos se refieren al riesgo o peligro, la LOE exige que no se dé, y al CTE basta con que se limite.

<sup>1340</sup> Véase nota 1321.

<sup>1341</sup> Máxime cuando para conseguir este uso racional el CTE contiene otras exigencias básicas. Nos referimos a las exigencias básicas HE 1 a HE 3, ambas inclusive.

<sup>1342</sup> Nos remitimos al capítulo IX dedicado a la coordinación de la LOE con el resto del ordenamiento. Contrariamente a lo sostenido, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 44, defienden que esta exigencia básica tiene cabida en los otros aspectos funcionales a los que se refiere el último párrafo del art. 3.1 c).

las exigencias básicas que especifica no es por sí mismo el presupuesto de la responsabilidad prevista en la LOE si se dan las condiciones más claras de su art. 17.1 a)<sup>1343</sup>; y que la pretensión de seguridad estructural en el CTE es más limitada que en el art. 3 de la LOE, porque para el primero basta con que no se superen determinados estados límite, mientras que la LOE hace responder de cualquier daño estructural que reúna los requisitos del art. 3<sup>1344</sup>.

Además, volviendo a la responsabilidad trienal, apreciamos que la irrelevancia del cumplimiento del CTE en su nacimiento puede venir en la práctica por otra vía, por la del incumplimiento del requisito básico del art. 3.1 c.4) relativo a otros aspectos funcionales que impidan un uso satisfactorio, de tal modo que los Tribunales, en un intento tuitivo de los adquirentes, exijan la responsabilidad con independencia del incumplimiento de las normas administrativas<sup>1345</sup>. Esto lo observamos en algunos pronunciamientos recaídos en la llamada jurisprudencia menor que no consideran obstáculo a la exigencia de responsabilidad la inexistencia de normas administrativas sobre elementos constructivos concretos<sup>1346</sup>.

---

<sup>1343</sup> Véase nota 1076.

<sup>1344</sup> Véase nota 1322. Esto lo compartimos en la medida en que nos circunscribamos a los estados límite últimos que son los que guardan estrecha relación con la seguridad estructural, porque hemos visto que el CTE contempla también los estados límite de servicios en lo que nos basamos para no exigir el incumplimiento del CTE como presupuesto de la responsabilidad decenal porque la ensancharía (véase pp. 365-366).

<sup>1345</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 336, señala tras referirse a diferentes supuestos constitutivos de la ruina funcional, que le parece claro que *“este tipo de deficiencias, con independencia de que sean o no debidas al incumplimiento de la normativa básica sobre edificios, inciden en la habitabilidad del edificio en tanto que, al margen de que en ocasiones pueden reducir las condiciones de salubridad del mismo, impiden su uso satisfactorio [vid. art. 3.1c), apartado c.4]”*. En análogo sentido, COLINA GAREA (véase nota 1265).

<sup>1346</sup> Cfr. SAP de Córdoba de 8 de febrero de 2011 (JUR 2013/257305) que no consideró óbice para la responsabilidad que impuso, con fundamento en el art. 3.1 a) de la LOE, por dimensiones insuficientes de armarios, que no existiera sobre ella normativa, y SAP de Valladolid de 5 de junio de 2013 (JUR 246511) que resolvió sobre la excesiva la altura de ventanas que dificultara el uso del tendedero aunque



Por último, el considerar que el cumplimiento CTE exime o excluye la responsabilidad exige volver a la determinación del modo en que se acredita su cumplimiento porque sus arts. 1.2, 3.2 b), 5.1.3 y 9.2 señalan que la aplicación de los correspondientes procedimientos de verificación de los DB conlleva que se presuma cumplido. Sobre lo anterior ha de tenerse en cuenta que no todos los DB disponen de procedimientos de verificación<sup>1347</sup>. Pero además, para excluir la responsabilidad no basta con la aplicación de tales procedimientos por los agentes porque conllevaría excluir la responsabilidad por el solo hecho de que ellos afirmen y conste en la documentación de seguimiento de la obra que los han utilizado<sup>1348</sup>, y dotar a sus declaraciones de unos efectos incongruentes con el art. 17.7 de la LOE que impone a los técnicos que suscriben el certificado final de obra la responsabilidad de su veracidad, como con la jurisprudencia que nunca consideró la firma de dicho certificado como causa de exoneración, sino todo lo contrario, y con el art. 17.3 que establece la responsabilidad de todos los agentes en caso de que se desconozca la causa del daño, pues conllevaría la presunción de que éste se halla fuera del riesgo de los agentes<sup>1349</sup>.

---

no existiera normativa al respecto, incluyendo tal incumplimiento en el art. 3.1 c.4) de la LOE.

<sup>1347</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 107-108. Además, señala la autora que en muchos casos lo que se nos presenta como procedimientos de verificación son cuantificación de exigencias básicas (refiriéndose a la definición del comportamiento adecuado del DB-SE), y en otros la verificación es una simple comprobación rutinaria del cumplimiento de los DB, refiriéndose la autora a los DB H3, DB H4, DB H5, DB HS1, DB HS2, DB HS3, DB HS4, DB HS5, en cuyos apartados 1.2, como destaca, se incluye una norma tipo en la que se viene a señalar que el procedimiento de verificación consistirá en comprobar que no se superan los valores límite establecidos en el correspondiente DB. Por contraste, señala la autora que son pocos los DB que contienen un procedimiento de verificación que consista en algo más que un control rutinario, como es el caso del DB HE1 relativo a la limitación de la demanda energética, en cuyo apartado 1.2 se prevé dos opciones de verificación.

<sup>1348</sup> Sobre ella véase anejo II.1 del CTE.

<sup>1349</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 109-112. Cuando la autora señala que la firma del certificado final de obra conllevaba todo lo contrario, se refiere a SSTs como la de 6 de mayo de 2004 (RJ 2696) que ante la alegación del técnico recurrente de que no tuvo intervención personal en la realización de los trabajos de compactación del terreno y ejecución de la solera de hormigón, y que es insuficiente

Efectivamente, aunque hemos sostenido que los demandantes habrán de acreditar que el defecto afecta a la seguridad estructural o a la habitabilidad, no deben probar por qué se ve afectada, esto es, la causa del daño<sup>1350</sup>, por lo que el otorgar efectos a la aplicación de los procedimientos de verificación supondría presumir, en contra del art. 17.3 de la LOE, que la causa del incumplimiento del requisito básico no se encuentra en la esfera de los agentes porque ellos han cumplido con el CTE, sino que se encuentra en ámbitos ajenos como un acto de tercero, fuerza mayor, o culpa del propio demandante por falta de mantenimiento.

## 2.4 La responsabilidad anual

### 2.4.1 Introducción

El art. 17.1 *in fine* de la LOE establece esta responsabilidad al señalar que *“el constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año”*.

La introducción de este plazo anual constituye otra novedad de la LOE respecto al art. 1.591 CC, con su plazo único decenal. Pero lo realmente novedoso es el contenido de esta responsabilidad anual puesto que con anterioridad a la LOE los defectos de terminación o acabado no eran

---

la suscripción por él de la definitiva conclusión de las obras de construcción del edificio que obra en el certificado final de la dirección, señaló que *“la suscripción del certificado le responsabiliza sobre todo en las consecuencias derivadas de la preceptiva intervención”*. De no mantenerse lo anterior, como bien señala la autora, se estaría dando a las declaraciones de los agentes un mayor valor que el otorgado a los documentos públicos por el art. 319.1 de la LEC, que no concede prueba de la veracidad de lo declarado en ellos, sino sólo del mismo hecho de la producción de tal declaración.

CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 114-115, tampoco considera que dichos procedimientos de verificación constituyan una presunción *iuris tantum*, porque ello conllevaría imponer a los actores la carga de demostrar que se ha incumplido el CTE, lo cual choca también con el art. 17.3 de la LOE, puesto que se invertiría la carga de la prueba que resulta de tal precepto que hace responder a los agentes cuando se desconozca la causa del daño.

<sup>1350</sup> Véase epígrafe 2.1.3.

susceptibles de ser reclamados por vía del art. 1.591 CC dado que no entraban en el concepto de ruina funcional, sino que debían reclamarse a través de las acciones derivadas del contrato de compraventa<sup>1351</sup>.

Por lo anterior, algunos autores ponen en valor el avance a favor de los compradores que supone esta garantía anual<sup>1352</sup>, aunque somos de la opinión que ello se verá matizado por la brevedad del plazo de garantía anual y su cómputo desde la recepción de la obra que adelante el inicio del plazo a un momento anterior al de la adquisición del inmueble por sus destinatarios finales<sup>1353</sup>.

---

<sup>1351</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.707; VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.392, quien destaca que la LOE va más lejos de la ruina en su interpretación jurisprudencial; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 467, y CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 425, también señalan que no eran constitutivos de ruina (sobre este último véase nota 1363, matización a lo anterior). En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 118 (véase nota 1363, matización a lo anterior); ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 615, y SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 187. MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 194-195, señala gráficamente que con su inclusión se supera *“la interpretación extensiva del art. 1.591 hecha por el TS, que excluía de la responsabilidad decenal las imperfecciones corrientes”*.

También sostiene lo anterior GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 349, cuando señala que *“Se trata, por tanto, de una defectuosa ejecución material de la obra, sin transcendencia alguna sobre la seguridad y habitabilidad del edificio, que por su escasa entidad el legislador sustrae del ámbito de la responsabilidad contractual por incumplimiento de sus obligaciones estableciendo un plazo más breve de prescripción que el que resulta de la aplicación de las normas generales (art. 1.964 del Código Civil)”*. En idéntico sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 920; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 193, y LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2680. Como otros autores que destacan la novedad de esta responsabilidad pueden verse, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 334; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 191 y 197; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, pp. 158-159, y RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 339.

<sup>1352</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 21, señala que el aplicar el mismo régimen a estos defectos *“supone un indudable beneficio para los consumidores adquirentes”*; COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 599-600, destaca que la inclusión de esta responsabilidad conlleva una elevación de los niveles de calidad, puesto que no es suficiente con que el edificio sea estable y habitable sino que ha de estar completa y correctamente terminado y acabado; en parecido sentido, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4598, resalta que se ha dado un paso más en la protección del adquirente al incorporar dentro de las reglas especiales probatorias los vicios o defectos de terminación y acabado. También consideran plausible esta responsabilidad anual, GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.707, y PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 28. DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 506, nos informan de que la Asociación de consumidores la estimó acertada recordando que el acabado es una causa frecuente de queja de los consumidores.

<sup>1353</sup> Véase epígrafe 2.1 de capítulo VI.

En otro orden de cosas, a diferencia de las responsabilidades decenal y trienal analizadas anteriormente, para esta responsabilidad anual no se discute la posibilidad de un concepto de edificio diferente al general que maneja la LOE en su art. 2<sup>1354</sup>.

Dicho lo anterior, en cuanto al contenido de esta responsabilidad hemos de señalar en primer lugar que resulta difícil determinarla, porque, como ha destacado la doctrina, los términos utilizados por la parte final extractada del art. 17.1 presentan problemas interpretativos por su ambigüedad<sup>1355</sup>. Además, se producirán dificultades a la hora de deslindar estos defectos de los incluidos en la responsabilidad trienal, particularmente en el caso del incumplimiento de los aspectos funcionales (art. 3.1 c.4) por su formula abierta<sup>1356</sup>.

---

<sup>1354</sup> Es más, los que tratan este aspecto dejan claro que puede afectar al edificio entendido ampliamente, como COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 583.

<sup>1355</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 380, quien considera que se generarán problemas de delimitación por no definirse por ninguna norma qué es un elemento de terminación o acabado ni qué es la terminación o acabado de un elemento. Destacan la ambigüedad del precepto, MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 201, y COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 597.

<sup>1356</sup> VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.443, señala que en algunos casos será difícil distinguir los defectos de acabado de los de la responsabilidad trienal, como también ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1156, fundamentándolo en la amplitud de la responsabilidad trienal y porque los defectos de terminación son también funcionales para el autor. Con carácter más general, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 106, apunta que se presentarán problemas de calificación de estos vicios objeto de la responsabilidad anual.

Se refiere en particular a los incumplimientos de otros aspectos funcionales previstos en el art. 3.1 c.4) CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 378, quien ve en este precepto un requisito de habitabilidad de dudosa interpretación, a lo que se une que no están bien delimitados con los elementos de terminación o acabado, puesto que éstos no son definidos por la ley, todo lo cual conlleva que la frontera entre la responsabilidad por defectos de terminación o acabado y por incumplimiento de este requisito sea más que difusa.

Sin embargo, no considera que se den problemas de delimitación MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 118-119, porque parte de que se exigirá para la responsabilidad trienal el incumplimiento de una norma administrativa que desarrolle los requisitos básicos del art. 3. Aprecia la autora que entre tanto la jurisprudencia no amplíe la garantía trienal a otros supuestos que no conlleven incumplimientos administrativos deben exigirse estos incumplimientos para tal garantía. Véase sobre esta cuestión del necesario incumplimiento de la normativa administrativa epígrafe 2.3.5.3, p. 400, donde hemos señalado que precisamente por la vía del art. 3.1 c.4) entrarán supuestos que no lo conlleven.

Sin embargo, no consideramos que esta responsabilidad anual se convierta en un cajón de sastre en el que quepan el resto de defectos no incluidos en las responsabilidades decenal y trienal<sup>1357</sup>, porque no todo daño causado por defectos constructivos es reparable conforme a la LOE, dado que es necesario que se pueda incluir en alguno de los tres supuestos del art. 17<sup>1358</sup>.

No obstante lo anterior, para que estemos ante un defecto de terminación es necesario que no afecte a la seguridad estructural ni a la habitabilidad del edificio<sup>1359</sup>, puesto que en ellos el daño lo constituye su misma producción, sin exigirse nada más<sup>1360</sup>. Por tanto, si provocaran una consecuencia sobre los requisitos básicos de habitabilidad o sobre la seguridad estructural del edificio, dejarían de incluirse en esta responsabilidad anual<sup>1361</sup>.

---

<sup>1357</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 380. En igual sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 598.

En sentido contrario, PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 28, considera que se corre el riesgo de que se convierta en tal cajón de sastre. Más moderado DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 16, señala que *“deben ser todos los defectos menores que no puedan englobarse en los apartados anteriores”*.

<sup>1358</sup> Véase pp. 252-253.

<sup>1359</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 349, señala que son vicios o defectos de ejecución material que no afectan a la estabilidad y habitabilidad; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, pp. 914-915; DÍEZ-PICAZO, o.c. nota 4, p. 388, señala que no comprometen la estabilidad ni limitan su habitabilidad; CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 482, para quien no tienen que provocar ninguna consecuencia negativa determinada en las utilidades señaladas por la LOE en su art. 3, entre las que, recordamos nosotros, la LOE no ha establecido un requisito básico que consista en la adecuada terminación o acabado del edificio; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 506, destaca que no afectan a la solidez, utilidad o habitabilidad del inmueble, como también BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 192, y RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 39, y COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 598, quien señala que requieren que no se den los presupuestos de las otras responsabilidades.

<sup>1360</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 482. En la misma tónica, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 379, señala que no se exige que los defectos de ejecución provoquen un efecto determinado sobre los elementos de terminación o acabado, sino que afecten a los mismos.

<sup>1361</sup> V.g. que por un defectuoso remate del revestimiento de fachada se llega a afectar a las vigas del edificio, o se producen humedades. A lo anterior se refiere MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 106, cuando afirma que *“muchos*

### 2.4.2 Contenido

Los defectos de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado del edificio se identifican con las imperfecciones corrientes o defectos menores que el Tribunal Supremo excluía de la noción de ruina funcional como vimos al analizar este concepto<sup>1362</sup>. Sin embargo, también vimos la gran extensión que se le dio a tal concepto con la famosa expresión de *“defectos de la construcción que por exceder de imperfecciones corrientes configuran una violación del contrato de obra”*, y que alguna sentencia llegó a incluir a las imperfecciones corrientes dentro del concepto de ruina funcional<sup>1363</sup>. Se ha destacado particularmente que ello acontece a pesar de que el legislador ha intentado frenar esta tendencia expansiva de la ruina funcional que hoy se considera que se encuentra en la responsabilidad trienal<sup>1364</sup>.

---

*de ellos llevarán a la inhabilitación del edificio ...o, incluso, a problemas de seguridad estructural”.*

<sup>1362</sup> Identifica los defectos de terminación o acabado con los vicios menores, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 16; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 506, quienes además los equiparan expresamente a las imperfecciones corrientes. También pueden verse en el mismo sentido, PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 28; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 359; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.443; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 599; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.597; O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 499. De modo análogo identifican estos defectos de terminación o acabado con las imperfecciones corrientes, HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 191; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 115; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 217-218; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 192; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.157; y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 130, que también ve un paralelismo de estos defectos con las imperfecciones corrientes, aunque no los considera coincidentes exactamente, parece que debido a que dentro de ellos no aprecia incluidos únicamente los defectos estéticos.

Sobre la noción de ruina funcional, véase epígrafe 1.3 de capítulo I.

<sup>1363</sup> Véase p. 32. Lo anterior lo apreciamos implícito en CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 425, cuando señala que estos defectos de terminación *“ordinariamente quedaban excluidos del concepto de vicio ruinógeno por tratarse de imperfecciones más o menos corrientes”*, y en MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 118, quien identifica los defectos de terminación o acabado con los defectos puramente estéticos, y señala que la regla general era la de excluirlos y que en la práctica se encuentran supuestos en los que el TS ha dado cabida en el art. 1.591 CC a defectos de escasa entidad, refiriéndose, entre otras, a la STS de 22 de junio de 2001 (véase nota siguiente).

<sup>1364</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, pp. 32-35, señala que la determinación de lo que es ruina funcional está normalmente motivada por si se cree razonable o no

Al margen de ello, en ocasiones se han incluido en la noción de ruina funcional defectos menores atendiendo a su carácter generalizado, dando lugar a la llamada “ruina técnica”<sup>1365</sup>. Y es que hay defectos menores que

---

hacer responder a los técnicos, porque aunque la LOE ha pretendido con la regulación de estos defectos de terminación o acabado, establecer un régimen distinto y separado de la ruina funcional, hoy recogida, como señala el autor en el art. 17.1 b), que pretende según el mismo reducir la ruina funcional que venía operando, se está incluyendo en la ruina funcional, a pesar de la LOE, por ejemplo a los defectos estéticos de una pavimentación. Se refiere a la STS de 22 de junio de 2001 (RJ 5074) que desestimó el recurso de casación interpuesto por la Comunidad autónoma de Castilla y León que actuó como promotora de una edificación y que había sido condenada a abonar a los actores el coste de reparación de los pavimentos. Mediante dicho recurso de casación, en lo que aquí interesa, se discrepaba de la calificación de tales defectos como constitutivos de ruina funcional, porque se sostenía que sólo eran un vicio estético y no propiamente constructivo. Sin embargo, se desestima el recurso de casación, señalando: *“Evidentemente estamos ante un efectivo vicio ruinógeno, conforme a la doctrina jurisprudencial conocida de esta Sala, que resulta abierta respecto a lo que se ha de considerar como anomalías constructivas y si bien la pavimentación en este caso no se presenta como decisiva para la seguridad del edificio, sí afecta al uso cómodo de las viviendas al instaurar habitabilidad molesta que rebasa una tolerancia media, por imponer a los usuarios soportar unos defectos que claman por antiestéticos y parecen responder al empleo de material de deshecho. De este modo se supera el concepto de leves imperfecciones corrientes, que cabe ser asumidas, al haberse producido decisiva violación del contrato, y hace la edificación en este aspecto básicamente insuficiente para su finalidad propia (Sentencias de 30-9 y 23-12-1991, 29-3, 22-9 y 10-11-1994 y 16-11-1996, entre otras)”*.

<sup>1365</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1177, p. 251, señala que *“en el concepto de ruina funcional se han venido incluyendo defectos de muy distinta gravedad...algunos de los cuales no pasarán de ser sino meras imperfecciones en la ejecución o acabado de la obra; ello ocurre cuando se produce la llamada “ruina técnica” de la obra por la generalidad de los desperfectos”*. En dicho sentido puede verse la STS de 15 de febrero de 2006 (RJ 640) en la que se consideran constitutivos de ruina defectos en el color del acabado de un pavimento, que presentaba falta de brillo, pintura que se encuentra realizada con escasa preparación de superficies previas y con poco espesor, barandillas y puerta metálica mal pintadas. Esta sentencia mantuvo el pronunciamiento de la audiencia provincial que, como señala el TS, *“los considera en su conjunto, y los califica como constitutivos, por su extensión, y necesidad perentoria de su arreglo o reparación para que se entienda como bien acabada la obra de lo que la doctrina de esta Sala viene a considerar como “ruina técnica”, es decir, que existe ésta, cuando los mismos se dan en tal extensión que la vivienda no resulta apta para ser vivida, ni el local o la misma adecuados para el fin o fines respecto a los que debían ser aptos y para los que se ha efectuado su construcción”*. Se trataba de una reclamación del contratista al dueño de la obra del pago final derivado del contrato, frente a lo que éste reconvino solicitando la compensación de esa deuda con la exigencia de reparación a aquél de los defectos existentes en la obra.

También puede verse la STS de 7 de junio de 2010 (RJ 5373) que desestimó el recurso de casación interpuesto por el aparejador frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que revocando la sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de

por su carácter generalizado impiden un adecuado uso del edificio. Precisamente, en aplicación de la LOE se ha dictado alguna resolución en la llamada jurisprudencia menor que incluye en la responsabilidad trienal defectos de acabado, que, por su carácter generalizado, impiden un adecuado uso del edificio<sup>1366</sup>.

Descendiendo al análisis de la literalidad del párrafo final del art. 17.1 de la LOE, resulta llamativo que en esta responsabilidad se determine el tipo de defecto o vicio constructivo que da lugar a ella, al *adjetivarse* “de ejecución”<sup>1367</sup>, con lo que se marca la diferencia con las otras

---

Propietarios actora. Entendió la sentencia de apelación que determinados defectos reclamados, aunque son considerados como de defectuosa ejecución y de menor importancia, eran de carácter general con lo que también entrarían en el concepto de ruina funcional, pronunciamiento que mantuvo el Tribunal Supremo: “*se trata de defectos constructivos de carácter general y no simplemente puntual, lo que implica un fracaso generalizado de la obra en determinados aspectos, sin perjuicio de que también encajen en el concepto más amplio de “ruina funcional”, que comprende los graves defectos constructivos, que, excediendo de las imperfecciones corrientes, hacen a la edificación inútil o básicamente insuficiente para su finalidad propia*”.

<sup>1366</sup> Cfr. SAP de Murcia de 4 de abril de 2006 (JUR 159762) que incluye como defectos de habitabilidad y no de mero acabado, como pretendía la recurrente, una serie de deficiencias: “*Como acertadamente señala la sentencia recurrida, aunque individualmente considerados algunos de los defectos constructivos evidenciados en el informe pericial son de escasa entidad e incluso podían considerarse de acabado, el conjunto de ellos evidencia su mayor trascendencia y su encaje dentro de los previstos en el apartado 1, c) del art. 3 de la LOE, pues hay problemas de estanqueidad (humedades), de higiene y salud (mal funcionamiento de la chimenea) o de funcionamiento (falta de planeidad del solado)*”. También puede verse la SAP de Girona 19 de julio de 2012 (JUR 295441) en la que se aprecia la distinta calificación que pueden tener los defectos en el pavimento de una vivienda en función de la extensión de la patología y de sus efectos en la habitabilidad. Esta sentencia en cuanto al revestimiento del baño mantiene la sentencia de instancia que lo califica como defecto de acabado ya que en el acto de la vista todos los peritos coincidieron en que se estaba en presencia de un defecto de acabado, en atención a la poca entidad de dicha patología, y en cuanto al pavimento de la vivienda señala que “*la parte apelante tiene razón no estamos solo ante un defecto de acabado sino propiamente de ejecución y que afecta a la habitabilidad, ya que como reconoce el perito Sr. Carlos Miguel, y los demás peritos también hay distintas tonalidades, juntas desiguales, algunas están picadas...*”.

<sup>1367</sup> Destacan este aspecto, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 48; COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 584 y 597, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 117. Destaca esta autora, “*Mientras en los otros casos resultaba indiferente si el origen de los vicios o defectos se encontraba en el proyecto, en la dirección o en la ejecución, aquí se restringe la responsabilidad a los casos en que los defectos se deben a una mala ejecución de las obras*”. De modo análogo, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 349, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 920.



responsabilidades que no se limitan a defectos de ejecución. Sin embargo, no consideramos que si el mal acabado tiene causa en un defecto que no sea de ejecución deba acudir por tal razón a la responsabilidad trienal, porque sostenemos que las responsabilidades dependen de los efectos del vicio en el edificio y no de su clase, aunque en cierto modo si concurre otro tipo de vicio se puede dar algo parecido a la ruina técnica en atención a la extensión del mal acabado<sup>1368</sup>.

Por otro lado, el precepto circunscribe los defectos a unos determinados elementos, los elementos de terminación o acabado, por lo que no cualquier defecto de ejecución dará lugar a esta responsabilidad<sup>1369</sup>. Sin embargo, la LOE no define que ha de entenderse por elementos de terminación o acabado<sup>1370</sup>. La ley no alude genéricamente a la labor de terminación o acabado de una obra sino a los elementos de terminación o acabado, pero ello no debe llevarnos a limitar esta responsabilidad a los defectos que afecten a estos elementos y excluir los que afecten al acabado o remate de otros elementos, porque debe entenderse que se hace referencia al remate de la obra<sup>1371</sup>. No

---

<sup>1368</sup> Por el contrario, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.157, señala que cuando no tenga causa este mal acabado en un defecto de ejecución habría que acudir a la responsabilidad trienal. Sin intención de adentrarnos en los responsables de los defectos de terminación o acabado, concretamente en si pueden serlo los técnicos de la obra por concurrir no sólo un defecto de ejecución, sino también un defecto de dirección o proyecto (véase sobre esta cuestión 2.2.2.2.5 de capítulo VIII) hemos de apuntar que no estamos de acuerdo con que la calificación de los defectos dentro de una u otra responsabilidad dependa de si quiere hacer responder a otros agentes diferentes al constructor, sino de sus efectos en el edificio. Ya sostuvimos (véase p. 340) que las tres responsabilidades previstas en el art. 17 dependían de los efectos del vicio en la seguridad estructural, habitabilidad o acabado. Sin embargo, ciertamente el hecho de que el vicio que afecte al acabado se deba a un defecto de ejecución y además a un defecto de dirección, puede apuntar a que no estamos ante un supuesto de responsabilidad anual y de modo parecido a lo que ocurre con la ruina técnica que la extensión de este mal acabado llegue a afectar al uso satisfactorio del edificio (art. 3.1 c.4). Véase sobre esta idea página 697.

<sup>1369</sup> COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 597.

<sup>1370</sup> Lo que es el principal problema de esta responsabilidad para ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.157.

<sup>1371</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 380, que señala que la expresión elementos de terminación o acabado “*Se refiere al acabado de la labor constructiva de cualquier elemento del edificio*”, y COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 597, que desecha

obstante, lo anterior no nos puede llevar a identificar estos defectos con la fase final del proceso constructivo del edificio<sup>1372</sup>.

En la llamada jurisprudencia menor han recaído varios pronunciamientos que incluyen en esta responsabilidad anual supuestos bastante variados<sup>1373</sup>.

Como idea capital debe tratarse de defectos que no afectan a la seguridad estructural ni habitabilidad del edificio<sup>1374</sup>, a partir de lo cual los

---

expresamente que estos defectos se limiten a los elementos de terminación y acabado de la obra, y que considera que lo que pretende la ley es identificar una concreta fase del proceso constructivo, la de su remate, consumación y finalización.

Otros autores observamos que implícitamente llegan al mismo resultado porque se refieren a vicios en el acabado o terminación de la obra sin limitarse a elementos concretos. Es el caso de CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 492, quien al tratar esta responsabilidad acude a la definición de la RAE de la palabra acabado, que implica, como nos dice el autor, el perfeccionamiento o retoque de una obra o labor (acude el autor a la vigésima ed. del DRAE, cuyo significado mantiene la ed. vigésima segunda); GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 359, señala que esta garantía afecta a los vicios menores de imperfecta ejecución en el acabado o terminación; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 27, los denomina vicios de mera terminación o acabado. Más expresivamente Díez-Picazo, o.c. nota 4, p. 388, señala que solamente afectan a la terminación o presentación del edificio.

<sup>1372</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 380, y la misma autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 430, señalan que estos defectos serán independientes del momento del proceso constructivo, porque no tienen que provocarse necesariamente al final de él. En el mismo sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 597, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.157,

Con un supuesto lo expresaremos mejor. Supongamos que la columna de un garaje presenta unas rugosidades estéticamente deplorables. En tal caso, entendemos que aunque una columna no es un elemento de terminación o acabado, y no se erigen al final del proceso constructivo del edificio, estas rugosidades con efectos netamente estéticos entrarían en la garantía estudiada porque afectan a su acabado.

<sup>1373</sup> SAP de Castellón de 1 de julio de 2010 (JUR 345719) referida a rotura de piezas cerámicas y ajuste de carpinterías metálicas; SAP de Las Palmas de 22 de mayo de 2012 (JUR 299956) sobre oxidación en herrajes de puertas, marcas o desgarramientos en la superficie del vidrio de ventanas y defectos en manguitos, griferías y llaves de paso de baño; SAP de Barcelona de 25 de abril de 2012 (JUR 259558) sobre mal aislamiento del recogedor de la cinta de persiana, falta de pintura entre la carpintería y tales cintas, defectos en el acabado de la fachada consistentes en la presencia de restos de mortero, ausencia de algunos remates y mal acabado de las esquinas, falta de algún tramo de zócalo, puntos de luz y baldosas defectuosas, y SAP de Córdoba de 8 de febrero de 2011 (JUR 2013/257305) que considera como tales la gran holgura existente entre tapajuntas y pared.

<sup>1374</sup> Véase p. 405.

autores mantienen diferentes concepciones de esta responsabilidad, unas más amplias que otras. Así, algunos autores se limitan a los defectos puramente estéticos <sup>1375</sup>, pero, como hemos visto al tratar la responsabilidad trienal, muchos incluyen estos defectos estéticos en dicha responsabilidad porque pueden impedir el uso satisfactorio del edificio, sobre lo que hemos mantenido que será necesario para ello que el elemento en cuestión tenga como función principal la estética y que debe estarse al caso concreto porque de lo contrario se vaciaría la responsabilidad anual<sup>1376</sup>.

Algún autor a los efectos de favorecer a los adquirentes por la brevedad del plazo de garantía ha restringido más aún esta responsabilidad porque, además de remitir los defectos estéticos a la responsabilidad trienal, reduce los defectos de terminación o acabado a los “*defectos de escasísima entidad constructiva, económica y funcional, rayanos en lo tolerable...*”<sup>1377</sup>.

En nuestra opinión, al margen de que algunos defectos estéticos pueden resarcirse por medio de la responsabilidad trienal, la responsabilidad anual no se limita a ellos, lo que observamos en autores que determinan como contenido de ésta simples descuidos de ejecución material en elementos no esenciales de la edificación<sup>1378</sup>, u omisión de prestaciones debidas<sup>1379</sup>.

---

<sup>1375</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 427, para quien se trata deficiencias en las superficies o revestimiento que afectarán exclusivamente al ornato o de imperfecciones en los remates, con transcendencia puramente estética porque no perjudicarán a la seguridad ni habitabilidad; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 118, los considera “*desperfectos puramente estéticos*”. No obstante, esta autora incluye supuestos que, en nuestra opinión, exceden de lo estético (véase nota 1380).

<sup>1376</sup> Véase p. 383.

<sup>1377</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.156-1.157.

<sup>1378</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 208. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 117, señala que “*Son los supuestos de menor entidad, pues se incluyen únicamente los casos en que sea aprecian desperfectos producidos por mala ejecución y que se restringen al acabado del edificio*”.

<sup>1379</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 492, no sólo incluye defectos de pintura, sino también de instalación, refiriéndose a baldosas despostilladas, y de fabricación, poniendo el ejemplo de una cisterna que no funciona, o bien olvidos puros y simples,

La anterior delimitación se aclara si nos detenemos en los concretos ejemplos que los autores han aportado de defectos de terminación o acabado algunos de los cuales no compartimos en atención a sus efectos en la habitabilidad del inmueble<sup>1380</sup>. Particularmente, no consideramos que los azulejos irregularmente colocados<sup>1381</sup> o las baldosas despostilladas sean siempre incardinables en la responsabilidad anual<sup>1382</sup>, porque puede que lleguen a afectar a la habitabilidad por incidir en el uso satisfactorio del edificio, de acuerdo con el apartado cuarto del art. 3.1 c). Por lo anterior, obviamente, somos contrarios a que se incluyan en esta garantía anual los supuestos de baldosas que se despegan<sup>1383</sup> que el

---

en alusión a omisiones de prestaciones debidas. Tampoco limita estos defectos a los estéticos, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 130.

En la misma línea, MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 201-202, considera que se trata ante todo de prestaciones inconclusas o no definitivamente ejecutadas, y también de prestaciones defectuosamente realizadas en aspectos que no conciernan a elementos estructurales, siempre que puedan ser apreciados a simple vista, ilustrándonos con ejemplos como parquet no barnizado, pintura mal realizada, interruptores torcidos. En igual sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 584, señala que al exigir la ley que afecte a elementos de terminación o acabado, pretende aludir, o bien a una incompleta ejecución, no finalizada, terminada o acabada, o bien una completa actividad por ser acabada o terminada, pero defectuosa. Pone como ejemplo de lo primero la caldera que no produce calor porque no se han ajustado determinadas piezas y engranajes (de lo que discrepamos porque consideramos que lo anterior puede afectar a la habitabilidad), y como ejemplo de lo segundo, la disposición torcida de los interruptores. En o.c. nota 164, pp. 597 y 598, nos pone el autor unos ejemplos más comprensibles, como el de un parquet no barnizado en su totalidad y barnizado defectuosamente o las puertas correderas de armarios que cierran mal.

<sup>1380</sup> Véase nota anterior; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 336, se refiere a puertas mal barnizadas, a azulejos irregularmente colocados y a mala pavimentación; MARTINEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 118, a pesar de que los considera “desperfectos puramente estéticos”, incluye supuestos que exceden de lo estético puesto que señala, además de defectos relacionados con la pintura, barniz y acabado de puertas, y azulejos irregularmente colocados, otros como baldosas que se despegan, la falta de colocación de algún enchufe o llave de la luz en lugar distinto al pactado y persianas que abren con dificultad.

<sup>1381</sup> En contra, SANTOS MORÓN y MARTÍNEZ ESCRIBANO, véase *supra*.

<sup>1382</sup> En contra, CABANILLAS SÁNCHEZ, véase nota 1379.

<sup>1383</sup> En contra, SANTOS MORÓN, véase nota 1380.

Tribunal Supremo ya ha considerado constitutivos de responsabilidad trienal<sup>1384</sup>.

También se incluirán en esta responsabilidad anual las fisuras y grietas siempre que no se den las circunstancias propias de las responsabilidades decenal y trienal, porque se incluirán en dichas responsabilidades si comprometen la estabilidad del edificio o afectan a su habitabilidad<sup>1385</sup>. Sin embargo, no se incluirán los defectos de limpieza de los inmuebles entregados a los adquirentes dado que la ley habla de defectos de ejecución, salvo que la suciedad se deba a una defectuosa ejecución<sup>1386</sup>.

En el Derecho francés igualmente existe una responsabilidad anual, que se denomina por el art. 1.792-6 del *Code* garantía de perfecta terminación, cuyo ámbito subjetivo, sin perjuicio de que analicemos este aspecto de la LOE más adelante<sup>1387</sup>, se limita al contratista, y no alcanza a los otros agentes considerados como constructores en el sentido amplio de dicho término que baraja el art. 1.792-1<sup>1388</sup>. El referido art. 1.792-6 dispone que esta responsabilidad del

---

<sup>1384</sup> Cfr. STS de 23 de febrero de 2010 (véase nota 1290).

<sup>1385</sup> Véase p. 380. Tiene en cuenta esta idea, para incardinarlos en la responsabilidad anual, la SAP de Cantabria de 21 de septiembre de 2011 (JUR 2012\390762) que señala *“Esta Sala viene calificando las fisuras o defectos leves en la tarima como defectos de acabado”*.

Sin embargo, hemos visto (*ibídem*) que GONZÁLEZ POVEDA, da cabida a las grietas en la responsabilidad trienal, sin exigencia adicional y, por otro lado, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 109, debido al inconveniente de la brevedad del plazo de garantía que se otorga por la LOE a los defectos de terminación o acabado remite las fisuras a otros regímenes diferentes.

<sup>1386</sup> Cfr. art. 17.1 *in fine*. A esto parece aludir SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.598, al incluir en esta responsabilidad anual el supuesto de que *“algunas piezas de mármol o de gres estén manchadas”*.. La SAP de Barcelona de 25 de abril de 2012 (JUR 259558) los incluye: *“Embaldosado de terrazas de la vivienda.... en mal estado. La deficiencia apreciada en este punto se circunscribe a la presencia de residuos de obra, siendo que la limpieza de la misma es una tarea propia de las buenas prácticas constructivas”*

<sup>1387</sup> En epígrafe 2.2.2.2.5 de capítulo VIII.

<sup>1388</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 481-482, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 97. También apreciamos lo anterior en CORDERO

contratista se extiende a la reparación de todos los defectos señalados por el dueño de la obra por medio de reservas a su recepción, o que aparecidos dentro del siguiente año sean notificados de forma escrita al constructor<sup>1389</sup>, salvo que, obviamente, se deban al desgaste normal o al uso. Estamos, por tanto, ante una garantía que se extiende a todos los desórdenes o defectos señalados por el dueño de la obra<sup>1390</sup>, que es más amplia que la española, en tanto que no sólo se refiere a defectos de terminación o acabado, sino que cubre cualquier falta de conformidad<sup>1391</sup>.

Esta responsabilidad del constructor sólo concurrirá con las responsabilidades decenal y bienal cuando los defectos se hayan puesto de manifiesto en el año siguiente a la recepción, pero no cuando sean defectos reservados porque aquellas responsabilidades sólo amparan defectos ocultos<sup>1392</sup>.

---

LOBATO, o.c. nota 1, p. 379 (nota 66), y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 116-117.

<sup>1389</sup> De lo dicho se deduce que los defectos aparentes en el momento de la recepción quedan excluidos si no son reservados, como, además señalan CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 483, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 116. Véase sobre esta cuestión en nuestro ordenamiento, epígrafe 6.5 de capítulo VI.

<sup>1390</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 482, citando doctrina francesa; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 96, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 116. Razona CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 482 y 486, que se trata de una garantía objetiva, citando en tal sentido a autores franceses que señalan que esta garantía, a diferencia de la decenal y bienal que conllevan una presunción de responsabilidad de los agentes, es independiente de toda noción de responsabilidad. De ahí que señale CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 482-483, también con apoyo en autores del país vecino que el contratista podrá reclamar posteriormente a los eventuales responsables, y que resulta beneficiosa esta garantía al designarlo como deudor porque asegura la reparación *in natura* en un breve plazo.

<sup>1391</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 379, quien además, parafraseando el art. 1.792-6 del Code, señala que la LOE no contiene una "*garantie de parfaite termination*", pues no cubre cualquier falta de conformidad con lo pactado. En idéntico sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 192-193. En análogo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 116, y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 430.

<sup>1392</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 439, señala que una vez realizadas las reservas, éstas mantienen al vicio denunciado en el único marco de la garantía de perfecta terminación. Además, esta responsabilidad anual concurrirá con la responsabilidad de derecho común de los agentes a los que sean imputables tales defectos, como señalan CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 485, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 116-117.

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES DE LA  
EDIFICACIÓN EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA  
EDIFICACIÓN**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR  
FRANCISCO L. SANTANA NAVARRO**

**BAJO LA DIRECCIÓN DE LOS PROFESORES DR. DON  
IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO Y DR. DON LUIS  
GODOY DOMÍNGUEZ**

**UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE  
GRAN CANARIA.  
FACULTAD DE DERECHO.**

**ABRIL 2015.**

**TOMO II**

## VI.- LOS PLAZOS DE GARANTÍA PREVISTOS EN LA LOE

### 1. Función de los plazos de garantía y críticas a su duración

#### 1.1 Introducción

Al igual que el art. 1.591.1º CC presupone dos tipos de plazos, uno de garantía y otro de prescripción, la LOE establece diversos tipos de plazos, unos de garantía<sup>1393</sup> (de diez, de tres y de un año) y otro de prescripción de las acciones de dos años, aunque ello lo hace de forma más clara<sup>1394</sup>.

El art. 17.1 de la LOE establece, a medida que configura las responsabilidades que contiene, diversos plazos de garantía durante los cuales ha de producirse el daño material<sup>1395</sup> o, dicho de otra forma, manifestarse el defecto<sup>1396</sup>, para que surjan las responsabilidades que hemos analizado en los epígrafes dedicados a las responsabilidades decenal, trienal y anual.

---

<sup>1393</sup> Hemos de advertir, como hace SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 402-403, que la LOE utiliza los términos de plazos de responsabilidad y plazos de garantía, refiriéndose a este último como el plazo de aseguramiento de la responsabilidad, cuando en el régimen del CC, la doctrina y en la práctica, así como también en la jurisprudencia, se utiliza el término plazo de garantía como referencia al plazo de responsabilidad decenal previsto en el art. 1.591. Cfr. art. 6.5 de la LOE y punto 5 de la Exposición de Motivos. Entre otros, también los llama plazos de garantía, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 396.

<sup>1394</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 192, cuando señala que la distinción entre los plazos de garantía y de prescripción es más clara en la LOE que en el art. 1.591 CC. Y es que no hay que olvidar que este precepto no establecía un plazo de prescripción específico. Para más referencias sobre esta cuestión, véase epígrafe 2.2 de capítulo I.

<sup>1395</sup> Sobre la necesidad de la producción del daño dentro del plazo de garantía, pueden verse: DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 16; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 471; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 462; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 442; VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.438; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 353; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 620; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 210, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 405. También sobre la existencia de daño material en plazo, aunque refiriéndose a su manifestación, puede verse FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 258, y SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, pp. 862-863.

<sup>1396</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.153, y RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 51.



La excesiva duración del plazo de garantía decenal del art. 1.591.1 CC y su criticable aplicación a cualquier tipo de defecto incluido dentro de la amplia concepción de la ruina que manejaba el Tribunal Supremo<sup>1397</sup>, conlleva que se valore positivamente la diversidad de plazos de la LOE en relación con aquel plazo único de garantía<sup>1398</sup>.

Al establecer el art. 17.1 de la LOE diversos plazos de garantía en función del tipo de daño se sigue el modelo francés<sup>1399</sup>. No ocurre lo mismo con la dualidad de plazos de garantía y de prescripción, puesto que en dicho país los plazos de garantía son a la vez plazos de ejercicio de la acción, de tal manera que si en ellos se producen los daños pero no se ejercita la acción, se extingue la responsabilidad<sup>1400</sup>.

Por su parte el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y

---

<sup>1397</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo II sobre tales críticas.

<sup>1398</sup> Entre ellos, Díez-Picazo L., o.c. nota 1, p. 16; Martínez Escribano, o.c. nota 14, p. 143; Sierra Gil de la Cuesta, o.c. nota 212, pp. 406-407; Álvarez Sánchez y Muriel Fernández-Pacheco, o.c. nota 218, p. 99. Véase más opiniones en epígrafe 5 de capítulo II. Particularmente, Martínez Escribano, o.c. nota 14, p. 141, señala que esta diversidad de plazos tiene por objeto superar la situación que conllevaba el art. 1.591 CC.

<sup>1399</sup> Cfr. arts. 1.792, 1.792-2 y 1.792-3 del *Code*, referidos a las garantías decenal y bienal. Destacan el seguimiento referido del modelo francés, Fernández Hierro, o.c. nota 281, p. 86; Cadarso Palau, o.c. nota 71, p. 5; Sánchez Ruiz de Valdivia, o.c. nota 96, p. 4.616, y Cordero Lobato, o.c. nota 1, p. 416.

<sup>1400</sup> Sobre tal distanciamiento del modelo francés, Fernández Hierro, o.c. nota 281, p. 91 (nota 13). Sobre las consecuencias de tal sistema de plazo único, Martínez Escribano, o.c. nota 14, p. 141. Cfr. art. 2.270 del *Code* que establece, en la traducción ofrecida por esta autora, que toda persona física o jurídica cuya responsabilidad pueda exigirse en virtud de los artículos 1.792 a 1.792-4 del Código civil, queda liberada de las responsabilidades y garantías que pesen sobre ella, en aplicación de los artículos 1.792 a 1.792-2 transcurridos diez años a contar desde la recepción de los trabajos o, en aplicación del artículo 1.792-3, al expirar el plazo previsto en ese artículo. Sobre el necesario ejercicio de la acción dentro del plazo de garantía también puede verse, Cabanillas Sánchez, o.c. nota 27, pp. 487-488, refiriéndose al art. 2.270. El texto del art. 2.270 ha sido trasladado a los preceptos reguladores de la responsabilidad por defectos de obra, por medio del artículo 1 de la Ley 2008-561, de 17 de junio, como artículo 1.792-4-1. Sobre el inconveniente del sistema de plazo único puede verse, Cadarso Palau, o.c. nota 1, pp. 329-330, y Martínez Escribano, o.c. nota 14, p. 40, aunque también destaca la ventaja para los agentes de una mayor seguridad jurídica en cuanto al tiempo que estarán sujetos a la eventual acción de los adquirentes.

de obra” además de regular en su art. 1.600 la responsabilidad decenal por ruina, establecía en su art. 1.595 un plazo de tres años para los vicios o defectos de la construcción que figuraba como de prescripción<sup>1401</sup>.

## 1.2 Función de los plazos de garantía

Como hemos visto, el plazo decenal del art. 1.591.1º CC es un plazo de prueba de la buena o correcta construcción durante el cual tiene que manifestarse la ruina porque de lo contrario no nace la acción, lo cual también acontece en la LOE puesto que los plazos previstos en su art. 17 son plazos de prueba de la buena construcción<sup>1402</sup>, y en el sistema francés, aunque sean a la vez plazos de prescripción<sup>1403</sup>.

Al tratarse de plazos de prueba de la buena construcción no son plazos de duración de aquella porque, además del diferente significado gramatical de las dos calificaciones<sup>1404</sup>, la LOE no pretende garantizar la duración de las construcciones ni su mantenimiento en buen estado durante el plazo de garantía dado que es evidente que ninguna

---

<sup>1401</sup> En cambio para MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 185-186 (nota 7) se considera de garantía y prescripción a la vez, siguiendo a CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad por vicios y defectos de la obra*, en *Contratos de servicios y de obra*, coord. por J. González García, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, p. 115.

<sup>1402</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 471; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.616, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 492. Además nos remitimos a los autores citados en el epígrafe 2.1 de capítulo I, cuyas opiniones a propósito del plazo de garantía decenal del art. 1.591 CC son trasladables a la LOE por la idéntica naturaleza de los plazos de garantía previstos en su art. 17.

<sup>1403</sup> En Francia los plazos, además de plazos de ejercicio de la acción (véase nota 1400) son plazos de garantía, plazos de prueba de la construcción, como señala CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 487, quien expresa que “*Se estima en general que la obra que no presente ningún desorden importante durante el tiempo de prueba, es de una cierta calidad y que su perennidad está asegurada a poco que el propietario lleve a cabo un mantenimiento normal*”.

<sup>1404</sup> Una evoca a un período de prueba y la otra a un período de duración.

edificación de carácter permanente nace con una esperanza de vida de diez años<sup>1405</sup>.

Ya hemos visto que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el mantenimiento en el régimen de la LOE de las reglas de imputación del daño establecidas en aplicación del art. 1.591.1º CC, esto es, de la presunción “*iuris tantum*” de que el daño es debido a causa imputable a los demandados, en resumidas cuentas, su carácter originario. Por este camino también nos hemos referido a la función de los plazos de garantía, puesto que apreciamos una especie de probabilidad cualificada de que aparecidos daños en los primeros años se deben a vicios constructivos<sup>1406</sup>.

Por tanto, la función de los plazos de garantía no es limitar la responsabilidad durante un cierto tiempo, sino someter esa

---

<sup>1405</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 192-193. El hecho de que no se pretenda garantizar la duración de los edificios veremos que tiene su trascendencia en supuestos particulares en los que el defecto se manifiesta pasado el plazo de garantía (véase epígrafe 5).

Esta función se ve confirmada por el propio CTE que ha señalado que el período estimado de servicio de los edificios es de 50 años, período durante el cual se debe mantener su capacidad portante entendida como la aptitud de un edificio para asegurar, con la fiabilidad requerida, la estabilidad del conjunto y la resistencia necesaria Cfr. el apartado 1 del Documento Básico de Seguridad Estructural, titulado Generalidades, que en su apartado 1.1, titulado Ámbito de aplicación y consideraciones previas, dispone: “1 Este DB establece los principios y los requisitos relativos a la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, así como la aptitud al servicio, incluyendo su durabilidad...3 Se denomina capacidad portante a la aptitud de un edificio para asegurar, con la fiabilidad requerida, la estabilidad del conjunto y la resistencia necesaria, durante un tiempo determinado, denominado periodo de servicio. La aptitud de asegurar el funcionamiento de la obra, el confort de los usuarios y de mantener el aspecto visual, se denomina aptitud al servicio. 4 A falta de indicaciones específicas, como periodo de servicio se adoptará 50 años”.

En línea con esta función de los plazos REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, p. 47, señala que no se corresponde lo anterior con el plazo de garantía decenal, pero hay que entender que éste es suficiente para que la patología se manifieste, con lo que nuevamente, con este razonamiento del autor se apunta la función de plazo de prueba de la buena construcción.

<sup>1406</sup> Epígrafe 3.1 de capítulo IV. En línea con lo anterior, MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 188, señala que los plazos de garantía “son los plazos durante cuya vigencia puede afirmarse sin demasiado riesgo de error, que la construcción es defectuosa ad origine”.

responsabilidad, durante los períodos de garantía, a unas reglas especiales al presumir el carácter originario del defecto<sup>1407</sup>.

Expuesto lo precedente, debemos preguntarnos de qué dependen los plazos de garantía previstos por el legislador, cuestión esta que consideramos distinta a la determinación del criterio que diferencia a las tres responsabilidades previstas en el art. 17.1 de la LOE<sup>1408</sup>.

Para la generalidad de autores la justificación de la duración de los plazos de garantía se encuentra en el tiempo en que tardan en manifestarse los defectos constructivos, puesto que los defectos que afectan a la estructura del edificio tardan más tiempo en exteriorizarse que los que afectan a la habitabilidad, y éstos, a su vez, más que los defectos de terminación o acabado<sup>1409</sup>.

---

<sup>1407</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 182. En idéntico sentido sobre la presunción de carácter originario del daño, COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 620. También sobre la presunción de carácter originario puede verse SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.592.

Destaca MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 190-191, que esta presunción tiene un sólido arraigo en nuestro ordenamiento jurídico que viene desde las Partidas, que aludían a la responsabilidad en caso de que se derribase la obra durante los quince años siguientes. Se refiere la autora a La Ley 21 de la Partida III, extractándola, al art. 1.248 del Proyecto de 1836, y al art. 1.532 del Proyecto de 1851, extractados por nosotros en nota 905. Puede verse una traducción al castellano moderno del texto de Partidas en DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 8.

<sup>1408</sup> Cuestión que tratamos en el epígrafe 2.1.1 de capítulo V, y concluimos dependía de los efectos del vicio en el edificio, en su seguridad estructural, en su habitabilidad, o en su acabado. No nos puede llevar a confusión las opiniones allí vistas de los autores que señalan que dependen las tres responsabilidades de los plazos en que tardan en manifestarse los daños objeto de cobertura, con lo que no coincidimos, y además ellos es compatible con que los plazos sí dependan del tiempo de manifestación, como defenderemos más abajo. Esto es, la ley al configurar los tipos de responsabilidad consideramos que tuvo en cuenta la afectación del edificio por el vicio constructivo, pero a la hora de fijar un plazo de garantía para cada una de ellas tomó en consideración el tiempo de su manifestación. No obstante, desde el momento en que a cada una de las tres responsabilidades se le anuda un plazo de garantía diferente que dependen del tiempo de manifestación, también se les está diferenciado de algún modo en atención a este criterio.

<sup>1409</sup> Para SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 127, se ha tenido en cuenta el tiempo que puede tardar en ser detectado el vicio, señalando que los defectos de acabado pueden detectarse incluso en unos días, que es posible que los vicios de las instalaciones pasen desapercibidos algún tiempo, aunque no será mucho, pero un vicio de estructuras puede tardar años en manifestarse; idea que también se aprecia en GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 463, para el cual los vicios o defectos objeto

En cambio, para otros autores observamos que en los plazos de garantía, en mayor o menor medida, late la idea de limitación de la responsabilidad y de duración de los requisitos básicos de la edificación durante ellos. Así, se ha destacado que existe un paralelismo con la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 89/106/CEE, de 21 de diciembre de 1988, destinada a armonizar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción, que señala en su art. 3 que los requisitos básicos que fija deben cumplirse “*durante un período de vida económicamente razonable*”, y que ello ha conducido a diversificarse los plazos en la LOE<sup>1410</sup>.

---

de la responsabilidad decenal, “...previsiblemente, tardarán más tiempo en aparecer”; en el mismo sentido SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 337-338, para quien “*el fundamento de la especial responsabilidad por defectos en la construcción... no es otro que el hecho de que determinados defectos pueden tardar años en manifestarse*”, lo que para la autora varía en función del defecto (contesta expresamente la autora a la a Lacaba Sánchez al cual le parece no muy comprensible que el plazo de garantía dependa de la naturaleza de los vicios o defectos causantes de los daños y que no se atienda al efecto de los mismos, véase nota 1416 opinión de este autor); de igual modo, la diversidad de plazos de garantía según MORENO-TORRES HERRERA, (como hemos visto en epígrafe 2.1.1 de capítulo V, p. 339) depende del mayor o menor tiempo en que el daño puede producirse, porque para la autora la experiencia y la lógica le indica que no todos los defectos, aún preexistentes al tiempo de la recepción de la obra, tardan el mismo tiempo en manifestarse. Por ello, la diversidad de plazos es consecuencia para la autora (o.c. nota 212, p. 194) de que son plazos de presunción del carácter originario, y de que el adquirente merece ser protegido frente a cualquiera de ellos, con independencia de su gravedad; en análogo sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 624. Sobre que la experiencia demuestra que no todos los defectos tardan el mismo tiempo en manifestarse se pronuncia también SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.615.

Esta misma idea del tiempo de manifestación, también se aprecia en GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 387, para el cual el plazo de garantía decenal se refiere a vicios o defectos de mayor gravedad que pueden afectar a la construcción y que tardarán más tiempo en manifestarse, mientras que la trienal contiene defectos que se manifiestan en un plazo más breve que los defectos objeto de la responsabilidad decenal, y los defectos de acabado son normalmente aparentes o manifestables en breve plazo que no justifica la extensión del plazo más allá de un año. En idéntico sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, pp. 963 y 964.

<sup>1410</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 419, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 18. Añade CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 434, que los plazos de garantía es una de las notas definidoras de la responsabilidad de la LOE como limitada.

De un modo no tan patente como Castro Bobillo, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 210, parecen apuntar a la idea de la limitación de la

Por el contrario, desde la otra opinión se ha visto un paralelismo con la Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo<sup>1411</sup>, la cual dispone en su art. 5.3 que, salvo prueba en contrario, las faltas de conformidad se presumen originarias<sup>1412</sup>.

Por nuestra parte, no coincidimos en que los plazos dependan de la duración de los elementos constructivos, o visto de otra forma, que los adquirentes sólo tengan derecho a que sus inmuebles cumplan los requisitos básicos previstos en el art. 3 de la LOE durante tales plazos, cuestión diferente a la contribución práctica que conlleva, en la duración del edificio, rebasar los plazos de garantía sin manifestarse defectos<sup>1413</sup>.

No se puede pasar por alto que los defectos más graves que pueda padecer el edificio cuentan con los mayores plazos de garantía, y en este sentido se ha advertido por algunos autores que éstos dependen de la gravedad de los defectos<sup>1414</sup>, idea que consta además en la Exposición de Motivos<sup>1415</sup>. Sin embargo, ello no nos lleva a sostener que los plazos de garantía son plazos de duración del edificio, sino que vemos probable que legislador haya presupuesto que mientras más importante es la concreta utilidad afectada (seguridad estructural, habitabilidad o acabado) más

---

responsabilidad en el tiempo, al señalar que *“La garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerlos durante unos plazos determinados de los daños causados por una mala construcción”*; y al defender que la diversidad de plazos previstos en la LOE radica en las características de cada uno de los elementos de la obra y de la naturaleza y utilidad de los materiales empleados. Aluden expresamente los autores a la durabilidad de los materiales al señalar: *“No es lo mismo garantizar la estructura del edificio que un correcto alicatado, unos vicios de estanqueidad o unos materiales que no están en condiciones de superar los 10 años de garantía”*.

<sup>1411</sup> DOCE L, nº 171, de 7 de julio de 1999.

<sup>1412</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 190.

<sup>1413</sup> Esto es, si durante los plazos de garantía previstos no se exterioriza defecto alguno se presupone que la edificación durará un tiempo razonable con el debido mantenimiento (véase esta idea en CABANILLAS SÁNCHEZ, nota 1403).

<sup>1414</sup> MORERA I PÉREZ, o.c. nota 1178, p. 2.125; RAYÓN BALLESTEROSA, o.c. nota 270, p. 1.605, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 143.

<sup>1415</sup> Véase p. 429.

tiempo tardará en manifestarse y, en consecuencia, durante más tiempo hay que presuponer que es originario el defecto si se manifiesta.

Si el criterio fuera el aludido de la duración económicamente razonable se podría sostener que lo cumple la exigencia de que las viviendas posean los requisitos de habitabilidad, no durante tres, sino durante cinco o diez años, siempre y cuando no se estableciera una presunción de responsabilidad de los agentes, y se impusiera la debida prueba a los adquirentes. Pero claro, si no se estableciera una presunción sería muy difícil probar el carácter originario, y al contrario, si se estableciera dejaría de ser económicamente razonable el plazo, porque entrarían muchos supuestos que se deben a causas extrañas, y que resultarían, a su vez, de difícil enervación por los demandados mediante la debida prueba, con lo que al final se deben reconducir los plazos de garantía a la función de plazos de presunción del carácter originario, porque no hay otra forma de resolver satisfactoriamente este problema.

Otros autores que parten de que los plazos de la LOE dependen de la naturaleza del vicio han sido especialmente críticos con ello porque aprecian una contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que atendía al resultado del defecto<sup>1416</sup>. No coincidimos con lo anterior porque además de que sostenemos que los plazos dependen del tiempo de manifestación de los defectos, apreciamos que la jurisprudencia atendía al efecto del vicio para integrar el supuesto de hecho de la ruina y

---

<sup>1416</sup> MORERA I PÉREZ, o.c. nota 1178, p. 2.126, quien además hace referencia a que el TS viene manteniendo que lo importante es el resultado y no la causa; en idéntico sentido LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, pp. 1.624-1.625, y JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.439. También pueden verse, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 93 y 95, quien defiende que se debería atender al resultado, como sostiene el TS, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 80, la cual critica que se haya tenido en cuenta la naturaleza del vicio y no su efecto, que era lo que tomaba en consideración el TS, en referencia a la STS de 29 de mayo de 1997 (RJ 4117). Lo anterior se aprecia en el siguiente párrafo de dicha sentencia: *“...la doctrina que reiteradamente ha venido manteniendo esta Sala para perfilar el concepto de ruina, abunda en la idea de separarle de una interpretación literal, identificativa con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él a aquellos graves defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como a aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio”*.

ampliarla a la ruina funcional la cual disponía de un plazo único de garantía decenal<sup>1417</sup>.

En otro orden de cosas, la duración de los plazos de garantía que establece la LOE es independiente de la buena o mala fe de los agentes de la edificación<sup>1418</sup>. Se produce un distanciamiento con el sistema francés en el que el contratista doloso responde sin límite de plazo<sup>1419</sup>, aunque hay que tener en cuenta que el proceso de recepción en nuestro ordenamiento puede declararse nulo en caso de maniobras fraudulentas del contratista tendentes a ocultar el estado de la construcción<sup>1420</sup>.

### 1.3 Valoración de la duración de los plazos de garantía

Ya hemos visto que en general la diversidad de plazos de garantía es bien acogida en relación con el plazo único previsto en el art. 1.591 CC que resultaba aplicable a defectos de diversa entidad, y en particular se acoge de buen grado que se deje de aplicar a defectos que no eran propiamente ruinosos<sup>1421</sup>.

---

<sup>1417</sup> Esto es, no atendía al efecto del vicio para aplicar diferentes plazos, porque sólo había uno donde se integraban los supuestos de ruina funcional con la frontera inferior de las imperfecciones corrientes. Al respecto de la calificación de la ruina funcional como aquella provocada por defectos que impiden o dificultan la utilización de la edificación para la finalidad que le es propia, con exclusión de las imperfecciones corrientes, nos remitimos al epígrafe 1.3 del capítulo I.

<sup>1418</sup> Se han barajado diferentes razones de ello. CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 417, alude a los arts. 1.484 y ss. del CC que prevén la caducidad de las acciones edilicias a los seis meses, incluso a favor del vendedor doloso; mientras que MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 142, se fundamenta en el carácter legal de la responsabilidad.

<sup>1419</sup> Como nos informa CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 417, citando doctrina gala en tal sentido. También puede verse el art. 762 del libro 7 del CC Holandés que excluye de las previsiones del art. 761, que regula la prescripción, a los defectos ocultos por el contratista.

<sup>1420</sup> Por todos, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 522. También en Italia el comitente podrá ejercitar la acción de anulación de la aceptación de la obra durante un plazo de prescripción de cinco años desde que se descubra el engaño, de acuerdo con el art. 1.442 del CC, como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 142, quien cita autores italianos.

<sup>1421</sup> Véase nota 1398 sobre la valoración general. En particular a DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 16, le parece plausible la existencia de otros plazos más cortos para defectos de otro tipo que del Código civil no resultaba, en referencia el autor que el



Ahora bien, sobre la valoración de la duración de los plazos de garantía establecidos en el art. 17.1 de la LOE existe división de opiniones que se manifestaría desde la tramitación parlamentaria<sup>1422</sup>.

Por un grupo de autores se ha valorado positivamente la duración de los plazos porque se consideran adecuados a los tiempos<sup>1423</sup>, o desde la visión general de que se establecen diferentes plazos en función de las circunstancias del defecto<sup>1424</sup>. Por lo anterior, sostienen estos autores que se resuelve equitativamente el conflicto entre los agentes de la edificación y los adquirentes<sup>1425</sup>.

También se ha justificado la duración de los plazos en el régimen de responsabilidad favorable al adquirente que instaure la LOE, en alusión a su carácter objetivo<sup>1426</sup> o a las presunciones que conllevan aquéllos<sup>1427</sup>.

---

art. 1.591 se aplicaba a defectos que no eran propiamente ruinosos. En el mismo sentido, HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 190-191, quien señala además gráficamente que *“La nueva Ley mejora la interpretación jurisprudencial relativa al artículos 1.591 CC...”*. CABANILLAS SÁNCHEZ (véase nota 1274) quien valora positivamente el plazo trienal de garantía por haber desconectado del decenal la ruina funcional.

<sup>1422</sup> En tal sentido, por el Grupo Parlamentario socialista se señaló: *“Las responsabilidades por vicios ocultos hasta ahora recogidas en el Código Civil se sustituyen en este proyecto por un régimen que consideramos inaceptable para los usuarios de esos edificios, no sólo porque acorta los plazos...”* (Diario de sesiones. Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999).

<sup>1423</sup> Nos referimos a RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, pp. 192-193, para la que en general los plazos son adecuados a la situación actual del proceso constructivo, idea que también resaltan SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 210.

<sup>1424</sup> Véase SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, nota 1410.

<sup>1425</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 210, señalan que *“... la Ley ha logrado un justo equilibrio entre los derechos de los usuarios y el de los profesionales vinculados hasta la fecha a la obra durante un plazo excesivamente largo”*. En esta misma línea, a SALA SÁNCHEZ y SALA ATIENZA, o.c. nota 354, p. 577, les resulta curioso que se estimen insuficientes los plazos de garantía de tres y un año, pero no así el plazo de un año para la responsabilidad extracontractual que puede afectar a la salud o a la vida de las personas, sobre lo que tenemos que decir que son plazos de diferente naturaleza, siendo el último de prescripción, mientras que en los otros, por ser de garantía, se pueden plantear los problemas de manifestación de defectos fuera del plazo, a los que haremos mención más abajo.

<sup>1426</sup> Véase epígrafe 1.2.1 de capítulo III, p. 204.

Sin embargo, otros autores critican la brevedad de los plazos. Concretamente, puesto que el mayor plazo de garantía que prevé la LOE, el decenal, no es inferior al que establecía el art. 1.591 CC, tal plazo no es objeto de crítica; y dado que los defectos de terminación o acabado son de nuevo cuño<sup>1428</sup>, las críticas se centran en la brevedad del plazo trienal.

Con carácter general se aprecia que este plazo trienal no protege a los adquirentes del edificio, hasta el punto de advertirse que no se compadece con el derecho constitucional a una vivienda digna<sup>1429</sup>. Particularmente, se ha criticado la brevedad de este plazo trienal con fundamento en que los defectos tutelados por él pueden ser tan dañosos

---

<sup>1427</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 188, destaca que la reducción del plazo de responsabilidad es más bien la consecuencia del sistema instaurado por la LOE, en referencia a la presunción de nexo causal que conlleva. En análogo sentido, puede verse COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 621, para el que durante el plazo de garantía tendrán los adquirentes unas condiciones probatorias más favorables, refiriéndose a la inversión de la carga de la prueba y a la presunción de culpa de los agentes.

<sup>1428</sup> Véase epígrafe 2.4 de capítulo V.

<sup>1429</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 89, aunque reconoce que los plazos del art. 1.591 CC eran excesivamente largos, destaca que *“la nueva Ley se pasa al extremo opuesto creando, para los vicios que no afecten a las partes estructurales y fundamentales del edificio, una garantía excesivamente breve y exigua”*. También desde una perspectiva general, ya vimos como RUIZ-RICO RUIZ (véase nota 301) considera que el verdadero paso atrás que representa la LOE proviene de la reducción de los plazos de garantía. En análogo sentido, SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 863, cuestiona que se alcance la finalidad de protección de la ley, al señalar *“Estos plazos de responsabilidad son en su mayor parte menores que el del artículo 1591 del Código Civil, por lo que no se entiende muy bien que pueda así cumplirse con la previsión de protección del adquirente”*. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 141, destaca que la diversidad de plazos de la LOE supone una notable reducción frente al plazo decenal, limitando particularmente el amparo en el caso de la responsabilidad trienal que antes se beneficiaban como ruina funcional del plazo decenal. Esta autora destaca, o.c. nota 19, pp. 144-145, que aunque existen otros plazos mayores en nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso de diez años por productos defectuosos, este régimen no cubre los daños ocasionados en el propio producto, sino daños más graves, como son la integridad física, de ahí que se considere que no se puede tomar como referencia (cfr. art. 144 del actual TRLGDCU). También consideran que el plazo trienal significa cercenar los derechos de los usuarios, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 503-504, pero se pone en contraste con la LRP sin matizar los diferentes daños que cubre ésta, y además critican la brevedad con fundamento en el derecho a una vivienda digna reconocido en el art. 47 CE.

para el edificio como los defectos estructurales<sup>1430</sup>, en la frecuencia e importancia económica de aquéllos<sup>1431</sup>, o en que actualmente no requieren aseguramiento obligatorio<sup>1432</sup>.

Donde más intensamente se plantea la suficiencia o no de este plazo trienal es en torno a la cuestión de si cabe que tras él se manifiesten defectos originarios. Para unos autores se considera suficiente el plazo porque consideran que estos defectos se manifestarán en los primeros años<sup>1433</sup>, y que lo más probable es que los defectos manifestados tras los plazos de garantía no sean originarios, sino que se deban a otras causas<sup>1434</sup>. En apoyo de este plazo se ha sostenido por alguna autora que el contenido de su responsabilidad no puede estar sujeta a un plazo decenal porque no le parece sostenible que, por ejemplo, el mal funcionamiento del sistema de calefacción aparecido por primera vez a los nueve años venga causado por un defecto, o que las humedades

---

<sup>1430</sup> MORERA I PÉREZ, o.c. nota 1178, p. 2.125, quien además señala: *“No parece justo reducir el plazo de protección sólo porque no sea una pared de carga la dañada sino la cubierta que ocasione humedades o filtraciones de agua”*; en idéntico sentido BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 191, señala *“los vicios que inciden en la habitabilidad son tan perturbadores o más que los denominados estructurales”*. Ya vimos que estos autores criticaban que los plazos no dependieran de los efectos de los vicios (véase nota 1416). Véase MARTÍNEZ ESCRIBANO, nota 1437.

<sup>1431</sup> TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 46, quien en referencia a *“El País, 2 de junio de 2000”*, señala que de los defectos constructivos, únicamente se producen en cimientos, estructuras y recalces un 16,2%.

<sup>1432</sup> Cfr. disposición adicional segunda dos de la LOE; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 89; GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2708, pone el acento en la falta de aseguramiento de la responsabilidad trienal porque, aunque valora favorablemente el plazo trienal puesto que con la amplia y vaga concepción de vicios ruinógenos y el plazo decenal se hacía prácticamente inasegurable la responsabilidad según la autora, si el seguro para cubrir la responsabilidad trienal no se llega a implantar obligatoria o voluntariamente, el plazo trienal sí será una regresión.

<sup>1433</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 337-338, quien se refiere a defectos sobre calefacción e instalaciones y señala que *“es probable que aparezcan en un tiempo relativamente corto”*; e incluso a defectos de habitabilidad que pueden ser apreciados casi inmediatamente, como la existencia de una rampa de minúsculos con pendiente superior a la permitida.

<sup>1434</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 183, quien por ello considera que la presunción no puede regir de modo indefinido. En parecido sentido, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.615 (nota 51) destaca que *“el legislador parece estar convencido de que con el transcurso del tiempo resulta más difícil establecer si un daño se ha originado como consecuencia de un defecto del producto...”*.

originadas al octavo año por el mal cierre de las ventanas tengan su causa en defectos constructivos<sup>1435</sup>. Vemos nuevamente, pero ahora desde el plano negativo, la probabilidad cualificada de la que hablábamos antes<sup>1436</sup>.

En cambio, otros autores parten de que es posible que los defectos objeto de la responsabilidad trienal aparezcan más allá del tercer año y, sin entrar en la aludida probabilidad de que no se deban a los agentes de la edificación, defienden que el plazo de garantía trienal les favorece<sup>1437</sup>.

---

<sup>1435</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 186-187. Observamos que esto encaja con la opinión de la autora acerca de que la función de los plazos es la de presumir el carácter originario del defecto (véase nota 1407). Esta es la razón por la que la autora considera justificada la decisión del legislador, que no estaría relacionada con la intención de no prolongar excesivamente el tiempo de la responsabilidad, sino con la de su presunción de carácter originario que sólo se puede sostener durante ciertos plazos. Así señala, o.c. nota 212, pp. 195 y 199, después de mencionar algunos defectos que considera objeto de responsabilidad trienal, como mal aislamiento térmico o defectos en la red de conducción de aguas, que *“si de verdad son originarios, son susceptibles de descubrirse desde que la edificación comienza a ser utilizada”*, y que *“es un plazo razonable para comprobar - que es de lo que se trata- que concurren en la edificación unas condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad, una adecuada protección contra el ruido, un correcto aislamiento térmico...”*.

En la misma posición, COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 625-626, aprecia el plazo trienal además de justificable, que era necesario, en referencia al supuesto de humedades al noveno año causadas por falta de limpieza de las canalizaciones en el que al presumirse el carácter originario, los agentes tendrían que demostrar su causa sobrevenida, añadiendo que se corrige así *“un efecto pernicioso y no deseado derivado de la interpretación extensiva del artículo 1591 Cc”*.

<sup>1436</sup> Véase epígrafe 1.2. Esto es, durante los plazos de garantía existe la probabilidad cualificada de que el daño manifestado se deba a causa originaria, y tras ellos, simétricamente, lo contrario, la probabilidad cualificada de que no se deba a causa originaria.

<sup>1437</sup> VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, pp. 1.387 y 1.393, sobre la ruina funcional señala que *“si analizamos la casuística nos damos cuenta de que los llamados los vicios funcionales pueden surgir en cualquier momento del plazo decenal, pues no por ser de menor calado que la destrucción total tienden a aparecer en plazo más breve”* y ya en referencia a la responsabilidad de la LOE, previa su identificación con la ruina funcional y señalar que son los supuestos más frecuentes, expresa la autora *“que la experiencia demuestra que humedades, grietas, subida de nivel freático e inundación de sótanos y pesadillas de este mismo estilo para el adquirente de vivienda pueden salir al cuarto o quinto o más años desde la entrega del edificio”*. Señala expresivamente la autora: *“El adquirente que tiene la mala suerte de que su daño se produce después de este tiempo y objetivamente es imputable al constructor, se a va a quedar sin reparación...”*; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, pp. 358-359, alude a esta posibilidad de manifestación tardía y la apunta como razón por la que se han

Para abordar esta cuestión sobre el terreno debemos decir en cuanto a los ejemplos antes referidos<sup>1438</sup> que nos parecen aceptables para la tesis de quien que los aporta, pero también podríamos poner uno no tan extremo en cuanto a plazos y causas, como las humedades provocadas al cuarto año por filtraciones provenientes de la cubierta, o el levantamiento del pavimento del interior de las viviendas en el mismo año. En tales casos, consideramos que también cabría presumirse el carácter originario, pero el legislador lo ha impedido, lo cual lo vemos de especial gravedad en el primer supuesto, sobre todo en aquellas zonas de España, como Canarias, donde el nivel de precipitaciones es bastante bajo y, por tanto, la puesta a prueba de la impermeabilización se ve reducida durante el plazo de garantía.

Analizados estos supuestos, podemos extraer la siguiente conclusión general, y es que al legislador a la hora de fijar el plazo de garantía se le planteaban dos opciones: el riesgo de introducir en él daños no causados por defectos constructivos por ampliar demasiado la presunción de carácter originario, o el de dejar fuera daños causados por defectos constructivos al recortarlo<sup>1439</sup>. Esta decisión de política legislativa debería haberse fundamentado en detallados estudios que demostraran

---

beneficiado los agentes con los nuevos plazos, expresando “...vicios que antes podían manifestarse durante diez años, aunque su frecuencia en aparecer oscilaba entre dos y cinco años, ven su plazo acortarse a tres años...”. También puede verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 144, autora que aunque ve excesivo el plazo decenal, considera insuficiente el plazo trienal porque no es infrecuente que los defectos objeto de la responsabilidad trienal se manifiesten al cuarto o quinto año, y porque además pueden convertir la edificación en inútil, lo que para la autora dará lugar a múltiples supuestos de desprotección, remitiéndolos, precisamente para evitar tal desprotección, a otros regímenes sobre lo que volveremos en capítulo IX.

<sup>1438</sup> El mal funcionamiento del sistema de calefacción aparecido por primera vez a los nueve años y las humedades originadas al octavo año por el mal cierre de las ventanas. Prescindimos del ejemplo dado por SANTOS MORÓN (véase nota 1433) de una rampa de minusválidos sin la inclinación adecuada, porque no nos vale para estudiar la suficiencia del plazo al ser aparente en el momento de la recepción.

<sup>1439</sup> Obsérvese que hablamos de riesgo, porque nuevamente aludimos a la idea de la probabilidad cualificada, sin tenerse la certeza de que los defectos manifestados durante o tras los plazos de garantía se deban respectivamente a los agentes o una causa extraña.

estadísticamente que los defectos manifestados tras el plazo de tres años en su mayoría se deben a causas ajenas al proceso constructivo.

Pues bien, durante la tramitación parlamentaria se señaló por el Ministro de Fomento que el cuarenta por ciento de las reclamaciones relacionadas con la falta de calidad de las edificaciones se realizaban en los tres primeros años<sup>1440</sup>, sin que nos conste si el sesenta por ciento restante que se realiza después de estos tres años se deben íntegramente a defectos estructurales. Además, en la Exposición de Motivos la única referencia que encontramos a los plazos de garantía es la vagamente realizada en el punto 5, que señala: *“En cuanto a los plazos de responsabilidad se establecen en períodos de uno, tres y diez años, en función de los diversos daños que puedan aparecer en los edificios”*, a la vista de lo cual no es de extrañar que por alguna autora se sostenga llanamente que este plazo trienal no se justifica en la Exposición de Motivos<sup>1441</sup>.

Por último, además de la discutible brevedad del plazo trienal, ya veremos que a ella se une su cómputo desde la recepción, lo que hace el plazo especialmente gravoso porque el plazo empieza a correr antes de la adquisición del inmueble por los destinatarios finales<sup>1442</sup>.

En cuanto al plazo de garantía anual, no resulta criticable<sup>1443</sup>, ya sea porque su contenido, los defectos de acabado o terminación, como vimos,

---

<sup>1440</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 235, de 29 de abril de 1999, en el que el Ministro de Fomento por aquel entonces señaló: *“las reclamaciones por falta de calidad ocupan el primer lugar entre todos los sectores, con un 35 por ciento del total. Además, el plazo de aparición de los defectos es progresivamente más corto y un 40 por ciento de los mismos aparece dentro de los tres primeros años de acabarse la edificación”*.

<sup>1441</sup> TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 46. Efectivamente, se limita el legislador a decir que los plazos se establecen en función de los diversos daños que pueden aparecer, sin afirmar nada sobre si aparecen normalmente en los plazos preestablecidos.

<sup>1442</sup> Véase epígrafe siguiente. Así, para MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 154, el cómputo desde la recepción es lo que hará que la brevedad del plazo sea determinante en orden a la exigencia de la responsabilidad.

<sup>1443</sup> Sin embargo, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.156, lo critica en comparación con el de dos años que el art. 123 del TRLGDCU prevé para la compra de bienes muebles.

no eran susceptibles de ser reclamados por vía del art. 1.591 CC por no entrar dentro del concepto de ruina, sino a través de las acciones derivadas del contrato de compraventa<sup>1444</sup>, o porque son normalmente apreciables desde la recepción<sup>1445</sup>.

Por último, en referencia al Derecho comunitario, hemos de citar la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios que establecía un plazo de veinte años para los servicios referidos al diseño o a la construcción de edificio<sup>1446</sup>, y el DCFR que no establece ningún plazo específico para nuestra materia por lo que resulta de aplicación el general de tres años previsto en tal instrumento<sup>1447</sup>.

En el Derecho comparado, sobre los diferentes plazos de exigencia de responsabilidad en las legislaciones comunitarias puede verse el Documento GAIPEC<sup>1448</sup>, y lo más importante es que apreciamos un

---

<sup>1444</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 144. Véase epígrafe 2.4 de capítulo V sobre estos defectos.

<sup>1445</sup> Así SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 336-337, expone que “*son de ordinario fácilmente apreciables en el momento de la recepción sin necesidad de una especial preparación profesional, por lo que no se entiende la perpetuación de la responsabilidad del constructor durante el período de un año...*”. Tampoco se critica por MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 195, porque los mismos normalmente son manifiestos en el momento de la recepción, ni por COLINA GAREA, pp. 626-627, porque considera que el párrafo segundo del art. 17.1 b) es objetiva y técnicamente suficiente por muy poco evidentes que sean los defectos, apreciando que debido a que no todos son evidentes porque a veces se reconducen a modo de meras cuestiones de detalle y pequeñas imprecisiones de escasísima entidad y además con demasiada frecuencia son múltiples, es por lo que se concede un plazo para reclamar estos defectos que no hubiesen podido ser apreciados con anterioridad. En esta misma línea GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 349, señala que son aparentes, aunque también que son susceptibles de manifestarse en el plazo de garantía corto previsto para ellos. En idéntico sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, pp. 914-915.

<sup>1446</sup> Cfr. art. 9 párrafo 2º. DOCE C núm. 12, de 18 de enero de 1991.

<sup>1447</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Libro IV. C. Servicios*, en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, coord. por E. Valpuesta Gastaminza, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 274, quien además considera tal plazo insuficiente porque los vicios pueden manifestarse con posterioridad. Dicho plazo se establece en el art. III-7:201.

<sup>1448</sup> “Grupo de Asociaciones Interprofesionales Europeas de la Construcción” al cual la Comisión Europea encargó un estudio para una posible Directiva sobre responsabilidades y garantías que quedó paralizada por la disparidad de plazos existentes en los países, como nos informa SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.615 (nota 50). Este documento, señala GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, pp. 141-

carácter más riguroso del plazo trienal en relación con los países de nuestro entorno inmediato<sup>1449</sup>.

## **2. Cómputo de los plazos de garantía**

### **2.1 La recepción de obra como inicio de los plazos de garantía.**

#### **Valoración de la opción legislativa**

##### **2.1.1 Introducción**

La recepción de la obra es regulada por el art. 6 de la LOE, el cual pertenece al Capítulo II que regula las exigencias técnicas y administrativas de la edificación<sup>1450</sup>. En dicho precepto se aprecia una influencia tanto de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, como del Derecho comparado, fundamentalmente del Código civil francés<sup>1451</sup>.

---

142, pone de manifiesto que la mayoría de los países admiten el plazo decenal para los supuestos más graves, y analiza las ventajas e inconvenientes de un plazo decenal o quinquenal, decantándose finalmente por éste.

<sup>1449</sup> Véase epígrafe 2.3.1 de capítulo V, donde exponíamos en cuanto al ordenamiento francés que el art. 1.792-3 del Code aplica el plazo bienal a los defectos en los elementos de equipo disociables del edificio siempre que estos elementos no hagan impropia la obra para su destino, en cuyo caso se aplicaría la responsabilidad decenal prevista en tal país; en cuanto al portugués que el art. 1.225 del CC establecía un plazo de cinco años no sólo para los supuestos de ruina, sino también para los graves defectos; y en cuanto al ordenamiento italiano que en el art. 1.669 de su CC existe un plazo único de garantía decenal en el que también tienen cabida los graves defectos, con lo que es menos restrictivo todavía que los anteriores.

<sup>1450</sup> Ubicación que es criticada por MARTÍNEZ MAS, F., *La recepción de la obra*, Observatorio Inmobiliario y de la Construcción 1 (2005), p. 69, porque la recepción no lo es.

<sup>1451</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 552-554. También se refiere a la inspiración en la legislación administrativa, y en general en el Derecho comparado, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.620.



En primer lugar, conviene hacer constar que la LOE ha mejorado la regulación de la recepción de la obra que hace el Código civil en los arts. 1.592 y 1.598<sup>1452</sup>. Esta normativa del CC es considerada como insuficiente o inadecuada<sup>1453</sup>, a diferencia de la existente en otros países de nuestro entorno<sup>1454</sup>, o del Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra” que sí regulaba la recepción<sup>1455</sup>, e incluso del anteproyecto de Ley del Código mercantil que dedica varios preceptos a este hito en los que se aprecia algunas similitudes con la regulación realizada en la LOE<sup>1456</sup>.

---

<sup>1452</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 376, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 551. Para MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 51, la LOE actualiza la regulación contenida en el Código civil; MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 1450, p. 68, señala que “uno de los aspectos más positivos de la LOE es haber dado una mayor importancia y trascendencia jurídica a la recepción de obra”. También puede verse LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184, quien destaca la especial atención de la LOE a la recepción de la obra; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.103, señala que la LOE ha afectado a la regulación de la recepción de obra; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 258, alabando la regulación de la recepción parcial y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 209, que califican de novedosa la regulación de la recepción.

En cambio XIMÉNEZ DE SANDOVAL, E. y SANTANA AROZENA, F., *El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE*, en *Estudio sobre la nueva ley de ordenación de la edificación*, dir. por R. Fernández Valverde y J. Díez Delgado, ed. CGPJ, Madrid, 2000, p. 53, valoran esta regulación de la LOE como técnicamente deficiente por los problemas interpretativos que genera.

<sup>1453</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 215-216, la considera insuficiente destacando la autora que hasta la LOE la regulación de la recepción de la obra se hacía, principalmente, de forma convencional, incorporando los pactos inspirados en la regulación del contrato de obra administrativo. En el mismo sentido CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 376. También destacan la carencia de una regulación adecuada de la recepción en el CC, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 512, y ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 52-53. En análogo sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 138, refiere que la recepción carecía de una regulación propia en el Código civil.

<sup>1454</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 513.

<sup>1455</sup> Cfr. art. 1.592. Destaca este aspecto, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 53.

<sup>1456</sup> Este anteproyecto dedica cierta atención al proceso de recepción. Así, establece el derecho del comitente a verificar la obra, un supuesto de aceptación tácita por falta de comunicación del resultado de la verificación, regula la aceptación parcial y el rechazo o formulación de reservas a la aceptación de la obra (cfr. art. 523-5).

No obstante, la LOE sólo regula la recepción instrumentalmente para determinar el inicio de los plazos<sup>1457</sup>, sin hacerlo con el objetivo de completar la regulación del contrato de obra, lo que vemos que confirma la Exposición de Motivos<sup>1458</sup>.

De acuerdo con el art. 6.1 de la LOE podemos definir la recepción de la obra como el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. No obstante, como esta definición no se limita a la recepción en sentido propio al referirse también a otros actos previos a ella (la terminación y la entrega de la obra, que analizaremos más adelante) preferimos definirla como aquel acto jurídico por cuya virtud se entiende aprobada y recibida la obra construida<sup>1459</sup>, como el acto de hacerse cargo de la obra el comitente por entender que es ésta de recibo<sup>1460</sup>, o la aceptación por el promotor<sup>1461</sup>. De

---

Las dos normas (en lo que se refiere al anteproyecto, su art. 523-5) computan el plazo de verificación de la obra desde la comunicación de la terminación por el contratista y establecen como supuesto de aceptación tácita la falta de rechazo con transcurso del plazo de verificación (cfr. art. 6.4 LOE). También se regulan en ambas normas el rechazo de la obra y la formulación de reservas (cfr. arts. 6.2 y 6.3 LOE). Sin embargo, se aprecian diferencias en el plazo subsidiario de verificación que es más amplio en la LOE (cfr. art. 6.4 LOE) y en que la aceptación parcial (dada la vocación de generalidad de la regulación del Código mercantil, no limitada a edificios) no requiere de fases completas y terminadas, sino que basta que se haya convenido la realización de la obra por piezas o unidades (cfr. art. 6.1 LOE).

<sup>1457</sup> Véase nota 333, GONZÁLEZ CARRASCO; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 434, señala que la regulación se hace *“con las miras puestas en poder anudar a la recepción el inicio del cómputo de los plazos de garantía...”*. En el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ (véase nota 697), y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 140.

<sup>1458</sup> Destaca que no persigue completar tal regulación, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 222. En este punto, debemos recordar que el objetivo de la LOE no es regular el contrato de obra (véase p. 96). Apreciamos que confirma lo anterior la Exposición de Motivos cuando señala, concretamente en el punto segundo: *“Se regula, asimismo, el acto de recepción de obra, dada la importancia que tiene en relación con el inicio de los plazos de responsabilidad y de prescripción establecidos en la Ley”*.

<sup>1459</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 513. En análogo sentido, puede verse la definición de MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 1450, p. 70.

<sup>1460</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184. En parecido sentido, pueden verse la definiciones de ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 52, y de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 665.

<sup>1461</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, o.c. nota 660, p. 390. En esta misma línea, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 386, la define, tras señalar de modo verdaderamente ilustrativo su

un modo análogo es definida por el Tribunal Supremo al considerarla como el acto o manifestación del propietario reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente<sup>1462</sup>.

### 2.1.2 La recepción de la obra como inicio del cómputo de los plazos de garantía y su valoración

La recepción de la obra es fundamental en materia del contrato de obra<sup>1463</sup> porque marca el inicio de los plazos de garantía<sup>1464</sup> como disponen los arts. 6.5 y 17.1 de la LOE, conlleva que los daños materiales causados en el edificio queden cubiertos por los seguros previstos en su art. 19<sup>1465</sup>, y tiene otros efectos en tal contrato que se producen desde la entrega de la obra<sup>1466</sup>. Con anterioridad a la recepción de la obra, al igual

---

función o razón de ser, en los siguientes términos: *“cumplidas por el constructor o contratista sus obligaciones, se hace preciso un juicio respecto de la adecuación entre la prestación efectivamente ejecutada y aquella que se encontraba programada en el negocio constitutivo de la relación obligatoria, juicio que la costumbre denomina recepción de la obra...”*.

<sup>1462</sup> Cfr. sentencia de 20 de octubre de 1989 (RJ 6941) que cita la anterior de 14 de octubre de 1968 (RJ 4386).

<sup>1463</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 512 destaca *“la extraordinaria importancia que tiene para comprender el contrato de obra”*; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184, se refiere a ella como *“importante momento jurídico”*. Por los efectos de la recepción, se destaca la preocupación del legislador en regularla por XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, p. 52.

<sup>1464</sup> Lo que se hizo notar en la Exposición de Motivos (véase nota 1458). Destacan su papel en cuanto al inicio de los plazos, entre otros, Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 152; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.158, y MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 51. Precisamente porque la recepción marca el inicio de los plazos de garantía, la LOE, como destaca ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 590, en su art. 6.4 señala cuando debe realizarse, situándola en los treinta días siguientes a la fecha de su terminación, acreditada en el certificado final de obra suscrito por la dirección facultativa de la obra, y establece un supuesto de recepción tácita que analizaremos en el siguiente epígrafe.

<sup>1465</sup> Cfr. art. 19.9 i). Resalta lo anterior y alega dicho argumento, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 591.

<sup>1466</sup> Nos referimos a la transmisión de la propiedad al comitente (cfr. art. 609 CC), de los riesgos por pérdida fortuita (cfr. arts. 1.589 y 1.590) y a la exigibilidad del cobro del precio (cfr. art. 1.599). Al respecto de estos efectos, y sobre la matización de que se producen a raíz de la entrega de la obra y no de la recepción, puesto que la

que hemos visto que ocurre con el art. 1.591 CC, habrá otra responsabilidad diferente a la prevista en la LOE, que ya analizaremos en el último capítulo de este trabajo<sup>1467</sup>.

Este criterio de la recepción de la obra para el cómputo de los plazos también era acogido por el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”<sup>1468</sup> y en los países de nuestro entorno<sup>1469</sup>. A pesar de que se intentó descartar durante la tramitación parlamentaria<sup>1470</sup>, con su

---

eficacia de la primera no está supeditada a la previa aprobación y recepción, pueden verse: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación*, RJC 2 (2001), pp. 74 y ss; el mismo autor, o.c. nota 122, pp. 514-515; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.115; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 217; MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 221; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 376, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 590.

Por el contrario, el anteproyecto de Ley del Código mercantil considera como momento a partir del cual se transmite al comitente el riesgo de pérdida o deterioro de la obra el de la aceptación de la obra (cfr. art. 524-1, párrafo primero).

<sup>1467</sup> Véase epígrafe 1.4.1 de capítulo I sobre la exclusión del art. 1.591 CC de los defectos manifestados antes de la recepción. En cambio, el anteproyecto de Ley del Código mercantil sí regula los defectos de la obra manifestados durante su ejecución (cfr. arts. 523-2 y 523-4).

<sup>1468</sup> Cfr. art. 1.600.

<sup>1469</sup> Así, en Francia se acoge el criterio de la recepción de los trabajos para la garantía de perfecta terminación, la garantía bienal y la garantía decenal (arts. 1.792-3, 1.792-4-1, 1.792-4-2, y 1.792-6 del *Code*). El texto del art. 1.792-4-1 procede del art. 2.270 (véase nota 1400). En Alemania, el párrafo 634a también computa el plazo de prescripción de cinco años que establece desde la recepción de la obra. En Suiza también los plazos de prescripción comienzan con la recepción de la obra (cfr. art. 371.2 del Código suizo de obligaciones).

En cambio en Italia el art. 1.669 de su código prevé el de terminación de la obra, y en Portugal el de entrega de la obra (cfr. art. 1.225 del Código civil de dicho país). Sobre el Derecho holandés puede verse el art. 761 de su libro 7 que establece el plazo de prescripción de dos años desde que el cliente haga la protesta inicial, señalando que en cualquier caso, el cliente pierde el derecho a reclamar veinte años después de la entrega de la obra en caso de un edificio.

<sup>1470</sup> Se persiguió que la recepción no marcara el inicio de los plazos, sino que fuera la fecha de la conclusión y entrega a los adquirentes por medio de la enmienda núm. 29 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999).

Como justificación se argumentaba: “Adecuar el punto temporal de referencia para el inicio del cómputo de los plazos al criterio de definición empleado por la jurisprudencia sobre el artículo 1.591 del Código Civil. En nuestra opinión, la fecha de

acogimiento se pone fin a la polémica doctrinal que tenía lugar en torno a la interpretación del art. 1.591 CC<sup>1471</sup>, como también a las vacilaciones jurisprudenciales obre si era la terminación en sentido físico o en sentido jurídico la que marcaba el inicio del plazo, porque, aunque la mayoría de los autores se decantaba por la terminación en sentido jurídico, en la jurisprudencia eran más numerosos los pronunciamientos que acogían el criterio de terminación física de la obra<sup>1472</sup>.

También se ha valorado positivamente el criterio legal por algunos autores que lo ponen en contraste con la fecha de terminación, para señalar que la obra sólo puede considerarse terminada cuando es aprobada y recibida definitivamente por el comitente<sup>1473</sup>, o que se gana en seguridad jurídica porque la fecha de terminación es muy difícil de probar<sup>1474</sup>. En cambio, otra autora sostiene que el certificado final de obra

---

*recepción de la obra no puede constituir el punto de partida del plazo de garantía en la medida en que no estamos ante una responsabilidad contractual (se desenvuelve al margen del contrato), la práctica demuestra que muchas veces las obras se reciben sin que estén realmente concluidas, quedaría sin solución el supuesto en que se produzcan recepciones parciales (o al menos se complicaría enormemente) y, en definitiva, si lo que se pretende con esta Ley es proteger los intereses de los usuarios, lo más razonable es que las garantías comiencen a contar desde la fecha en que se les entrega la obra y no desde una fecha que depende de la voluntad de los hipotéticos responsables. Los defensores de la tesis de la recepción pueden alegar la dificultad de prueba para acreditar la fecha de conclusión y entrega de las obras, sin embargo, además del reforzamiento que supone ese doble requisito de «conclusión y entrega», está el argumento de que siempre será mucho más fácil probar un hecho físico que un acto jurídico negocial entre terceros como es la recepción».*

<sup>1471</sup> Por todos, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 818, p. 122; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 386 y 387; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 963, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 59 (nota 126). Por lo anterior se aplaude la decisión del legislador desde la perspectiva de que se despegan las dudas. Nos referimos a GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.709; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 462, señalando que se “...ha fijado un punto de referencia más preciso que el que establecía el Cc”, y a BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 91.

<sup>1472</sup> Véase epígrafe 2.1 de capítulo I.

<sup>1473</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 472 y 475, autor que vimos que defendía lo mismo para el cómputo el plazo decenal del art. 1.591 CC (véase epígrafe 2.1 de capítulo I), y que aplaude que no haya prosperado la enmienda del Grupo Parlamentario Vasco referida arriba.

<sup>1474</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 622. Este argumento, hemos visto (véase epígrafe 2.1 de capítulo I) que también se utilizaba por los autores que comentaban el art. 1.591 CC.

también ofrece seguridad<sup>1475</sup> y argumenta que simplemente se ha acogido el criterio de la recepción por el Derecho comparado, la referida doctrina mayoritaria que era partidaria de ella, y el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”.

Nosotros advertimos que aunque los certificados finales de obra en la práctica se emiten en ocasiones antes de la finalización completa de la obra para llevar a cabo trámites administrativos<sup>1476</sup>, ese mismo riesgo de no terminación es apreciado en la recepción que puede tener lugar sin estar terminada la obra<sup>1477</sup>.

Al margen de la discusión sobre qué criterio ofrece mayor seguridad, se ha señalado por algún autor que la recepción de la obra debe producir efectos en el inicio de los plazos de garantía ya que el promotor puede rechazar la obra, y este rechazo debe impedir el inicio de los plazos de garantía<sup>1478</sup>. Sin embargo, también puede criticarse el criterio porque sostenemos que los agentes van a responder frente a los adquirentes con independencia de que el promotor reciba la obra sin manifestar reservas a los defectos aparentes<sup>1479</sup>. Esta crítica igualmente la realizan otros

---

<sup>1475</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 217-219. Aunque a los efectos de defender el cómputo desde la recepción, en la tramitación parlamentaria esto se llegó a sostener implícitamente. En tal sentido puede verse (Diario de sesiones. Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999) la intervención del Grupo Parlamentario Popular: *“En cuanto al plazo desde el que empiezan a contar las responsabilidades y garantías, está perfectamente objetivado en el artículo 6.5, donde se establece tanto la fecha que decimos será la del acta de recepción, como la del certificado, donde se especifica claramente que nos referimos al certificado final de obra y no a una pura y simple certificación”*.

<sup>1476</sup> En tal sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 151.

<sup>1477</sup> Nos referimos a RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 193. Por ello la autora considera que hubiera sido más conveniente fijar la de la entrega efectiva de la obra, con lo que entendemos que, por lo dicho, se refiere a la entrega de la obra totalmente terminada.

<sup>1478</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 622.

<sup>1479</sup> Véase epígrafe 6.5 sobre el estudio de los defectos aparentes. Por ello MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 220, se plantea qué sentido tiene vincular el inicio de los plazos de garantía a que el promotor reciba la obra conforme si la responsabilidad frente a los adquirentes no se ciñe a los vicios ocultos. También SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4.620-4.621, se plantea qué sentido

autores, desde la consideración, en sentido contrario a nosotros, de los efectos que tendrá la recepción en cuanto a los vicios aparentes para los adquirentes a pesar de que éstos no son parte en aquélla<sup>1480</sup>. Y en cuanto al rechazo de la obra y a la formulación de reservas que veremos conllevan la posposición del inicio de los plazos de garantía<sup>1481</sup>, apreciamos una cierta paradoja en que los incumplimientos del contratista manifestados por el promotor en la recepción provoquen que aquél sólo responda contractualmente frente a éste, pero no frente a los adquirentes, con lo que la responsabilidad contractual del contratista manifestada inicialmente en la recepción frena el nacimiento de su responsabilidad derivada de la LOE. No obstante, observamos que esto viene exigido por la existencia del seguro obligatorio del art. 19 de la LOE<sup>1482</sup>.

Además, la recepción como punto de partida resulta criticable porque se adelanta la responsabilidad a un momento en el que todavía no se protege a los adquirentes sino al promotor lo que no se corresponde con el objetivo plasmado en la Exposición de Motivos de la ley de proteger a los consumidores, a lo que se une la brevedad de los plazos anual y trienal, lo que provocará que tras la adquisición pueda ser inexistente el plazo de garantía<sup>1483</sup>. Incluso en el caso de defectos sometidos al plazo trienal puede ocasionar supuestos de desprotección si se realizan las ventas pasado un tiempo notable desde la recepción<sup>1484</sup>. A este respecto

---

tiene fijar el momento del acta de la recepción, teniendo en cuenta que lo que persigue la misma es que el comitente tenga la oportunidad de mostrar su acuerdo o desacuerdo con la recepción, señalando que no es necesario para los subadquirentes que estén ocultos los defectos.

<sup>1480</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 79, citando los argumentos de GÓMEZ DE LA ESCALERA que hemos visto (véase nota 218).

<sup>1481</sup> En siguiente epígrafe.

<sup>1482</sup> Nos referimos a que no sería de recibo que las compañías aseguraran los daños de una obra rechazada por el propio promotor o respecto de la cual éste había manifestado reservas.

<sup>1483</sup> Véase fragmento extractado en nota 272. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 147 y 154-156.

<sup>1484</sup> Entre ellos FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 92; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 80; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 220-221; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, pp. 199-200; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p.

el Consejo Económico y Social estimó que el art. 6 podría tener riesgos de provocar huecos de desprotección jurídica respecto al consumidor final en los casos en los que se adquiriera la vivienda fuera de los plazos de garantía<sup>1485</sup>; durante la tramitación parlamentaria se planteó esta cuestión con las viviendas que, por circunstancias del mercado, fueran transmitidas tras los plazos de garantía<sup>1486</sup>; y algún autor aludió al problema que se plantearía en épocas de crisis en las que se tarden en vender las viviendas<sup>1487</sup>, que es precisamente en la que estamos inmersos.

Además, lo anterior será especialmente grave en el caso de la responsabilidad trienal debido a la gravedad de los defectos y a que difícilmente se manifestarán antes de que el edificio sea habitado y utilizado<sup>1488</sup>. Y es que aunque se parta de que los plazos de garantía son

---

626 y GARCÍA CARACUEL, o.c. nota 633, p. 210. Véase MARTÍNEZ ESCRIBANO, nota 1442. Esta crítica la realizan tanto detractores como defensores del plazo trienal (cfr. nota 1434) MORENO-TORRES HERRERA defendiendo el plazo trienal.

<sup>1485</sup> Cfr. "Dictamen sobre el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación", Dictámenes, núm. 5, 1999: *"El CES quiere resaltar que, en relación al cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en el Proyecto de Ley, el sistema puede tener riesgos de provocar huecos de desprotección jurídica respecto al consumidor final en los casos en los que se adquiriera la vivienda fuera de los plazos referidos. Asimismo, se encuentra una serie de problemas que no pueden percibirse en las viviendas o edificaciones hasta el momento de su primer uso"*.

<sup>1486</sup> Cfr. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 235, de 29 de abril de 1999, intervención del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió): *"Especialmente nos preocupa la cuestión de la prescripción de estas garantías, porque si el proyecto de ley establece o determina que la cuenta atrás para el vencimiento de los plazos de uno, tres o diez años es a partir de la fecha de recepción del producto final, es decir de la vivienda terminada, por parte del promotor, se nos plantea el problema de aquellas viviendas que por las vicisitudes del mercado no sean adquiridas dentro de ese plazo, y también vamos a hacer alguna propuesta en este sentido"*.

<sup>1487</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 534. También SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.621.

<sup>1488</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 155. Se refiere la autora a las instalaciones de fontanería o calefacción. Esto lo ha puesto de manifiesto el Consejo Económico y Social (véase nota 1486), y algunas resoluciones recaídas en la jurisprudencia menor, como la SAP de Valladolid de 5 de junio de 2013 (JUR 246511) que a los efectos de combatir la alegación de los agentes de la edificación de que los defectos eran anteriores a la recepción, resolvió: *"Por otra parte la LOE en su art. 17.1 para delimitar el ámbito temporal de las responsabilidades que disciplina alude a los daños "ocasionados" dentro de los plazos que seguidamente indica. La interpretación de dicho término entendemos no puede ceñirse exclusivamente a*



plazos en los que normalmente se manifiesten los defectos constructivos, hay defectos constructivos cuya manifestación no requiere sólo del tiempo, sino también del uso de la vivienda más o menos prolongado<sup>1489</sup>, o que requieren un cierto nivel de ocupación en el edificio, como los defectos de aislamiento acústico.

Para neutralizar los efectos de este desfase entre la fecha de la recepción y la adquisición del inmueble por el potencial accionante, sin contar con que en la jurisprudencia menor ha recaído algún pronunciamiento que no tienen en cuenta la recepción<sup>1490</sup>, bastantes autores han propuesto diferentes soluciones. Muchos se han mostrado

---

*aquellos daños o desperfectos no de origen, es decir que se produzcan o causen a posteriori de suscribirse el acta de recepción. De seguirse dicha tesis bastaría con que se pusieren de acuerdo al efecto los distintos agentes intervinientes en el proceso de edificación que intervengan para obviar la existencia de deficiencias manifiestas de origen y eludir respecto de ellas las responsabilidades que pudieren derivarse de dicho texto legal. Deberá por tanto comprender también aquellas deficiencias constructivas que se manifiesten, aparezcan o sean advertidas con posterioridad al acta de recepción y dentro del plazo de garantía legalmente previsto. En esta categoría deben incluirse las dos que comentamos, pues mal podía conocerse lo inadecuado en su caso de los conductos de evacuación del aire de las campanas extractoras sin que estas fueren instaladas por los usuarios finales y comprobasen su funcionamiento, ni la altura desproporcionada de las ventanas en relación a los tendederos mientras no se hubiere procedido a tender la ropa por aquellos".* También puede verse la SAP de Ávila de 6 de noviembre de 2009 (JUR 2010\8731) que acogió un criterio parecido a los efectos del plazo de prescripción (véase nota 1934).

<sup>1489</sup> En tales casos, aunque se adquiera y se ocupe la vivienda dentro del plazo de garantía, puede no haber transcurrido el tiempo necesario para que el uso de la vivienda provoque la manifestación del defecto. V.g. humedades por filtraciones en una vivienda radicada en zona donde exista un nivel bajo de precipitaciones, habiéndose adquirido meses antes del vencimiento del plazo de garantía sin que se produzcan precipitaciones en ese lapso temporal.

<sup>1490</sup> Cfr. SAP de Valencia de 22 noviembre de 2011 (JUR 2012\48500) que tomó como referencia para los plazos de garantía la fecha de constitución de la comunidad de propietarios: "...en relación al momento en que se manifiesta los daños, este tribunal no comparte el criterio de la parte recurrente de que resulte aplicable el artículo 6-4 de la LOE que regula la recepción de la obra como momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de garantía, no sólo porque debe adecuarse a la relación contractual que se constituye entre el promotor y el comprador de la vivienda constituida en régimen de propiedad horizontal, sino también porque a los efectos de la entrega de viviendas constituidas en régimen de propiedad horizontal, el momento de la constitución de la comunidad de propietarios a instancia del promotor debe interpretarse como el de recepción de la obra por la comunidad a partir del cual pueden ejercitarse las acciones que se derivan del régimen jurídico de la LOE".

partidarios de que se hubiera tomado como referencia la fecha de entrega del inmueble al adquirente, y particularmente se ha llamado la atención sobre que la LOE se aparta del criterio de la puesta en el mercado del producto establecido por la antigua LRP, y del de la entrega que fijaba la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo<sup>1491</sup>.

También se han ofrecido soluciones intermedias, como una doble recepción en caso de ventas realizadas transcurridos los plazos de garantía: una general conforme a la LOE que marque el inicio de la responsabilidad de todos los agentes, y otra particular entre el primer comprador y el promotor a partir de la cual nazca un plazo de garantía de al menos un año frente a éste<sup>1492</sup>. Igualmente se ha considerado que lo coherente con el significado y función de los plazos de garantía hubiera sido determinar que el cómputo para los defectos estructurales se iniciase con la conclusión de la obra, para los defectos de habitabilidad en la fecha en la que comience a utilizarse, y para los de acabado en la de la entrega al promotor<sup>1493</sup>.

---

<sup>1491</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 147 y 154-156, autora que defiende este criterio aunque fuera un autopromotor. Hace referencia la autora al art. 13 de la referida LRP derogada (actualmente puede verse el art 144 del TRLGDCU), y al art. 9 de la Ley 23/2003, cuyo texto hoy puede verse en el art. 123 del TRLGDCU. También valoran positivamente el criterio de la entrega, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 106, apoyándose en la enmienda del Grupo Parlamentario Vasco (véase nota 1470), y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.156, pone en contraste el cómputo de la LOE con el referido art. 123 del TRLGDCU que contempla tal criterio.

Sobre el criterio de la puesta en circulación del edificio, hay que decir que el actualmente no se distancia mucho del de la recepción, dado que si entendemos la puesta en circulación no como la fecha de cada una de las ventas, sino como la fecha en la que se pone a la venta el edificio, por la crisis actual, se anticipará igualmente el inicio de los plazos en gran medida. A favor del criterio de puesta en circulación puede verse BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 89.

<sup>1492</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 573-574. También propone un acta de recepción entre adquirente y promotor, aunque refiriéndose al caso particular de las ventas sobre plano ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 62.

<sup>1493</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 220-221, quien añade que en caso de venta tardía de la vivienda no le parece razonable ni equitativo el cómputo desde la recepción si se tiene en cuenta que la garantía trienal es algo así como una garantía de funcionamiento del inmueble y sus instalaciones. Observamos de nuevo

No obstante, existen autores que defienden el criterio legal y se muestran discrepantes con el criterio de la entrega de los inmuebles a los adquirentes, con fundamento principalmente en la inseguridad jurídica que provocaría por la disparidad<sup>1494</sup>, y en que supondría una prolongación de la responsabilidad de los agentes<sup>1495</sup>. E igualmente sin defenderse el criterio de la recepción hay quien se manifiesta en contra del criterio de la entrega argumentando que la garantía sólo alcanza a los defectos originarios y ello no tiene nada que ver con la fecha de la entrega al propietario o puesta en circulación del producto<sup>1496</sup>.

Sobre toda esta cuestión, al margen de que sostenemos que la entrega no provocaría inseguridad jurídica sino simplemente cálculos diferentes<sup>1497</sup>, somos conscientes de que no se puede prolongar excesivamente la responsabilidad de los agentes por el hecho de que no se hayan transmitido antes los inmuebles, pero tampoco de *lege ferenda* se puede desproveer a los adquirentes de toda acción prevista en la LOE frente a los agentes porque las acciones contractuales sólo se pueden ejercitar frente a aquellos con lo que tenga vínculo de tal clase.

---

la idea de funcionamiento o utilización de inmueble como presupuesto para poder apreciarse los defectos, o mejor dicho, para que puedan manifestarse.

<sup>1494</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 436, es contrario al inicio de los plazos desde la entrega a los adquirentes por la diversificación del cómputo que conllevaría para cada elemento del edificio. En el mismo sentido, al tratar el supuesto del promotor-constructor, véase SALINERO ROMÁN en epígrafe siguiente, nota 1510

<sup>1495</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.713, autor que considera que no se puede prolongar indefinidamente la responsabilidad de los agentes, y porque el comprador que compra sobre plano, es lógico que merezca más garantías que el que compra examinando la edificación terminada. En parecido sentido, aúna los argumentos de Castro Bobillo y González Tausz, ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 62, al señalar que no puede sostenerse que la fecha de la compra o la entrega del inmueble constituyan el momento inicial de los plazos de garantía, puesto lo que se garantiza no es la duración del inmueble en perfecto estado desde la adquisición, sino desde su finalización, como lo corrobora los seguros previstos en la LOE que necesitarán de uniformidad respecto de los plazos de garantía de cada piso, para no generar inseguridad jurídica.

<sup>1496</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 217.

<sup>1497</sup> En tal sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 156, para la que simplemente se produciría disparidad en cuanto al inicio y término del plazo en cada caso, pero no inseguridad jurídica.

Pues bien, debemos tener en cuenta las diferentes características de los defectos objeto de las tres responsabilidades previstas en la LOE a los efectos de resolver las primeras adquisiciones realizadas una vez transcurridos los correspondientes plazos de garantía. Proponemos que para los defectos objeto de la responsabilidad decenal, dado que su manifestación no depende del uso del inmueble, el adquirente tenga acción ex LOE por un nuevo plazo decenal desde la adquisición porque ello supondría sin lugar a dudas un estiramiento temporal de la responsabilidad insoportable para los agentes, al conllevar la presunción de su responsabilidad<sup>1498</sup>. En cambio, para la responsabilidad trienal, dado que muchos de los defectos objeto de ella sí requieren para su manifestación el uso del inmueble, no sólo el paso del tiempo, vemos con buenos ojos que se permita accionar a los adquirentes frente a los agentes por medio de la LOE, con un plazo al menos anual, aunque extendiendo la responsabilidad al resto de agentes de la edificación<sup>1499</sup>. Podría pensarse que es poco útil, o innecesaria tal concesión, porque se podría reclamar frente a todos los agentes su responsabilidad por el sistema extracontractual, pero éste ya veremos que no tiene los beneficios probatorios de la LOE<sup>1500</sup>.

---

<sup>1498</sup> En este punto, no consideramos ni tan siquiera que deba darse el plazo anual al que alude CABANILLAS SÁNCHEZ (véase nota 1492) porque, repetimos, apreciamos que el defecto estructural de existir se habrá manifestado, y además podrá ser comprobado por el adquirente antes de la compra, sirviéndose, claro está, del asesoramiento técnico correspondiente.

<sup>1499</sup> Este plazo ayudaría a mitigar los efectos de la recepción en caso de que se adquirieran las viviendas transcurrido el de garantía, porque así para el caso de que fueran defectos preexistentes a la adquisición permitiría accionar conforme a la LOE frente a todos los agentes, y para el caso de que no, porque no hay que olvidar que muchos defectos no dependen sólo del paso del tiempo sino también del uso más o menos prologando, permitiría su manifestación. No obstante, a la hora de sostener lo anterior debería tenerse en cuenta que precisamente algunos elementos se deterioran por su falta de uso, y sobre todo que no será defendible en supuestos en que se adquiere la vivienda pasados diez años desde la recepción, pues conllevaría una situación peor que la precedente, aunque obviamente es muy poco probable que se dé tal circunstancia, incluso en los tiempos que corren.

<sup>1500</sup> Véase epígrafe 1.3.1 de capítulo IX, sobre las acciones contractuales, y epígrafe 3.1 de capítulo IV sobre la presunción que conlleva los plazos de garantía de la LOE.

Por último, en cuanto a los defectos de terminación o acabado, dado su carácter normalmente aparente al momento de la compra, además de su poca importancia económica, no vemos que sea tan gravoso que los adquirentes no dispongan de dicha garantía que además, como hemos visto, es de nuevo cuño<sup>1501</sup>.

Por lo demás, y al margen de las propuestas que hemos realizado, apelamos a cierta flexibilidad de los operados jurídicos en determinadas circunstancias<sup>1502</sup>.

## **2.2 Cómputo de los plazos de garantía desde la recepción de obra según los diferentes tipos de ésta**

### **2.2.1 La recepción expresa. Supuestos problemáticos: promotor-constructor y especial referencia a la formulación de reservas**

#### **2.2.1.1 Distinción del supuesto de rechazo de la obra y el deber de documentarse en acta de recepción**

Como ya hemos apuntado, los plazos de garantía y de responsabilidad de la LOE se inician con la recepción de la obra, de ahí que en el supuesto de su rechazo por el promotor, ante la claridad de la LOE, se

---

<sup>1501</sup> Nos remitimos al epígrafe 2.4 de capítulo V.

<sup>1502</sup> Así coincidimos con GARCÍA CARACUEL, o.c. nota 633, p. 210, en que ante el retraso de la entrega de las viviendas por la no obtención de la cédula de habitabilidad por parte promotor, se debería tomar como referencia la fecha de la licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad a los efectos del cómputo de la acción frente al promotor.

Igualmente en caso de que la fecha programada de escrituración de los inmuebles se adelante por interés del promotor y no interese a los compradores otorgar la escritura y, por tanto, entrar en posesión que le permita constatar los defectos de acabado, o hacer el uso necesario para que se manifiesten los defectos de habitabilidad, sostenemos que debe tomarse como fecha de inicio de los plazos la de la entrega programada o efectiva, inclusive para el plazo decenal aunque no sea tan gravosa la situación, ello a fin de evitar este tipo de maniobras que pueden ser intencionadas, o cuando menos por puro interés del promotor. Sin embargo, esto no se podrá sostener frente a la compañía de seguros por ser ajena a las circunstancias anteriores.

considere que deben subsanarse los defectos para que se recepcione la obra y se inicien los plazos<sup>1503</sup>.

Dicho lo anterior, si no hay rechazo sino recepción de la obra, ésta puede ser expresa, en cuyo caso exige el art. 6.2 de la LOE que se consigne en un acta firmada cuya fecha será la que marque el inicio de los plazos de garantía de acuerdo con el art. 6.5, y sobre cuyo contenido volveremos más adelante<sup>1504</sup>.

Esta exigencia de consignarse en un acta contrasta con el carácter antiformalista que tradicionalmente ha tenido la recepción<sup>1505</sup>, sin que por ello admitamos que se pueda realizar una recepción expresa de forma verbal si dicha recepción va a determinar el inicio de los plazos de garantía en la relación entre los adquirentes no promotores y el resto de agentes porque la única recepción válida será la expresa en la forma exigida por la LOE, o la tácita prevista en su art. 6.4, dado que el legislador ha regulado la recepción para establecer un *dies a quo* cierto para los intereses de terceros<sup>1506</sup>, lo que se puso de manifiesto en la Exposición de Motivos<sup>1507</sup>.

---

<sup>1503</sup> Cfr art. 6.3 *in fine*, según el cual el rechazo de la obra conllevará que se fije un nuevo plazo para proceder a su recepción, en relación con el artículo 17.1, primer párrafo, que dispone que los plazos se contarán desde la recepción.

<sup>1504</sup> Como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 147, debe hacerse constar en el acta la fecha en la que se produce la recepción, aunque el art. 6.2 de la LOE no lo exige. También exige expresamente que sea fechada el acta, VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 132. No obstante, siendo cierto lo anterior, nosotros consideramos que desde el momento en que la LOE exige un acta, por la idea a la que alude este término como documentación de un estado de las cosas, será necesario por su propia naturaleza dicha constancia. Además, el propio art. 6.5 implícitamente lo exige al señalar que los plazos de responsabilidad y garantía se iniciarán desde la fecha en la que se suscriba el acta.

Volveremos sobre el acta de recepción de la obra en epígrafe 6.2.4.

<sup>1505</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 523, aunque destaca que el contratista podía exigir la forma escrita; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, pp. 434-435, y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 378-379.

<sup>1506</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 378-379. Si nos movemos en la relaciones entre comitente y el resto de los agentes sí la admiten los autores como fecha de inicio de los plazos de garantía, no operando la recepción tácita en tal caso. Aunque estos autores parecen limitar la

### 2.2.1.2 El supuesto particular del promotor-constructor

Otra problemática que puede presentar la recepción expresa en torno al inicio de los plazos, es el supuesto del promotor-constructor en el que coinciden en la misma persona las cualidades de promotor y constructor. En estos casos, al margen de algunos autores que proponen la suscripción de un acta entre promotor y dirección facultativa<sup>1508</sup>, la mayoría propone acudir a la fecha de terminación de la obra, ya sea porque carece de sentido conceder un plazo para verificar la obra y aprobarla<sup>1509</sup>, o porque para la LOE no es imprescindible el acta de recepción al prever la recepción tácita, y en el caso del promotor-constructor la suscripción del acta y, por tanto, el inicio de los plazos, dependerá de su voluntad<sup>1510</sup>. Además, debe tenerse en cuenta que

---

operatividad de esta recepción verbal a pretensiones entre comitente y resto de agentes diferentes a las previstas en la LOE porque mencionan entre paréntesis como ejemplos de las mismas la corrección de vicios aparentes, el pago del precio y la formulación de reservas, nosotros entendemos que en caso de que el promotor accione por medio de la LOE contra el resto de los agentes, lo cual es posible como veremos en el epígrafe 1.2 de capítulo VIII, éstos le podrían oponer que con anterioridad a la recepción tácita tuvo lugar una verbal, aunque, claro está, tropezarán con una gran dificultad probatoria.

Con un alcance general, no limitándose expresamente a los adquirentes, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 438, sostiene que la recepción sin dar cumplimiento a las formalidades exigidas por la ley demorará el nacimiento del plazo de garantía hasta que opere la recepción tácita.

<sup>1507</sup> Véase punto 2 de la misma en nota 1458.

<sup>1508</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 76, que propone como solución un acta recepción entre la dirección facultativa y el promotor-constructor, pero ante la eventualidad de su carencia la fecha del certificado final.

<sup>1509</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 437. XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, p. 56, igualmente acuden, aunque limitándose a la responsabilidad de los técnicos, a la fecha del certificado final de obras porque se confunden en una misma persona las condiciones de *accipiens* y *tradens*.

<sup>1510</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 153, quien señala que esa es la solución acogida en el Derecho francés, citando doctrina de tal país; ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 61, autora que también defiende el inicio de los plazos desde la certificación final de la obra (véase nota siguiente), se muestra contraria a que el acta se firme unilateralmente por su carácter bilateral. También parece ser la opinión de SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 202, autor que desecha expresamente la de la

acreditará la fehaciencia del certificado final de obra la fecha de su visado por los Colegios profesionales respectivos<sup>1511</sup>.

Con todo, este criterio de terminación de la obra tiene el inconveniente de que se adelanta el inicio de los plazos de garantía<sup>1512</sup>. Para soslayar este adelanto del plazo, podríamos optar por una solución intermedia y computar el plazo de garantía pasados treinta días desde la expedición del certificado final de obra, de un modo algo parecido a la recepción tácita prevista en el art. 6.4, y suplir la falta de la comunicación escrita de la terminación prevista en la LOE para la producción de tal recepción<sup>1513</sup>.

No obstante, la solución a esta cuestión puede venir de la práctica aseguradora, al menos en lo que se refiere a las edificaciones a las que son exigibles los seguros previstos en la LOE, porque las compañías aseguradoras imponen la suscripción del acta de recepción para dar fijeza al inicio de los plazos de cobertura<sup>1514</sup>.

Por lo demás, también se puede acudir a la fecha de terminación de la obra en el supuesto de que no exista un constructor principal<sup>1515</sup>. En

---

fecha de entrega a cada adquirente porque se carecería de uniformidad en el inicio de los plazos.

<sup>1511</sup> ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 63, va más allá, y desde la base de que los agentes que lo firman son contratados por el promotor, propone su firma ante notario para evitar posibles impugnaciones de su fecha por los adquirentes.

<sup>1512</sup> Como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 153.

<sup>1513</sup> Decimos de un modo algo parecido a la recepción tácita, porque el plazo de treinta días se computa, de acuerdo con el art. 6.4 de la LOE, no desde la emisión del certificado final, sino desde su comunicación al promotor por parte del constructor. En este punto, VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 137, admitiendo prescindir del acta de recepción, considera que se procedería a la recepción tácita desde la comunicación que realice la dirección facultativa al promotor-constructor, adjuntando el certificado final de obra. También MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, pp. 54-55. Sin embargo, en caso de que pudiera no haber dicha comunicación escrita consideramos como referencia la fecha de la emisión del certificado final. A este criterio apunta PORTO REY, o.c. nota 391, p. 73.

<sup>1514</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 153 y 154.

<sup>1515</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 437, se refiere a la inexistencia de un contratista principal por haberse encomendado a varios la ejecución de la obra, proponiendo acudir a la fecha del certificado final de obra. En el mismo sentido



cambio, en caso de contratación directa entre particulares y el constructor no estimamos necesario acudir a tal criterio porque se trata de un supuesto de autopromoción en el que los particulares serán los promotores<sup>1516</sup>.

### 2.2.1.3 La recepción expresa con reservas

La recepción expresa de la obra puede ser con o sin reservas<sup>1517</sup>, en función de que el promotor aprecie o no que la obra posee defectos.

En el supuesto de formulación de reservas a los defectos aparentes es donde mayor debate plantea la recepción como inicio de los plazos del art. 17 de la LOE<sup>1518</sup>, porque se discute si los plazos de garantía se inician, o es necesario que sean subsanados, ello a la vista del tenor contradictorio de los siguientes preceptos de la LOE. En primer lugar, no coinciden los arts. 6.5 y 17.1, porque mientras el primero señala que los plazos de responsabilidad y garantía se computarán desde la suscripción del acta de recepción sin distinguir si es con o sin reservas<sup>1519</sup>; el segundo preceptúa que en caso de formulación de reservas los plazos de

---

SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 202, añadiendo que también se puede acudir a la fecha de la última de las recepciones parciales.

<sup>1516</sup> En cambio, ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, pp. 60-61, se refiere a este supuesto como el de la posible inexistencia de promotor, proponiendo la fecha de terminación de la obra. Nosotros consideramos que constituye un caso de autopromoción en el que los particulares a los que se refiere el autor serán autopromotores, porque el art. 9.1 de la LOE da cabida dentro del concepto de promotor a aquel que promueve una edificación para sí mismo.

<sup>1517</sup> Cfr. art 6.1 LOE. Esta recepción expresa sin reservas también se denomina pura y simple, como señalan CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 525, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 404.

Igualmente en el Derecho francés puede ser la recepción con o sin reservas (cfr. art. 1.792-6 del *Code*).

<sup>1518</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 146.

<sup>1519</sup> Dispone dicho precepto: *“El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior”*.

responsabilidad se iniciarán con la subsanación de aquéllas<sup>1520</sup>. A lo anterior se une que el art. 19.9 i), a efectos de los seguros que impone la LOE, distingue entre la parte de la obra reservada y la que no la haya sido, al establecer que no se cubrirán los siniestros con origen en las primeras hasta que no sean subsanadas<sup>1521</sup> lo que permite entender que aún en caso de reservas se cubrirán los siniestros que no tengan origen con las mismas<sup>1522</sup>. Por tanto, hay una contradicción entre los tres preceptos<sup>1523</sup>, cuyo origen en cuanto a los dos primeros radica en la tramitación parlamentaria al modificarse durante ella el art. 17 pero no hacerse lo propio con el art. 6.5<sup>1524</sup>.

Ante lo anterior existe división de opiniones. Algunos autores sostienen el cómputo de los plazos de garantía desde la recepción de la obra con independencia de la formulación de reservas, por lo que se otorga primacía al art. 6.5. Dentro de este sector se ha acudido a la naturaleza

---

<sup>1520</sup> Dispone el art. 17.1: *“Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas...”*.

<sup>1521</sup> Señala dicho precepto, en su lectura integrada con el párrafo inicial del artículo 19.9, que, salvo pacto en contrario, las garantías a que se refiere la LOE no cubrirán *“Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de la recepción”*.

<sup>1522</sup> Como nos señala CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 602.

<sup>1523</sup> Como ponen de manifiesto, entre otros, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 418, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 148.

<sup>1524</sup> En tal sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 604-605, argumentando que durante la tramitación parlamentaria se modificó el art. 17 en el sentido de aclarar que la recepción debía ser sin reservas o desde la subsanación de las mismas para nacer los plazos de garantía, pero no se hizo lo propio con el art. 6.5. Se refiere el autor concretamente a la transacción ofrecida por el Grupo Parlamentario Popular al Grupo Parlamentario Vasco al que se había rechazado la enmienda número 29 (sobre esta enmienda véase nota 1470), transacción que sería aceptada (cfr. Diario de sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 2525, de 1 de julio de 1999, especialmente p. 13.446). También aluden a esta modificación MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 82; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 205 (nota 284) y CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 418.

legal de la responsabilidad de la LOE para sostener la irrelevancia de la formulación o no de reservas por el promotor, que sólo tendrán efectos en el plano contractual<sup>1525</sup>.

Apoya al cómputo defendido por estos autores la posibilidad de que los inmuebles se pongan en el mercado sin subsanarse la reservas, y que en caso de formularse si se adoptara el otro criterio de no nacer los plazos hasta su subsanación, mientras tanto sólo respondería el promotor por medio de las acciones de saneamiento de la compraventa retrasándose el inicio del plazo de garantía<sup>1526</sup>. En relación con lo anterior, también se sostiene que de lo contrario el promotor estaría incentivado a no realizar reservas para evitar el alargamiento de su responsabilidad ex LOE puesto que se iniciarían los plazos más tarde con la subsanación de reservas; mientras que si el plazo se computa desde la recepción de la obra no tendrá incentivos para ignorar los vicios aparentes, y podrá formular reservas para conseguir la subsanación y evitar la reclamación de los adquirentes que sería preferentemente dirigida contra él por su condición de responsable solidario en todo caso ex art. 17.3<sup>1527</sup>. Sin embargo, no nos resulta tan claro el argumento de que la posposición del inicio de los plazos que conllevaría el cómputo desde la subsanación de las reservas sería más beneficiosa para los adquirentes y perjudicial para los agentes de la edificación porque supondría en los casos de defectos que revistan poca gravedad alargar su responsabilidad, puesto que se parte de que subsanarán aquéllas<sup>1528</sup>.

A pesar de estas opiniones, la mayoría de autores sostiene que los plazos de garantía se inician con la recepción sin reservas o desde la

---

<sup>1525</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 149.

<sup>1526</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, pp. 438-439, y SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, pp. 202-203.

<sup>1527</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 150.

<sup>1528</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 149. No coincidimos con esta autora porque en caso de no subsanarse las reservas no se iniciaría el plazo de garantía con lo que no se beneficiaría a los adquirentes ni se perjudicaría a los agentes por el inicio y vencimiento tardío del plazo, porque no se darían éstos. Al contrario, se beneficiaría a los agentes que no responderían con fundamento en la LOE.

subsanación de las mismas, con lo que se otorga primacía al art. 17.1 de la LOE<sup>1529</sup>.

Para justificar esta postura, se ha acudido a la tramitación parlamentaria que explicaría la discordancia de redacción de los art. 17.1 y 6.5<sup>1530</sup>, y a que es verosímil que las reparaciones de los defectos objeto de reservas hagan correr nuevos plazos porque pueden haberse realizado varios meses después de la constatación de los daños<sup>1531</sup>.

Sin embargo, a esta opinión mayoritaria acerca del inicio de los plazos desde la subsanación de las reservas se opone el art. 19.9 i) de la LOE, según el cual la formulación de éstas sólo impide que se cubran los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, pero no, a contrario, que en caso de reservas se cubran los siniestros que tengan su origen en partes no reservadas. Lo anterior ha conllevado que unos autores sostengan el cómputo de los plazos de garantía paralelo a los de responsabilidad de acuerdo con el art. 17.1, mientras que otros otorguen prevalencia al art. 19.9 i) y computen los plazos tanto de garantía como de responsabilidad desde la recepción con exclusión de los siniestros que tengan su causa

---

<sup>1529</sup> Sostienen este cómputo, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 133; MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 113, p. 95; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 5; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 441; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 462; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.439; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 334; ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 104; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 58; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 77 y 79; ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 57; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.614; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 204; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 340; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 388; ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 251, p. 557; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.160. No obstante el autor no deja de hacerse eco de que el art. 19.9 i) permitiría interpretar que la recepción con reservas suspende el cómputo respecto de las partes de obra a que afecte la reserva. También es la recepción sin reservas la que marca el inicio del cómputo para ESTRUCH ESTRUCH, o.c., pp. 589-590, señalando expresivamente que en tanto los defectos no sean subsanados *“la situación respecto de la obra afectada por dichos defectos será, para determinadas cuestiones ...equivalente a la situación que se produciría si la obra no se hubiera entregado”*.

<sup>1530</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1466, pp. 69-71, y o.c. nota 122, pp. 602-606. Véase nota 1524 sobre la tramitación parlamentaria.

<sup>1531</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 448, quien cita en apoyo autores franceses.

en las partes de la obra reservada cuyo plazo no se iniciará hasta la subsanación de las reservas.

Los autores que defienden que el plazo de vigencia de los seguros debe comenzar a la vez que el de responsabilidad, esto es, no iniciarse para el conjunto de la obra hasta la subsanación de reservas, argumentan que de lo contrario si se iniciase el plazo de los seguros para la parte no reservada y el plazo de responsabilidad no lo hiciera, podría producirse un daño referido a una parte no reservada habiendo expirado el plazo del seguro, pero no el de responsabilidad<sup>1532</sup>.

No obstante, algo mayor es el número de autores que distingue entre la parte de la obra reservada, cuyos plazos tanto de garantía como de responsabilidad se iniciarán a partir de la subsanación de las reservas, y la parte de la obra no reservada cuyos plazos comenzarían con la recepción<sup>1533</sup>, postura con la que coincidimos por motivos de protección

---

<sup>1532</sup> TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 53 (nota 7). Igualmente ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 593-594, aunque reconoce que parece haber querido el legislador lo contrario. XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, pp. 54-55, han visto una antinomia nada fácil de resolver, remitiéndose a lo que diga la jurisprudencia, pero previendo que resuelva a favor del art. 17.1 y no se inicien los plazos sino a partir de la recepción sin reservas *“por apelación última al principio garantista o procines que constituye la columna vertebral de la Ley”*. En el mismo sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 605-606. De igual forma sobre el inicio común de los plazos de responsabilidad y garantía se pronuncia MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 80.

<sup>1533</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 419, quien considera que la formulación de reservas no impide el inicio de los plazos de responsabilidad y garantía, pero no habrá responsabilidad por los daños que tengan su causa en las reservas hasta que sean subsanadas, lo que considera congruente con el art. 19.9 i) que excluye de la cobertura aseguradora los daños derivados de reservas hasta que sean subsanadas; en el mismo sentido CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 378 y 455, sostienen que *“la recepción con reservas no impide que se produzcan los efectos propios de la recepción, incluido también el inicio de los plazos de los arts. 17 y 19 LOE, si bien, como expresa (mejor) el art. 19, no habrá responsabilidad por los daños que tengan su causa en reservas formuladas por el promotor”*; y que *“los daños que se deriven de las deficiencias así señaladas sólo están sujetos a responsabilidad ex art. 17 LOE cuando las mismas se corrijan y se suscriba la correspondiente acta de subsanación [cfr. art. 6.2d LOE]”*. No obstante, CARRASCO PERERA, con anterioridad (o.c. nota 591, p. 522) había sostenido que los plazos de garantía debían correr la misma suerte que los de responsabilidad en caso de reservas, refiriéndose a que el sector asegurador ha propuesto que en el caso de reservas se cuenten los plazos de cobertura desde la recepción, por los costes que supone para la compañía, a lo que el autor se opone por los intereses en juego.

de los adquirentes que de otra manera no tendría acción ex LOE hasta la subsanación de reservas aunque se estuviera ante partes de la obra no reservadas. Por tanto, se produce una duplicidad de cómputo<sup>1534</sup> que por razones de protección consideramos que debe primar a las opiniones contrarias que se basan en el tenor del art. 17.1 de la LOE<sup>1535</sup>, o que destacan el confusionismo que se puede crear al deber distinguirse las partes de la obra<sup>1536</sup>.

De lo expuesto en los dos párrafos precedentes se deriva que no presenta dudas para los autores que el seguro no cubre los daños relacionados con las reservas hasta que subsanen, lo que unido a que para la mayoría sólo tras la subsanación de la reservas se inician los plazos de responsabilidad de los agentes de la edificación ya sea de toda la obra o de la parte reservada, conlleva que se deje al promotor-vendedor en una posición que hará que no esté incentivada la formulación

---

Siguiendo a CORDERO LOBATO, se pronuncian BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 206 y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 437-438. En análogo sentido puede verse SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 405, para el que *“parece lógico entender que la demora del comienzo de los plazos no es para toda la obra, sino solamente para los aspectos objeto de subsanación”*. Para este autor ello lo confirma *“que la recepción demorada no es una recepción completa, sino únicamente complementaria en cuanto a los defectos que deberían ser subsanados, sin que quepa en tal momento poner de relieve otros defectos...”*. También otorgan efectos generales al art. 19.9 i), ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 99 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 673.

<sup>1534</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.711, 2.712 y 2.725, quien considera que esta duplicidad de cálculos incluso se deriva del propio art. 17.1, puesto que aprecia que la “o” que figura en el inicio de dicho precepto, cuando distingue entre el cómputo desde la recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas, debe interpretarse no como disyuntiva sino como copulativa de tal manera que los plazos se inician para la parte reservada con la subsanación. Para este autor la recepción con reservas no es una recepción condicionada sino compleja con dos momentos diferentes: el inicial de la recepción y el de la subsanación de las reservas.

<sup>1535</sup> Se opone ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 622-623, quien señala que el art. 17.1 no distingue entre la parte de la obra que ha sido objeto de reservas y el resto de ella, y además se basa en la consideración lógica de la obra como un todo.

<sup>1536</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 81-82, quien es favorable la autora a que tanto el plazo de responsabilidad como el de garantía se inicien con la subsanación de reservas, estableciéndose un corto espacio de tiempo para tal fin, con lo cual para la autora se obliga al agente responsable para que emplee toda la diligencia en subsanarlos, y además porque si no los subsana bien no los cubrirá la Compañía de Seguros.

de reservas, lo cual ha destacado la generalidad de autores<sup>1537</sup>. Con lo anterior coincidimos, sin que sea óbice a ello que el promotor pueda repetir posteriormente frente al verdadero responsable<sup>1538</sup>. Efectivamente, en caso de formularse reservas no entrará en vigor el seguro en relación con las partes de la obra afectadas por ellas de acuerdo con el art. 19.9 i), y además responderá exclusivamente el promotor<sup>1539</sup>, con lo que antes de iniciarse el plazo de garantía sólo habrá acciones de responsabilidad contractual (arts. 1.124 y 1.101 y ss. CC) frente a él<sup>1540</sup>.

A ello se une que es jurisprudencia del Tribunal Supremo no admitir que el promotor se niegue a recibir la obra ante defectos menores, por lo

---

<sup>1537</sup> Esto lo destacan además los autores que otorgan primacía al art. 6, y que computan los plazos desde la recepción de la obra aunque sea con reservas, porque precisamente la desincentivación se produciría si se otorga preferencia al art. 17.1 con lo que no coinciden. Nos referimos a CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, pp. 438-439, autor que secunda la opinión que veremos (en nota 1541) de GONZÁLEZ CARRASCO. Véase igualmente MARTÍNEZ ESCRIBANO, en epígrafe 6.3, nota 1724.

<sup>1538</sup> Como ha destacado MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 80, es más beneficioso no formular reservas y tener la posibilidad de ser demandado en un procedimiento no en exclusiva sino junto a otros agentes, o llamarlos al procedimiento en caso de haber sido el único demandado (en virtud de la disposición adicional séptima) que responder en ese procedimiento y luego iniciar otro para repetir.

<sup>1539</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 378. En la misma línea, CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 522, expone como razones de esta desincentivación, que formular reservas por defectos de acabado conlleva la no entrada en vigor del seguro del que es asegurado el propio promotor, y en los casos defectos de habitabilidad y ruina, al no haber seguro se incrementa el riesgo de ser demandado el promotor. Sobre la desincentivación de las reservas que conlleva el art. 19.9 i) también puede verse ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 58. Véase GONZÁLEZ CARRASCO, nota 1541.

<sup>1540</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 417. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 455. Aluden los autores a la STS de 7 de mayo de 2001 (RJ 6897) que citamos en el epígrafe 1.4.1 de capítulo I, a propósito de la exclusión del art. 1.591 CC de los vicios manifestado durante la ejecución de la obra. También puede verse MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 80-81, quien señala que el promotor como vendedor responderá en caso de formular reservas, concluyendo que cualquiera que sea la solución que adopte el promotor, o bien va a alargar su responsabilidad o deberá responder por aceptar los defectos aparentes.

que se planteará bastante al promotor la tesitura de formular o no reservas al no poder rechazarla<sup>1541</sup>.

Pero es que además de lo anterior, la formulación de reservas al posponer el inicio de los plazos de responsabilidad al acta de subsanación, conlleva que se prolongue el período de responsabilidad del promotor<sup>1542</sup>, con lo que al plazo durante el cual el promotor responde en exclusiva, habría que sumar el plazo de responsabilidad de la LOE cuyo inicio se pospuso.

En contra de que el promotor no formulará reservas ciertamente se podría argumentar que las compañías de seguros verificarán que lo haga para no verse obligadas a responder de defectos aparentes y no reservados<sup>1543</sup>, pero no coincidimos con que los agentes diferentes al promotor puedan repetir frente a él por no haber reservado los defectos aparentes al ser aquéllos sus verdaderos causantes materiales<sup>1544</sup>.

---

<sup>1541</sup> Véase tal jurisprudencia en epígrafe 6.3. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 455, señalan *“a la vista de la jurisprudencia del TS sobre la imposibilidad de que el comitente pueda negarse a recibir una obra que sólo tiene defectos menores...ésta es una regla que hace extremadamente conveniente no formular reserva alguna en el acta de recepción”*.

Ampliamente GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 235 y 236, señala que como los defectos objeto de reservas serán mayoritariamente defecto de terminación o acabado cubiertos por el seguro previsto en el art. 19.1 a), al formular reservas el promotor se autoexcluye de la cobertura, y por otro lado al no iniciarse los plazos de responsabilidad de la LOE, si ha vendido responderá frente a los adquirentes por las acciones de saneamiento, como también ocurrirá en aquellos casos en los que los defectos que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad previstos en el art. 3.1 c) no justifiquen el rechazo de la obra, sino la realización de reservas. No obstante, como bien aclara la autora, en el supuesto de defectos de terminación o acabado el art. 19.1 a) permite sustituir el seguro por la retención al constructor del 5% del coste material de la obra.

<sup>1542</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 236.

<sup>1543</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.160. Sin embargo, ante defectos aparentes no reservados MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 82, señala que no responderá la compañía, sobre lo que consideramos que además de resultar difícil probar que un defecto ya era patente en el momento de la recepción, las reservas que no consten en el acta de recepción no pueden oponerse a los adquirentes (véase requisitos de formulación de reservas en epígrafe 6.5).

<sup>1544</sup> En contra ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.160. Nos basamos en que si un defecto es aparente frente al promotor, con mayor razón lo será para el resto de los agentes ejecutores materiales de la obra y, por ende, del defecto; y además veremos que la



Al margen de lo expuesto a propósito de las acciones de la LOE, la formulación de reservas por el promotor no puede impedir toda acción de los adquirentes frente al resto de los agentes de la edificación, que precisamente han sido los causantes materiales de los defectos reservados por él, por lo que defendemos que deberán responder por otras vías. Sin embargo, el sistema menos beneficioso de éstas al no poderse ejercitar acciones contractuales frente a agentes no unidos por tales vínculos, llevará a los adquirentes a accionar frente al promotor<sup>1545</sup>, salvo en caso de notorio insolvencia.

Además, las reservas no sólo tendrán por objeto los defectos constructivos que cubre la LOE sino también incumplimientos contractuales diferentes a aquéllos<sup>1546</sup>, por lo que en tal caso no deberían demorarse los plazos de garantía y responsabilidad, ni tampoco excluirse de ellos los siniestros que tengan causa en estas reservas, dado que no tienen por objeto la cobertura de tales incumplimientos.

Por último, hay que señalar que estos problemas no se dan en el Derecho francés porque el art. 1.792-6 del *Code*, tras la reforma realizada por la Ley *Spinetta*, extiende la responsabilidad del contratista a la reparación de todos los defectos señalados por el dueño de la obra por medio de reservas<sup>1547</sup>.

---

no formulación de reservas a los defectos aparentes no es inocua para el promotor, al impedirle su reclamación al resto de agentes (véase epígrafe 6.5).

<sup>1545</sup> Véase epígrafe 1.2.2 de capítulo IX.

<sup>1546</sup> Véase epígrafe 6.4, y sobre la diferencia entre ambos incumplimientos véase epígrafe 1 de capítulo IV.

<sup>1547</sup> Véase epígrafe 4.2 de capítulo anterior. Como nos informa CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 473, a partir de la reforma de la Ley *Spinetta* se puso fin a la situación anterior en la que la formulación de reservas conllevaba una dualidad de plazo y además una incertidumbre en cuanto al punto de partida del segundo plazo, pues a menudo no se procedía formalmente a la realización de reservas. En análogo sentido, puede verse a MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 97, que en referencia a la responsabilidad anual de la LOE, señala que, a diferencia de lo que ocurre en Francia, no cubrirá las reservas porque el plazo de garantía en España empieza a contar desde la subsanación.

### 2.2.2 La recepción parcial

Las recepciones parciales de la obra están previstas en el art. 1.592 CC para los contratos de obras por piezas o por medida, aunque se admite la posibilidad de pactarse para cualquier contrato de obra<sup>1548</sup>. En consonancia con lo anterior, LOE admite sin precisión adicional las recepciones parciales en su art. 6.1 al establecer que la recepción *“deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así lo acuerden las partes”*.

Esta condición de que haya un acuerdo de las partes conlleva que las recepciones parciales conforme a la LOE no sean imperativas aunque el contrato de obra tenga unidades divisibles, verificables separadamente, como tampoco lo es el art. 1.592 que en defecto de pacto permite en el caso de obras por piezas o por medida que el contratista pueda exigir al dueño que la reciba por partes y pague en proporción por lo que se trata de un precepto dispositivo<sup>1549</sup>, y que conlleva que se presuma aprobada y recibida la parte de la obra satisfecha<sup>1550</sup>.

---

<sup>1548</sup> Sobre la definición de esta modalidad puede verse GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 225, quien señala que concurre *“cuando el precio es fijado en función de módulos: a razón de un tanto por unidad de medida, a razón de un tanto por cada pieza homogénea objeto del contrato..., o de un tanto por cada unidad de obra no homogénea..., pues el artículo 1592 CC no distingue entre superficies homogéneas y heterogéneas”*.

Sobre su admisión para otras modalidades contractuales, véase CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 382. Sobre la admisión de tales recepciones por el solo hecho de pactarlas las partes, MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 113, p. 81; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 597.

<sup>1549</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 382, quienes citan la STS de 23 de junio de 1964 (RJ 3290).

También sobre el carácter no imperativo del art. 1.592 pueden verse RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.121, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 557, p. 514, quien cita la STS de 15 de marzo de 2002 (RJ 2478) que se refiere a este precepto como una regla dispositiva, interpretativa de la voluntad tácita de las partes, en los siguientes términos: *“Por lo demás, para el rechazo del motivo basta considerar que el art. 1592 no contiene una regla de Derecho necesario sino interpretativa de la voluntad tácita de las partes, por lo que no supone una limitación legal a la libertad contractual, sino un complemento del art. 1255 (S. de 23 junio 1964 [ RJ 1964, 3290] ) ...”*.

<sup>1550</sup> Cfr. con texto del precepto y SSTs citadas en nota anterior. Cosa diferente acontece con el anteproyecto de Ley del Código mercantil para el que no es un

Sin embargo, aunque se den los presupuestos del mentado precepto del CC no se puede entender producida una recepción parcial con efectos en el inicio del cómputo de los plazos de garantía de la LOE. En primer lugar, el art. 6.1 de la LOE exige para la producción de esta recepción parcial que se trate de fases completas y terminadas y no sólo que se esté ante un contrato por piezas o medidas<sup>1551</sup>. Pero el referido precepto requiere que se haya pactado la recepción parcial por lo que no cabrá tal modalidad aunque se den esos presupuestos de autonomía de las fases si no existe el referido pacto<sup>1552</sup>.

Lo anterior es congruente con el objetivo de clarificación del cómputo de los plazos con que se aborda por la LOE el tratamiento de la recepción por lo que no toda obra por piezas o medida será susceptible de

---

supuesto de aceptación tácita el pago de parte de la obra cuando se convino su ejecución por unidades de medida, al ser considerados estos pagos como un anticipo del precio (cfr. art. 523-6).

<sup>1551</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 226-227, expone que el supuesto de pago parcial de la obra previsto en el art. 1.592 CC tras la LOE no conllevarán la recepción parcial, salvo que se trate de fases completas y terminadas, con su correspondiente certificado final de obra, como exige la LOE, porque en tal caso lo que habrá serán certificaciones provisionales de obra que no tienen otro efecto que el de declarar que la obra se está ejecutando correctamente. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 161, p. 1.738. También puede verse ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 557, pp. 515-516, aunque admite la recepción no sólo por fases sino también por piezas si cumplen con la condición de independencia del resto de la obra para que se pueda comprobar su correcta ejecución, y añade que de lo contrario el pago deberá considerarse como anticipo.

Véase más opiniones sobre el requisito de que se trate de fases completas en nota siguiente.

<sup>1552</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 228, se plantea si dándose esos presupuestos de autonomía de las fases y habiéndose fijado el precio por fases, se producirá por el art. 1.592 el pacto de recepción parcial al que alude la LOE y, por tanto, el derecho del contratista a que sea recibida la misma o se manifieste el promotor sobre su rechazo, y a que pueda operar la recepción tácita de dicha fase, concluyendo negativamente desde el objetivo de clarificación del cómputo de los plazos con que se aborda por la LOE el tratamiento de la recepción, sólo siendo posible las recepciones parciales si se han pactado. En la misma línea, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 437, señala que, por los requisitos que se exigen por la LOE a la recepción parcial, no guarda ninguna relación con el art. 1.592, ni con la forma de pago de la obras. También exigen que se trate de fases completas y el pacto entre las partes GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.711, concretando que tengan viabilidad técnica y urbanística, y ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, pp. 52-53.

recepción parcial<sup>1553</sup>. Por ello, de las recepciones parciales previstas en la LOE hay que distinguir el caso de sucesión de varios contratistas a lo largo del tiempo, que no conllevará *per se* los requisitos de fases completas y terminadas y de pacto entre las partes que contempla el art. 6.1<sup>1554</sup>.

Analizados los presupuestos de la recepción parcial prevista en la LOE, debe determinarse desde qué momento se computan los plazos de responsabilidad y garantía, si desde cada una de las recepciones parciales o desde la última de ellas, cuestión sobre la que existe división de opiniones.

Algunos autores sostienen el cómputo desde la última recepción, particularmente que el *dies a quo* es único, puesto que argumentan que uno sólo es el plazo al que se refiere el art. 6.5, ello sin perjuicio de que la recepción parcial pueda tener efectos sobre la exoneración por defectos aparentes no reservados<sup>1555</sup>. De lo anterior discrepamos dado que la literalidad del art. 6 permite la otra interpretación<sup>1556</sup>, la regulación de la recepción obedece al propósito de dar claridad a los plazos de

---

<sup>1553</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 227-228. Véase sobre la motivación de esta regulación fragmento de la Exposición de Motivos extractado en nota 1458. También alude esta idea general de que no toda obra por piezas o medida será susceptible de recepción parcial, RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.121.

<sup>1554</sup> Tal vez por ello en este caso CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 437, acude a la fecha del certificado final de obra para computar los plazos de garantía.

<sup>1555</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 382. CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 598, también sostiene tal cómputo. No obstante, CORDERO LOBATO con anterioridad, o.c. nota 2, p. 417, señalaba que cada fase si fue recepcionada de forma independiente tendrá su propio plazo de garantía.

En cuanto a la exoneración de los defectos aparentes que admiten los primeros autores, sin embargo, veremos en epígrafe 6.5 que la recepción parcial puede no ser efectiva por haber interdependencia entre las fases de la obra.

<sup>1556</sup> Nos basamos en que el hecho de que, como señalan los autores, el plazo sea “uno sólo”, no supone en nuestra opinión que sea “uno sólo” para los dos tipos de recepciones (la total y las parciales) que sitúa dicho precepto al mismo nivel en el punto primero de tal modo que sólo la última recepción parcial, como equivalente a la recepción total inicie los plazos. A lo dicho se une que el apartado apartado quinto de dicho precepto cuando señala el cómputo de los plazos desde la recepción no hace especificación alguna sobre si es total la recepción, o es la última de las parciales.

garantía<sup>1557</sup>, y puede darse el caso de que haya accedido al mercado una fase completa de la obra con independencia de las sucesivas porque en sí misma pudiera haber constituido una única obra<sup>1558</sup>.

Por lo anterior consideramos que las recepciones parciales conllevarán sus correspondientes plazos de garantía y responsabilidad, siempre que exista independencia de las fases recepcionadas con el resto de la obra<sup>1559</sup>.

La posible interdependencia de las fases también tendrá su incidencia en el cómputo de los plazos de garantía en caso de que se hayan formulado reservas a la recepción de una de ellas. Algún autor ha defendido que sólo se iniciarán los plazos cuando las fases tengan una total independencia entre ellas, puesto que de lo contrario la fase reservada conllevaría la posposición del inicio del plazo también para el

---

<sup>1557</sup> Debemos recordar que la regulación de la recepción que hace la LOE, y por ende, de la parcial, es con el propósito de determinar el inicio de los plazos de garantía (cfr. punto segundo de Exposición de Motivos, véase nota 1458), con lo que no tendría sentido regular la parcial si no fuera con el fin de introducir otro cómputo diferente al de la recepción total y única.

<sup>1558</sup> Nos referimos al supuesto de un edificio de viviendas que se construye por fases. En tal caso, recepcionada la primera fase de la obra, resultaría, de seguirse incondicionalmente la interpretación de los autores, que hasta que no se haya recepcionado la última fase no nacería el plazo de garantía y responsabilidad de aquélla, dejando mientras tanto a los adquirentes sin acción de la LOE. Tal vez por ello GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 228, señale que ese plazo único no impide que *“los terceros no puedan prevalerse de la presunción de pacto en tal sentido a los efectos de considerar la existencia de una recepción tácita, derivando la existencia de tal pacto de la interpretación conjunta del contrato de obra con el o los proyectos existentes, con los contratos suscritos con los técnicos, así como de la modalidad de suscripción de los seguros obligatorios por parte de constructor y promotor, que habrán de indicar su objeto en relación con los importes mínimos del capital asegurado (art. 19.5 LOE)”*.

<sup>1559</sup> Para CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 437, las recepciones parciales sólo conllevarán el inicio de los plazos cuando sean autónomas y susceptibles de aprovechamiento independiente. Se basa el autor en el tenor del modelo de certificado final de obra aprobado por la Orden de 28 de enero de 1972 del Ministerio de la Vivienda, que señala que en él se hará constar que la obra *“ha sido terminada según el proyecto aprobado y la documentación técnica que lo desarrolla”*, así como que se entrega *“a la propiedad en condiciones para dedicarse, debidamente conservada, al fin que se le destina”*. También para ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 53, cada fase tendrá su plazo sólo si no tiene relación o interdependencia funcional con el resto de la obra en construcción, o entregada anteriormente.

resto de ellas hasta que se pueda verificar el conjunto de la obra<sup>1560</sup>. Sin embargo, ante esta posibilidad de que se produzca un defecto de coordinación entre las distintas fases de la obra, somos partidarios de desdoblar el inicio de los plazos de garantía de tal forma que cada una tenga el suyo, y los defectos de coordinación dispongan de un plazo que se inicie con la total terminación, porque de otro modo los adquirentes de las partes no afectadas por la reserva no dispondrían de acción hasta la total terminación de la obra<sup>1561</sup>.

Además, de acuerdo con nuestro criterio mantenido en el epígrafe anterior sobre los efectos de las reservas, la reserva que se formule respecto de una parte de una fase de la obra no conllevará que no se inicie el plazo de garantía respecto del resto de esa fase.

Por último, hemos de señalar que en el supuesto de recepciones parciales es conveniente que se especifique en el acta de recepción parcial de la obra la parte de la obra de la que se hace entrega<sup>1562</sup>.

---

<sup>1560</sup> ESTRUCH ESTRUCH, como partidario de la opción que vimos (véase epígrafe 2.2.1.3) de no computar los plazos sino desde la subsanación de las reservas, la sigue sosteniendo (o.c. nota 5, pp. 622-623) señalando que no todos los supuestos de recepción parcial pueden dar lugar al inicio de los plazos, puesto que sólo se da la distinción entre la parte de la obra reservada y el resto en caso de que en el contrato de obra *“se hubiera fragmentando la idea de unidad de la obra, y se hubiera establecido la entrega de la misma por partes o fases, y además, dichas fases o partes tuvieran una total independencia entre sí, esto es, no se encontraran vinculadas ni tan siquiera de modo funcional...”*, lo cual no ocurrirá para el autor *“cuando el conjunto de la obra sea cualitativamente diverso de la suma de sus partes”*. Se refiere el autor, como ejemplo de conjunto de obra cualitativamente diverso a la suma de las partes de la obra, al edificio de una urbanización integrada por varios edificios con zonas e instalaciones comunes a todos ellos, en el que deberá, no obstante, comprobarse la adecuada conjunción de la parte ejecutada con el conjunto total a la terminación de éste.

<sup>1561</sup> Nos referimos a los mismos argumentos señalados en nota 1558. Como autores que secundan este desdoblamiento, pueden verse ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 59, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 148, y o.c. nota 161, p. 1.738.

Esta idea referida a los defectos de coordinación ya la defendían SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, p. 40; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.198, y otros autores citados por CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 535, con los que está de acuerdo este autor. No obstante este autor, hemos visto que a los efectos del plazo de responsabilidad y de garantía considera la última recepción.

<sup>1562</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 132.

### 2.2.3 La recepción tácita

La LOE establece un supuesto de recepción tácita de la obra producido el cual nacerán los plazos de responsabilidad y garantía, y que tiene lugar, según su art. 6.4, si transcurridos treinta días desde que se notifique por escrito al promotor la terminación de la obra<sup>1563</sup>, acreditada en el certificado final de obra, el mismo no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito ni, obviamente, hubiera recepcionado la obra.

No obstante, como señala tal precepto el plazo de treinta días no escapa de la voluntad de las partes, que pueden pactar uno mayor o menor. Dicho plazo pactado alcanzará a los propietarios<sup>1564</sup>, salvo, en nuestra opinión que se acuerde uno tan excesivo para la producción de la recepción tácita que deje en el limbo el inicio de los plazos de garantía, porque ello equivaldría a excluir la recepción tácita, exclusión que no puede afectar a los adquirentes<sup>1565</sup>.

---

<sup>1563</sup> En este punto se destaca por CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 560, la inspiración en el antiguo Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio), concretamente en su art. 110.2, que contemplaba que la recepción se produjera al mes siguiente de la entrega de la obra. También reconoce dicha inspiración GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 218.

En este plazo para SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 404, no se contará el día de la notificación, de acuerdo con el art. 5.1 CC, sino que se computará a partir del día siguiente, por lo que la recepción tácita se entiende producida al día siguiente al número treinta, con lo que coincidimos, pero no por razón del art. 5.1 CC, que es supletorio, sino porque el art. 6.4 *in fine* de la LOE es claro al señalar en referencia a los treinta días “*transcurridos desde la fecha indicada*”, que es la de la notificación de la terminación según el mismo precepto. Además, lo anterior lo refuerza el renombrado precepto que establece que la recepción tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes al de tal notificación, con lo que se excluye éste del cómputo para la producción de la recepción tácita.

En contra, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 204, quien señala que la recepción tácita se producirá el último día del plazo de treinta días.

<sup>1564</sup> En tal sentido CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 381. Parece también considerarlo así CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 563, porque cuando se refiere a tal pacto no hace distinciones en cuanto a su alcance.

<sup>1565</sup> Así lo estiman CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 380-381, para los cuales la exclusión de la recepción tácita sólo sería eficaz para las pretensiones del comitente. No obstante, si tal exclusión opera

Al margen del Derecho comparado, en el que también se admiten supuestos similares de recepción tácita<sup>1566</sup>, dicho supuesto de recepción tácita ya era acogido por el Tribunal Supremo que entendía producida ésta cuando el promotor guardaba silencio ante la comunicación del constructor de la terminación y puesta a disposición de la obra<sup>1567</sup>.

Se trata de una previsión que trata de evitar que el proceso constructivo resulte obstaculizado en su fase final por actuaciones contrarias a la buena fe, sancionándose la pasividad negligente o intencionada del promotor<sup>1568</sup>.

Aunque se haya destacado que en la práctica se producirá de hecho la imposibilidad de recepciones tácitas debido a que las compañías aseguradoras exigirán para la entrada en vigor de los seguros que el informe favorable de sus entidades de control sea unido al acta de recepción o, al menos, que ese informe conlleve la obligación de recibir la

---

también con las pretensiones del promotor fundadas en la LOE de acuerdo con su condición de propietario conforme al art. 17 (no sólo a las contractuales) puede darse la eventualidad de recepcionarse expresamente la obra meses después de la recepción tácita, con lo que el promotor dispondría de mayor plazo de garantía que el resto de los propietarios al iniciarse con posterioridad.

<sup>1566</sup> En Italia se contiene un supuesto semejante en el art. 1.665 párrafo 3º de su Código civil, para el caso de que el comitente, tras la invitación realizada por el contratista para que lleve a cabo la verificación de la obra, no proceda a la misma sin justos motivos, o bien no comunique el resultado dentro de un breve plazo. En Portugal, la falta de verificación de la obra en el plazo usual o razonable o su falta de comunicación conlleva la aceptación del obra, de acuerdo con el art. 1.218 del CC de tal país. También contemplan la recepción tácita el art. 370 del Código Suizo de obligaciones y el art. 754 del libro 7 del CC Holandés.

<sup>1567</sup> Cfr. STS de 28 de junio de 1958 (RJ 2516). Se trataba de un supuesto en el que se había pactado la recepción provisional y se había cumplido el plazo de garantía convencionalmente fijado, tras el cual el comitente debía recepcionar definitivamente la obra, lo que no hizo y guardó silencio a la propuesta del contratista para que recepcionara la obra. Se refieren a esta sentencia, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 523; HERRERA CATENA o.c. nota 13, pp. 59-60, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 144. Igualmente contemplan este supuesto de aceptación tácita antes de la entrada en vigor de la LOE, FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 371 y ss; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.197, y GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, pp. 321-322.

<sup>1568</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 564, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 137.



obra<sup>1569</sup>, conviene precisar que la LOE sólo contempla uno de los supuestos de recepción tácita que reconocía tradicionalmente la jurisprudencia, puesto que el Tribunal Supremo consideraba los actos concluyentes del comitente que revelen su intención de recibir la obra, como el uso y ocupación de la obra<sup>1570</sup>. Pues bien, el Alto Tribunal ha reconocido en sentencia de 14 de enero de 2010 la virtualidad de dichos supuestos para una obra a la que resultaba de aplicación la LOE en un procedimiento entablado entre constructor y promotor, al considerar la no oposición a la recepción comunicada y el arrendamiento de un inmueble como aceptación tácita de la obra<sup>1571</sup>, pero sin que se abordara sus efectos frente a los adquirentes.

---

<sup>1569</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 230. Véase en epígrafe 6.2.4 opiniones sobre la exigencia por parte de las compañías aseguradoras de la intervención de dichas entidades de control en la recepción.

<sup>1570</sup> Sobre la ocupación de viviendas por los adquirentes puede verse la STS de 5 de julio de 1996 (RJ 5561). En la doctrina sobre la admisibilidad de dichos supuestos puede verse, además de los autores que se citan en nota siguiente, LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 144.

<sup>1571</sup> (RJ 156). Se trataba de un procedimiento en que la constructora reclamaba cantidades correspondientes a certificados de obra pendientes a la promotora. Ésta contestó que las cantidades debidas por los retrasos producidos eran superiores a lo reclamado, y formuló reconvencción mediante la que pretendía que se declarara que la parte demandante incumplió el contrato por no haber cumplido el plazo acordado, ni la calidad acordada de la obra, y que se le condenara a pagar la penalización por retraso, además del importe de reparar las obras con calidad distinta de la pactada. La reconvencción sería desestimada en primera y en segunda instancia. Se interpuso recurso por parte de la promotora que en lo que aquí interesa pretendía calificar la obra como no recibida porque no se encontraba acabada, considerando que podía manifestar reservas o negarse a recibirla mientras las haya porque el constructor no realizó la notificación de la terminación, porque en la recepción intervienen promotor y constructor, y en el caso actual no se produjo y, además, existió un pacto en contra del artículo 6 LOE porque en el contrato se previó la forma de realizar la recepción, que se incumplió.

Frente a lo anterior, el TS después de extractar el art. 6.4, consideró producida la recepción tácita por la falta de oposición a la recepción por escrito, y porque se había arrendado el inmueble.

En la jurisprudencia menor puede verse la SAP de Asturias de 27 de junio de 2012 (JUR 244135) en la que se resolvió la petición de la constructora demandada y recurrente de que se computara el plazo desde la emisión del certificado final de obra, y no desde la firma posterior de un documento en el que se liquidaba la obra y se recepcionaba, frente a lo que la sentencia declaró que a pesar de haberse producido la venta y ocupación del inmueble como actos presuntos de recepción, los

Esta cuestión se la han planteado algunos autores que se cuestionan si caben el resto de supuestos de recepción tácita, o también los de recepción presunta en referencia a aquellos en los que tenía lugar cuando faltasen tales actos concluyentes pero existiesen otros actos que permitiesen presumir que el comitente había aprobado y recibido la obra, aludiéndose al pago del precio (art. 1.592 CC), al silencio del comitente debido a circunstancias justificadas, o al uso y ocupación por causa de necesidad<sup>1572</sup>. Concluyen estos autores que frente al comitente caben otras formas de recepción tácita, como también de recepción presunta, pero no frente al adquirente para el cual sólo valdría la recepción tácita producida de acuerdo con la LOE porque ésta ha tenido como finalidad al regular la recepción la de dar certeza al inicio del plazo de las acciones de los terceros.

En cambio, la mayoría de autores cuando se refieren a estos supuestos de recepción diferentes al previsto en la LOE, no hace distinciones en cuanto a su alcance a los adquirentes<sup>1573</sup>. Tenemos que estar conformes con esta postura, porque, aunque coincidamos con que

---

mismos fueron desmentidos por el documento que suscribieron posteriormente el promotor y el constructor.

<sup>1572</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 380, quienes además del pago del precio, se plantean por ejemplo qué ocurrirá en el caso de que antes del transcurso de los treinta días para la producción de la recepción tácita conforme a la LOE, se ocupa la obra por el promotor.

Contempla el supuesto del pago del precio la STS de 13 de mayo de 1983 (RJ 2822). Este pago del precio sin reserva como recepción tácita lo consideran, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 144, señalando que "*En principio pueden estimarse como tales...*". Este supuesto no debe ser confundido con los adelantos del precio que haga el comitente para proveer de fondos, como señala CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 525, y las SSTs que cita al respecto, y RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.121, también con cita de pronunciamientos.

<sup>1573</sup> Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 566; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, pp. 132-133; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 427, refiriéndose al pago total o parcial de la obra, conforme al art. 1.592 CC, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 557, p. 516, cuando se refiere al particular del pago del precio. También en este sentido puede verse MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, pp. 221-222, aunque limitando los supuestos a obras que podríamos denominar, según la autora, menores. Particularmente CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 439, señala que cuando no hay recepción expresa ni comunicación de la terminación habrá de estarse a los actos concluyentes del promotor, entre los que refiere, el pago del precio, toma de posesión y el uso y aprovechamiento del inmueble.

la regulación de la recepción es con el propósito de dar seguridad a los plazos<sup>1574</sup>, la postura contraria conlleva cierta desprotección de los adquirentes que no tendrían las acciones de la LOE y sólo podrían ejercitar las acciones contractuales frente a los agentes con los que les unan tales vínculos<sup>1575</sup>. Para lo anterior no consideramos impedimento que estos supuestos planteen la dificultad de determinar el inicio de los plazos de garantía, e incluso de su conocimiento por parte de los adquirentes<sup>1576</sup>, porque es notablemente peor para éstos no iniciarse los plazos, aunque por tal dificultad deberá acogerse con preferencia el momento de la ocupación de la obra.

También se han planteado algunos autores si el promotor puede alegar causas que justifiquen su inactividad durante el plazo previsto en el art. 6.4 de la LOE e impedir la recepción tácita, sobre lo que se concluye que sólo le afectarán a él<sup>1577</sup>, lo que vemos loable desde el punto de vista de los adquirentes por permitir el inicio de los plazos de garantía. No obstante, ello tiene sus desventajas por la duplicidad de plazos que se producirá<sup>1578</sup>, y precisamente para evitar duplicidades la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012, en aras de la seguridad de la determinación de los plazos de garantía, consideró producida la recepción tácita al haberse presentado por la promotora el certificado final de obra en el Ayuntamiento, aun cuando se presentó para agilizar la obtención de la licencia de primera ocupación de obra cuya ejecución se había retrasado, porque lo contrario conllevaría según el Alto Tribunal una

---

<sup>1574</sup> Véase sobre la motivación de esta regulación fragmento de la Exposición de Motivos, nota 1458.

<sup>1575</sup> Nos remitimos al capítulo IX.

<sup>1576</sup> V.g. el pago del precio.

<sup>1577</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 380. Más concretamente, para GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 222, el promotor podrá reclamar la subsanación de defectos aparentes.

<sup>1578</sup> Conviene tener en cuenta que la no producción de la recepción de cara al promotor por el transcurso del plazo del art. 6.4, conllevaría que, en caso de accionar por medio de la LOE, como propietario (de acuerdo con el art. 17.1), frente al resto de los agentes, dispondría de mayor plazo de garantía que el resto de los propietarios puesto que se iniciaría con posterioridad.

distorsión del régimen previsto en la LOE para el inicio de los plazos, en tanto que quedaría indeterminado su inicio para los compradores<sup>1579</sup>.

En otro orden de cosas, ha de destacarse que en la recepción tácita no cabe formulación de reservas porque el art. 6.2 d) exige que consten en el acta de recepción, y además el art. 6.4 señala que no se producirá la recepción tácita cuando se formulen reservas<sup>1580</sup>. Efectivamente, la comunicación de reservas por parte del promotor conllevará la aprobación

---

<sup>1579</sup> Se trataba de un supuesto en el que la constructora formuló demanda frente a la promotora en reclamación del precio pendiente que le adeudaba en virtud del contrato de ejecución de obra, a la que se opuso la promotora alegando la compensación por retraso y cumplimiento defectuoso. Se estimó la demanda en primera instancia, y parcialmente el recurso de apelación de la promotora por considerar la Audiencia que la demandante cobró en exceso las obras realizadas, que hubo retraso en la entrega y que existían determinados defectos constructivos. Frente a ello recurre en casación la constructora que pretendía, en lo que aquí interesa, que se declarara que la obra fue recepcionada por la promotora tácitamente porque no la rechazó ni manifestó reservas en el plazo previsto en la LOE, y aportó el certificado final de obra en el Ayuntamiento para obtener la licencia de primera ocupación, lo cual determina para la constructora la extinción de la responsabilidad por defectos aparentes. En cambio, según la promotora no se recibió la obra porque además de no procederse a la recepción expresa prevista en el contrato, los trámites realizados en el Ayuntamiento perseguían obtener la licencia de ocupación puesto que el retraso en la ejecución de la constructora estaba ocasionando problemas a la promotora que pretendía facilitar a los compradores la ocupación lo antes posible y, por otro lado, la negativa al pago del resto de la cantidad pendiente era un acto contrario a la conformidad. En cualquier caso, alegaba la promotora que lo anterior no afectaría a los vicios ocultos no detectables por simple inspección.

Frente a ello el TS mantiene que se ha producido la recepción tácita, señalando: *“Sin duda los hechos que la sentencia declara probados ponen de manifiesto que se produjo la recepción tácita en los términos que refiere la norma. Lo contrario supondría una evidente distorsión del régimen legal establecido para el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en la Ley que, según el artículo 6.5, se iniciarán a partir de la fecha en que se suscribe el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida, pues sería eficaz para una cosa e ineficaz para otra, según los intereses en juego, quedando indeterminado para los compradores en cuyo favor se dice actuar para facilitarles una rápida ocupación. Lo contrario haría necesaria una segunda certificación que permitiera establecer un punto de partida distinto en orden al inicio de los plazos, lo que ni es posible, ni es razonable cuando el objeto de la primera es facilitar el cumplimiento de los compromisos asumidos por la promotora con los compradores”*. Sin embargo, se desestimó el recurso de la constructora porque los defectos no eran aparentes.

<sup>1580</sup> En tal sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 148. También DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 437, se refieren al argumento del art. 6.2 d).

de la obra con reservas<sup>1581</sup> porque, a pesar de que la LOE exige que consten en el acta de recepción, motivos de protección de los adquirentes nos aconsejan que deba producirse la recepción desde dicha comunicación de reservas<sup>1582</sup>, máxime cuando puede que no conste la comunicación escrita de terminación del constructor que pone en marcha la recepción tácita.

Por último, consideramos que cabe la recepción tácita tras la subsanación de los defectos observados en el acta de rechazo de la obra y que pueden entenderse subsanadas las reservas observadas tras la comunicación por parte del constructor al promotor para que proceda a suscribir nueva acta en la que se haga constar la subsanación de las reservas<sup>1583</sup>. Ello lo sostenemos aunque la LOE con el propósito de dar fijeza a los plazos de garantía prevé en su art. 6.3 que en el caso de rechazo de la obra se debe fijar en el acta un nuevo plazo para proceder a la recepción formalmente mediante acta, y en su art. 6.2 d) que una vez subsanadas las reservas se hagan constar en un acta aparte. Y es que ante la posible falta de dichas actas y, en consecuencia, la no concepción de las acciones de los adquirentes, vemos con buenos ojos que se produzca la recepción tácita de la obra en caso de que transcurra el plazo de treinta días desde la comunicación por parte del constructor de la subsanación de los defectos que motivaron el rechazo o las reservas. Lo anterior, somos conscientes que choca, como todo supuesto de recepción

---

<sup>1581</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 378, que sostienen imposibilidad de recepción tácita con reservas porque *“la formulación de reservas constituye aprobación expresa (aun verbal) del resto de la obra”*.

En cambio, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 58, califica tal supuesto como de recepción tácita con reservas, especificando que si el promotor comunica éstas fehacientemente dentro de los treinta días o el plazo fijado contractualmente para verificar la obra, se entenderá producida la recepción con dicha comunicación.

<sup>1582</sup> No obstante, ya veremos en epígrafe 6.4 que estas reservas formuladas al margen del acta de recepción no afectarán a los adquirentes a los fines de ser excluidas de la responsabilidad y del seguro de acuerdo con los arts. 17 y 19.9 i) de la LOE.

<sup>1583</sup> Estas comunicaciones para el caso de rechazo de la obra o de la recepción con reservas se pueden desprender del tenor de los arts. 6.3 y 6.2 d).

tácita, con la posición de las compañías aseguradoras que razonablemente exigirán que se extiendan las actas correspondientes para que se inicie la cobertura<sup>1584</sup>.

#### 2.2.4 La recepciones provisional y definitiva

La LOE no prevé el pacto común en la práctica de la dualidad de recepciones, una provisional y otra definitiva, que tiene origen en la contratación pública<sup>1585</sup>.

La finalidad de la recepción provisional es comprobar la correcta ejecución de la obra por lo que inicia un plazo de garantía convencional por vicios o defectos, incluidos los aparentes<sup>1586</sup>, y va acompañada normalmente de unas garantías a disposición del promotor para asegurar su corrección<sup>1587</sup>. En cambio, la recepción definitiva determina la

---

<sup>1584</sup> Cfr. art. 19.9 i) LOE, y véase p. 464.

<sup>1585</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 532, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 122. También sobre la frecuencia de esta dualidad pueden verse LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 261; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 209; MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 221, y RODRÍGUEZ GUITIÁN y LÓPEZ FERNÁNDEZ, o.c. nota 614, p. 936.

Este pacto ha sido admitido tradicionalmente por autores como HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 38-49; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 192-196; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 261, y DÍEZ-PICAZO, o.c. nota 4, p. 387. En este sentido la STS de 5 de diciembre de 2011 (RJ 2012/29) señala en referencia al art. 6 de la LOE: *"...con la precisión de que no distingue entre recepción provisional y definitiva, como era práctica habitual, al objeto de facilitar con la primera su comprobación..."*.

<sup>1586</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 41-42; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 192-193; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 534 y 550; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 381. Cfr. SSTs de 12 de febrero de 1986 (RJ 549) y 5 de diciembre de 2011 (RJ 2012/29). En análogo sentido sobre la finalidad de la recepción provisional puede verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 152, y LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 261, quien señala que tiene *"por objeto permitir al comitente contrastar la adecuación entre la obra realizada y las condiciones pactadas, sin acarrear por tanto la exclusión de responsabilidad del contratista ni la aprobación de lo hecho por éste..."*.

<sup>1587</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 195 (nota 32); CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 534 y 550; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 381, quienes citan STSS en las que consta la constitución de dichas garantías.

exoneración de la responsabilidad del constructor por defectos aparentes<sup>1588</sup>.

A pesar del silencio de la LOE que no contempla esta dualidad de recepciones, tras ella se sigue admitiendo la posibilidad de tal pacto con fundamento en el carácter dispositivo del plazo previsto en su art. 6.4 para proceder a la recepción de la obra tras la comunicación de su terminación<sup>1589</sup>.

Conviene aclarar que no es un supuesto de recepción provisional la recepción en la que se manifiesten reservas porque la primera supone el inicio de un plazo en el que se pueden detectar y poner de manifiesto incluso defectos aparentes que no han sido reservados<sup>1590</sup>. Y tampoco constituye recepción provisional el rechazo de la obra y la concesión de nuevo plazo para realizar la recepción, puesto que en este caso la

---

<sup>1588</sup> Véase epígrafe 6.5.

<sup>1589</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 435; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 595-596, para quien será lo normal que se pacte, como también para GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 224. Igualmente se pronuncian sobre su admisión, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 75; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 439, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 131.

Expresivamente MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 152, señala que “...*el promotor y el constructor pueden acordar una recepción provisional de las obras por un período de tiempo que puede ser distinto a los treinta días del artículo 6.4 de la LOE, teniendo lugar posteriormente la recepción definitiva*”.

Sin embargo MARTÍNEZ MAS, F., *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (Adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 122, considera imposible tal pacto en las edificaciones sometidas a la LOE porque esta garantía sólo beneficia al promotor por el retraso del inicio de los plazos de responsabilidad y garantía que conlleva, y porque retrasaría el acceso de la escritura de declaración de obra nueva al Registro de la Propiedad al no disponer de seguro en vigor la edificación (cfr. art. 20 LOE), y los compradores querrán antes de otorgar escritura pública de compraventa que el edificio disponga de seguro. Aunque coincidimos con el argumento de la entrada en vigor del seguro y los plazos de responsabilidad, apreciamos que precisamente porque beneficiará al promotor como reconoce el autor, si es posible que se pacte un plazo corto entre la recepción provisional y definitiva a fin de subsanar los defectos, de tal manera que no retrase en exceso la escrituración de las viviendas. A ello ayudará las garantías convencionales que el promotor pueda tener para encargar la subsanación a terceros en caso de incumplimiento del constructor.

<sup>1590</sup> Véase nota 1586.

primera y única recepción será la que se produzca cuando se cumpla correctamente el contrato<sup>1591</sup>.

Esta recepción provisional, en caso de pactarse, suspende los efectos propios de la recepción, puesto que será la definitiva la relevante para el inicio de los plazos tanto de responsabilidad como de garantía<sup>1592</sup>.

Se han barajado diferentes razones por las que la LOE ha prescindido de la recepción provisional, entre las que destaca la introducción en su art. 17 de la responsabilidad por defectos de terminación o acabado que se consideran los que en mayor medida se señalaban por el promotor durante el plazo de garantía convencional<sup>1593</sup>. Además, ya hemos visto

---

<sup>1591</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 223.

<sup>1592</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 381. De ahí que, como señalan estos autores, el plazo de garantía anual previsto en la LOE no será absorbido por el plazo anual que pueda pactarse que siga a la recepción provisional. También para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 79; MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 222; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 438, será la recepción definitiva la relevante para el inicio de los plazos.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 152, sostiene que no constituye una verdadera recepción desde esta perspectiva, a lo que es contrario CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 533, quien defiende que, aunque tiene diferencias con la definitiva, es una auténtica recepción, pero (o.c. nota 122, p. 615) señala que no produce ninguno de los efectos que derivan de la recepción definitiva. VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 131, aunque parece asimilarla a la recepción con reservas, al decir que “*cabe encuadrarla en recepción con reservas*”, entendemos que lo hace a los efectos de la exigencia de reparación por parte del constructor de los defectos que se pongan de manifiesto, como se deriva del contexto.

En cambio para CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 435, la recepción provisional sin reservas significa la recepción del art. 6, con lo que entendemos que el autor está prescindiendo de la virtualidad del plazo de garantía convencional que sigue a la recepción provisional, y durante el cual pueden ponerse de manifiesto defectos.

<sup>1593</sup> Para CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 593-594, la razón de tal omisión está en el Derecho francés, concretamente en el art. 1.792-6 del Code, según el cual la recepción es única, y en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en la que desapareció la dualidad de recepciones. GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.710-2.711, expone como razón, además de la ley referida, lo innecesario de la recepción provisional por el plazo de garantía de un año para los defectos de acabado que eran los que en la práctica se reseñaban en el acta de recepción provisional, y la necesidad de ajustarse al art. 1.592 del CC que prevé una recepción única. Sobre la introducción de la garantía anual también se pronuncian MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 75, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 439.



que la recepción provisional no inicia los plazos previstos en la LOE, de ahí que a ésta no le interese dado que sólo regula la recepción para fijar el inicio de los plazos de garantía que establece<sup>1594</sup>.

En relación con el argumento de la introducción de la responsabilidad anual, no consideramos que en caso de pactarse la recepción provisional el plazo de garantía que fijen promotor y constructor sustituya al de la responsabilidad anual. Nos basamos en que este plazo se inicia con la recepción definitiva que es la única que contempla la LOE, en razones de seguridad jurídica para los adquirentes, y porque en caso de reservas el plazo de garantía legal comenzará desde su subsanación (art. 17.1) y, por tanto, no puede subsumirse en este plazo de garantía convencional durante el cual se pueden formular reservas<sup>1595</sup>.

Otra cuestión a tener en cuenta es que en caso de haberse pactado esta dualidad de recepciones, si transcurra el plazo previsto de garantía convencional sin que se manifiesten defectos por el promotor ni se

---

<sup>1594</sup> Véase sobre la motivación de esta regulación fragmento de la Exposición de Motivos, nota 1458.

<sup>1595</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 616-617; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO (véase nota 1592) en cuanto al argumento de que la garantía por defectos de terminación se inicia con la recepción definitiva de ahí que el plazo convencional que sigue a la provisional no absorba a aquélla.

En contra, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 435, sostiene que sí operara tal sustitución, y que coincidirán la recepción definitiva con la extinción de la responsabilidad anual del constructor por ser un efecto común a ambas la devolución de las retenciones o garantías exigidas al constructor por la LOE (art. 19.1 a), y porque esta garantía convencional incrementa la responsabilidad del constructor. Lo contrario para el autor *“conduciría a la absurda conclusión de que el contratista no respondería frente a los propietarios y usuarios dentro del período convencional de garantía, cuando el establecimiento de este sistema convencional de garantía pretende precisamente incrementar la responsabilidad del constructor”*. Sobre esta cuestión opinamos que la función de la garantía convencional es incrementar la responsabilidad del constructor frente al promotor, pero no frente al propietario, como adquirente, para el cual está la LOE.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 152-153, al no limitar sus consideraciones a la responsabilidad anual, puesto que sostiene que el plazo de garantía convencional sustituirá al plazo de garantía legal salvo en el caso en que el primero sea más breve que el segundo, porque se estaría alterando la duración de los plazos de garantía.

proceda a la recepción definitiva, se entenderá producida tácitamente<sup>1596</sup>, lo que evitará que la recepción provisional no seguida de la definitiva deje en el aire el inicio de los plazos de garantía.

Precisamente con la anterior finalidad no podemos admitir que se pacte un plazo de garantía convencional excesivamente amplio que conlleve posponer en demasía la recepción definitiva durante un tiempo en el que los adquirentes no dispongan de las acciones de la LOE, aunque consideramos lo anterior poco probable para los edificios destinados principalmente a vivienda porque no entraría en vigor el seguro decenal<sup>1597</sup>.

Por último, en caso de haberse pactado la recepción provisional se ha destacado que será una cuestión interpretativa si los supuestos de recepción presunta analizados en el epígrafe anterior conllevan la provisional o la definitiva, y que en caso de duda no producirán la definitiva sino la recepción provisional, porque no cabe presumir la renuncia del comitente a las garantías que aseguren la inexistencia de defectos<sup>1598</sup>.

---

<sup>1596</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 224, concluyendo que en tal caso, a falta de pacto en contrario, *“hay que entender que el plazo de garantía absorbe el período de verificación de treinta días señalado por la Ley para la recepción tácita”*. En el mismo sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 616. Esta cuestión ya se la planteaba HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 54-56, respondiendo afirmativamente porque la falta de protesta en caso de que deba realizarse sería contraria a la buena fe, y además se apoyaba en el art. 1.665 del CC italiano (véase nota 1566).

<sup>1597</sup> Cfr. disposición adicional segunda, en relación con la carencia de efectos de la recepción provisional en materia de plazos (véase nota 1592). Sin tal seguro será poco probable obtener financiación hipotecaria de la venta en tanto que el art. 20.1 de la LOE establece que *“No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19”*.

<sup>1598</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 381-382. En dicho sentido ofrecen los autores la STS de 22 de junio de 1996 (RJ 6607) que entendió en un supuesto en el que se había pactado la recepción provisional, que si el comitente denunciaba la existencia de defectos constructivos, la recepción que se entendió producida con la toma de posesión de la obra fue calificada de provisional.

### 3. Imposibilidad de interrupción y suspensión de los plazos de garantía. Cómputo civil de los plazos de garantía

Como hemos visto al inicio de este trabajo, el plazo decenal del art. 1.591.1º CC es un plazo de garantía, no de prescripción ni de caducidad, lo que también resulta predicable de los plazos de garantía establecidos en el art. 17.1 de la LOE, por evidentes razones de analogía<sup>1599</sup>, aunque tanto el primero como éstos hayan llegado a calificarse de caducidad<sup>1600</sup>.

Por tanto, los plazos de garantía de la LOE al igual que el plazo decenal del art. 1.591.1º CC por su propia naturaleza no son susceptibles de interrupción ni de suspensión por su propia naturaleza<sup>1601</sup>. Con lo

---

<sup>1599</sup> El Tribunal Supremo se ha manifestado sobre la equiparación ambos plazos, pronunciándose sobre su falta de consideración como de prescripción ni de caducidad, sino de garantía en sentencia de 19 de julio de 2010 (RJ 6559) extractada en nota 213. Sobre la aplicación a los plazo de la LOE de la jurisprudencia recaída en torno al plazo de garantía del art. 1.591 CC, por todos SIERRA GIL DE LA CUESTA (véase nota 1601). Particularmente, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 210, señalan que los plazos de garantía de la LOE no son de prescripción ni de caducidad, en referencia expresa a la jurisprudencia que califica como tal el previsto en el art. 1.591.1º CC.

<sup>1600</sup> Del mismo modo que algunos autores y sentencias calificaron el plazo del art. 1.591 CC como plazo de caducidad, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 473, hace lo propio con los plazos del art. 17 de la LOE, y CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 417, señala en referencia a ellos que *“no es un plazo de prescripción o de caducidad de la acción, pero sí es un plazo de caducidad que no admite interrupción ni suspensión”*.

Sobre lo anterior hemos de remitirnos a las opiniones citadas (véase epígrafe 2.1 de capítulo I, nota 212) sobre la intrascendencia práctica de que se considere el plazo de garantía o de caducidad. Además, en todo lo anterior vemos que lo importante es que, aunque se califique de caducidad esta calificación no se refiere al plazo de la acción, sino al plazo de garantía, porque de lo contrario sería necesario el ejercicio de la acción en plazo, lo que no es el caso, como veremos en epígrafe siguiente.

<sup>1601</sup> Véase SSTs y autores citados en epígrafe 2.1 de capítulo I, p. 61, sobre tales notas del plazo decenal. En este sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 404, expresamente considera aplicable la jurisprudencia recaída en torno al plazo decenal del art. 1.591 CC que impedía su suspensión e interrupción.

Se pronuncian sobre la imposibilidad de interrupción y suspensión de los plazos de garantía establecidos en la LOE, entre otros, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 471; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 131; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 223; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 417; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 403; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 620, y

anterior se marca una diferencia con el Derecho francés en el que los plazos de garantía son a la vez de ejercicio de la acción<sup>1602</sup>.

Así, en nuestro Derecho las reclamaciones de los propietarios ni interrumpen ni suspenden los plazos de garantía, aunque veremos que pueden tener sus efectos en la obtención del resarcimiento del daño producido fuera del plazo de garantía pero que sea consecuencia de la falta de reparación del manifestado en él<sup>1603</sup>.

Por último, el cómputo de los plazos de garantía, al estar previstos por años en los arts. 17.1 y 19.1 de la LOE, se realizará de fecha a fecha, y si en el año de vencimiento no hubiera día equivalente al de inicio expirará el último día del mes todo ello de acuerdo con el art. 5 CC<sup>1604</sup>.

#### **4. Determinación del suceso que debe producirse dentro de los plazos de garantía y su régimen de prueba, y falta de necesidad de denuncia previa de la manifestación del defecto y de ejercicio de la acción dentro de los plazos de garantía**

Como hemos visto, la LOE establece plazos de garantía durante los cuales ha de manifestarse el vicio constructivo o producirse el daño material<sup>1605</sup>, al señalar su art. 17.1 que los agentes de la edificación responderán *“de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados”*. Por esta vía el art. 17.1 nos enfoca el suceso que debe ocurrir dentro del plazo de garantía, esto es, el daño material ocasionado por los vicios o defectos constructivos que especifica en sus letras a) y b), y en su último párrafo.

---

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 455.

<sup>1602</sup> Cfr. art. 1.792-4-1 del *Code*.

<sup>1603</sup> Véase epígrafe 5.

<sup>1604</sup> Por todos, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 624. Sobre este art. 5 puede verse SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 390-391, quien sostiene, en lo que aquí interesa, que es una norma de regulación directa a falta de otra norma legal, y que no se descuentan los días inhábiles.

<sup>1605</sup> Véase epígrafe 1.1.

Por tanto, dentro de los plazos de garantía deben producirse los daños materiales para que surja la acción del art. 17<sup>1606</sup>. Ahora bien, esta afirmación general la debemos matizar, puesto que, como hemos sostenido, no se puede exigir para que surja la responsabilidad que el vicio o defecto constructivo genere un daño adicional al de su propia existencia<sup>1607</sup>. Por tanto, cuando el art. 17.1 señala que deben ocasionarse dentro de los plazos daños materiales por vicios constructivos, debe entenderse en un sentido general como equivalente el daño a la manifestación del vicio, ya sea de su propia existencia, o de una consecuencia adicional a la anterior<sup>1608</sup>.

Esta afirmación debemos concretarla en relación con los tres tipos de responsabilidades previstas en el art. 17 de la LOE.

La responsabilidad decenal hemos visto que incluye el compromiso de la estabilidad y resistencia mecánica del edificio, por lo que, por definición, no es necesario que en el plazo decenal se produzca la ruina física del edificio. Ahora bien, debemos preguntarnos si es posible que se incluyan en ella aquellos supuestos en los que dentro del plazo de garantía no se produzca el referido compromiso, pero se sepa a ciencia cierta que, de no reparar el defecto, se producirá aquél, sobre lo que existen opiniones enfrentadas.

---

<sup>1606</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 615-616; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 417, señalando que si dentro de los plazos de garantía no se manifiesta uno de los defectos previstos en el art. 17, sino alguna otra imperfección corriente, no surgirá la responsabilidad, aunque la misma genere transcurrido los plazos de garantía aquéllos. En contra de esta afirmación la autora cita la STS de 27 de marzo de 1995 (RJ 2143) que analizaremos en el epígrafe siguiente, señalando en lo que aquí interesa que no hay datos suficientes para afirmar que los primeros defectos manifestados en el plazo de garantía eran meras imperfecciones corrientes.

<sup>1607</sup> Véase epígrafe 2.3 de capítulo IV. Esto es mantenido por MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 145-146, al señalar que es posible exigir responsabilidad desde que se detectan los vicios o defectos, antes de que se hayan producido daños materiales, porque la constatación de un defecto constituye por sí mismo un daño también para la autora. Por ello, concluye que no es necesario que como consecuencia del defecto se sucedan daños sobrevenidos en otros elementos del edificio.

<sup>1608</sup> Es más, ya hemos visto (epígrafe 1.1) que los autores señalan indistintamente que dentro de los plazos ha de producirse el daño material o manifestarse el defecto constructivo.

Al tratar la responsabilidad decenal vimos que algún autor sostenía que se cubrirán por medio de ella defectos que afecten a los elementos estructurales aunque no hayan comprometido la estabilidad y resistencia mecánica de modo inmediato o actual, puesto que es suficiente que se sepa que lo anterior tendrá lugar si no se reparan, interpretación que defiende que sería algo parecido a lo ocurrido con la ruina potencial del art. 1.591, y que lo contrario no resultaría conforme al propósito de protección de la norma. Por esta vía se llega a permitir que dentro del plazo decenal se produzca ese compromiso, aun de modo futuro o potencial<sup>1609</sup>. Sin embargo, otros autores son contrarios a lo anterior al exigir que el compromiso directo de la estabilidad se produzca dentro del plazo de garantía de tal forma que el defecto estructural que no conlleva lo anterior no será resarcible aunque pueda hacerlo tras aquél<sup>1610</sup>.

Nosotros consideramos que el argumento de la ruina potencial no es tan contundente, porque precisamente el compromiso directo de la estabilidad que exige la LOE es identificado con la ruina potencial, y ésta debía producirse dentro del plazo de garantía según el Tribunal Supremo, por lo que permitir el compromiso futuro o potencial sería como permitir la ruina potencial no manifestada en plazo, “la potencialidad de la potencialidad”. No obstante, ante los requisitos verdaderamente rigurosos que vimos que exige la responsabilidad decenal consistentes en un

---

<sup>1609</sup> Nos referimos a ESTRUCH ESTRUCH (véase nota 1195, y o.c. nota 4, p. 603).

En este punto debemos citar VICENTE DOMINGO, o.c. nota 882, p. 318, que analizando la certeza del daño en el campo de la responsabilidad civil, señala que la probabilidad y aleatoriedad es un terreno peligro ya que es muy difícil señalar la frontera que separa el grado de aleatoriedad que se va a asumir y el que no porque afecta a la esencia de la realidad del daño, de modo que se considera reparable el daño virtual o potencial pero no el eventual.

<sup>1610</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 376, y la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 428. También puede verse CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 482, quien parte de que es posible que se produzca una fractura temporal entre la existencia del defecto y el compromiso, de tal forma que exista el defecto en el plazo de garantía, pero tenga lugar el compromiso de estabilidad pasado aquél, señala que el compromiso se produzca en plazo de garantía o de cobertura del seguro, aunque la ruina propiamente dicha se produzca fuera de plazo o no llegue a producirse. En el mismo sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 176-177.

compromiso directo de la estabilidad y resistencia mecánica del edificio<sup>1611</sup>, razones de protección nos aconsejan suavizarlos, o permitir el compromiso futuro ocasionado por un defecto manifestado en el plazo decenal.

En cuanto a la responsabilidad trienal, la cuestión es más clara puesto que el art. 17.1 b) de la LOE exige el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad sin bastar su compromiso<sup>1612</sup>.

Por último, en la responsabilidad anual no se plantean problemas de determinación del suceso que debe acaecer dentro del plazo de garantía debido a que, como tuvimos ocasión de analizar, por su propia naturaleza los defectos de terminación o acabado no provocan una consecuencia adicional sobre la estructura o habitabilidad del edificio<sup>1613</sup>. Además, normalmente serán aparentes al momento de la recepción, y a pesar de tal carácter resultarán resarcibles frente a los subadquirentes del edificio<sup>1614</sup>.

La distribución de la carga probatoria de la aparición de los daños materiales dentro de los plazos de garantía obviamente es una cuestión más problemática en la LOE que bajo el art. 1.591 CC, puesto que aquélla establece diversos plazos de garantía más breves. Con esto también estamos apuntando a otra cuestión ya analizada, que es la de la determinación de a quién corresponde probar que los daños constituyen una de las tres responsabilidades diferentes que establece el art. 17 con

---

<sup>1611</sup> Véase epígrafe 2.2.1 de capítulo V.

<sup>1612</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 375. También lo sostiene CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, pp. 482-483, en referencia además a los plazos de cobertura del seguro, porque el siniestro es el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, no su compromiso. En el mismo sentido a los autores anteriores, puede verse BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 188-189.

<sup>1613</sup> Nos remitimos al epígrafe 2.4.2 de capítulo V.

<sup>1614</sup> Sobre el carácter aparente, véase p. 430 y nota 1409 *in fine*. Sobre su resarcimiento a pesar de lo anterior, véase epígrafe 6.5.4.

sus correspondientes plazos de garantía, sobre la que concluimos que debía correr a cargo de los actores<sup>1615</sup>.

Dicho esto, seguirá siendo de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo que, en aplicación del art. 1.591 CC, exigía a los demandantes probar la producción de los daños en el plazo de garantía, lo que ha reconocido el propio Alto Tribunal<sup>1616</sup>. Y es que hemos visto que si no se manifiesta el defecto en el plazo de garantía no nacerá la acción<sup>1617</sup>. Dicho de otra forma, estamos hecho constitutivo de la acción<sup>1618</sup>, por lo que el transcurso de los plazos de garantía es apreciable de oficio<sup>1619</sup>.

---

<sup>1615</sup> Véase epígrafe 2.1.3 de capítulo V.

<sup>1616</sup> Véase epígrafe 3.1 de capítulo IV (nota 968) SSTs de 7 de junio de 2011 (RJ 4391) y de 28 de abril de 2008 (RJ 2681), ambas en supuestos en que resultaba de aplicación el art. 1.591 CC, pero refiriéndose también a la LOE.

También se refiere a tal continuidad, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 616-617.

Con carácter general, se refieren a que la producción de los daños materiales en plazo de garantía debe ser probada por los actores, entre otros, RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 57; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 204-205; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 86; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 740, p. 38.

Esta exigencia conllevaría el fracaso de la acción en STS de 17 de junio de 2002 (RJ 4903) que estimó el recurso de casación del promotor-constructor que se basaba en que los defectos constructivos aparecieron transcurrido el plazo de garantía previsto en el art. 1.591 CC, y en que los actores no habían probado, como debían, el momento en el que aparecieron los mismos. El TS resuelve: *“Pero ocurre lo contrario, esto es, la carga de la prueba recae sobre la parte demandante, cuando el plazo de diez años es un elemento constitutivo de su acción, en cuanto que para que unos defectos constructivos puedan calificarse de ruinógenos es necesario que se manifiesten dentro de los diez años de la terminación de las obras, por lo que no habiendo acreditado la Comunidad demandante que los vicios se han manifestado dentro de ese plazo de diez años, los vicios no pueden entenderse como ruinógenos y por lo tanto el motivo debe ser desestimado”*.

<sup>1617</sup> Véase p. 60.

<sup>1618</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 616. Como señala el autor, no es un hecho obstativo a la pretensión del actor la aparición fuera de plazo del daño.

<sup>1619</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 403-404 y 406. En análogo sentido, sobre su apreciación de oficio, puede verse MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 223.



Por todo lo anterior, no coincidimos con alguna autora que advierte que en la práctica se producirá una fungibilidad de los plazos de garantía con el de prescripción de dos años previsto en el art. 18 de la LOE<sup>1620</sup>.

No obstante, no es necesario acreditar una fecha concreta o aproximada, sino que resulta suficiente probar de manera indubitada que se produjo el daño dentro del plazo respectivo<sup>1621</sup>, para lo que resultará útil un informe pericial<sup>1622</sup>, aunque obviamente no se pueden descartar otros medios como un acta notarial.

Ahora bien, no consideramos que se le puede exigir al adquirente una prueba plena de la aparición del daño en plazo de garantía, máxime cuando puede que no haya dispuesto de tiempo para levantar un acta notarial al efecto<sup>1623</sup>. Además, en el supuesto típico en que el adquirente ante la aparición de daños requiere extrajudicialmente su reparación al promotor dentro del plazo e inicia la acción judicial tras él, somos de la opinión de que si éste no intenta preconstituir alguna prueba que demuestre que es incierto lo afirmado por el adquirente, ni al menos lo niega expresamente, se debe tener por probada la aparición en plazo mediante su admisión tácita<sup>1624</sup>.

Por tanto, en general resulta conveniente a los efectos anteriores de prueba la denuncia del daño dentro del plazo de garantía<sup>1625</sup>. Sin embargo,

---

<sup>1620</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 142, quien sostiene que si la acción se ejercita dentro de tres, cinco o doce años (en función de la responsabilidad anual, trienal o decenal, ante la que nos encontremos) y el actor manifiesta que los daños se produjeron dentro del plazo de garantía, será el demandado quien tenga que probar lo contrario.

<sup>1621</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 406.

<sup>1622</sup> RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 57; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 146, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 618, precisando que al menos se determinará de forma probable o aproximada.

<sup>1623</sup> Pensamos en la duración de los plazos anual y trienal, en cuyos últimos días puede manifestarse un daño sin tiempo material para conseguir el levantamiento de un acta notarial de constancia en la que se pueda apreciar los defectos manifestados.

<sup>1624</sup> Tal vez a supuestos como éste quiere aludir SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 404, cuando contempla la posibilidad de la admisión implícita de los demandados.

<sup>1625</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 251 (nota 121).

tal denuncia no es un requisito para el ejercicio de la acción porque no lo exige la LOE, y porque el derecho al resarcimiento nace desde la manifestación del defecto tras el cual se dispondrá de un plazo de prescripción<sup>1626</sup>. Sobre este carácter innecesario se ha pronunciado expresamente el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1.591 CC con fundamento en la falta de exigencia por tal precepto, y en que tras la manifestación nace el plazo de prescripción<sup>1627</sup>.

---

<sup>1626</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 405, quien además añade que la LOE a diferencia del sistema anterior ha previsto un plazo de prescripción de dos años que hace que no se mantenga durante un largo período de tiempo una situación de incertidumbre.

También sobre la falta de necesidad de denuncia de la aparición de los daños dentro del plazo de garantía, puede verse MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 251 (nota 121), y ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 98.

<sup>1627</sup> Cfr. sentencia de 16 de abril de 2001 (RJ 5278). Se alegaba por el recurrente que había caducado la acción y que el requisito de la denuncia de la ruina es esencial para evitar indefensión, y además que se había jubilado y dado de baja en el seguro de responsabilidad civil, frente a lo que el TS resolvió: *“No cabe deducir por ello que por dirigirse tan sólo a uno de los responsables de tales vicios y deficiencias, produzca la extinción de la obligación de todos los demás no avisados o advertidos extrajudicialmente, cuando luego la demanda se dirige contra todos y, sobre todo, porque el motivo parte de la errónea interpretación del citado art. 1591, al no distinguir el nacimiento de la responsabilidad decenal y el ejercicio de la misma en el plazo de quince años, pasado el cual se produciría la prescripción”*.

También puede verse la sentencia de 8 de octubre de 2001 (RJ 32250). Se trataba de un supuesto en el que el recurrente alegaba que no se había probado la aparición en plazo, ni incluso avisado dentro del período de garantía decenal, frente a lo que el TS consideró por las pruebas practicadas que los vicios habían ocurrido dentro de plazo, sentando que el art. 1.591 no exige la obligación de poner en conocimiento la aparición de los vicios a los legitimados pasivos como requisito o presupuesto necesario para ejercitar contra ellos la acción de responsabilidad. Resuelve concretamente el TS: *“Según la doctrina de esta Sala, en ese plazo de diez años han de aparecer los vicios, contándose a partir de tal evento la acción personal de responsabilidad de quince años ( sentencias de 6 de abril de 1.994, 29 de diciembre de 1.998 y 29 de diciembre de 1.989, entre otras muchas), sin que se exija por el tan citado art. 1.591 la obligación de poner en conocimiento la aparición de los vicios a los legitimados pasivos como requisito o presupuesto necesario para ejercitar contra ellos la acción de responsabilidad”*.

A pesar de esta opinión general el TS en sentencia de 20 de octubre de 1989 (RJ 6941), aludió incomprensiblemente (como señala MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 251, nota 121) a la denuncia del defecto en plazo de garantía. No obstante, la referida exigencia no fue determinante porque se había ejercitado la acción dentro del plazo de garantía, en este caso, además, convencional de cinco años tras la recepción provisional.

Con lo anterior se produce un contraste con aquellos países donde se exige que se realice tal denuncia de aparición en un tiempo determinado, como ocurre en Italia, cuya solución se proponía para el Derecho español hace años<sup>1628</sup>, y también con el anteproyecto de Ley del Código mercantil<sup>1629</sup>.

Otra cuestión serán las consecuencias de la demora de dicha denuncia en la extensión del daño reparable, lo que veremos más adelante<sup>1630</sup>.

Por último, dado que la LOE ha establecido en su art. 18 un plazo de prescripción diferenciado de los plazos de garantía, no es necesario que dentro de éstos se ejercite la acción, como por el contrario exige el art. 1.792-4-1 del *Code*.

## **5. Supuestos particulares: Los daños aparecidos fuera de los plazos de garantía derivados de la falta de reparación, y los daños generalizados**

En este epígrafe analizaremos unos supuestos particulares en los que el daño producido fuera de los plazos de garantía previstos en la LOE será resarcible conforme a ella. Nos referimos a los daños aparecidos tras

---

<sup>1628</sup> Cfr. art. 1.669 del CC italiano que requiere la denuncia del daño dentro del año siguiente a su aparición. La proponía CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 339.

<sup>1629</sup> Cfr. su art. 525-1 que exige al comitente que denuncie la falta de conformidad en un plazo razonable desde que la hubiese conocido o debiera conocer. De forma análoga en materia de compraventa debe el comprador comunicar tal falta de conformidad en el plazo de tres meses desde tales hitos (cfr. art. 511-26, párrafo primero) puesto que en caso contrario perderá los remedios del cumplimiento y de la resolución pudiendo solo pretender la reducción del precio o la indemnización de daños y perjuicios, excluido el lucro cesante, siempre que aduzca una excusa razonable de la falta de denuncia en plazo (cfr. art. 511-27, párrafo primero). Además, se establece para el comprador un límite absoluto de tres años para comunicar la falta de conformidad desde que los bienes estuvieran en su poder, salvo que el vendedor conociera y ocultara la falta de conformidad, o debiera conocerla, en cuyo caso el plazo se computará desde que el comprador tuvo conocimiento o no pudo ignorar la falta de conformidad (cfr. art. 511-27, párrafos segundo y cuarto).

<sup>1630</sup> Al tratar en materia de limitación y exoneración de responsabilidad los supuestos relacionados con los deberes como asegurados de los propietarios (véase epígrafe 4.4.3 de capítulo VIII).

el plazo de garantía que tengan como causa la falta de reparación de otros aparecidos dentro de él, y a los llamados daños generalizados.

En cuanto al primer supuesto, con carácter previo, debemos distinguir de la subsanación de las reservas manifestadas a la recepción por el promotor tras lo cual, como hemos visto, se inician los plazos de garantía para la parte reservada<sup>1631</sup>. Nos referimos a la falta de reparación de defectos puestos de manifiesto por los adquirentes del inmueble<sup>1632</sup>.

Sentado lo anterior, la propia descripción del supuesto nos apunta la razón de la imputación de estos daños aun aparecidos tras los plazos de garantía, puesto que tienen como causa la falta de reparación de otros aparecidos dentro de plazo y que, por tanto, debían reparar los agentes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1995 ha acogido este tipo de daños en aplicación del art. 1.591 CC al declarar que *“si los primeros defectos comprobados surgen en tiempo de garantía, los posteriores que sean consecuencia lógica de aquéllos no quedan excluidos de la obligación de reparar o indemnizar”*<sup>1633</sup>.

---

<sup>1631</sup> Véase epígrafe 2.2.1.3.

<sup>1632</sup> Precisar que igualmente estos defectos pueden ser defectos no reservados por el promotor en el momento de la recepción, porque el carácter aparente de ellos no exonerará a los agentes frente a los adquirentes. Véase al respecto epígrafe 6.5.

<sup>1633</sup> RJ 2143. Se trataba de una reclamación del importe de los gastos precisos para la impermeabilización de una nave industrial. Se interpuso recurso de casación por uno de los condenados (tanto en primera como en segunda instancia) alegándose, en lo que aquí interesa, que no se le podía condenar a la reparación de daños aparecidos tras el plazo de garantía, frente a lo que el TS resolvió: *“Pero se ignora, con ello, el concepto de ruina y la naturaleza progresiva de la sucesiva aparición de nuevos defectos si los primitivos no son corregidos. En efecto, doctrina reiterada del Tribunal Supremo, distingue, en materia de deficiencias que puede presentar la obra conforme al artículo 1.591 los graves defectos que llevan a la ruina y, además, otros defectos que no conducen a la ruina del edificio de una manera inmediata, sino pasado el tiempo (Sentencia de 10 de noviembre de 1994). No cabe duda, por ello, que si los primeros defectos comprobados surgen en tiempo de garantía, los posteriores que son consecuencia lógica de aquellos no quedan excluidos de la obligación de reparar o indemnizar. En definitiva, el motivo decae”*.

Consideramos que tal sentencia es aplicable a los plazos de garantía de la LOE <sup>1634</sup>. En estos plazos encontrarán cobertura no sólo los supuestos de falta de reparación, sino también los de reparación defectuosa, y además se incluirán tanto los casos en los que los daños constituyan un agravamiento del daño anterior o como un nuevo daño <sup>1635</sup>.

Obviamente para que prospere la acción, el actor habrá de demostrar que estos daños producidos fuera de plazo tienen su causa en defectos manifestados dentro de él no oportunamente reparados <sup>1636</sup>, lo cual pasa previamente por demostrar que estos últimos han tenido lugar dentro de plazo, conforme a la reglas vistas en epígrafe anterior. No obstante, entendemos que para imputar estos daños tardíos se debe requerir a los agentes a los efectos de que tengan la oportunidad de reparar y, por tanto, evitar que aparezcan nuevos daños o se agraven los existentes al tiempo del requerimiento, sobre lo que volveremos en otro lugar <sup>1637</sup>.

Ahora bien, el carácter defectuoso de la reparación no conlleva que los defectos que sean consecuencia de ella resulten resarcibles sin limitación de plazo, sino que defendemos que la reparación conllevará la apertura de un nuevo plazo de garantía <sup>1638</sup>, porque de lo contrario tendría mayor garantía temporal que un edificio de nueva planta.

---

<sup>1634</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 619, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 965-967, por señalar que, con las salvedades de la duración de los plazos y del *dies a quo*, son plenamente aplicables las sentencias que cita el autor, entre las que se encuentra la referida.

<sup>1635</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 375. En el mismo sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 175, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 618-619, en cuanto a la inclusión de los daños derivados de la falta de reparación y de la realizada defectuosamente. En esta línea, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 406, señala: *“Puede ocurrir que daños producidos fuera del plazo de responsabilidad sean abarcables por la obligación resarcitoria si la causa generatriz tuvo lugar dentro del plazo”..Es preciso que constituyan agravación o consecuencia lógica de los producidos (o comprobados) dentro de plazo”*.

<sup>1636</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 619.

<sup>1637</sup> Al tratar en materia de limitación y exoneración de responsabilidad los supuestos relacionados con los deberes como asegurados de los propietarios (véase epígrafe 4.4.3 de capítulo VIII).

<sup>1638</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 417, señala que estas reparaciones provocarán la apertura de un nuevo plazo de garantía.

En cuanto al supuesto particular de los llamados daños generalizados, éste concurre en aquellos edificios en los que se producen multitud de daños similares con una misma causa (como por ejemplo, la caída de azulejos debida a una inadecuada composición del mortero de agarre) apareciendo unos dentro del plazo de garantía, y otros no<sup>1639</sup>. Era a este supuesto al que nos referíamos cuando dijimos que la consideración de los plazos de garantía como plazos de garantía de la buena construcción, no como plazos de duración de los bienes, tendría sus consecuencias en los daños acaecidos fuera del plazo de garantía<sup>1640</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1993 ha incluido los daños generalizados en el art. 1.591 CC al tutelar un caso en el que las tuberías instaladas en el edificio se habían corroído por idéntica causa, algunas dentro del plazo de garantía y otras no, pero con inicio de la génesis de tal corrosión dentro del plazo de garantía<sup>1641</sup>.

---

Esta cuestión tal vez no se planteaba con el art. 1.591 CC por la amplitud del plazo decenal, pero será interesante ahora con la brevedad del plazo trienal de la LOE.

<sup>1639</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 619, quien también aporta el ejemplo.

<sup>1640</sup> Véase nota 1415. Si estos plazos en vez de plazos de garantía de la buena construcción fueran plazos de duración no tendrían cabida los daños generalizados por manifestarse fuera del plazo de "duración". Sí, en cambio, los daños estudiados arriba consecuencia de la no reparación correcta, porque se imputan por el incumplimiento de ella.

<sup>1641</sup> RJ 6659. Se trataba de un recurso de casación interpuesto por la promotora, en lo que hay interés, por entender que no se había acreditado la existencia de deterioro alguno en la construcción de todas las viviendas de los demandantes, frente a lo que el TS, con desestimación del recurso, resolvió: *"Ha de rechazarse la tesis de ... porque nos hallamos ante un supuesto de daños generalizados y ruinógenos cuya causa común no es otra que «la mala ejecución de la instalación de tuberías porque están en contacto directo con el yeso del enlucido o con el mortero de cal en las colocadas entre el encofrado y solado de las habitaciones, sin haberse protegido del ataque de ambos materiales, lo que ha generado una corrosión, que, en algunos casos, ha generado una avanzada destrucción del metal, especialmente en los del agua caliente, mientras que las tuberías exteriores se conservan bien, y la corrosión comenzó el mismo día que se colocaron en contacto con el yeso o cal» y resulta indiferente que los efectos sobre cada vivienda no se manifestaran externamente en todas ellas dentro del plazo de garantía, dado que lo decisivo es que, iniciada su génesis dentro de este plazo, se exteriorizasen también dentro del mismo, aunque no en todas las viviendas, criterio éste inspirador de la reciente sentencia de esta Sala dictada con fecha 23 de Marzo último. Por otra parte, ha de advertirse que no obsta a lo anterior el hecho de que la demanda se haya interpuesto por los propietarios de los*

Esta sentencia resulta lógicamente aplicable a los plazos de garantía de la LOE<sup>1642</sup>. Por tanto, como ha señalado algún autor, para que nazca la acción no es necesario que todos los elementos de la edificación afectados manifiesten idénticos daños dentro del plazo de garantía, sino que es suficiente que ellos se manifiesten en algunas dependencias o unidades de la edificación<sup>1643</sup>.

La distinción entre dependencias y unidades que realiza el autor la consideramos de mucho interés, porque alude no sólo a la afectación de diferentes unidades, como locales o viviendas, sino también a la de las dependencias de éstos<sup>1644</sup>, con lo que no sólo se consideraría daño generalizado la afectación de otras viviendas o locales fuera de plazo de garantía, sino también la de otras habitaciones de la misma vivienda o local, diferentes a las inicialmente afectadas<sup>1645</sup>.

---

*pisos a título personal y no por la Comunidad del edificio, dado que todos accionan en base a la misma «causa petendi» y la situación fáctica es idéntica sin que sea admisible distinguir, ante un defecto generalizado, entre los casos en que se exteriorizó antes o después cuando por su naturaleza se trata de un proceso de corrosión de las tuberías necesariamente iniciado mucho antes de transcurrir los diez años de garantía; consecuentemente ha de perecer el motivo examinado”.*

<sup>1642</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 619, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 965. Además, se manifiestan a favor de la tutela de estos daños generalizados por medio de la LOE, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 417; GONZALEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 388, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.617 (nota 56).

<sup>1643</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 619.

<sup>1644</sup> Sostenemos lo anterior, porque el autor (*ibídem*) después de referirse a los términos dependencias o unidades, entre paréntesis señala, además de las viviendas y locales, a las habitaciones.

<sup>1645</sup> V.g. desprendimiento de pavimentos de una vivienda localizados en varias estancias, unos producidos dentro del plazo de garantía, y otros tras él, pero con idéntica causa.

## 6. La obligación de recepcionar la obra por parte del promotor

### 6.1 Caracteres de la recepción

La recepción de la obra es una obligación del promotor como así se establece por el art. 9.2 c) de la LOE<sup>1646</sup>. Concretamente, la aprobación y recepción de la obra son actos debidos puesto que el promotor no puede negarse a recibir la obra terminada y conforme<sup>1647</sup>. Como señalan Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, se *“deduce de los principios generales en materia de pago: el deudor necesita de la cooperación del acreedor para liberarse de su obligación”*<sup>1648</sup>.

No obstante, y como se deriva de lo dicho, no es un acto incondicional, puesto que existen supuestos que justifican el rechazo de la obra por parte del promotor.

De lo expuesto igualmente se deriva que la recepción es un acto declarativo del cumplimiento correcto del contratista que, por tanto, no lo condiciona<sup>1649</sup>; como también su naturaleza unilateral, dado que se

---

<sup>1646</sup> También lo es en Derecho francés, puesto que el art. 1.792-6 del *Code* dispone que se realizará de forma amistosa o en su defecto judicialmente. Al hilo de este carácter obligatorio ya hemos visto que en Derecho comparado se admiten supuestos de recepción tácita (véase p. 463).

<sup>1647</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 217; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 529 y 555, también alude a esta idea al señalar que la aprobación es *“un acto debido jurídicamente cuando la obra ha sido construida correctamente”*, y que la LOE (art. 6.3) sólo permite que el promotor pueda rechazar la recepción de la obra cuando considere que no está terminada y cuando la obra no se ajuste a las condiciones pactadas. También sobre su consideración como acto debido pueden verse RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, pp. 2.115-2.116, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 383, quienes señalan que es *“otra de las obligaciones fundamentales del comitente”*...pero éste *“...sólo está obligado a recibir la obra si es conforme a lo pactado”*. Análogamente, sobre su caracterización como obligación en caso de que la obra esté terminada y ejecutada en los términos convenidos, LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 261. Tal vez pensando en la referida caracterización, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 209, señalan que tiene carácter necesario.

<sup>1648</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 144.

<sup>1649</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 217. También alude a esta idea LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184, al referirse a la recepción como una *“manifestación de conformidad”* del comitente.



integra por la sola voluntad del comitente<sup>1650</sup>. No obstante, por la necesidad de que intervengan en ella el promotor y el constructor se le confiere un marcado carácter contradictorio<sup>1651</sup>, e incluso un carácter bilateral por disponer el art. 6.2 de la LOE que suscriban el acta el promotor y el constructor<sup>1652</sup>. Sin embargo, apreciamos que se trata de un mero cambio de perspectiva que pone la atención no en el promotor como sujeto protagonista de la recepción de la obra, sino en las partes que intervienen en el acta que la documenta; y además el carácter unilateral lo confirma la admisibilidad de la recepción tácita por actos del promotor<sup>1653</sup>.

Y precisamente por la posibilidad de la recepción tácita se destaca que es un acto recepticio que requiere su consignación en acta a efectos que no pueden considerarse “*ad solemnitatem*” ni “*ad probationem*”<sup>1654</sup>.

Por último, en caso de que la recepción sea expresa es un acto formal por exigencia del art. 6.2 LOE que requiere su extensión por escrito en un acta<sup>1655</sup>, ello a diferencia de otros países de nuestro entorno<sup>1656</sup>, y de lo que ha sido tradicionalmente<sup>1657</sup>.

---

<sup>1650</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 522.

<sup>1651</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 555.

<sup>1652</sup> Nos referimos a ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 61, y a ORTEGA ESPINOSA, o.c. nota 1040, p. 203.

<sup>1653</sup> Véase epígrafe 2.2.3.

<sup>1654</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 221.

<sup>1655</sup> MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 1450, p. 71; o.c. nota 113, pp. 77 y 89. También se refieren al carácter formal de la recepción en la LOE, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 152; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 201, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.158.

<sup>1656</sup> Como señala CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 447 y 505, en Francia el art. 1.792-6 del *Code* no exige forma escrita, pero puede imponerse en la práctica por razones de prueba, y tampoco en Italia, pudiendo ser oral.

<sup>1657</sup> Véase p. 446.

## 6.2 Fases del proceso de recepción: entrega, verificación, aprobación y recepción. El acta de recepción

### 6.2.1 Introducción

Antes de entrar en el desarrollo de las concretas fases del proceso de recepción de la obra debemos distinguir la entrega de la obra por parte del constructor, de su recepción por el promotor, distinción que no existe en el Código civil aunque sí en la jurisprudencia<sup>1658</sup>.

Al respecto, la LOE inserta a la entrega de la obra en el marco del proceso de recepción porque en su art. 6.1 define a la recepción de la obra como el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste<sup>1659</sup>. Sin embargo, lo anterior no quita que recepción y entrega de la obra sean dos actos jurídicos diferentes, lo que además se ha apreciado en tal precepto<sup>1660</sup>.

---

<sup>1658</sup> En tal sentido, SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.196, quien cita la STS de 14 de octubre de 1968 (RJ 4386); CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 513, con cita de la STS de 16 de junio de 1994 (RJ 4927) que señala que no puede confundirse la recepción con la entrega; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 217, también se refiere a la nombrada STS de 1968. Igualmente pueden verse RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.115; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 427 y 431, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 161, p. 1.737, quien se refiere a que el Código civil no las regula de manera específica, y al modo en que la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando estos conceptos jurídicos.

<sup>1659</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 568.

<sup>1660</sup> *Ibidem*. En el art. 6 ve la diferenciación entre la recepción y la entrega de la obra RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.115; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 427, ponen de manifiesto que el art. 6 al definir la recepción distingue entre la entrega y la aceptación de la obra, como dos momentos distintos, como también VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 130. Igualmente puede verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 161, pp. 1.737-1.738, al señalar que la doctrina y la jurisprudencia han ido construyendo estos conceptos jurídicos que se han recogido con detalle en el art. 6 de la LOE.

En la llamada jurisprudencia menor se ha visto en el art. 6 esta distinción entre la entrega de la obra y su recepción, concretamente en la SAP de Asturias de 27 junio de 2012 (JUR 244135) al señalar: “...el art. 6 de la LOE regula el acto de recepción de la obra acogiendo la consolidada tesis doctrinal y jurisprudencial ( STS 14-10-1.968 , 16-6-1.994 y 19-2-2.009 ) que distingue la terminación de la obra por el constructor y su entrega de la recepción por el comitente al conceptuar la recepción como el acto por el cual el constructor, concluida la obra, hace entrega de ella al promotor y es aceptada por éste...”.

Pues bien, tradicionalmente se han distinguido tres momentos o fases del proceso de recepción de la obra: la verificación, su aprobación y la recepción<sup>1661</sup>. La razón de estas tres fases es que la recepción supone un examen pormenorizado o cuando menos diligente de la prestación tal y como ha sido ejecutada<sup>1662</sup>.

En cuanto a estas tres fases, la LOE no alude a la verificación aunque ya veremos que en buena medida se presupone en ella.

No obstante, estas fases de la recepción no son del todo suficientes porque sólo atienden al promotor como su protagonista, sin tener en cuenta dos momentos previos, el de la terminación de la obra y el de su entrega. Efectivamente, con carácter previo a dichas fases la obra debe estar terminada<sup>1663</sup>, y en tal sentido el art. 6.3 de la LOE habilita a que en caso contrario sea rechazada. No empece a lo anterior que sea posible recepcionar con reservas la obra ante defectos de terminación o acabado<sup>1664</sup>, que también aluden a prestaciones inconclusas u omisiones

---

<sup>1661</sup> Entre ellos, HERRERA CATENA, o.c. nota 13, p. 36; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 187; RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 134; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 218, señalando que se sigue en tal distinción la regulación de la recepción que realiza el Código civil italiano de 1942; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.115; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 665. En idéntico sentido a González Carrasco, sobre la inspiración en el Código civil italiano, se pronuncia MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 221. Al respecto puede verse el art. 1.665 del CC italiano que reconoce el derecho del comitente de verificar la obra antes de recibirla.

Sobre estas tres fases también puede verse RODRÍGUEZ GUITIÁN y LÓPEZ FERNÁNDEZ, o.c. nota 614, p. 936. Sobre la admisión con carácter general en la de estas tres fases se pronuncia, SAN SEGUNDO MANUEL, o.c. nota 19, p. 26.

<sup>1662</sup> Díez-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 386.

<sup>1663</sup> Por todos, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 555, sostiene que *“La terminación de la obra constituye una condición indispensable para que la obra pueda ser puesta a disposición del promotor (entrega) y que éste la reciba (recepción)”*. En cambio en Francia la jurisprudencia, ante el silencio del art. 1.792-6, señala el autor (o.c. nota 122, p. 453) que no se exige la terminación de la obra como condición para su recepción, lo que se debe, entre otras razones, a que dicho precepto prevé una garantía de perfecta terminación.

<sup>1664</sup> Véase epígrafe 6.4.

de prestaciones debidas<sup>1665</sup>, porque la importancia de estos defectos no conllevará que la obra pueda considerarse como no terminada.

### 6.2.2 La comunicación de terminación de la obra y su entrega

Una vez que se haya terminado la obra, los técnicos que la hayan dirigido deberán suscribir su certificado final<sup>1666</sup>. Este certificado tiene obviamente un valor jurídico distinto a la recepción de la obra, al ser una fase diferente como ha reconocido el Tribunal Supremo<sup>1667</sup>, y es que tras él queda un largo *íter* hasta la producción de aquélla.

Tras la emisión del certificado final de obra, el art. 6.4 de la LOE prevé que el contratista comunique por escrito al promotor la terminación de la obra. Con esta comunicación del contratista entendemos que se produce automáticamente la puesta a disposición o entrega de la obra<sup>1668</sup>.

---

<sup>1665</sup> Véase nota 1379.

<sup>1666</sup> Cfr. arts. 12.3 e) y 13.2 e). Sobre la forma del certificado final de obra véase epígrafe 6.2.4.

<sup>1667</sup> Cfr. sentencia de 5 de diciembre de 2011 (RJ 29/2012) en la que se dice: «Certificado final y recepción son dos fases distintas del mismo proceso constructivo, con significación jurídica asimismo diferente. Aquel se expide por el director de la obra y el de la ejecución y en él se verifica si se ha construido conforme a sus especificaciones, poniendo de manifiesto los vicios o defectos que aprecie. Sirve, además, como punto de partida de la llamada "recepción tácita", del artículo 6.4, entendiendo como tal aquella que se produce transcurridos treinta días desde que se expide sin que el promotor ponga de manifiesto reservas o rechace motivadamente la entrega. La recepción tiene carácter necesario, supone que la obra ha sido ejecutada correctamente y se documenta en la forma que la citada disposición previene, con la incorporación del certificado final de obra y con la intervención al menos del promotor y el constructor. El certificado final se configura, además, como el último instrumento de control de la obra por parte de los técnicos. Su expedición incondicional no hace sino avalar la correcta ejecución de las medidas relacionadas con el proyecto, la dirección y vigilancia o inspección, haciéndoles responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento (artículo 17.7)».

<sup>1668</sup> RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.115. Igualmente GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 217 y 218, aprecia que con esta comunicación se estaría ante la entrega de la obra, entendida como el acto por el cual el constructor pone a disposición del promotor la obra terminada. Sobre la identificación de la puesta a disposición con la entrega de la obra con carácter general pueden verse también, entre otros: MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 113, p. 57; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 514. Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 242,

En línea con ello, del art. 6.1 de la LOE se deriva que la entrega se produce con anterioridad a la recepción, aunque también pueden ser simultáneas e incluso alterarse su orden<sup>1669</sup>. Y es que con carácter general, al margen de lo señalado por la LOE, el proceso de recepción se inicia con la entrega de la obra<sup>1670</sup>, salvo pacto expreso en contrario<sup>1671</sup>, o que el propietario admita que ya la reconoció y encontró conforme<sup>1672</sup>.

Volviendo al régimen de la LOE, entendemos que nada impide que no medie dicha comunicación escrita del constructor al promotor y directamente se proceda a la recepción de la obra tras su terminación, en

---

señalan que *“incumbe al contratista... la entrega de la obra o, al menos, la puesta a disposición del comitente”*.

Esta comunicación del contratista era práctica habitual según CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 555.

<sup>1669</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 556, señala que la LOE parte en su artículo 6.1 de la base de que la entrega se produce con anterioridad a la recepción. También sobre la sucesión temporal de entrega y recepción que se deriva de la LOE, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 431.

Sobre la posibilidad de que sean simultáneas la entrega y recepción, VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 130. Sobre la posible alteración de su orden por el carácter dispositivo del precepto, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 556.

Aunque admite las posibilidades anteriores, en cambio, parte de otra regla general MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 1450, p. 71, para quien la entrega y recepción se producen en un solo acto, aunque no hay obstáculo a que se pacte la entrega con anterioridad o con posterioridad a la recepción, porque el primer inciso del art. 6.1 no es de derecho necesario.

<sup>1670</sup> SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, pp. 1.196-1.197; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 514-515; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184. Ello se observaba en el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”, cuyo art. 1.592 señalaba que *“La obra deberá ser realizada y puesta a disposición del comitente en el plazo convenido. A tal fin, deberá el contratista comunicar al comitente la conclusión de la obra, para que proceda a su recepción, que se realizará en el momento que ambos convengan o, en otro caso, al concluir los diez días siguientes”*.

<sup>1671</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 515.

<sup>1672</sup> Cfr. STS de 14 de octubre de 1968 (RJ 4386) que dispuso que *“...la doctrina más generalizada... admite que tal recepción, lo mismo puede anticiparse a la entrega, cuando el propietario admite que ya le reconoció y encontró conforme o puede demorarse si por cualquier circunstancia, cuando se la entregaron no pudo reconocerla o no pudo dar su conformidad...”*.

cuyo caso sí coincidirían la entrega y la recepción<sup>1673</sup>. Lo que ocurre es que para que se produzca la recepción tácita prevista en su art. 6.4 será necesaria la comunicación de terminación.

Descartado el supuesto anterior, procedamos a analizar la operativa y requisitos de tal comunicación de terminación de la obra.

En primer lugar, el art. 6.4 no determina el sujeto obligado a tal comunicación, aunque apreciamos que la LOE está pensando en el constructor, como por lo demás es natural, al ser el agente que en sentido estricto la termina y el primer interesado en que se inicie el plazo para la producción de la recepción tácita. De ahí que se haya visto esta notificación como una auténtica obligación del constructor<sup>1674</sup>, aunque también ante el silencio de la norma, la posibilidad de que la efectúe la dirección facultativa<sup>1675</sup>.

El art. 6.4 exige la forma escrita a tal comunicación, y en tal sentido para evitar ulteriores problemas es aconsejable que se realice fehacientemente mediante algunos medios que presentan mayor eficacia y seguridad<sup>1676</sup>.

---

<sup>1673</sup> Es más, nosotros creemos que si la relación entre promotor y constructor es fluida, en el sentido de que durante la ejecución de la obra no se han puesto de manifiesto problemas, no se realizará tal comunicación.

<sup>1674</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 560.

<sup>1675</sup> MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, pp. 53-54, señalan que no está claro quién es el agente que debe realizarla, y que podría pensarse que es el constructor, como agente interesado, pero que puede hacerla también la dirección facultativa. En el mismo sentido, VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 135, considera que la hará el constructor, o en su defecto, la dirección facultativa.

<sup>1676</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, pp. 135-136, quien se refiere particularmente a la vía notarial o al acto de conciliación; XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, p. 53, aconsejan que se realice fehacientemente; al igual que CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 559; SÁNCHEZ-CÍA, o.c. nota 258, p. 47, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 432. Además de los medios referidos, en nuestra opinión es suficiente con una comunicación postal que acredite el contenido de la comunicación, tal como un burofax.

Por otro lado, no se exige expresamente por el precepto que se acompañe a dicha notificación el certificado final de obra<sup>1677</sup>. Sin embargo, nosotros apreciamos que se desprende del art. 6.4 la obligación de adjuntarlo puesto que el precepto enlaza la fecha de terminación a la del certificado final de obra al utilizar el término “acreditada”, de lo que se deriva que debe el constructor acreditar la terminación mediante dicho certificado. No obstante, en caso de que no se adjunte el certificado o no pueda adjuntarse por no disponerse de él, consideramos que el constructor podrá probar por otros medios su conocimiento por parte del promotor<sup>1678</sup>, sobre lo que incidiremos en unas líneas.

Resulta criticable que la ley no diga nada sobre el plazo en el que se ha de comunicar la terminación porque de ello depende el inicio de los plazos de garantía, ante lo que se concluye que debe realizarse tan pronto como el contratista tenga conocimiento de la suscripción del certificado final de obra<sup>1679</sup>.

---

<sup>1677</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 377, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 556.

Es más, aunque la LOE prevea en su art. 6.4 la emisión del certificado final de obra como paso previo a la verificación y recepción, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 229-230, considera que en la práctica el certificado final de obra no precederá a la recepción. La autora, partiendo de que de la veracidad y exactitud de aquél el art. 17.7 de la LOE les hace responsables y de los efectos que conlleva la formulación de reservas en cuanto a la no entrada en vigor del seguro, considera que los técnicos se convertirán de facto en los responsables del incumplimiento del contratista frente al promotor. De ahí que sostenga que en la práctica exigirán la intervención en el acta de recepción aportando entonces el certificado final de obra.

<sup>1678</sup> Como por ejemplo por haberlo presentado en el Ayuntamiento correspondiente para realizar trámites administrativos, tales como la obtención de la cédula de habitabilidad.

<sup>1679</sup> MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 1589, p. 128, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 555-556 y 560. También echan en falta la previsión de un plazo para comunicar la terminación de la obra, MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, pp. 53-54, quienes que con ello se pone en manos de los agentes de la edificación el inicio del proceso de recepción de la obra, cuyo retraso puede suponer perjuicios para los usuarios finales. También reprochan la falta de previsión legal ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 55, ante lo cual habrá que estar al principio de buena fe, según la autora; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 202, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 136.

En la llamada jurisprudencia menor han recaído pronunciamientos que consideran que sin tal comunicación, aunque la obra esté terminada, no se producirá la recepción tácita<sup>1680</sup>. No obstante, ello no quita que pueda no existir la comunicación pero que se estime recepcionada tácitamente la obra porque el promotor disponga del certificado final de obra y lo haya aportado a un registro público, como fue el caso de la STS de 5 de diciembre de 2012<sup>1681</sup>.

Además, es posible que se pacte que el certificado final de obra equivalga a su recepción, pacto frecuente en la práctica y que se contempla en el segundo párrafo del art. 1.598 CC que permite la aprobación de la obra realizada un tercero<sup>1682</sup>.

Sin embargo, esto no se compadece con que la LOE regule la recepción para dar firmeza a los plazos de garantía, de ahí que apreciemos

---

En cambio, para XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, pp. 53-54, lo querido por el legislador, aunque reconociendo que no es seguro, es que el constructor curse la notificación dentro de los treinta días siguientes a la terminación, tras lo cual el promotor, una vez recibida la obra, tendrá otros treinta días para su recepción.

<sup>1680</sup> Cfr. SAP de Asturias de 27 junio de 2012 (JUR 244135), ya comentada en nota 1571, y que declaró: *“En el caso no consta ni que se haya producido la recepción documentada en fecha anterior al precitado y analizado documento, ni tampoco que por el constructor se haya desarrollado la conducta a la que la ley apareja el supuesto de recepción tácita, esto es, la comunicación al comitente de la terminación de la obra y emisión del certificado final de obra y tal conducta omisiva sólo puede perjudicar a la parte a la que obliga. En todo caso, es evidente, y así resulta del tenor de la Ley que la sola emisión del certificado final de obra no determina la recepción tácita de la obra si no va acompañada de la comunicación al promotor en tal sentido y la actitud posterior silente del comitente”*.

También puede verse la SAP de Castellón de 1 julio de 2010 (JUR 345719) que no consideró producida la recepción tácita prevista en la LOE porque no constaba la fecha de comunicación de la terminación de la obra.

<sup>1681</sup> Comentada en epígrafe 2.2.3.

<sup>1682</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 377, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 556 y 567.

Dicho pacto no constituye una cláusula de sometimiento a arbitraje, sino que está sujeta la aprobación a la valoración judicial de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero de dicho artículo. Cfr. STS de 22 de julio de 1995 (RJ 5598). En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 377; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 567; Díez-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 387.



que en tal caso también sea conveniente suscribir un acta de recepción a partir de la cual se computen los plazos de garantía<sup>1683</sup>.

### 6.2.3 La verificación de la obra

De acuerdo con el orden normal del proceso de recepción, tras la comunicación de la terminación de la obra el comitente procederá a su verificación, que consiste en el examen de la obra entregada con la finalidad de determinar o comprobar si se ha realizado conforme a lo convenido<sup>1684</sup>.

La LOE no alude expresamente a esta fase de la recepción, pero la presupone porque regula en su art. 6 la aprobación de la obra, su rechazo y la formulación de reservas<sup>1685</sup>, y además como veremos seguidamente establece un plazo para ella.

Tradicionalmente la verificación no ha sido vista como una obligación, sino una facultad del promotor<sup>1686</sup>. Este enfoque lo apreciamos latente en

---

<sup>1683</sup> Véase tal razón en punto segundo de la Exposición de Motivos. Además, ya hemos expuesto que en la práctica aseguradora, para las edificaciones a las que son exigibles los seguros previstos en la LOE, las compañías imponen la suscripción del acta de recepción para dar fijeza al inicio de los plazos de cobertura. Véase epígrafe 2.2.3, p. 448.

<sup>1684</sup> En tal sentido pueden verse las definiciones de MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 138; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.115; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 218; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 377. En términos análogos, LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184, la define como “*el examen de la cosa... para comprobar que es de recibo*”. En parecido sentido, las SSTs de 20 de octubre de 1989 (RJ 6941) y 25 de junio de 1970 (RJ 3759), la definen como un previo reconocimiento técnico para comprobar su terminación, su identidad con el proyecto que la define y su correcto estado.

<sup>1685</sup> SAN SEGUNDO MANUEL, o.c. nota 19, p. 39. En análogo sentido, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 424, observan que del art. 6.1 de la LOE se infiere que la verificación es previa a la aceptación de la obra.

<sup>1686</sup> Entre otros, SÁNCHEZ CALERO, o.c. nota 1, pp. 31 y 33; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 518, quien además se refiere al art. 1.665 del Código civil italiano que dispone que el comitente, antes de recibir la entrega, tiene derecho a verificar la obra ejecutada. También destaca que es una facultad, Díez-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 386. SAN SEGUNDO MANUEL, o.c. nota 19, pp. 31 y 41, la califica como derecho renunciable expresa o tácitamente.

la LOE al contemplar en su art. 9.2 como obligación del promotor la recepción, pero no la verificación, y al establecer en su art. 6.4 un supuesto de recepción tácita que bien puede darse en el caso de que el promotor no sólo no haya manifestado reservas en el plazo previsto para ello, sino también en caso de que no haya verificado la obra<sup>1687</sup>.

Aunque la LOE no se refiere expresamente a la verificación, establece un plazo para que el promotor proceda a ella, que será, salvo que se haya pactado otro diferente, el de los treinta días previstos en su art. 6.4 para que se produzca la recepción tácita<sup>1688</sup>. Aunque resulta plausible la fijación legal de un plazo para la verificación al poner fin al problema de su demora injustificada<sup>1689</sup>, su escasa duración [máxime al ser un plazo civil con inclusión de los días inhábiles de su cómputo (art. 5.2 CC)<sup>1690</sup>] que procede de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas,

---

En esta línea, destaca CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 518, que la verificación de la obra es *“lo prudente, lo lógico y lo más usual en la práctica”*, y que el único interés del contratista reside en que la obra construida sea aprobada, haya o no sido verificada. En parecido sentido, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 423.

<sup>1687</sup> En referencia en particular a la LOE, considera que la verificación es una facultad del promotor, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 557.

<sup>1688</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 229; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 435; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 557; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 75; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 201; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 136; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 152; MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 221; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 377.

En el mismo sentido la STS de 5 de diciembre de 2011 (RJ 2012/29) señala: *“Ciertamente, este derecho del dueño de la obra no dura indefinidamente, sino que tiene que ejercitarlo dentro de los treinta días para evitar que la recepción se produzca y el momento de la recepción funcione como punto de partida de las garantías establecidas por la ley”*.

<sup>1689</sup> SAN SEGUNDO MANUEL, o.c. nota 19, p. 41.

<sup>1690</sup> Sobre este cómputo pueden verse GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 257; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 560; MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 54; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 437 (nota 55); ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, pp. 51-52; VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 136, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 203 (nota 281).

hace que se considere acertada la posibilidad de pactarse uno diferente<sup>1691</sup>.

El plazo para la verificación de la obra se computará desde que el promotor reciba la notificación de su terminación porque de lo contrario se podría operar la recepción tácita sin que tenga conocimiento de aquella<sup>1692</sup>, por lo que tal notificación tiene naturaleza recepticia<sup>1693</sup>.

En cuanto al desarrollo de las operaciones de verificación, obviamente el promotor puede recabar el correspondiente asesoramiento técnico<sup>1694</sup>,

---

<sup>1691</sup> La escasa duración de este plazo y su inspiración se puso de manifiesto en enmienda núm. 24 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999) y en la enmienda núm. 23 del mismo grupo presentada en el Senado (BOCG núm. 148 (d), de 21 de septiembre de 1999) que propusieron su sustitución por el de sesenta días. Como justificación se señalaba que se ha acogido el mismo plazo previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con las que la comparación no puede producirse en tanto que están dotadas habitualmente de mayores medios técnicos.

Destacan la insuficiencia del plazo, su inspiración en la aludida legislación y la conveniencia de pactarse uno superior, GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.711; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 218-219, quien se apoya en los mayores medios técnicos de la Administración. Igualmente tiene favorable acogida la posibilidad de pacto, por la brevedad del plazo legal, para CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 563; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 75-76, y VILLÁGOMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 136, quien propone incluso un fraccionamiento del plazo mediante el establecimiento de un plazo para notificar la terminación y otro para aceptar.

<sup>1692</sup> En tal sentido, MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 113, pp. 91-92; o.c. nota 1589, p. 128; XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, p. 53; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 558, siguiendo a Martínez Mas. También se refiere al cómputo desde la notificación CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, pp. 437-438.

<sup>1693</sup> En tal sentido XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, p. 53; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 559. También se refiere a la necesidad de que llegue a conocimiento del promotor, VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 136.

<sup>1694</sup> En tal sentido pueden verse, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 557; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 218; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 377, y SAN SEGUNDO MANUEL, o.c. nota 19, p. 35. Es más, como señalan DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 425, en la práctica lo usual es que la realice el director de la obra en su condición de asesor técnico del promotor.

y por otro lado desempeñarán cierto papel las entidades de control de calidad de la edificación referidas en el art. 14 de la LOE <sup>1695</sup>.

Por lo que se refiere al contenido de la verificación, aunque la definición que hemos señalado al inicio de este epígrafe apunta a la conformidad con lo convenido, la verificación no se limita al análisis de conformidad con lo pactado especialmente en el contrato, ya que el art. 1.258 CC integra en éste a la *lex artis* <sup>1696</sup>.

Más concretamente, hay que tener en cuenta el art. 7.4 del CTE que establece un control interno de la obra terminada <sup>1697</sup>, y el art. 7.1.4 que lógicamente impone otros controles a realizar por la dirección facultativa durante el desarrollo de la obra, tanto relativos a la recepción en obra de materiales, como a la ejecución propiamente dicha <sup>1698</sup>.

Lo anterior se encuentra en línea con lo observado por algunos autores acerca de que la verificación de la obra no impide su verificación en curso de ejecución para comprobar que los trabajos se desenvuelven según el contrato y la *lex artis* <sup>1699</sup>, facultad esta que recogía el art. 1.596 CC del

---

<sup>1695</sup> Véase p. 464, donde vimos que se destacaba que las compañías aseguradoras exigirán para la entrada en vigor de los seguros que el informe favorable de las mismas sea unido al acta de recepción o, al menos, que ese informe conlleve la obligación de recibir la obra.

<sup>1696</sup> Añaden a lo pactado, la *lex artis* como patrón de comprobación, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 518; SAN SEGUNDO MANUEL, o.c. nota 19, pp. 26-29; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 665; MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 22, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 423.

Al respecto nos remitimos a los epígrafes 1 de capítulo I y 1.1.2 de capítulo III en los que vimos los efectos del art. 1.258 CC.

<sup>1697</sup> Que abarca no sólo el edificio en su conjunto, sino también sus diferentes partes y sus instalaciones, parcial o totalmente terminadas, debiendo realizarse las comprobaciones y pruebas de servicio previstas en el proyecto y ordenadas por la dirección de la obra y las exigidas por la legislación aplicable.

<sup>1698</sup> Señala dicho precepto: “Durante la construcción de las obras el director de obra y el director de la ejecución de la obra realizarán, según sus respectivas competencias, los controles siguientes: a) control de recepción en obra de los productos, equipos y sistemas que se suministren a las obras de acuerdo con el artículo 7.2; b) control de ejecución de la obra de acuerdo con el artículo 7.3; y c) control de la obra terminada de acuerdo con el artículo 7.4”.

<sup>1699</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 520-521. DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 382, también se pronuncia sobre la procedencia de dicha verificación de obra en

Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994, y que también contempla el anteproyecto de Ley del Código mercantil<sup>1700</sup>.

#### 6.2.4 Aprobación y recepción de la obra. El acta de recepción

Tras la verificación de la obra vendrá su aprobación que es el acto o manifestación en el que el comitente reconoce que la obra ha sido ejecuta correctamente<sup>1701</sup>.

Dicha aprobación implica la obligación de aceptar o recepcionar la obra<sup>1702</sup>, no obstante lo cual no tienen porqué producirse separadamente y en actos expresos<sup>1703</sup>. Efectivamente, la LOE prevé la recepción tácita, y además no regula la aprobación como un acto separado de la recepción,

---

curso. Así, SAN SEGUNDO MANUEL, o.c. nota 19, p. 27, señala que la verificación es *“un proceso continuo a lo largo de toda la ejecución de la obra”*.

Esta autora considera que la verificación final de la obra es el resultado de todas las verificaciones parciales realizadas, y que a menudo es un mero requisito formal porque si no se ha controlado la ejecución de la obra paso a paso no puede verificarse realmente el resultado por encontrarse oculta la mayor parte o la totalidad de la obra. No obstante lo anterior, como apunta DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, pp. 382-383, dichas verificaciones parciales no sustituyen al examen final, de suerte que el silencio en las mismas no conlleva conformidad con lo ejecutado, salvo que se trate de obras que se ejecuten según lo estipulado por partes y sean revisadas también por partes, en clara alusión, entendemos, a las recepciones parciales.

<sup>1700</sup> Cfr. arts. 522-2 y 523-1.

<sup>1701</sup> Cfr. SSTs de 14 de octubre de 1968 (RJ 4386) (aunque realmente esta sentencia cuando nos da dicho concepto se refiere a la recepción, no a la aprobación), y de 20 de octubre de 1989 (RJ 6941) que cita a la anterior.

En el mismo sentido en cuanto a la definición de la aprobación, pueden verse CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 377; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 563, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 426. En análogo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 138, señala que se produce *“una vez verificada, por entender que se ha realizado correctamente”*. También CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 435, que se refiere a la aprobación cuando la obra se encuentra conforme con el contrato y la *lex artis*. LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184, la define como el momento *“en el cual el comitente declara que, verdaderamente, la obra se conforma a las reglas del arte y corresponde sustancialmente con lo convenido”*.

<sup>1702</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 218; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 563; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.115; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 665, y MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 221.

<sup>1703</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 219.

sino que su art. 6.1 contempla a ésta como el acto por el que se hace entrega de la obra al promotor y es aceptada por éste.

En caso de que el promotor recepcione la obra expresamente, el art. 6.2 impone que se consigne en un acta de recepción suscrita, al menos, por él y el constructor, y que se haga constar en ella el contenido previsto en los diferentes apartados de dicho precepto<sup>1704</sup>. La finalidad de esta exigencia formal es la necesidad de dar certeza al comienzo de los plazos de responsabilidad establecidos en la ley<sup>1705</sup>, y en relación con ello, aunque no se exija expresamente, ha de ser fechada<sup>1706</sup>.

En cuanto al contenido del acta de recepción, el art. 6.2 se refiere a las reservas de la obra<sup>1707</sup>, las garantías para asegurar las responsabilidades, el certificado final de obra, y al coste final de su ejecución material, cuya expresión en el acta obedece a que se toma como base por el art. 19.5 para fijar el importe mínimo del capital asegurado de los distintos seguros mediante la aplicación de unos porcentajes. En este punto la LOE parte de la premisa de que ha habido acuerdo en la liquidación de la obra, pero el desacuerdo en tal extremo no debe impedir la recepción que podrá hacerse sin especificación del coste<sup>1708</sup>.

---

<sup>1704</sup> “a. Las partes que intervienen. b. La fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma. c. El coste final de la ejecución material de la obra. d. La declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción. e. Las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades”.

<sup>1705</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 435; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 570, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 432. Sobre la regulación de la recepción de obra con tal propósito véase punto dos de la Exposición de Motivos.

<sup>1706</sup> Véase epígrafe 2.2.1.1.

<sup>1707</sup> Véase epígrafe 6.4.

<sup>1708</sup> Esta es la solución que ofrece MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 113, pp. 90-91; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 579-580, también se refiere a lo anterior como motivo de desacuerdo, como BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 202 (nota 280) pero señala que provocará muchas recepciones tácitas.

Como también exige el referido precepto, constará en el acta de recepción la fecha de finalización de la obra y se adjuntará el certificado final que debe ser visado<sup>1709</sup>, cuyo modelo normalizado se encuentra regulado por la Orden del Ministerio de la Vivienda de 28 de enero de 1972<sup>1710</sup>, y que también es contemplado por el CTE<sup>1711</sup>.

En cuanto a las partes del acta de recepción, el art. 6.2 se refiere a su suscripción, al menos, por el promotor y el constructor, por ser las partes del contrato de obra, entregando uno y recibiendo otro<sup>1712</sup>, y en este sentido se establece la obligación de su suscripción en los arts. 9.2 c) y 11.2 f). Por ello no existe obstáculo a que también la dirección facultativa suscriba el acta lo que resulta conveniente, e incluso hubiera sido plausible que la LOE lo obligara en atención a sus funciones<sup>1713</sup>.

---

<sup>1709</sup> Cfr. art. 2 b) del Real Decreto 100/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio (BOE de 6 de agosto de 2010).

<sup>1710</sup> Por la que se regula el Certificado Final de la Dirección de Obras de Edificación. BOE de 10 de febrero de 1972.

<sup>1711</sup> Concretamente en el apartado 3 del Anejo II referido a la documentación de la obra ejecutada, que exige a su vez que al mismo se adjunten otros documentos. Dispone tal apartado: *"1 En el certificado final de obra, el director de la ejecución de la obra certificará haber dirigido la ejecución material de las obras y controlado cuantitativa y cualitativamente la construcción y la calidad de lo edificado de acuerdo con el proyecto, la documentación técnica que lo desarrolla y las normas de la buena construcción. 2 El director de la obra certificará que la edificación ha sido realizada bajo su dirección, de conformidad con el proyecto objeto de licencia y la documentación técnica que lo complementa, hallándose dispuesta para su adecuada utilización con arreglo a las instrucciones de uso y mantenimiento. 3 Al certificado final de obra se le unirán como anejos los siguientes documentos: a) descripción de las modificaciones que, con la conformidad del promotor, se hubiesen introducido durante la obra, haciendo constar su compatibilidad con las condiciones de la licencia; y b) relación de los controles realizados durante la ejecución de la obra y sus resultados"*.

<sup>1712</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 437, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 571.

<sup>1713</sup> Concretamente atendiendo a los arts. 12 y 13 que imponen a la dirección facultativa las obligaciones de vigilar y controlar la ejecución de la obra denunciando los defectos que se aprecien en la verificación de la misma. En tal sentido, MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 1450, p. 70, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 571. También parecen verlo conveniente, LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.623, y JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.442. Y es que como apuntan MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 53, resulta útil en la tarea de formular reservas y el plazo de subsanación, como para evitar rechazos injustificados por parte del promotor.

Además, hay que tener en cuenta que en la práctica en las pólizas las compañías aseguradoras exigen que el acta esté firmada por la Oficina de control designada por ellas<sup>1714</sup>.

Por último, en la necesidad de constancia por escrito del acta se aprecia un contraste con el carácter antiformalista que tradicionalmente ha tenido la recepción, y la inspiración en la normativa de contratos administrativos de obra que exigen la constancia formal de la recepción<sup>1715</sup>. No obstante, no se requiere solemnidad alguna por lo que se puede extender en documento privado, aunque resulta conveniente la forma pública a fin de dar certeza a su fecha<sup>1716</sup>.

### 6.3 El rechazo de la obra por parte del promotor

Como se deduce del art. 6 de la LOE, ante la entrega de la obra por el constructor, caben tres actitudes del comitente o promotor: recibir la obra sin reservas, con reservas, y rechazarla<sup>1717</sup>. En el presente epígrafe y en el siguiente nos centraremos en el régimen del rechazo de la obra y de la formulación de reservas, y a continuación de ellos las repercusiones que, en materia de responsabilidad de los agentes, tendrá la no formulación de reservas por parte del promotor.

Dicho esto, el art. 6.3 de la LOE especifica los supuestos que autorizan al promotor a rechazar la obra al señalar que podrá hacerlo si considera que no está terminada o no se ajusta a las condiciones contractuales.

Para que el promotor rechace la obra el referido precepto le impone que lo motive por escrito en el acta, y que en ella se fije el nuevo plazo

---

<sup>1714</sup> JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 66; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 572; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 76; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 201 (nota 278); GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 236, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 433.

<sup>1715</sup> Véase p. 446, y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 216.

<sup>1716</sup> JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 66; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 570; GARCÍA MAS, o.c. nota 283, p. 656; ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 59, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 207.

<sup>1717</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 184, y ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 57-59.



para la recepción, de lo que resulta la imperatividad de la especificación de las causas que justifican el rechazo, y la concesión de otra oportunidad cumplidora al constructor y, por tanto, la confianza de la LOE en su profesionalidad<sup>1718</sup>. Ahora bien, debe admitirse que la motivación del rechazo se realice mediante un documento unilateral del promotor que pueda llegar a conocimiento del constructor antes de que transcurra el plazo previsto para la recepción tácita, lo que será de gran utilidad para el promotor en las situaciones en que no exista acuerdo con el constructor<sup>1719</sup>. Lógicamente, en caso de que el constructor discrepe del rechazo de la obra por considerar que no está justificado, habrá de acudir a los tribunales<sup>1720</sup>.

La obra rechazada, en caso de ser un edificio destinado principalmente a vivienda, difícilmente se pondrá a la venta porque no dispondrá del seguro obligatorio con todo lo que ello acarrea registral y bancariamente<sup>1721</sup>. No obstante, si se trata de un edificio para el que no se exige seguro, o a pesar de exigirse es puesta en el mercado, consideramos que se debe entender producida tácitamente la recepción

---

<sup>1718</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 619-620, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 135.

<sup>1719</sup> Admite tal posibilidad, ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 54.

En cuanto a la utilidad de lo sostenido, cabe pensar en que el constructor se niegue a firmar el acta en la que se plasme el rechazo, y al promotor interesará que no se produzca la recepción tácita. Esta posibilidad parece contemplarse en el inciso final del art. 6.4 al situar al mismo nivel la formulación de reservas y el rechazo como medios para impedir la recepción tácita, sin limitar el rechazo a su plasmación en acta, como hace el anterior apartado, ya que señala sin más que sea motivado por escrito.

<sup>1720</sup> En tal sentido GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 258, señalando además que en este caso se hará constar el parecer del constructor en el acta. También CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 620, señalando que ocurrirá lo mismo que en el Derecho francés, donde el art. 1.792-6 del Code admite que si la recepción no es amistosa se acuda a los tribunales. Sobre la necesidad de acudir en tal caso a los tribunales, también puede verse VALLS LLORET, o.c. nota 448, p. 27.

<sup>1721</sup> Véase nota 1597 sobre las consecuencias de no disponer de seguro decenal aquellos edificios a los que se les exige obligatoriamente de acuerdo con la disposición adicional segunda de la LOE.

de la obra<sup>1722</sup> a los efectos de proteger a los adquirentes por medio de las acciones de la LOE.

Por otro lado, el rechazo de la obra es una facultad del promotor según el tenor del art. 6.3, por lo que en vez de rechazar la obra, puede realizar reservas a su recepción<sup>1723</sup>, lo que no lesiona intereses de los adquirentes porque la formulación de reservas también conlleva la obligación del constructor de subsanarlas de acuerdo con el art. 6.2 d). Sin embargo, hemos visto que la formulación de reservas no está incentivada por la LOE, fundamentalmente porque conlleva la posposición del inicio de los plazos de garantía y que sólo responda el promotor en su condición de vendedor hasta la subsanación de aquéllas<sup>1724</sup>.

Expuesto lo anterior, el art. 6.3 autoriza al promotor a rechazar la obra ante su falta de terminación o su inadecuación a las condiciones contractuales, con lo que se adopta la jurisprudencia que permite al comitente negarse a recibir la obra por no estar terminada<sup>1725</sup>.

La falta de terminación de la obra se ha criticado por gran número de autores con fundamento en que el certificado final que declara que está

---

<sup>1722</sup> Para estos supuestos de recepción tácita véase epígrafe 2.2.3.

<sup>1723</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 131, y COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 602.

<sup>1724</sup> Véase epígrafe 2.2.1.3, pp. 454 y ss.

Igualmente será difícil que se dé tal supuesto para MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 151, autora que hemos visto (véase pp. 450-451) considera que en caso de formulación de reservas los plazos se inician sin necesidad de subsanación. Se fundamenta en que habida cuenta de la responsabilidad solidaria del promotor en todo caso (art. 17.3), hay mayores incentivos para rechazar las obras que para recibirlas con reservas, aunque lo primero retarde el inicio de los plazos de garantía, porque ello tendrá posiblemente una menor repercusión que las derivadas de su obligación de responder de los defectos constructivos graves que autorizan el rechazo.

<sup>1725</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 233-234, quien cita las SSTs de 14 de octubre de 1968 (RJ 4386) y de 16 de junio de 1994 (RJ 4927).

Sin embargo, en el anteproyecto de Ley del Código mercantil echamos en falta una mayor delimitación de los supuestos que autorizan el remedio excepcional del rechazo de la obra, porque en este punto se limita la norma a referirse a la falta de conformidad de la obra con el contrato, la cual también autoriza a la formulación de reservas (cfr. art. 523-5, párrafos primero y segundo).

terminada existirá antes de su rechazo<sup>1726</sup>. Además, en este sentido conviene recordar que de acuerdo con el art. 6.4 el proceso de recepción se inicia con la comunicación de la terminación por parte del constructor al promotor, acreditada con el certificado final de obra. Por lo anterior, algunos autores defienden que sólo cabrá el rechazo en caso de que no se adecúe la obra a las condiciones contractuales<sup>1727</sup>.

Sin embargo, otros admiten la posibilidad del rechazo de la obra por su falta de terminación, en lo que observamos que late una posible falta de veracidad del certificado final de obra, con lo que coincidimos como producto humano que es<sup>1728</sup>. Además, también puede argumentarse que

---

<sup>1726</sup> XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, p. 54, para quienes este supuesto constituye *“un contrasentido que rompe la lógica del sistema legal”*, señalando expresamente *“...esta posibilidad de desautorización frontal de una actuación facultativa básica, expresada en su forma más exigente, que es la certificación, y que además se hace conectar con el régimen legal de responsabilidades, resulta sencillamente inexplicable”*. Igualmente se critica por PORTO REY, o.c. nota 391, p. 70, porque le sorprende que el promotor pueda rechazar la obra cuando el art. 6.2 de la LOE exige que se adjunte al acta el certificado final de obra; MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, pp. 52-53, quienes resaltan que los técnicos que suscriben ese certificado final de obra son contratados por el propio promotor, con lo que es más criticable cuando actúa el mismo sin otra asistencia técnica; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 438, puesto que el rechazo es posterior al certificado final de obra; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 434, siguiendo a Ximénez de Sandoval y Santana Arozena, y a Porto Rey puesto que para ellos no tiene ninguna lógica que se diga que el promotor puede rechazar la obra en el acta de recepción cuando el art. 6 de la LOE exige que se adjunte al acta el certificado final de obra.

<sup>1727</sup> XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, p. 57; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 438; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 202. En parecido sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 151, aprecia que en la práctica si existe certificado final sólo cabrá el rechazo de obra por falta a las condiciones contractuales, señalando que incluso en caso de retraso en la ejecución de la obra, en que se adelantará el certificado final de obras para realizar trámites administrativos, no tendría sentido el rechazo de la obra por su falta de terminación.

<sup>1728</sup> Así no se plantea la crítica GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 258, desde el momento en que expresa que en caso de rechazo se hará *“...constar las circunstancias que concurren para estimar que no es correcto el certificado final de obra...”* y es que para el autor puede rechazar la obra el promotor si no responde a la realidad (o.c. nota 274, p. 301). Igualmente SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 209, permiten el rechazo también por falta de terminación de la obra. Así, cuando se refieren al certificado final de obra, parecen pensar en la posibilidad de que no sea veraz, al señalar: *“Su expedición incondicional no hace sino avalar la correcta ejecución de las medidas relacionadas con el proyecto,*

no resulta criticable este supuesto de rechazo porque supone que las consecuencias del cumplimiento del contrato se centren en la recepción de la obra por el promotor<sup>1729</sup>. Al margen de ello, consideramos que cuando el art. 6.2 presupone antes de la recepción la emisión del certificado final de obra al señalar que se adjuntará al acta, está pensando en el supuesto normal en que no haya conflicto entre las partes, o se limite a reservas, pero no en un supuesto de rechazo<sup>1730</sup>. Además, en el supuesto en que exista conflicto entre las partes por no considerar terminada la obra el promotor, aventuramos que éste intentará evitar la suscripción del certificado final de obra por los técnicos. Y por último, hemos visto que precisamente por las repercusiones que tendrá para los técnicos la emisión de un certificado final de obra no veraz, alguna autora sostiene que no se aportará hasta el acta de recepción<sup>1731</sup>.

En cuanto a la falta de las condiciones contractuales como motivo de rechazo de la obra, este supuesto no ha recibido las críticas del anterior. En este supuesto no entraría únicamente el clausulado del contrato de obra porque dentro de la expresión no se adecue a las condiciones contractuales cabe incluir que la obra padezca defectos de construcción graves que la hagan impropia para la finalidad perseguida; que la obra realizada sea distinta a la pactada (*aliud pro alio*), existiendo, por tanto, inhabilidad del objeto; y que la obra realizada sea cualitativa o cuantitativamente diferente a la pactada<sup>1732</sup>. Y es que en definitiva este

---

*la dirección y vigilancia o inspección, haciéndoles responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento (art. 17.7)”.*

<sup>1729</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 623.

<sup>1730</sup> Obsérvese que es en el apartado segundo del art. 6 donde la LOE señala el contenido del acta de recepción (no de rechazo) cuando contempla que se adjuntará el certificado final de obra, sobre el que nada se dice en el apartado tercero dedicado al rechazo de la obra. Por ello discrepamos del argumento de DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (véase nota 1726).

<sup>1731</sup> Véase nota 1677, GONZÁLEZ CARRASCO.

<sup>1732</sup> MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 1589, p. 132, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 618.

incumplimiento de las condiciones contractuales, de acuerdo con el art. 1.258 CC, también abarca a la *lex artis* cuya vulneración en caso de vicios graves justificará el rechazo de la obra<sup>1733</sup>.

De lo dicho se desprende el contenido negativo del supuesto del rechazo de la obra, puesto que no basta con cualquier incumplimiento contractual al ser contrario a la buena fe (art. 1.258 CC) rechazar la obra ante defectos menores<sup>1734</sup>, máxime cuando la LOE admite la recepción con reservas<sup>1735</sup>.

Concretamente, no cabe el rechazo de la obra por defectos de terminación o acabado previstos en el art. 17.1 de la LOE<sup>1736</sup>. En cuanto a los defectos objeto de la responsabilidad trienal, se ha señalado que en determinados casos procederá la formulación de reservas y no el rechazo<sup>1737</sup>, con lo que entendemos se hace alusión a los efectos de dichos vicios que pueden según su gravedad justificar o no el rechazo de la obra<sup>1738</sup>. Con carácter general, en dichos supuestos de defectos menores el Tribunal Supremo señala que el comitente no puede considerar incumplido el contrato de obra porque tales defectos no la hacen impropia para satisfacer su interés<sup>1739</sup>.

---

En cambio DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 434, parecen limitarse al clausulado contractual, al aludir como ejemplos de no ajustarse a las condiciones contractuales, el coste y plazos.

<sup>1733</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 58-59, sostiene que también cabe el rechazo ante vicios de gran importancia ya que, finalmente, la falta a la "*Lex Artis, es un supuesto de incumplimiento contractual, "ex" art. 1258 CC...*".

<sup>1734</sup> Cfr. SSTs de 7 de octubre de 1986 (RJ 5330) y de 19 de febrero de 2009 (RJ 1502). CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 522 y 619; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 377, y RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.116.

<sup>1735</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 619.

<sup>1736</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.712 (nota 53); CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 618-619.

<sup>1737</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 236.

<sup>1738</sup> V.g. el promotor no podrá rechazar la obra ante unas humedades aisladas en el edificio.

<sup>1739</sup> Cfr. STS de 13 mayo 1985 (RJ 2388) recaída sobre un contrato de construcción de máquina, y que en referencia a la excepción de contrato no cumplido opuesta por

#### 6.4 La formulación de reservas por parte del promotor a la recepción de la obra

Según el art. 6.1 de la LOE, el promotor puede recepcionar la obra sin reservas o con ellas, a pesar de lo cual habrá una auténtica recepción, aunque con efectos jurídicos diversos de los que derivan de la recepción sin reservas<sup>1740</sup>.

La LOE guarda silencio acerca de cuáles son los motivos que autorizan al promotor a formular reservas. Un amplio grupo de autores defiende como contenido de las reservas los defectos de terminación o acabado<sup>1741</sup>. Sin embargo, nosotros sostenemos que pueden ser objeto de reservas también los de defectos habitabilidad y estructurales puesto que la LOE no hace distinción en cuanto a los defectos objeto de reservas<sup>1742</sup>, y

---

el comitente a la reclamación del precio, señaló: *“si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo cual realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio -Sentencias 21 noviembre 1971 ( RJ 1971\4974 ), 17 enero 1975 ( RJ 1975\18 ) y 15 marzo y 3 octubre 1979 ( RJ 1979\871 y RJ 1979\3236 )”*.

En análogo sentido, pueden verse las SSTS de 8 de junio de 1996 (RJ 4831) y de 12 de junio 1998 (RJ 4130).

<sup>1740</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 585. Al respecto nos remitimos al epígrafe 2.2.1.3 en el que realizamos el estudio del inicio de los plazos de garantía en el caso de la recepción con reservas.

<sup>1741</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.711-2.713 y 2.725. Ve este autor en ello una aplicación analógica de los arts. 1.484 y ss. CC que permiten al comprador desistir del contrato en caso de defectos que hagan impropia la cosa para su destino, o que disminuyan de tal modo su valor que, de haberlos conocido, no la hubiera adquirido, o hubiera dado menos por ella. Además, señala que hubiera sido conveniente haberse limitado *ex lege* las reservas a ellos. También MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 1450, p. 71, y o.c. nota 1589, p. 131, limita las reservas a los defectos de acabado. En sentido análogo, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 77, señala que parece que el legislador considera que las reservas son de poca importancia. También puede verse sobre opinión mayoritaria DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 437.

<sup>1742</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 591, quien se refiere a los arts. 6.2 d), 17.1 y 19.9 i). Tampoco limita las reservas a los defectos de terminación o acabado

hemos sostenido en el epígrafe anterior que los supuestos de rechazo de la obra pueden dar lugar también a la formulación de reservas.

No obstante, en el terreno práctico para los edificios destinados principalmente a vivienda no se realizarán reservas por defectos objeto de la responsabilidad decenal porque la exigencia de seguro decenal y la intervención de las oficinas de control de las entidades aseguradoras conllevará que éstas antes de la recepción pongan de manifiesto cualquier deficiencia para que se corrija y entre en vigor el seguro<sup>1743</sup>.

Por otro lado, de modo análogo a lo que hemos visto acontecía en el caso del rechazo de la obra, algunos autores son contrarios a que el promotor realice reservas a la recepción de orden técnico porque iría en contra del certificado final de obra suscrito por los técnicos<sup>1744</sup>. Lo anterior no es tan criticable en el caso de defectos de terminación o acabado, en atención a su carácter menor. Pero además, sostenemos con carácter general, como hicimos en el epígrafe anterior, que el certificado final de obra puede ser no veraz, que las consecuencias del cumplimiento del contrato se centran en la recepción de la obra por el promotor, y que debido a las consecuencias que tendrá para los técnicos un certificado no veraz, éstos no lo aportarán hasta el momento de la suscripción del acta de recepción.

---

VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 133. En la misma línea ya hemos visto que otros consideran que los defectos de terminación o acabado serán normalmente el objeto de las reservas, pero sin limitarlas a ellos (véase nota 1541, GONZÁLEZ CARRASCO) o como para defectos graves que justificarían el rechazo se admite la posibilidad de reserva de la obra (véase epígrafe anterior).

<sup>1743</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 151.

<sup>1744</sup> PORTO REY, o.c. nota 391, pp. 69-70, quien señala que de acuerdo con el art. 6 de la LOE la recepción tiene lugar una vez emitido el certificado final de obra y que esta emisión supone que la obra se ha terminado conforme al proyecto y las instrucciones de la dirección facultativa, y en suma que es correcta desde el punto de vista técnico, lo que supone que las reservas son de índole contractual (como coste, plazo, penalizaciones) pero no de índole técnica ni de la ejecución, señalando *“que el promotor no puede enmendar a la dirección facultativa por carecer de competencia material y de conocimientos técnicos...”*. En parecido sentido VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 133, sólo admite las reservas de índole técnica cuando el promotor tenga conocimientos técnicos o cuando se asesore por técnicos, sosteniendo que en los demás casos sólo tendrán como contenido el clausulado contractual.

Conviene reiterar que en caso de reservas que no tengan por objeto defectos constructivos cubiertos por la LOE sino otros incumplimientos contractuales no debe demorarse el inicio de los plazos de garantía y responsabilidad, ni tampoco excluirse de ellos los siniestros que tengan causa en estas reservas, dado que no tienen por objeto la cobertura de tales incumplimientos<sup>1745</sup>.

En cuanto a los requisitos de formulación de las reservas, de acuerdo con el art. 6.2 d) de la LOE deben especificarse de forma objetiva en el acta de recepción y expresarse el plazo en que deberán subsanarse, lo que merece un juicio positivo desde el punto de vista la regulación de los intereses de promotor y constructor<sup>1746</sup>. Lógicamente, en caso de que no haya acuerdo entre promotor y constructor sobre las reservas, no habrá otra solución que acudir al procedimiento judicial correspondiente<sup>1747</sup>.

En caso de que las reservas se formulen fuera del acta de recepción que de acuerdo con el art. 7 debe entregarse a los adquirentes como parte del Libro del Edificio, los adquirentes no se verán afectados por ellas, por lo que no les podrá oponer que, de acuerdo con los arts. 17.1 y 19.9 i) de la LOE, se encuentran excluidas del régimen de la responsabilidad y de la cobertura del seguro<sup>1748</sup>. Tampoco surtirán efecto frente a los compradores las reservas que formule la oficina de control de la

---

<sup>1745</sup> Véase p. 457.

<sup>1746</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 133, señala que se excluye toda interpretación subjetiva; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 588-589, que se trata de evitar que las reservas un mero pretexto del promotor para rehusar el pago del precio, o para que no se cubran los siniestros que tengan origen en ellas. En esta misma línea, ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 56, destaca que deben hacerse constar con toda precisión para que el constructor sepa a que atenerse a la hora de corregirlas.

<sup>1747</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 589, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, pp. 133-134.

<sup>1748</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 378, observan que el incumplimiento de los requisitos no generará consecuencias entre las partes del contrato que pueden haber formulado las reservas de otra forma, pero no así frente a los adquirentes, a los que no afectarán las reservas que no se hayan hecho constar en el acta de recepción. Así, señalan estos autores que a los propietarios no promotores no se les podrá oponer por el responsable o asegurador que el daño procede de un defecto reservado por el promotor en forma distinta a la prevista en el art. 6.2 d).



aseguradora y que no se hagan constar en el acta de recepción porque en tal caso aquéllos tampoco las conocerán al no llegar a formar parte del Libro del Edificio<sup>1749</sup>. Y por lo mismo en caso de que se realice una recepción con reservas tras haberse producido la recepción tácita, aquéllas no serán oponibles frente al adquirente<sup>1750</sup>.

En cuanto al plazo de subsanación de las reservas que se especificará en el acta de recepción, aunque según el tenor del art. 6.2 d) parece que su fijación corresponde al promotor, lógicamente debe realizarse de común acuerdo<sup>1751</sup>, y en este sentido no debemos pasar por alto que el acta deberá firmarse por ambas partes.

Si el constructor no subsana los defectos en el plazo fijado, el promotor podrá ejecutar a su costa<sup>1752</sup>, en cuyo caso no habrá acta de subsanación con el constructor firmante del acta de recepción, pero ello no será obstáculo a la responsabilidad de éste una vez se subsanen las reservas por otro contratado por tal motivo por el promotor<sup>1753</sup>. También puede darse la eventualidad de que tras la obras de subsanación de las reservas el promotor considere que la obra sigue sin ejecutarse correctamente, en cuyo caso, a pesar del silencio de la LOE, cabe fijar un nuevo plazo<sup>1754</sup>.

---

<sup>1749</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 866, p. 521.

<sup>1750</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 522, quien sostiene lo anterior, aunque frente al constructor valga dicha recepción con reservas como novación que extingue la recepción tácita. En el mismo sentido, en cuanto a la imposibilidad de hacer valer las reservas el promotor o asegurador tras la recepción tácita, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 608.

<sup>1751</sup> VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 133. También CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 590, y ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 57, consideran que debe fijarse de común acuerdo, y si no se alcanza, acudir al juez.

<sup>1752</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 590.

<sup>1753</sup> Consideramos que habrá de distinguirse si el constructor originario ha sido demandado por el promotor satisfaciendo la correspondiente indemnización por incumplimiento contractual con la que el promotor haya cubierto el coste de la subsanación. En caso de que no haya ocurrido así, no vemos inconveniente en que los adquirentes lo puedan demandar (además de al segundo constructor que no subsanó correctamente las reservas) aunque en puridad el daño no se deba únicamente a su intervención originaria.

<sup>1754</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 590, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 134.

La subsanación de las reservas se hará constar en acta aparte, suscrita, en principio, por los firmantes de la recepción. Ahora bien, en caso de que el promotor no la firme injustificadamente, hemos sostenido por razones de protección de los adquirentes que se produzca la recepción tácita de la obra si el constructor le comunica la subsanación y transcurre el plazo de treinta días sin oposición de aquél<sup>1755</sup>.

Las obras realizadas para subsanar las reservas se someterán al régimen de responsabilidad y seguro de la LOE como establece su art. 19.9 d)<sup>1756</sup>. Aunque no conste en este precepto, en caso de pactarse una recepción provisional de la obra, también se dará cobertura por medio de él a las obras necesarias para subsanar los defectos que haya podido apreciar el promotor en el plazo de garantía convencional que sigue a la recepción provisional<sup>1757</sup>.

---

<sup>1755</sup> Véase epígrafe 2.2.3. Sin embargo, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 586, considera que en rigor hasta que no se firme el acta de subsanación no pueden considerarse subsanados los defectos objeto de reservas.

<sup>1756</sup> Esta idea la hemos visto desde la perspectiva del inicio de los plazos en caso de formulación de reservas, en el epígrafe 2.2.1.3 en el que sostuvimos que en tal supuesto hasta la subsanación no se iniciarán los plazos de responsabilidad y garantía para las partes de la obra afectadas por las reservas.

El sometimiento a idéntico régimen ha sido valorado positivamente por ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 576, al señalar: *“En realidad, parece razonable que sea idéntico el régimen jurídico de los daños materiales producidos en el edificio por vicios constructivos que se generaron en el momento inicial de su construcción, que el régimen de los daños materiales producidos igualmente en el edificio, pero por vicios o defectos constructivos que se generaron en la realización de obra que trataban de reparar los defectos constructivos existentes en el edificio en el momento de su entrega a la propiedad”*.

<sup>1757</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 225. No obstante, conviene recordar que será necesario que se haya procedido a la recepción definitiva, que es la que iniciará los plazos de garantía legales (véase epígrafe 2.2.4).

## **6.5 La no formulación de reservas por parte del promotor ante defectos aparentes**

### **6.5.1 La liberación del constructor frente al promotor de los defectos aparentes no reservados**

En los dos epígrafes anteriores hemos estudiado los supuestos en los que ante la existencia de defectos constructivos el promotor procede al rechazo o a la recepción con reservas de la obra. Debemos plantearnos ahora qué repercusión tiene para el promotor la no formulación de reservas ante defectos constructivos apreciables en el momento de la recepción.

Como vimos al analizar el art. 1.591 CC, el Tribunal Supremo exonera al constructor de los vicios aparentes y no reservados al tiempo de la recepción, postura que secundaban con carácter general los autores, ello a pesar de no haber una previsión legal específica<sup>1758</sup>. En cambio el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”, sí establecía en su art. 1.594 la exclusión de la responsabilidad del contratista por los vicios o defectos aparentes, y además por los que no siendo así, fueran fácilmente conocibles por razón del oficio o profesión de quien aprobó la obra<sup>1759</sup>, como también el reciente anteproyecto de Ley del Código mercantil<sup>1760</sup>. En el Derecho comparado la tónica

---

<sup>1758</sup> Véase epígrafe 1.4.1 de capítulo I. Sobre la falta de precepto específico, pueden verse CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 609, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 145.

<sup>1759</sup> Disponía el art. 1.594: “La aprobación a que se refieren los dos artículos excluye la responsabilidad del contratista por los vicios o defectos que al tiempo de la recepción de la obra fuesen manifiestos, y también por los que no fueren si quien aprobó la obra hubiera podido conocerlos fácilmente por razón de su oficio o profesión”.

<sup>1760</sup> Tal proyecto excluye la falta de conformidad de la obra con el contrato en el supuesto de que el comitente, al aceptar la obra, la conociera o no podía fundadamente ignorarla, salvo que haya formulado las correspondientes reservas (cfr. art. 522-1).

igualmente es la liberación del constructor por los defectos aparentes no reservados<sup>1761</sup>.

Volviendo a nuestro ordenamiento, con la LOE la situación precedente no ha cambiado puesto que no regula las consecuencias de la recepción en caso de defectos aparentes<sup>1762</sup>. Sin embargo, la generalidad de autores sostiene que la recepción<sup>1763</sup> sin formulación de reservas impide

---

<sup>1761</sup> En Francia la no realización de reservas equivale a su aceptación, como señalan CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 436, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 138, citando a doctrina francesa en tal sentido. En Italia se excluyen los defectos conocidos o que pudo conocer el comitente, salvo que hayan sido ocultados con mala fe por el contratista (cfr. art. 1.667 de su CC), como también en Portugal (cfr. art. 1.219 del CC portugués) y en Suiza (cfr. art. 370 del Código suizo de obligaciones). En Alemania la recepción sin reservas impide al comitente ejercitar las pretensiones de supresión, redhibición o reducción previstas en dicho ordenamiento, pero no la indemnización de daños y perjuicios (cfr. parágrafo 640 II del BGB). Igualmente libera de los defectos aparentes el art. 754 del libro 7 del Código civil Holandés.

<sup>1762</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 436, señala al respecto que existe un elocuente silencio, y en sentido análogo MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 138, señala que *“nada se determina en la ley en torno a la subsistencia o no de la responsabilidad si la recepción se realiza sin formular reservas sobre los defectos aparentes”*. En parecido sentido pueden verse BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 172, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 287, quien resalta que la doctrina mayoritaria recaída en torno al art. 1.591 CC que consideraba la liberación de los defectos aparentes no ha sido expresamente recogida por la LOE.

Sin embargo, para la STS de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012\1122) el art. 6 apunta a ello al señalar entre paréntesis, tras exponer el efecto liberatorio de la recepción sin protesta, lo siguiente: *“en este sentido apuntan el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación...”*. Véase sobre ella nota 1770.

Para MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 138-139, la razón de este silencio es el carácter legal de la responsabilidad que sostiene la autora, y que conlleva que la incidencia de la recepción sólo debe admitirse en el plano de la responsabilidad contractual, por lo que la regulación de reservas no tiene como finalidad la de la subsistencia de la responsabilidad de la LOE, sino la de procurar su reparación para que se reciban las viviendas en el mejor estado posible.

<sup>1763</sup> Esto es, no la simple entrega que no libera de los defectos aparentes como bien destaca GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 217, citando las SSTs de 14 de octubre de 1968 (RJ 4386) y de 16 de junio de 1994 (RJ 4927), sentencias que hemos referido en el epígrafe 6.2.1 al tratar la distinción entre la entrega de la obra y su recepción. Otra cuestión es que tras la entrega, por no manifestar reservas, se entienda recepcionada tácitamente la obra, pero en tal caso habrá recepción, aunque tácitamente producida.

al comitente reclamar al constructor los defectos constructivos aparentes de la edificación<sup>1764</sup>, con lo que se debe coincidir.

Tal liberación se sostiene fundamentalmente en la aplicación del art. 1.484 CC que regula el saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida, precepto que excluye la responsabilidad del vendedor por los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, y por los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos<sup>1765</sup>. Y es que la liberación de los defectos aparentes es la solución que mejor armoniza con los principios de nuestro Derecho de obligaciones que en varias ocasiones excluye la responsabilidad del deudor ante vicios aparentes al existir una carga para el acreedor, que en este caso es el promotor, de examinar la obra y denunciar los defectos aparentes<sup>1766</sup>.

---

<sup>1764</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 439, o.c. nota 1466, p. 72, y o.c. nota 122, p. 609; MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 113, p. 93, y o.c. nota 1589, p. 140, aunque limitándose a los defectos de terminación o acabado; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 259-260; LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.623; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.442; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, pp. 435-436; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 105; ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 58; COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 602-603; GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 219; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 374; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 382; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 441; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 592.

<sup>1765</sup> Acuden a este argumento LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 185, señalando el autor que ello es la opinión de la doctrina dominante; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 145; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 382-383; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 600 (nota 106).

<sup>1766</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 439. Hace referencia el autor a la relevancia que, en diversas ocasiones, tiene en nuestro ordenamiento jurídico, la apariencia del vicio para excluir la responsabilidad del deudor, entre ellas además del art. 1.484, los arts. 1.485, 1.487, 1.488 y 1.553 del CC, precepto este último que declara aplicables las disposiciones sobre saneamiento de la compraventa. Siguiéndole JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 26.

Añade CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 536, que esto lo exigen los principios de diligencia y de autorresponsabilidad.

Además, resulta contrario al principio general de la buena fe pretender el resarcimiento de los defectos no reservados, y puede calificarse tal falta de reserva como una renuncia del promotor<sup>1767</sup>.

Algún autor ha buscado apoyo a esta solución en la LOE al argumentar que no tendría sentido que ésta prevea la posibilidad de reservas si no sirven para algo, en referencia a la conservación de la acción para exigir la reparación de los defectos reservados<sup>1768</sup>, aunque debemos apuntar que los efectos de las reservas vienen motivados por la existencia de un seguro que no es lógico que cubra los defectos reservados, como señala el art. 19.9 i)<sup>1769</sup>.

En la línea de los argumentos generales expuestos, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2011 se refiere como fundamento al valor del silencio que se otorga en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos y en los PECL; a la positivación por parte de nuestro ordenamiento en ocasiones, en caso de obligaciones de dar y recibida la cosa entregada sin protesta, de la regla "*id quod plerumque accidit*", en traducción facilitada por la misma, "*lo que acontece normalmente*", esto es, el principio de normalidad, en referencia a los casos en que es normal y natural según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe protestar<sup>1770</sup>. A ello considera la sentencia

---

<sup>1767</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 259, acude al principio de los actos propios como proyección del principio general de la buena fe que consagra el art. 7.1 CC señalando que es incuestionable que opera en las relaciones promotor-constructor, y citando a Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (*La doctrina de los actos propios*, ed. Bosch, Barcelona, 1963, pp. 183 y ss.) y otros autores sobre la misma temática; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 436, (igualmente con cita de la obra de Díez-Picazo) considera que la falta de reservas de defectos aparentes supone una renuncia del promotor y, en todo caso, una definición vinculante respecto de su relación jurídica con el constructor, contra la que no puede ir por ser contrario a la buena fe. Esta renuncia, apunta COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 603 (nota 116), según las formas de la recepción, puede ser expresa o tácita.

<sup>1768</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.159.

<sup>1769</sup> Véase p. 439.

<sup>1770</sup> RJ 2012\1122. Véase sus hechos en nota siguiente. Por su interés extractamos parcialmente la misma: "39. En nuestro sistema el silencio puede tener significación jurídica -al valor del silencio se refieren la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación

que apunta el propio art. 6 de la LOE, y es que aunque el precepto no señale expresamente que la recepción libera de los defectos aparentes, prevé que en caso de reservas sean subsanadas y la producción de la recepción tácita si no se formulan reservas en el plazo correspondiente.

Ahora bien, esta recepción sin reservas en caso de que no sea definitiva sino provisional no extingue la responsabilidad por defectos aparentes porque sólo a la recepción definitiva se atribuye efectos liberatorios para el contratista<sup>1771</sup>. Y en caso de que la recepción sea

---

*publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009 en los artículos 1250 y 1289, y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos en los artículos 2:204 y 4:107-, afirmando la sentencia 772/2009, de 7 diciembre (RJ 2010, 273), con cita de otras muchas, que el silencio tiene significación jurídica de consentimiento o conformidad "cuando se puede y se debe hablar ("qui siluit qum loqui et debuit et potuit consentire videtur" (...)) y se debe responder cuando entre las partes existe una relación de negocios (...), y lo mismo cuando es lo normal y natural según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe (...). En tales casos, con la comunicación de la discrepancia se evita que la otra parte se pueda formar una convicción equivocada derivada del silencio con daño para su patrimonio".*

*"40. Nuestro ordenamiento, cuando se trata de obligaciones de dar y ha habido recepción de la cosa entregada, sin protesta ni reserva del acreedor, en ocasiones positiva la regla "id quod plerumque accidit" (lo que acontece normalmente) y atribuye al silencio de quien recibe el valor de una conformidad, de tal forma que, de no manifestarse la disconformidad en el momento de la recepción o dentro de un corto plazo, entiende que lo entregado se ajustaba a lo estipulado ...".*

*"41. Tratándose de la entrega de obras, de acuerdo con el mencionado principio de normalidad, el silencio de quien las recibe sin protesta puede interpretarse en el sentido de que la contratista queda exenta de responsabilidad (en este sentido apuntan el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación (RCL 1999, 2799)..."*

<sup>1771</sup> Cfr. SSTs de 20 de octubre de 1989 (RJ 6941), y de 16 de junio de 1994 (RJ 4927), que señala: "c) En cuanto a la recepción provisional de la obra, no resulta de lo actuado que se hayan cumplido las prevenciones que se hacen al respecto en el contrato privado [estipulación 10], aparte de que esta Sala (Sentencia de 25 junio 1970 RJ 1970/3759)] atribuye sólo a la recepción definitiva efectos liberatorios para el contratista..."

En el mismo sentido la STS de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012\1122). Se trataba de una demanda en la que se pretendía por medio de acciones contractuales la condena de los agentes demandados a realizar los trabajos reparación de defectos existentes tanto en el vaso de la piscina como en la estructura del edificio y sus elementos integrantes, obra que ya había sido recibida por la propiedad tácitamente pero de forma provisional. En primera instancia se desestimó la demanda frente a la constructora, siendo confirmada en apelación. Como señala el TS, la sentencia de instancia "sustenta la desestimación de la demanda contra la contratista en tres premisas: 1) La obra fue entregada por la constructora demandada y tácitamente recibida por la propiedad. 2) La recepción con aceptación tácita por la actora supone

parcial, sólo extingue las pretensiones por defectos aparentes en caso de que sea posible comprobar la correcta incardinación y coordinación de lo terminado con respecto a lo pendiente de entregar<sup>1772</sup>.

Obviamente, la no formulación de reservas no provoca la extinción de las acciones por vicios ocultos, porque no se puede considerar aceptado lo que se desconoce<sup>1773</sup>.

---

*conformidad que elimina la responsabilidad contractual. 3) A partir de la recepción de la obra caben acciones por ruina, pero no acciones contractuales”.*

Ante ello con fundamento en los hechos probados de la existencia de deficiencias y en la no calificación de la recepción tácita como definitiva, el TS estima el motivo: “42. En el presente supuesto la sentencia recurrida: 1) Admite de forma expresa la existencia de “cuestiones” relativas a “mala ejecución o mala calidad de los acabados”. 2) No declara que la recepción tácita tuviese carácter de recepción “definitiva”. 3) No declara que en el contrato estuviese previsto que la recepción produjese el efecto liberatorio de la obligación de responder contractualmente por lo mal hecho. 4) Ratifica la de la primera instancia que, de forma expresa, afirma que “no puede decirse que los Arquitectos y el propio Club Náutico hayan dejado de manifestar su disconformidad con los trabajos ejecutados por Ferrovial Conservación S.A., y ello ya con independencia de que dichas quejas puedan estimarse o no justificadas”. “43. En consecuencia, en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida, la recepción tácita de las obras no pudo suponer exoneración de responsabilidad de la contratista”.

En el mismo sentido, pueden verse CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 383, citando los autores la STS de 14 de febrero de 2003 (RJ 1019), y ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 53 (nota 93). Ya vimos que los tres autores al principio citados y otros señalaban (véase p. 470) que la recepción provisional inicia un plazo de garantía convencional por defectos, incluidos los aparentes, siendo la relevante para los plazos de garantía de la LOE la recepción definitiva, de ahí que evidentemente no extinga su responsabilidad por aquéllos.

<sup>1772</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 382; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 598, quien argumenta que dado que la recepción definitiva extingue las pretensiones por defectos aparentes, no puede entenderse recibida parcialmente la obra cuando no se pueda comprobar la correcta incardinación y coordinación de lo terminado con lo que reste por entregar.

En línea con esto hemos sostenido que en caso de recepciones parciales cada fase tendrá su correspondiente plazo, pero los defectos de coordinación dispondrán de un plazo de garantía a la total terminación de la obra (véase pp. 461-462).

<sup>1773</sup> Cfr. SSTs de 25 de febrero de 1983 (RJ 1076), 18 de octubre de 1996 (RJ 7162), y de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012/1122) que hace suyas las palabras de la STS de 27 de abril de 2009 (RJ 2899), extractándola del siguiente modo: “cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta, el contratista queda exento de responsabilidad”, pero “tal excepción se ha de entender forzosamente limitada a los defectos o vicios apreciables a simple vista, pero no a aquellos otros ocultos que por desconocidos, no puede presumirse su aceptación, como son las que la sentencia



A pesar de esta opinión mayoritaria acerca de la liberación de los defectos aparentes no reservados, al comentar el régimen del art. 1.591 CC vimos que algunos autores defendía la postura contraria por las razones de orden público que inspiraban esta responsabilidad<sup>1774</sup>. Pues bien, algunos autores secundan esta tesis puesto que sostienen que los defectos cubiertos por la LOE pueden ser aparentes al representar una especialidad respecto de los vicios de la compraventa, al igual que ocurre con el art. 1.591 CC<sup>1775</sup>; o defienden que la recepción sólo libera de los defectos de terminación o acabado aparentes, pero no de los defectos cubiertos por la responsabilidad trienal o decenal<sup>1776</sup>.

---

*impugnada imputa al contratista*". También puede verse la STS de 5 de diciembre de 2011 (RJ 2012/29).

Se refieren a esta falta de liberación de lo oculto, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 219; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 383; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 435; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 105, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 441.

<sup>1774</sup> Véase epígrafe 1.4.1 de capítulo I.

<sup>1775</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 352, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 140, autora para la que debido al carácter imperativo de la responsabilidad prevista en la LOE, *"...parece más bien que el sentido de la recepción en la LOE no se encuentra ligado a la subsistencia o no de la responsabilidad por los vicios aparentes"*, señalando más adelante que *"Sí incidirá la falta de reservas, no obstante, en la responsabilidad contractual"*.

<sup>1776</sup> XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, p. 52; MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 113, pp. 93-94, y o.c. nota 1589, pp. 139-140. COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 604-606, llega a la misma conclusión por los intereses públicos en juego en la responsabilidad decenal y trienal, que no están presentes en la anual. Parte el autor de que las normas sobre la responsabilidad decenal y trienal son de interés público, porque la seguridad, estabilidad, salubridad, higiene y habitabilidad de los edificios afecta también al interés general y colectivo, como se deriva de la Exposición de Motivos (Se refiere al autor a las veces en las que alude a la sociedad y al interés general, sobre lo que nos remitimos al epígrafe 3 de capítulo II). Por ello considera el autor la recepción sin reservas como una renuncia convencional que carecería de toda eficacia y sería nula de pleno derecho, al ser indisponible para los particulares las responsabilidades decenal y trienal previstas en la LOE.

Estas distinciones son criticadas por CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 609-612, quien se opone expresamente a la opinión de aquellos que, como Martínez Mas, consideran la relevancia de la apariencia del vicio sólo para los defectos de terminación o acabado, porque no le parece lógico que se afirme tal relevancia para ellos y no, en cambio, para los más graves. En cambio a nosotros, aunque sostengamos más abajo la ineficacia de la no reserva para todos los defectos, nos

### **6.5.2 Debate sobre el necesario carácter oculto de los defectos de terminación o acabado para que responda el constructor frente al promotor**

Donde realmente existe división de opiniones acerca de los efectos de la no formulación de reservas es en el terreno de los defectos de terminación o acabado, puesto que se discute con intensidad si la recepción libera al constructor de tales defectos aparentes al momento de ésta.

Para unos autores la recepción no exonera de la responsabilidad anual por defectos no reservados porque incluyen en ella a defectos aparentes<sup>1777</sup>. A lo anterior se ha opuesto por alguna autora, también desde la premisa de que ordinariamente estos defectos son apreciables en el momento de la recepción, que esta responsabilidad anual sólo tiene sentido para los defectos que sean ocultos dado que los plazos de garantía se computan desde la recepción sin reservas o desde la subsanación de éstas, por lo que la LOE piensa en este punto en los defectos que aparecen con posterioridad<sup>1778</sup>.

También se ha sostenido por los defensores del posible carácter aparente de estos defectos que con esta responsabilidad anual se trata de favorecer la recepción, sin poderse exigir al promotor una reserva minuciosa de todos los trabajos pendientes de realizar<sup>1779</sup>. A ello se ha

---

parece lógico, porque a mayor gravedad del defecto, menores efectos deben atribuirse frente a los perjudicados a los actos que realizan los causantes de aquél.

<sup>1777</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 349. Véase nota 1409, donde vimos que se refiere a estos defectos como normalmente aparentes; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 202-204, autora que incluye tanto defectos ocultos como a aparentes en esta responsabilidad, y que por ello destaca la diferencia respecto a Francia, donde hemos visto (epígrafe 2.4) que para cubrirse los defectos aparentes la garantía de perfecta terminación exige la formulación de reservas. También para VALLS LLORET, o.c. nota 448, p. 29, estos defectos serán tanto los aparentes en el momento de la recepción como los manifestados en el año siguiente

<sup>1778</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 336-337. En análogo sentido para BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 192, la responsabilidad anual sólo tiene sentido para los vicios ocultos.

<sup>1779</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 204.

contestado que en la mayor parte de los casos tales defectos pueden detectarse a simple vista, sin que sea necesario un examen meticulado<sup>1780</sup>.

Pero además, a favor del necesario carácter oculto de estos defectos se ha argumentado que si la recepción no liberara de los defectos aparentes se desincentivaría la formulación de reservas, porque no habría diferencias entre formularlas o no<sup>1781</sup>. Efectivamente, debemos coincidir con el necesario carácter oculto o reservado de los defectos de terminación o acabado para que responda el contratista frente al promotor, porque la formulación de reservas conlleva, como hemos visto, la posposición del inicio de los plazos, y que responda únicamente el promotor como vendedor con su consiguiente desincentivación de tal formulación<sup>1782</sup>. Y mayor será esta desincentivación si la falta de formulación de reservas no acarreará ninguna consecuencia negativa para el promotor y se le permitiera accionar frente al constructor, con lo que flaco favor haríamos a la calidad que persigue la LOE al permitir acceder al mercado estos defectos aparentes.

### **6.5.3 Determinación del carácter oculto de los defectos constructivos**

La determinación del carácter oculto o aparente de un vicio constructivo<sup>1783</sup> resulta problemática porque no hay un precepto en la LOE como el art. 1.484 CC destinado a los vicios ocultos de la compraventa<sup>1784</sup>.

---

<sup>1780</sup> COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 608-609.

<sup>1781</sup> COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 609-611, aunque sí admite COLINA que no libere la recepción de aquellos defectos de terminación o acabado no evidentes, que requieran para su detección un examen meticulado y pormenorizado, porque para este autor serían en puridad ocultos, puesto que no se puede exigir al promotor un nivel de diligencia que excede con creces del propio de un profesional de la construcción.

<sup>1782</sup> Véase epígrafe 2.2.1.3.

<sup>1783</sup> Por el contrario ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.159-1.160 (nota 96), prefiere no utilizar las expresiones aparente y oculto, por considerar que son conceptos rígidos, y utiliza la perceptibilidad, en línea según el autor con el art. 116.3 del

Por lo anterior, no hay acuerdo acerca de si deben tenerse en cuenta o no los conocimientos sobre la materia que pueda tener el promotor, conocimientos que sí tienen reflejo en la regulación del referido precepto a los efectos de liberar al vendedor de los vicios ocultos en caso de que el comprador sea un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.

Algunos autores consideran que no es aplicable tal exclusión de responsabilidad porque dicho efecto se da en la compraventa debido a que el CC presume que el vendedor no es un perito, pero en el caso del contrato de obra el constructor es un perito por lo que no puede recaer sobre el comitente, aunque sea perito, la carga de verificar la inexistencia de vicios *“ya que a igual pericia debe exigirse mayor diligencia a quien fabrica que a quien recibe”*<sup>1785</sup>.

Sin embargo, otros autores son partidarios de que se tenga en consideración la cualificación profesional del promotor<sup>1786</sup>. Aunque la LOE contempla al autopromotor y no quepa presuponer la profesionalidad en todo caso <sup>1787</sup>, coincidimos con estos autores. En efecto, con independencia de la pericia exigible en el cumplimiento a quien construye, y a la que alude la postura contraria, la recepción es un acto declarativo del cumplimiento del constructor o manifestación de conformidad con lo

---

TRLGDCU que no se refiere al carácter oculto, sino a que el consumidor conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar la falta de conformidad.

<sup>1784</sup> ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 288.

<sup>1785</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 383.

<sup>1786</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 441, para quien se debe tener en cuenta si el comitente es o no un perito o técnico en el arte de la construir. En tal caso, señala el autor *“vicios aparentes son todos aquellos que puedan y deben ser reconocidos por un técnico que actúa con diligencia media”*. En el mismo sentido, puede verse el autor, o.c. nota 122, pp. 538-539, aludiendo al art. 1.484 CC. También defienden las repercusiones de la cualificación profesional del promotor, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 105; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 600, y GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 111.

<sup>1787</sup> Cfr. art. 9.1 que define como promotor también a aquel que promueve una edificación para sí mismo. Por ello, no coincidimos con ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 58, cuando sostiene que la profesionalidad del promotor o de sus auxiliares ha de presuponerse.

hecho por él<sup>1788</sup> y para ello, al margen de lo exigible previamente al constructor, debe tenerse en cuenta las posibilidades del promotor de mostrar su conformidad con conocimiento o no de los defectos aparentes. No obstante, debe señalar que incluso para un profesional, debido al nivel técnico de las obras, es difícil detectar la existencia de defectos<sup>1789</sup>.

Por último, en esta labor de determinación los vicios ocultos, como expusimos al estudiar el art. 1.591 CC, también lo son aquellos defectos aparentes pero cuyas consecuencias dañosas futuras sean ocultas<sup>1790</sup>.

Además, dado que estamos hablando de defectos resarcibles conforme a la LOE, será preciso que el promotor tenga conocimiento de que los defectos generan las responsabilidades previstas en su art. 17, esto es, en el caso de la responsabilidad decenal, que el promotor conozca que los vicios comprometen la resistencia del edificio [(art. 17.1 a)]; y en el de la responsabilidad trienal, que los defectos ocasionan el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad entre los que se encuentran los relativos al uso satisfactorio del edificio [art. 17.1 b) en relación con el art. 3.1 c)]<sup>1791</sup>. En el supuesto de los defectos de

---

<sup>1788</sup> Nos remitimos al epígrafe 6.1, véase p. 488

<sup>1789</sup> ALBIEZ DHORMANN, o.c. nota 333, p. 620, señala: *“La exigencia de que el vicio o defecto sea oculto ha perdido su razón de ser en una sociedad donde las obras tienen un alto nivel técnico. Incluso para un profesional es difícil percatarse de la existencia de vicios o defectos tanto en obra muebles como en obras inmuebles e inmateriales”*.

<sup>1790</sup> A los autores allí citados (véase epígrafe 1.4.1, p. 36) cabe añadir otros que comentan el régimen de la LOE, como JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 26; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 104-105; ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, pp. 58-59; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 601, y GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 111.

Ahora bien, como matiza CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 440, para que lo anterior se aplique *“el comitente ha de haber actuado con diligencia, y aún así, las consecuencias de los vicios permanecen inciertas”*.

También el sistema francés distingue entre la apariencia del vicio y la de sus consecuencias dañosas, como nos informan MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 138-139, con cita de doctrina gala, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, p. 468, quien señala que la jurisprudencia francesa distingue entre la apariencia del vicio y la de sus consecuencias dañosas.

<sup>1791</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 202-203. Así, señala que no será suficiente demostrar que en el momento de la recepción algún elemento estructural presentaba una grieta. En el mismo sentido, COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 601 (nota 108), quien señala que ello no es sino una consecuencia de la necesidad de que

terminación o acabado no se plantea este problema por su propia naturaleza, al no tener efectos más allá como hemos visto al tratarlos.

#### **6.5.4 Alcance subjetivo de la liberación frente a los defectos aparentes no reservados: la subsistencia de las acciones de los adquirentes**

Realmente trascendente para la LOE y para este trabajo es el alcance subjetivo de la falta de formulación de reservas de los defectos aparentes, esto es, si los efectos liberatorios del constructor se producen no sólo frente al promotor, sino también frente a los posteriores propietarios que no intervinieron en la recepción, legitimados activamente de acuerdo con su art. 17.1.

Sobre esta cuestión no existe acuerdo en los autores. Obviamente sí lo hay en que el promotor que no reserva seguirá respondiendo frente a ellos, aunque algunos autores limitan esta responsabilidad a su condición de vendedor.

Para la mayoría de autores la recepción no exonera al constructor de ningún defecto aparente frente a los adquirentes del edificio<sup>1792</sup>. Se argumenta fundamentalmente la garantía legal y, por tanto, irrenunciable, que constituye la responsabilidad de la LOE, así como que en la recepción no intervienen los adquirentes<sup>1793</sup>.

---

el defecto previsto en la LOE menoscabe alguna de las utilidades que prevé la misma. Al respecto nos remitimos al epígrafe 2.1.1 de capítulo V.

<sup>1792</sup> Sin perjuicio de las opiniones que iremos viendo en detalle, pueden verse, XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, p. 52; MARTÍNEZ MAS, o.c. nota 1589, p. 140, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.621.

<sup>1793</sup> Para MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 202, la recepción sin reservas no afectará a los adquirentes por el carácter irrenunciable de las garantías de la ley. Tampoco para COLINA GAREA, o.c. nota 164, pp. 612-619, porque en la recepción no intervienen los sucesivos adquirentes; porque la responsabilidad prevista en la LOE es una garantía legal desvinculada del contrato de obra; porque las normas de la LOE son de interés público, y porque supondría una renuncia perjudicial para terceros, tanto en los casos de responsabilidad decenal y trienal como para los defectos de terminación o acabado.

Concretamente se sostiene que esta garantía legal ahora se prevé también para los sucesivos adquirentes de modo expreso en el art. 17.1, y no como acontecía con el art. 1.591 CC que conlleva tal legitimación por subrogación en los derechos del comitente<sup>1794</sup>. Además, se argumenta que tal liberación entrañaría una renuncia a exigir responsabilidad, renuncia que no es admitida por el Tribunal Supremo, como veremos a continuación<sup>1795</sup>.

También se ha esgrimido el silencio de la norma al respecto<sup>1796</sup> aunque ciertamente tampoco dice nada sobre los efectos de la recepción frente al promotor.

En el caso de que estemos ante un consumidor se ha sostenido que la recepción sin reservas supondrá una cláusula abusiva de acuerdo con el art. 86 del TRLGDCU<sup>1797</sup>.

Sin embargo, otro sector afirma que la recepción sin reservar los defectos aparentes excluye la responsabilidad de los agentes de la

---

En la misma línea, aunque ya hemos visto que sostiene la falta de efectos generales de la recepción (véase nota 1775) MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 139-140, se basa en la naturaleza legal de la responsabilidad que trata de garantizar el cumplimiento por parte de los edificios de unos requisitos mínimos, en referencia a los requisitos básicos de la edificación, y en que no se puede hacer depender la responsabilidad de *“un acto en el que intervenga, curiosamente, el promotor y el constructor, es decir, dos agentes de la edificación y en cuanto tales, eventuales responsable...”*. Lo contrario para la autora choca frontalmente con la imperatividad de la ley y frustraría la finalidad que con ella se persigue de protección de los consumidores, añadiendo además que vincular la recepción con la exoneración de los defectos aparentes conllevaría ese efecto en caso de recepción tácita, sin que el promotor ni siquiera haya manifestado su voluntad de recibir las obras.

<sup>1794</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 374-375; en el mismo sentido la referida autora junto a CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 427, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 174-175.

<sup>1795</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 427, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 174-175.

<sup>1796</sup> Nos referimos a ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.159-1.160, para quien si el legislador hubiera querido que se excluyera también la responsabilidad frente a los adquirentes lo habría dejado claro.

<sup>1797</sup> COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 618, quien se refiere al art. 10 bis y a la disposición adicional primera 9ª de la refundida LGDCU. Véase epígrafes 2.2 y 2.3 de capítulo III sobre esta normativa y sobre el art. 86 del TRLGDCU que recoge actualmente su texto.

edificación, salvo al promotor, que para la mayoría de autores responderá a través de las acciones contractuales como permite el art. 17.9, aunque también hay quienes parecen mantenerla en los márgenes de la LOE<sup>1798</sup>.

Dentro de este grupo autores se estima que los adquirentes reiteran la renuncia realizada por el promotor y la ratifican al aceptar la entrega del inmueble con defectos aparentes; que los vicios aparentes en la recepción son defectos que no han surgido dentro del plazo de garantía, sino antes de él, por lo que además no quedarían cubiertos por el eventual seguro según el art. 19.9 i)<sup>1799</sup>. No coincidimos con lo anterior, porque, al margen de la naturaleza irrenunciable que vemos en la responsabilidad prevista en la LOE<sup>1800</sup>, no entendemos que el comprador renuncia de igual modo que lo hace el promotor, puesto que así como éste habrá dispuesto de un plazo para verificar la obra, al comprador en el

---

<sup>1798</sup> Limita su responsabilidad a su condición de vendedor, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1466, p. 72, y o.c. nota 122, pp. 609-612, quien sostiene que la recepción libera frente a los sucesivos adquirentes de lo edificado, que sólo podrán dirigirse contra el promotor-vendedor de acuerdo con lo previsto en el art. 17.9 de la LOE. Igualmente limitan tal responsabilidad a las acciones contractuales, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 436, y SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 201. El referido precepto establece: *“Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa”*.

En cambio, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 78, señala que si los defectos aparentes son puestos de relieve por los terceros adquirentes la responsabilidad será del promotor, pero no limita esta responsabilidad, al menos expresamente, a su condición de vendedor.

<sup>1799</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 436. En el mismo sentido, SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 201, quien añade que los terceros adquirentes están legitimados activamente por subrogación en la posición del promotor (al respecto, ya veremos en epígrafe 1.1 de capítulo VIII que ello no ocurre con la LOE como lo hacía con el art. 1.591 CC, al reconocerse expresamente en el art. 17.1 su legitimación activa en la condición de propietario). También argumenta que los adquirentes conocerán de los defectos aparentes porque se les entregará el acta de recepción (art. 7 LOE), argumento no nos es útil para el supuesto estudiado porque si constan en el acta es precisamente porque se han reservado.

<sup>1800</sup> Véase epígrafe 2 de capítulo III, especialmente véase nota 833, STS de 2 de octubre de 1992 (RJ 7516) en la que se considera nula la cláusula en la que se pactaba que el promotor-constructor sólo respondía de los defectos ocultos.



mejor de los casos se le permite una visita a la vivienda, cuando no, se incluye una cláusula de estilo en las escrituras públicas en las que manifiesta que recibe el inmueble conforme, cláusulas que además son nulas de conformidad con el TRLGDCU<sup>1801</sup>. Por lo demás, no vemos un alcance práctico al argumento de que los vicios aparentes en la recepción son defectos que no han surgido dentro de plazo sino antes de él y que no quedarían cubiertos por el eventual seguro, porque será difícil demostrar que un defecto no reservado en la recepción tenía carácter aparente en aquel momento salvo que se trate de defectos de terminación o acabado, los cuales nos dicen por sí mismos si eran aparentes.

Alguna autora aprecia que difícilmente se planteará este conflicto de los defectos no reservados porque normalmente el comprador adquiere la vivienda en el estado en que se encuentra en el momento de la celebración de la compraventa, de acuerdo con el art. 1.468 CC<sup>1802</sup>. No obstante, tal precepto debe ceder ante la especialidad de la venta de inmuebles de nueva construcción como ha reconocido la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1994 que impide considerar aceptados los defectos existentes en el momento de la adquisición<sup>1803</sup>.

---

<sup>1801</sup> Sobre la nulidad de este tipo de cláusulas, de acuerdo con el art. 89 del TRLGDCU, se pronuncia MARTÍN OSANTE, o.c. nota 723, p. 112. Establece dicho precepto: *“En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: 1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”*. En este sentido cita la SAP de Álava de 28 de noviembre de 2007 (JUR 2008/38718) que consideró que la incorporación de una cláusula a la escritura de compraventa mostrando el comprador su satisfacción con el estado y condiciones de la vivienda no exime al vendedor de sus responsabilidades, accediendo en este caso la Audiencia a una rebaja del precio de la compra por la existencia de una plaga de termitas.

<sup>1802</sup> ARIAS DÍAZ, o.c. nota 849, p. 59. No obstante, matiza la autora que no se consideraran aceptados los defectos aparentes en caso de que puedan parecer intrascendentes desconociendo sus exactos términos y sean el principio de un problema más importante.

<sup>1803</sup> (RJ 3748). Esta sentencia desestimó el motivo del vendedor que se fundamentaba en tal precepto con la finalidad de justificar que los adquirentes de unas viviendas aceptaron la carencia de la instalación contra el fuego al adquirirlas una vez terminadas. Señaló la sentencia: *“Se viene así a reconocer las referidas carencias de los elementos constructivos necesarios contra el fuego. No se interpreta*

Para otros autores la exclusión de la responsabilidad de los agentes por defectos aparentes no va a ser incondicional, sino que va a depender de si la compraventa se ha realizado en construcción o una vez terminada, porque en este caso podrá haberse examinado<sup>1804</sup>. Discrepamos de lo anterior por la sentencia referida; porque basar la exoneración de los agentes en esta posibilidad de comprobación podría conllevarla también en caso de ventas sobre plano, ello ante la cláusula de estilo que se incluye en muchas escrituras públicas acerca de que el comprador ha comprobado el inmueble, y en cualquier caso, porque colisiona con el carácter indisponible de la responsabilidad.

Efectivamente, consideramos que la recepción si reservar vicios aparentes no debe surtir efectos frente a los adquirentes porque además de que la LOE no lo dice, éstos no intervienen en ella. Lo anterior lo ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo, aunque para un supuesto de daños corporales producidos a un tercero, por tanto sin aplicar la LOE<sup>1805</sup>.

---

*adecuadamente el precepto que se aporta, ya que el mismo supone que la cosa que se vende esté perfectamente determinada e integrada con todos sus elementos necesarios para la utilidad y función con que se adquiere y ello, por tanto, el estado físico como jurídico ha de ser conforme y coincidente con lo que se tuvo en cuenta al prestar el necesario consentimiento para otorgar los contratos de compra. La especialidad de la venta de viviendas de nueva construcción impone la mayor lealtad en los vendedores y la situación de vicios o daños ruínógenos en las mismas, origina las consiguientes responsabilidades, que no encuentran exención en el precepto que se dice violado, cuando, como en el presente caso sucede, la recurrente no respetó ni cumplió debidamente la relación contractual, dadas las expresadas deficiencias que afectan al edificio, pues el deber del vendedor y derecho del comprador a la entrega de la cosa enajenada, lleva consigo los derechos que asiste a estos y les otorga el artículo 1101, conforme dispone el 1016, ambos del Código Civil. Concretamente no basta la simple entrega, sino que ha de hacerse con las condiciones con las que se compró, salvo pacto expreso en contra y en el caso de autos no se excluyeron las referidas medidas e instalaciones previsoras de incendios”.*

<sup>1804</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 59.

<sup>1805</sup> Cfr. sentencia de 16 de noviembre de 2004 (RJ 7235) en la que se resolvió que los efectos liberatorios de la recepción no alcanzan a los terceros ajenos al contrato. Se trataba de unos daños corporales sufridos a consecuencia de una puerta perteneciente a la sede del Ministerio de Justicia. En lo que aquí interesa se condenó a la empresa instaladora de la puerta con base en el art. 1.902 CC por el insuficiente anclaje de aquélla y sus deficiencias de diseño; a la empresa que posteriormente la reformó por haber agravado la situación y no haber advertido de los riesgos inminentes que presentaba la puerta, y al Ministerio por su falta de vigilancia y control de las obras. La empresa instaladora pretendía la no aplicación del art. 1.902

Pero lo más importante es que ya hemos visto que el Tribunal Supremo ha considerado nulas o sin efecto las cláusulas que excluyan o exoneren la responsabilidad, fundamentalmente por su naturaleza legal, y particularmente aunque hubiera una cláusula mediante la que los compradores renunciaran a reclamar nada al vendedor cuando dan su conformidad al estado de las viviendas<sup>1806</sup>. Por ello, con mayor motivo sostenemos idéntica solución cuando no hay un acto expreso de renuncia sino un comportamiento negativo consistente en comprar sin protestar los defectos aparentes. En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido en la aplicación del art. 1.591 CC que los derechos de los compradores no se ven afectados por la no realización de reservas a la recepción<sup>1807</sup>.

Además, sobre esta cuestión creemos que debe planear la idea de que el adquirente ante defectos aparentes no tendrá el poder suficiente como

---

CC para imponer la normativa administrativa sobre cumplimiento del plazo de garantía y recepción definitiva de la obra, con relevación de responsabilidad del contratista salvo ruina por vicios ocultos debidos al incumplimiento doloso del contrato, frente a lo que el TS resolvió: *"Pero también hay que rechazar semejante planteamiento, desestimando así el motivo primero y remachando la desestimación del segundo y último, porque entre la perjudicada demandante y la empresa demandada ahora recurrente no mediaba contrato alguno, de suerte que no puede pretender esta última que sus obligaciones frente a la primera por culpa o negligencia queden sujetas al régimen jurídico de su contrato con la Administración"*.

<sup>1806</sup> Véase epígrafe 2.3 de capítulo III. Nos remitimos a la SSTS citadas en nota 833, especialmente a la de 12 de febrero de 1988 (RJ 941) que declaró nula una cláusula mediante la que los compradores renunciaban a reclamar nada al vendedor cuando daban su conformidad al estado de la vivienda, y a la de 2 de octubre de 1992 (RJ 7516) en la que el promotor-constructor pretendía hacer valer una cláusula en virtud de la que sólo respondía de los defectos ocultos.

<sup>1807</sup> En tal sentido la STS de 16 de marzo de 2006 (RJ 5622) señaló: *"pues los derechos de los adquirentes no decaen ni resultan desamparados por el hecho de no haber contratado con los constructores, o por el hecho de no haber puesto reparos en el momento de la recepción de las viviendas o locales ya que sus relaciones son exclusivamente con el promotor que es quien lleva a cabo las obras con destino al tráfico y en su beneficio..."*. En el mismo sentido, citando la anterior, se pronuncian las SSTS de 13 de marzo de 2008 (RJ 4050) y de 13 de mayo de 2002 (RJ 5705).

No obstante, apunta precisamente a lo contrario la STS de 18 de octubre de 1996 (RJ 7162) aunque creemos que por las especiales circunstancias concurrentes. Se trataba de la compra de una vivienda familiar a medio construir, y en la que se habían realizado diversas intervenciones, una antes de la compra y otras después por diferentes agentes, sin que se pudiera determinar a cuál era imputable los defectos, de ahí que se tuviera en cuenta la falta de protesta en el momento de la adquisición para exonerar a los agentes originarios de algunas deficiencias.

para demorar el otorgamiento de la correspondiente escritura hasta su subsanación, sino que la otorgará y reclamará posteriormente la reparación, y ello no es lógico que pueda hacerlo sólo contra el promotor-vendedor por el simple hecho de que éste no realizara reservas.

Otro argumento a tener en cuenta es el fomento de la calidad de la edificación a la que tiende la LOE según su Exposición de Motivos, que se dejaría en mal lugar si bastase para la exclusión de responsabilidad con el hecho de que el promotor no reservase defectos aparentes.

Por último, tampoco consideramos que pueda escudarse la compañía de seguros para no responder en la existencia de defectos aparentes no reservados en su día, porque hemos visto que ni tan siquiera surtirán efecto frente a los adquirentes las reservas que consten en documento aparte, diferente al acta de recepción, que es donde exige la LOE que figuren<sup>1808</sup>. Precisamente para no responder las aseguradoras de estos defectos aparentes disponen de entidades de control de la obra que deberán velar porque figuren en el acta los defectos aparentes.

## VII.- LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CONSAGRADA EN LA LOE

### 1. El plazo de prescripción y su función. Valoración de su duración.

#### Referencia al retraso desleal

#### 1.1 Introducción

Antes de entrar en el concreto plazo de prescripción establecido por la LOE, debemos apuntar unas breves ideas sobre el fundamento y la interpretación de que es objeto esta institución de la prescripción<sup>1809</sup> porque ello tendrá sus efectos en nuestra materia.

Pues bien, son numerosas las sentencias que se refieren a un fundamento subjetivo de la prescripción que se concreta en una

---

<sup>1808</sup> Cfr. art. 6.2 d) y véase epígrafe 6.4.

<sup>1809</sup> Sobre los antecedentes históricos de la prescripción puede verse DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 25-31, y 66 y ss. sobre las diferencias con la caducidad.

presunción de abandono de la acción por parte de su titular, aunque en los últimos años cada vez más fallos destacan la importancia de la seguridad jurídica y la necesidad de certeza de las relaciones jurídicas como fundamento objetivo de aquella<sup>1810</sup>.

La prescripción ha sido objeto de una interpretación restrictiva, especialmente en el caso de plazos cortos -como veremos que es el de la LOE- al considerarse que no se basa en razones de intrínseca justicia, sino ser una limitación en el ejercicio de los derechos en aras del principio de seguridad jurídica que conlleva una presunción de abandono de la pretensión<sup>1811</sup>. Sin embargo, un sector destacado es contrario a esta

---

<sup>1810</sup> Cfr. STS de 23 de julio de 2008 (RJ 7063) que con cita de otras señala este doble fundamento: *“El motivo ha de ser desestimado, pues el recurrente ignora que el instituto de la prescripción tiene un doble fundamento, objetivo y subjetivo, siendo el primero el principio de seguridad jurídica y el segundo la presunción de abandono en el ejercicio del derecho”*; de 11 de marzo de 2008 (RJ 5215) cuando señala: *“...Siendo ésta la institución que produce, concurriendo la inactividad del derecho y el transcurso del tiempo, la extinción de tal derecho, se ha mantenido reiteradamente por la jurisprudencia que debe ser objeto de trato cauteloso y aplicación restrictiva por no estar fundado en estricta justicia (así, sentencia de 26 de diciembre de 1995 que resume la doctrina jurisprudencial en este punto) y lo ha fundado la jurisprudencia indistintamente en el sentido subjetivo de abandono o negligencia del titular del derecho y en el sentido objetivo de la seguridad jurídica (sentencias de 7 de noviembre de 2000 y 30 de noviembre de 2000)”*.

DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.096, destaca estas líneas jurisprudenciales.

<sup>1811</sup> Baste citar en tal sentido la STS de 2 de noviembre de 2005 (RJ 7619) y las que ella refiere al señalar: *“Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el instituto de la prescripción, al no estar constituido sobre principios de la justicia intrínseca, ha de ser tratado con un criterio restrictivo, de modo tal que, en lo referente a la prescripción extintiva, en cuanto aparezca fehacientemente evidenciado el «animus conservandi» por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de ésta, ha de entenderse queda correlativamente interrumpido el «tempus praescriptionis»- Sentencias de 17 de Diciembre de 1979, 16 de Marzo de 1981, 8 de Octubre de 1982, 9 de Marzo de 1983, 4 de Octubre de 1985, 18 de Septiembre de 1987 y 4 de Marzo de 1989, entre otras- ( Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1991 )”*. Pueden verse referencias de esta jurisprudencia en SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 740, p. 58; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 393, y DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.096.

Particularmente sostiene la interpretación restrictiva en los plazos cortos la STS de 6 de mayo de 1985 (RJ 6319) que señaló: *“...es lo primero traer a la consideración la reciente doctrina de esta Sala acerca de que la prescripción...debe merecer un tratamiento fuertemente restrictivo (sentencias, entre las últimas, de siete de julio de mil novecientos ochenta y dos, nueve de febrero de mil novecientos ochenta y tres, dos de febrero y dieciséis de julio de mil novecientos ochenta y cuatro y las que en ellas se*

interpretación restrictiva puesto que observa que lo determinante es el no ejercicio del derecho, y no la presunción de abandono o renuncia de la pretensión<sup>1812</sup>.

## 1.2 Función del plazo de prescripción

Como hemos apuntado en otro lugar, la LOE al igual que el art. 1.591.1º CC que suponía un sistema doble de plazos, establece unos de garantía durante los cuales debe manifestarse el defecto constructivo, y otro de prescripción de la acción<sup>1813</sup>. En el mismo lugar expusimos que el sistema francés, en el que los plazos de garantía son a la vez de prescripción, tiene el inconveniente para el propietario de que producidos los daños el último día del plazo ya no podrá demandar a los agentes. Por ello debe valorarse positivamente el sistema de dualidad de plazos previsto en la LOE<sup>1814</sup>.

---

*citan) criterio formado en torno a las prescripciones cortas...".* Se hacen eco de lo anterior, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 23-24, y LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 491.

<sup>1812</sup> Así, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 48, quien considera que las afirmaciones que hace el TS sobre el conflicto entre seguridad jurídica y justicia intrínseca tienen un escaso fundamento teórico y ninguno legal, y que debe interpretarse la prescripción conforme a los criterios hermenéuticos generales (art. 3 CC), no pudiendo decirse que la subsistencia de los derechos sea un principio general y su extinción una suerte de excepción. Además, señala que esta doctrina contrasta con el Derecho comparado que califican la prescripción como de orden público.

Para este autor (o.c. nota 627, pp. 79 y 96) el fundamento se halla sobre todo en el interés particular del sujeto pasivo en no verse expuesto a reclamaciones antiguas. Así, critica (o.c. nota 627, p. 127) que el TS se base en algunas sentencias como factor determinante en que la prescripción es una situación de pasividad que permite suponer o presumir el abandono del derecho, porque el ordenamiento otorga a la situación de no ejercicio un valor de carácter objetivo, independiente de cualquier voluntad del titular del derecho. En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 19-21 y 254. También sobre lo endeble del fundamento de la interpretación restrictiva y la necesidad de aplicar las reglas del art. 3 CC, se pronuncia DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.096, autor que destaca que la doctrina pone mayor énfasis en el fundamento objetivo, incidiendo en la idea de *"silencio de la relación jurídica"*.

<sup>1813</sup> Véase epígrafe 1.1 de capítulo VI.

<sup>1814</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 489, señala que es un acierto la fijación de un plazo de prescripción en la LOE al margen del de garantía, por la diversa

En la LOE el plazo de prescripción se encuentra regulado en su art. 18 que establece en sus dos apartados un plazo de prescripción de dos años tanto para las acciones previstas en el art. 17, esto es, las que ejercitan los propietarios y adquirentes de la edificación frente a los agentes intervinientes en ella como responsables de los defectos constructivos, como para las acciones de repetición que ejercitan éstos entre ellos, o contra estos últimos la compañía de seguros<sup>1815</sup>. No obstante, este art. 18 deja a salvo las acciones para exigir responsabilidad por incumplimiento contractual, que estudiaremos más adelante<sup>1816</sup>. Nos centraremos en los sucesivos epígrafes en el régimen prescriptivo de las que ejercitan los propietarios y adquirentes de lo edificado<sup>1817</sup>.

---

función de ambos tipos de plazos. En parecido sentido puede verse HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 192. En la misma línea señala Díez-Picazo L., o.c. nota 1, p. 20, que *“como es lógico, había que separar los plazos de duración de la garantía y los plazos para el ejercicio de acciones...”*. Y es que, como bien dice MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 184-185, nacida la acción a favor del propietario, *“éste ha de disponer, lógicamente, de un plazo para ejercitarla”...“incluso si se formula cuando ya ha expirado el plazo de responsabilidad”*. Se refiere la autora en contraste al Derecho francés donde el plazo de ejercicio va a depender del momento de la aparición del daño al ser a la vez de garantía, así como al plazo previsto en el art. 1.595 del Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra” (véase nota 1401 sobre la caracterización de este plazo como de garantía y de prescripción a la vez).

<sup>1815</sup> Dispone el referido art. 18 autotitulado *“Plazos de prescripción de las acciones”*:  
*“1. Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.*  
*2. La acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial”*.

<sup>1816</sup> Véase epígrafe 1.2 de capítulo IX. Acontecía lo mismo con el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”, concretamente en la redacción dada al art. 1.600 CC.

<sup>1817</sup> Las acciones de repetición que ejerciten los agentes de la edificación entre ellos se estudiarán en epígrafe 3.4 de capítulo VIII. En cambio, no trataremos el régimen prescriptivo de las acciones que ejerciten los adquirentes frente a las aseguradoras por los seguros previstos en el art. 19 de la LOE, ni el de las que ejerciten éstas frente a los agentes, dado que no son objeto de este trabajo.

Con el establecimiento de un plazo de prescripción específico se pone fin a las discusiones que en torno a la existencia de un sistema de doble plazo y a la extensión del plazo de prescripción, vimos tenían lugar en aplicación del art. 1.591.1º CC<sup>1818</sup>.

Este sistema de doble plazo supone que una vez surgida la responsabilidad, por producirse dentro de los plazos de garantía los daños materiales por vicios constructivos<sup>1819</sup>, se dispondrá del plazo de prescripción de dos años para ejercitar la acción. Por tanto, el cómputo del plazo de prescripción de la acción requiere como presupuesto su nacimiento<sup>1820</sup>, del mismo modo que ocurría con el art. 1.591 CC<sup>1821</sup>.

### 1.3 Valoración de la duración del plazo de prescripción

La LOE establece en su art. 18 un plazo de prescripción bienal, por lo que resulta patente la notable reducción en relación con el quincenal que se atribuía a la acción de responsabilidad decenal del art. 1.591.1º CC<sup>1822</sup>.

---

<sup>1818</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 128; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 181-182. O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 500, quien destaca que *"no cabe pensar que, una vez transcurrido este breve plazo, podría añadirse el plazo más largo de las acciones personales, de quince años, pues éste es de aplicación para los que no tienen señalado plazo especial y la de responsabilidad de la LOE sí lo tiene..."*. Al respecto de dichas discusiones nos remitimos al epígrafe 2.2 de capítulo I.

Además, como ya hemos visto (epígrafe 1.1 de capítulo III) la fijación de un concreto plazo de prescripción en la LOE le restaba interés a la discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad establecida en ella.

<sup>1819</sup> Véase sobre tal requisito epígrafes 4 y 5 de capítulo VI, y el primero de ellos sobre la consideración como daño material de la manifestación del vicio, ya sea de su propia existencia, o de una consecuencia adicional a la anterior.

<sup>1820</sup> Esta idea puede verse, por todos, en GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 474; en O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 499, quien señala: *"Una vez producido el daño, dentro del plazo de garantía... comienza a correr la prescripción..."*; y en ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 626.

<sup>1821</sup> Véase epígrafes 2.1 y 2.2 de capítulo I.

<sup>1822</sup> Esta reducción obviamente no ha pasado inadvertida. En tal sentido se pueden citar a MORERA I PÉREZ, o.c. nota 1178, p. 2.125, quien destaca además que es un plazo atípico; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 92, quien resalta igualmente la infrecuencia de dicho plazo de dos años en nuestro ordenamiento; SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 128; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 410, p. 12; Díez-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 20; VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.393; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p.



Sin embargo, hemos visto que resultaba criticable la excesiva duración de los plazos de garantía y de prescripción que se derivaban del art. 1.591.1º CC <sup>1823</sup>. Por esta razón se pretendió reducir el plazo de prescripción a tres años mediante el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”<sup>1824</sup>.

Por la situación anterior, aunque existe división de opiniones que se manifestó desde la tramitación parlamentaria <sup>1825</sup>, y defensores y detractores de la duración del plazo<sup>1826</sup>, veremos que las mayores críticas giran en torno a su cómputo<sup>1827</sup>.

---

359, habla de cambio radical; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 356; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 187; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 92; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 156, quien habla de notable reducción; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.225, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 626, quien alude a una reducción muy acusada.

<sup>1823</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo II.

<sup>1824</sup> En tal sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 480, quien argumenta que al mantenerse en el art. 1.600 un plazo de garantía decenal por vicios de la construcción determinantes de ruina, con un plazo de prescripción a tres años, “se resuelve el problema de la excesiva prolongación temporal a que podía dar lugar la acumulación de los diez años de garantía a los quince de prescripción”. También ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 627-628, el cual se refiere al art. 1.600 y al art. 1.595 que establecía un plazo de prescripción (véase nota 1401 sobre la caracterización de este plazo como de garantía y de prescripción a la vez). En línea con lo anterior, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 20, señala que la regulación del art. 18 de la LOE es muy parecida a la del referido proyecto.

<sup>1825</sup> Durante la tramitación parlamentaria se intentaría que el plazo de prescripción fuera trienal, por considerarse insuficiente el bienal, mediante la enmienda núm. 122 presentada en el Congreso, y la enmienda núm. 61 presentada en el Senado, ambas del Grupo Socialista (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999; y BOCG. Senado. Serie II, núm. 148, de 21 de septiembre de 1999). Se justificaban estas enmiendas en que el plazo bienal se consideraba insuficiente, tanto más por el cómputo. En la primera se argüía como motivación: “El plazo de dos años previsto en el Proyecto de Ley es insuficiente para el ejercicio de las acciones que se conceden a los perjudicados, tanto más si se empiezan a contar desde que se produzcan dichos daños y no desde que sean conocidos por el afectado”.

<sup>1826</sup> Entre los primeros, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 128; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 20, para el cual el art. 18 “merece parabienes” y destaca que el plazo quincenal debía ser reducido por las críticas que vimos (en epígrafe 1 de capítulo II) se hacían a las consecuencias de los plazos que suponía el art. 1.591 CC. También lo valoran positivamente, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 479-480; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 7; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 359; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 187, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.622.

En cuanto a los defensores del plazo previsto en la LOE, como se podrá intuir, mayoritariamente parten de la situación preexistente, del plazo de prescripción quincenal que se anudaba al art. 1.591 CC, y se pone en valor la seguridad jurídica<sup>1828</sup>. No obstante, también se ha destacado que duplica el plazo de responsabilidad extracontractual<sup>1829</sup>, que de acuerdo con el art. 18 persistirán las acciones para exigir incumplimiento contractual que prescribirán a los quince años<sup>1830</sup>, o bien que como la responsabilidad de la LOE no es contractual no es necesario un plazo quincenal de prescripción<sup>1831</sup>.

Se han barajado diferentes argumentos como motivos que justifican la decisión del legislador de establecer este plazo de prescripción en dos años. Se alude básicamente a la necesidad de evitar el agravamiento de los daños que provocaría un plazo mayor<sup>1832</sup>. También se argumenta la

---

Sobre los segundos, véase nota 1841.

<sup>1827</sup> Véase epígrafe 3.2. Baste por ahora citar las siguientes palabras de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 127: *“En definitiva, el problema no parece que esté tanto en el plazo de dos años cuanto en el momento a partir del cual comienza a contarse”*.

<sup>1828</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 7, no critica el plazo previsto porque ya proponía hace tiempo un plazo de dos años o de uno. Se refiere el autor expresamente a su obra citada por nosotros en nota 1, p. 339.

Se alude a la amplitud del plazo quincenal preexistente, por MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 187, y en parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 157, destaca que el juego del plazo de garantía y de prescripción del régimen del art. 1.591 CC resultaba excesivo.

Específicamente se fundamentan en la seguridad jurídica, GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 359, quien aprecia que reducirá las incertidumbres que el tiempo generaba en los pleitos de la construcción, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.622, para quien la seguridad del tráfico jurídico aconseja plazos más reducidos.

<sup>1829</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 128, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 158.

<sup>1830</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 128.

<sup>1831</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 158.

<sup>1832</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 127; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 187, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 157, quien observa que ello es lo que se pretende en Italia al exigir el 1.669 del CC italiano la denuncia de los daños en el plazo de un año desde su conocimiento. Algo parecido viene a sostener GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 359, cuando señala que el plazo reducirá los costes judiciales ocultos.

coordinación con el idéntico plazo de dos años de prescripción que poseen, conforme al art. 23 de la LCS, las acciones que se pueden ejercitar contra el asegurador por los seguros previstos en el art. 19 de la LOE<sup>1833</sup>, y el abaratamiento de las primas de éstos<sup>1834</sup>. Todos estos motivos se esgrimieron en la tramitación parlamentaria en la que se defendió particularmente que el aumento del plazo de prescripción conllevaría el incremento del coste de las reparaciones, lo cual se traduciría en un aumento de la prima y todos estos costes adicionales repercutirían en el consumidor final<sup>1835</sup>.

Procedamos a analizar el alcance de dichos argumentos.

En primer lugar, en lo referente a que el aumento del plazo de prescripción conllevaría un agravamiento del daño, se puede probar por los agentes que los daños son daños agravados por no reclamarse tempestivamente<sup>1836</sup>. Pero además, no vemos tan claro que la ampliación

---

<sup>1833</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.713; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 126; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.622; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 158-159. Lo anterior se llega a calificar por GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 359, como un claro efecto tendente a mercantilizar el derecho civil, aunque pone de relieve que ello es con un fin eficiente y de resultado beneficioso. ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, pp. 105 y 106, se refiere a presiones del sector asegurador.

<sup>1834</sup> Esgrime dicho argumento por separado, GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.713; y lo relacionan con el de evitar un agravamiento, que a la vez supondría un aumento de las primas, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 127, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.622.

<sup>1835</sup> Cfr. intervención del Senador del Grupo Parlamentario Popular, el Sr. Bris Gallego, contestando al Grupo Parlamentario Socialista, defendido por la Senadora Pleguezuelos del Grupo Socialista: *“A nosotros nos parece un plazo suficiente por varias razones. En primer lugar, porque este proyecto de ley protege más al usuario, mediante un sistema de responsabilidades más reglamentado y por la respuesta solidaria del promotor. Además, dispone de unas garantías de aseguramiento que antes no tenía. Por otra parte, el plazo de dos años se ajusta a lo establecido por la Ley de Contratos de Seguros. Finalmente, el aumento del plazo agravaría este tipo de daños innecesariamente, puesto que ha transcurrido más tiempo, provocaría un mayor coste de las reparaciones, traducándose en un aumento de la prima y, además, todos estos costes adicionales repercutirían en el consumidor final”*. Diario de Sesiones del Senado. Pleno, núm. 140, de 29 de septiembre 1999.

<sup>1836</sup> En tal sentido, MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 187-188, señala que podría solucionarse este problema del agravamiento distinguiendo entre los daños que son consecuencias del defecto y los que lo sean de su no reparación a tiempo, respecto de los cuales no podría pretenderse su reclamación. No obstante,

del plazo conlleve siempre un agravamiento del daño que no sea imputable a los agentes, ello por el juego del plazo de garantía y el régimen de prueba que conlleva éste. En efecto, dada la obligación de los adquirentes de probar el surgimiento de la acción dentro del plazo de garantía, lo más usual será que realicen en tal plazo una reclamación a los agentes para que reparen, por lo que al menos en los casos de responsabilidad trienal aunque se hubiera fijado un plazo mayor por lo normal tal reclamación no se retrasaría.

En cuanto a las repercusiones que tendría un mayor plazo prescriptivo en la prima del seguro y, por ende, en el precio del inmueble, se podría argumentar que al igual que el seguro es un medio de socialización del riesgo, sería preferible la repercusión social del mayor coste de las reparaciones que la exclusión de la cobertura mediante el establecimiento de un plazo reducido de prescripción.

En lo referente a la necesaria coordinación con el plazo de prescripción previsto en la LCS, se ha sostenido que no tendría mucho sentido que pudiera exigirse la reparación del daño a la compañía de seguros cuando ya no fuera resarcible por el régimen de la LOE por haber prescrito las acciones del art. 17<sup>1837</sup> y, en caso contrario, si el plazo de prescripción de éstas fuera superior al de la acción del contrato de seguro, éste no cumpliría plenamente su finalidad de garantizar la efectividad del resarcimiento de la responsabilidad prevista en la LOE<sup>1838</sup>. Al primer argumento no tenemos nada que objetar, pero sobre el segundo teóricamente no vemos ningún inconveniente a que se hubiera establecido un plazo de prescripción mayor frente a los agentes que

---

desecha lo anterior por las dificultades probatorias que acarrearía, que serían considerables y costosas para la autora. Así señala la autora que *“no se encuentra ninguna razón para establecer un plazo de prescripción mucho más largo”*, y concluye que la reducción del plazo no se debe contemplar en exclusiva como una medida para no dilatar la responsabilidad de los agentes, porque ello no es necesariamente la razón de la LOE, sino más bien la consecuencia del sistema de responsabilidad instaurado por ella.

<sup>1837</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 356, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 158.

<sup>1838</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 158-159.

frente a las compañías de seguro, de tal forma que durante un período de tiempo se disponga de acción frente a éstas, transcurrido el cual perviva durante un plazo adicional la acción frente a los responsables.

Por último, en sede parlamentaria se adujeron dos motivos más a favor del plazo bienal: el de la responsabilidad solidaria del promotor (art. 17.3), y el de un sistema de aseguramiento del que antes no se disponía<sup>1839</sup>. Ninguno justifica el plazo elegido porque la responsabilidad solidaria del promotor que establece la LOE, además de que ya existía con el art. 1.591 CC<sup>1840</sup> está sometida al plazo de prescripción en cuestión, como igualmente ocurre con la acción frente a la aseguradora.

En cuanto a los autores que critican la duración del plazo de prescripción establecido en la LOE, se viene a sostener que no protege a los adquirentes y que colisiona con el objetivo de su protección que expone la ley<sup>1841</sup>.

También podría argumentarse que la existencia de un plazo de prescripción inferior a dos de los tres plazos de garantía de la LOE puede provocar que sin transcurrir el plazo de garantía haya prescrito la

---

<sup>1839</sup> Véase nota 1835.

<sup>1840</sup> Véase epígrafe 2.2.1.2.2 de capítulo VIII.

<sup>1841</sup> MORERA I PÉREZ, o.c. nota 1178, pp. 2.125-2.126, quien no lo ve justificado desde un punto de vista de estricta protección de los derechos del consumidor y destaca la ruptura que supone con la tradición doctrinal que lo fijaba un plazo de quince años, pasando, dice el autor, a un plazo prácticamente igual a los supuestos de culpa sin contrato; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 89, quien alude a que se pasa al extremo opuesto. También consideran que colisiona con la protección de los consumidores, LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.625; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 265; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 540; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.439; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 92-93; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 341, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.148, aunque consideraba necesario un ajuste porque los plazos anteriores eran excesivos.

Particularmente crítica es TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 48, para quien: *“Se trata de un plazo a todos luces impropio para el ejercicio de acciones de tal repercusión, que lo que, en realidad provoca es una auténtica desnaturalización de la acción.”* Aunque la autora reconoce que el Código civil en general necesita de un ligero acortamiento del plazo general de las acciones personales, defiende que *“si alguna obligación personal justifica un plazo relativamente largo de prescripción... pueden ser precisamente las derivadas del contrato de obra”*. Se basa la autora para sostener lo anterior en *“la especial naturaleza, importancia socioeconómica y vocación de durabilidad que caracteriza el objeto del contrato de obra”*.

acción<sup>1842</sup>. Sin embargo, además de que dicho supuesto será difícil que se dé en la práctica<sup>1843</sup>, lo anterior es una consecuencia del cómputo del plazo desde la producción del daño y no desde la finalización del plazo de garantía<sup>1844</sup>.

Otra crítica que se ha realizado al plazo de prescripción es que puede ser insuficiente para averiguar el responsable del daño frente al que accionar, de lo que disentimos porque si realmente existe la posibilidad de determinarlo el plazo será suficiente a estos fines<sup>1845</sup>. También discrepamos de que la brevedad del plazo se agudiza en los casos de reclamaciones de comunidades de propietarios que tardarán en tomar acuerdos, porque un comunero puede accionar en interés de la comunidad, y también interrumpir la prescripción<sup>1846</sup>.

Aunque no consideremos como justificación del plazo los argumentos esgrimidos en la tramitación parlamentaria, y veamos paradójico que una

---

<sup>1842</sup> Como pone de relieve MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 158.

<sup>1843</sup> Efectivamente, entablada la acción dentro del plazo de garantía, los adquirentes habrán acreditado lo que, hemos visto, se les exige, la producción del daño en plazo (véase epígrafe 4 de capítulo VI), y como veremos (véase epígrafe 5) serán los demandados los que deberán probar la fecha de aparición de los daños a efectos de la prescripción, lo que les será bastante difícil salvo que después de la reclamación extrajudicial haya transcurrido el plazo de prescripción ininterrumpidamente.

<sup>1844</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 442.

<sup>1845</sup> Lo anterior se lo plantea MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 159, quien sostiene que puede superarse con la responsabilidad solidaria del promotor establecida en el art. 17.3 que permite dirigirse contra él.

Por nuestra parte no vemos que el argumento dado por la autora para resolver el problema planteado sea definitivo si se piensa en una posible insolvencia del promotor. Además, consideramos que diligentemente en dos años se puede determinar el responsable y accionarse, y cuando no se consigue en este plazo, se podrá accionar no sólo frente al promotor, sino también frente al resto de los agentes, porque estaremos ante un supuesto de daño con causa desconocida que les hace responder solidariamente a los mismos (cfr. art. 17.3). Por otro lado, ya estudiaremos (en el epígrafe 4.2.3) que en los casos de responsabilidad solidaria previstos en la LOE se interrumpe la prescripción frente al resto de agentes diferentes al promotor con el que se ha entendido el acto interruptor.

<sup>1846</sup> Sostiene esta crítica TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 49. Véase respectivamente epígrafes 1.3 de capítulo VIII y 4.1.2.2 del presente capítulo, sobre la legitimación del comunero y su posibilidad de interrumpir el plazo de prescripción, respectivamente.

norma que se presente como protectora reduzca un plazo de prescripción trece años, era evidente lo inapropiado de un plazo quincenal porque prolongaba excesivamente la responsabilidad de los agentes. Lo anterior era más llamativo cuando en diversos textos, como los PECL, el DCFR y en el anteproyecto de Ley del Código mercantil, se aprecia un intento de adaptar la regulación de la prescripción al tráfico jurídico actual mediante el acortamiento de su duración<sup>1847</sup>.

Además, aun cuando apreciamos que sería plausible un plazo de prescripción tres años (como era el previsto en el art. 1.600 del Proyecto de reforma del CC de 1994) la brevedad del plazo no conlleva la necesidad de ejercitar judicialmente la acción dentro de él dado que es susceptible de interrupción extrajudicial y ésta se aprecia flexiblemente por los tribunales<sup>1848</sup>. Por este motivo no se produce desprotección del

---

<sup>1847</sup> GARCÍA PÉREZ, R. M., *La prescripción en el Derecho europeo*, en *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, editado por L. Sixto Sánchez, ed. Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 823-824. Concretamente, el DCFR prevé un plazo general de prescripción de 3 años en su art. III-7:201, al igual que hace el art. 14:201 de los PECL, mientras que el anteproyecto de Código mercantil establece un plazo de prescripción general de cuatro años (cfr. art. 712-1).

<sup>1848</sup> En este punto coincidimos con MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 225, quien sostiene que la desventaja de la brevedad del plazo queda “*sumamente atenuada por el juego de la doctrina jurisprudencial que interpreta la prescripción de forma restrictiva y por la generosa apreciación de su interrupción por los tribunales*”. Esta posibilidad de interrupción conlleva en la práctica que el plazo se extenderá más allá de dos años, como señalan MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 127, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 158.

Sobre la interpretación flexible de la interrupción, véase STS de 16 de enero de 2003 (RJ 6), referente a la eficacia de la reclamación telegráfica para interrumpir el plazo, que señala con cita de otra: “*Por otra parte, hay que tener en cuenta como se recoge en la sentencia de 30 de septiembre de 1993 que “por ser la prescripción un instituto no fundado en la justicia intrínseca sino en el principio de seguridad jurídica a fin de evitar en la medida de lo posible el ejercicio tardío de los derechos ..., debe ser aplicada con espíritu restrictivo, de tal forma que cuando se ponga de relieve un simple atisbo de animus conservandi en quien la misma se pretende aplicar, habrá de entenderse interrumpido el plazo de prescripción (vid. Sentencia de 18 de septiembre de 1987 y las en ella citadas)”*”.

Sobre esta jurisprudencia puede verse DíEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 139, quien señala que las causas de interrupción son objeto de una interpretación extensiva en la jurisprudencia, especialmente al entender la reclamación extrajudicial, y ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 224-226, quien cita la extractada sentencia que, en palabras de autor, equivale a que “*para evitar al*

propietario, puesto que únicamente se le exige una reclamación extrajudicial para interrumpir la prescripción<sup>1849</sup>.

No obstante, discrepamos de que esta exigencia de reclamación que interrumpa la prescripción se deba al convencimiento de que el adquirente que no manifiesta con prontitud los vicios los tolera<sup>1850</sup>, porque deben ponderarse las concretas circunstancias dado que cabe que el defecto no se haya manifestado en su alcance de manera efectiva y el adquirente no tenga los elementos de juicio necesarios para poder presumirse que los tolera<sup>1851</sup>.

Con todo, apreciamos que la interrupción de la prescripción adquirirá un papel bastante relevante en nuestra materia, que sin embargo no será tan decisivo si en los casos de solidaridad se niegan los efectos interruptores frente al resto de agentes con los que no se ha entendido la interrupción<sup>1852</sup>.

Por último, a favor del plazo previsto legalmente también puede alegarse que se suavizará con la doctrina de los daños continuados<sup>1853</sup>, que dada la brevedad de aquél, aventuramos que será de frecuente invocación, razón por la que la estudiaremos<sup>1854</sup>.

#### 1.4 El retraso desleal

Relacionado con la duración del plazo estudiado debemos analizar si en nuestra materia es posible que el ejercicio de la acción por parte del adquirente se realice de forma abusiva por no haberse hecho con

---

*máximo la admisión de la prescripción, hay que admitir al máximo, en cuanto haya pie para ello, la interrupción”.*

<sup>1849</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 224-225.

<sup>1850</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 225.

<sup>1851</sup> No obstante, lo anterior guarda más relación con el cómputo del plazo prescripción, por lo que volveremos sobre esta cuestión en epígrafe 3.3.

<sup>1852</sup> Véase epígrafe 4.2.

<sup>1853</sup> Como señala SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.622.

<sup>1854</sup> Véase epígrafe 3.4.



anterioridad, esto es, si se le puede reprochar un retraso desleal. Ello nos lo planteamos porque al margen de la prescripción, como destaca Díez-Picazo, existen “*supuestos en que, como una derivación del principio de buena fe, el ejercicio de un derecho no prescrito puede resultar por el paso del tiempo inadmisibile*”<sup>1855</sup>. Esta doctrina se fundamenta en el art. 7 CC<sup>1856</sup>, no obstante lo cual su aplicación ha de hacerse con la necesaria cautela por tratarse de un recurso extraordinario<sup>1857</sup>.

Aunque algún autor contempla la aplicación de tal doctrina en nuestra materia<sup>1858</sup>, desechemos tal posibilidad porque estamos, como decimos, ante un recurso extraordinario que requiere del transcurso de bastante tiempo, y el plazo previsto en la LOE es de dos escasos años. No consideramos, por tanto, que sea contrario a la buena fe que, sin mediar reclamación previa, se ejercite la acción el último día del plazo de prescripción. Otra cuestión diferente es que tal actitud pueda incidir en la

---

<sup>1855</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 84-85. El autor nos informa de la especial elaboración del retraso desleal por la doctrina alemana donde se conoce con el nombre *Verwirkung*, y que requiere además de la omisión del ejercicio del derecho durante cierto tiempo, que el ejercicio del derecho aparezca como desleal e intolerable para el adversario.

<sup>1856</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 89-90. Cfr. STS de 21 de mayo de 1982 (RJ 2588) en la que se estimó que era desleal la alegación de compensación que opuso el comitente de una obra a un contratista de determinadas cantidades que le adeudaba éste por los servicios que, como médico, le había prestado hacía bastantes años y que nunca habían sido reclamados. El contratista sostenía que lo que le adeudaba al comitente ya lo había tenido en cuenta para no cobrarle una parte del coste de la obra, motivo por el cual el TS falló que la alegación de compensación era contraria al principio de buena fe del art. 7 CC.

Esta doctrina ha tenido continuidad en los casos alteración de elementos comunes en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal consentidas a lo largo de muchos años como destaca DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 90-91. Pueden verse otros pronunciamientos en ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 21.

<sup>1857</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 86-87. En análogo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 21, quien expresa que el ejercicio abusivo o contrario a la buena fe dependerá de las circunstancias, advirtiendo de que lo contrario fundamentaría un acortamiento del plazo.

<sup>1858</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 469-470, quien la incardina dentro de los modos anormales de extinción de la obligación, y destaca su fundamento en el principio general de la buena fe, así como que se despierta razonablemente en el otro sujeto la confianza en el mantenimiento de la situación jurídica.

extensión del daño reparable por los agentes de la edificación, como veremos<sup>1859</sup>.

## 2. Estudio de la posibilidad de alteración convencional del plazo de prescripción

Dedicaremos este epígrafe a analizar si es disponible el plazo de prescripción entre los agentes de la edificación y los adquirentes de ella. Esta posibilidad de establecer un régimen jurídico de la prescripción diferente al previsto legalmente tiene una evidente trascendencia teórica y práctica<sup>1860</sup>, y en el Derecho comparado y en otros instrumentos es una materia en la que se aprecian notables diferencias<sup>1861</sup>.

En nuestro ordenamiento, ante el silencio de la LOE, esta cuestión debe ser resuelta aplicando el Derecho común donde tampoco hay una norma legal que resulte directamente aplicable<sup>1862</sup>. Únicamente se dispone del art. 1.935 CC que faculta a renunciar la prescripción ganada y

---

<sup>1859</sup> Al tratar en materia de limitación y exoneración de responsabilidad los supuestos relacionados con los deberes como asegurados de los propietarios (véase epígrafe 4.4.3 de capítulo VIII).

<sup>1860</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 36.

<sup>1861</sup> Así, en Alemania el parágrafo 202 del BGB admite la reducción anticipada del plazo salvo en el caso de responsabilidad por dolo, y el alargamiento no más allá de los treinta años; en Italia y Portugal se excluye cualquier pacto de modificación de los plazos legales, respectivamente según los arts. 2.936 y 300 de los códigos de dichos países (sobre estos preceptos en profundidad puede verse DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 42-43); tampoco se permite su alteración en Suiza, de acuerdo con el art. 129 del Código de obligaciones.

Los PECL y el DCFR admiten tanto la ampliación como la reducción, pero no más allá de treinta, ni por debajo de un año (cfr. arts. 14:601 de los PECL y III-7:601 del DCFR); sin embargo el CEC en su art. 134.5 sólo permite la reducción del plazo de prescripción general que prevé, salvo que sea en perjuicio del consumidor, en cuyo caso está prohibida.

El anteproyecto de Ley del Código mercantil prohíbe con carácter general los pactos sobre prescripción en su art. 711-1.

<sup>1862</sup> Sobre la carencia de norma directamente aplicable, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 37; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 225-226, y GARCÍA PÉREZ, o.c. nota 1847, p. 848.

excluye la renuncia del derecho a prescribir en lo sucesivo<sup>1863</sup>, precepto que se relaciona con la posibilidad o no de alteración convencional del plazo<sup>1864</sup>. Además, se ha destacado que tampoco existe una jurisprudencia consolidada, aunque en algunas sentencias se ha admitido el acortamiento de los plazos de prescripción<sup>1865</sup>.

En general en esta materia las posiciones son variadas, puesto que unos no admiten pactos sobre la prescripción, y otros, que son la mayoría, sólo admiten su acortamiento, ya que su alargamiento supondría una renuncia anticipada a la prescripción y contravendría el art. 1.935 CC<sup>1866</sup>.

---

<sup>1863</sup> Sobre la soledad de dicha norma y su significado, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 43. Sobre este artículo también puede verse ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 328, autor que extiende la posibilidad de renuncia no sólo a la prescripción ganada, sino también a la que se reduce a la prescripción en curso, esto es, la parte del plazo ya transcurrido, porque no ve razonable mantener un criterio distinto, por lo que señala que sólo se excluyen los pactos sobre la prescripción futura.

También sobre la nulidad de la renuncia anticipada a la prescripción, y la admisión de la renuncia a la prescripción consumada, véase art. 711-2 del anteproyecto de Ley del Código mercantil.

Sobre la admisión de la renuncia a la prescripción consumada en los códigos europeos puede verse el art. 302.1 del CC portugués y el art. 2.937 del CC italiano.

<sup>1864</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, pp. 2.100-2.101. Así, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 43, señala que al prohibirse la renuncia a la prescripción aún no ganada, en cierta medida se establece algún límite, aunque borroso, dice, para la autonomía de la voluntad, dada la estrecha relación existente entre la renuncia anticipada o renuncia de ley y el carácter imperativo o dispositivo de las normas legales.

<sup>1865</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 37-41. Ello a pesar, señala el autor, de que en muchas sentencias no haya dejado de aparecer el tema. Se refiere el autor a una serie de SSTs relativas a pólizas de seguros como las de 25 de junio de 1968 en la que se admitió implícitamente la reducción convencional del plazo de prescripción, y de 20 de octubre de 1973 en la que se reconoció expresamente tal reducción, en el caso se trataba plazo fijado en la póliza de seguro de responsabilidad civil, concretamente en un año.

<sup>1866</sup> Pueden verse dichas opiniones en MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 226-227, y en DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.101.

Destaca DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 36-37, que en un plano teórico la cuestión dependerá de si se considera que la prescripción sirve al interés general o al particular del sujeto pasivo del derecho en prescripción. Así señala que *“si desde antiguo se viene sosteniendo que la prescripción sirve a la seguridad general de los derechos y a la paz jurídica, en la medida en que trata de poner un límite a la litigiosidad impidiendo el ejercicio de acción o pretensiones antiguas o envejecidas, y se encuentra por ello fundada en razones de utilidad social, es claro que tal tipo de normas no puede dejarse al arbitrio de los particulares”*. Sin embargo, al autor

Dado que no disponemos de una norma que prohíba los pactos, hay que entrar a analizar las posibilidades de negocios que se plantean, que son las de fijar la prescripción de acciones imprescriptibles (que no trataremos porque no lo es la de la LOE); la posibilidad de imprescriptibilidad de la acción prescriptible (que además de improbable concesión por los agentes, contravendría el art. 1.935 CC que prohíbe la renuncia del derecho a prescribir<sup>1867</sup>); la modificación de los plazos tanto para alargarlos como para recortarlos, y la alteración de determinados puntos del régimen jurídico de la prescripción, como su cómputo o su interrupción<sup>1868</sup>.

En cuanto al improbable en nuestra materia alargamiento del plazo legal, los autores que han estudiado en general esta cuestión no lo admiten porque significaría una renuncia anticipada al plazo legal en contra del art. 1.935 CC<sup>1869</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo sí permite el alargamiento de los plazos de prescripción<sup>1870</sup>, y para otros autores lo

---

expresa que en sentido contrario se puede argüir *“que el efecto principal de las normas de prescripción es otorgar un especial beneficio al sujeto pasivo del derecho en prescripción, que es el inmediatamente favorecido por tales normas, quien puede defenderse con la prescripción o renunciar a éste tipo de defensa...”*.

<sup>1867</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 44 y 191, y ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 329.

<sup>1868</sup> Se plantea estas posibilidades, debido a la falta de norma, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 43. También se refieren a esta idea de que no se puede dar una respuesta única a la admisibilidad de los pactos, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 328, y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 227-228.

<sup>1869</sup> Nos informa de este parecer general, en la que se alinea, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 44, aunque reconoce que el argumento *“no resulta definitivo, ni convincente, porque el art. 1.935, por lo menos en su letra, al prohibir el derecho a prescribir para lo sucesivo, lo único que está prohibiendo es una imprescriptibilidad convencional*. No obstante, señala el autor que *“puede entenderse, ciertamente que ese «derecho» cuya renuncia se prohíbe que se lleve a cabo anticipadamente es el derecho a prescribir en la forma legalmente establecida”*. Añade que lo que está fuera de toda duda es la inadmisibilidad de una prolongación tan extraordinaria de los plazos que en la práctica constituya una auténtica imprescriptibilidad.

<sup>1870</sup> Cfr. SSTs de 30 de mayo de 1984 (RJ 2808), y 30 de junio de 1987 (RJ 3831). Pueden verse más referencias en ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 330, y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 231.

único que se prohíbe es un alargamiento de los plazos de tal magnitud que conlleve en la práctica la imprescriptibilidad<sup>1871</sup>.

En línea con ello, en nuestra materia se admite el alargamiento de los plazos, pero sin que se permita un fraude del art. 1.935 CC<sup>1872</sup>, o una ampliación más allá del plazo de quince años previsto para las acciones personales<sup>1873</sup>. En cualquier caso, aunque incidamos en lo inverosímil de un alargamiento de los plazos en nuestra materia, conviene precisar que dicho pacto no afectará sino a quienes lo hayan suscrito<sup>1874</sup>.

En cuanto al acortamiento del plazo de prescripción, a pesar de que con carácter general se admite de acuerdo con las resoluciones recaídas sobre ello<sup>1875</sup>, en nuestra materia habrá de tenerse en cuenta la condición de consumidor que puede tener el adquirente de lo edificado<sup>1876</sup>. Pues bien, el art. 86 del TRLGDCU, aunque no contempla expresamente los convenios sobre prescripción, prohíbe *“la exclusión o limitación de forma*

---

<sup>1871</sup> ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 330; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 229-230, para quien la autora el art. 1.935 no prohíbe la renuncia a los plazos legales de prescripción, sino sólo la renuncia del derecho de prescribir para lo sucesivo, por lo que tan sólo prohíbe la conversión en imprescriptible que es lo que se justifica por razones de orden público. En parecido sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.101, para el cual la admisión de la alteración convencional no guarda relación con la prohibición de renuncia anticipada a la prescripción, salvo que se pacte un plazo exageradamente largo, por lo que admite una alteración entre el mínimo de un año y máximo legal de treinta. Se apoya el autor en la misma solución que admiten los PECL y el DCFR (véase nota 1861).

<sup>1872</sup> Tal es el caso de SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 410-411, para quien cabe ampliar el plazo previsto en el art. 18.1 de la LOE, pero no fijar uno que pudiera implicar una auténtica renuncia a prescribir puesto que supondría un fraude de ley, porque a pesar de que el art. 1.935 CC admite la renuncia a la prescripción ganada, prohíbe la renuncia del derecho a prescribir en el futuro, sobre todo, añade el autor, teniendo en cuenta el efecto socio-económico que supone la edificación.

<sup>1873</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 232, para la que sería nulo un plazo superior al de quince años previsto con carácter general para los derechos de crédito.

<sup>1874</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 234, quien pone como ejemplo un plazo superior acordado entre el promotor y el adquirente, que no afectará al asegurador.

<sup>1875</sup> Véase nota 1865. En línea con tales pronunciamientos, la admiten DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 45, y ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 330-331.

<sup>1876</sup> Sobre el concepto de consumidor véase nota 828.

*inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario*”, interdicción que resulta aplicable a la prescripción, dado que ésta guarda relación con los derechos materiales que mediante las acciones se ejercitan<sup>1877</sup>.

Además, habrá de considerarse la regla general del art. 82 del TRLGDCU que declara como cláusula abusiva la que en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, porque pueden estimarse como tales las que acorten los plazos de las acciones de los consumidores frente a profesionales, predisponentes de ellas, sobre todo si establecen plazos perentorios o de muy difícil cumplimiento<sup>1878</sup>.

En línea con esta doctrina general, los autores que han tratado la posibilidad de reducción del plazo de prescripción del art. 18 han concluido negativamente, ya sea porque un plazo inferior al previsto se considera simbólico<sup>1879</sup>, o más moduladamente se descarta la posibilidad de pactar uno inferior al anual propio de la responsabilidad extracontractual salvo que se esté ante consumidores en cuyo caso se aplicará el art. 82 del TRLGDCU referido y el art. 21 del mismo cuerpo que impone que el régimen de reclamación que se establezca en los contratos debe permitir que el consumidor reclame con eficacia en caso de defecto o deterioro<sup>1880</sup>.

---

<sup>1877</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 45-46, quien se refiere al antecedente de tal precepto, la disposición adicional primera de la LGDCU. Véase texto del art. 86 en nota 819.

<sup>1878</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 46, quien cita al precedente de tal precepto el art. 10 bis de la LGDCU. Véase texto del precepto en nota 829.

<sup>1879</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 410.

<sup>1880</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 232-234, quien se refiere a los precedentes de dichos preceptos, los arts. 10 bis y 11.1 de la LGDCU. Este art. 11.1 de la derogada LGDCU (cuyo texto se encuentra actualmente en el art. 21 del TRLGDCU) establecía: *“El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características,*

Nosotros opinamos que el pacto de un plazo de prescripción inferior a dos años no debería admitirse, y ello aunque no estemos ante un consumidor y no puedan aplicarse su normativa especial y el mandato de protegerlos contenido en la Exposición de motivos de la LOE<sup>1881</sup>. Nos basamos en que tal pacto llegaría a afectar al propio derecho por la brevedad del plazo, y colisionaría con el carácter indisponible que sostenemos en esta responsabilidad<sup>1882</sup>. No vemos que sea obstáculo a lo anterior que el CC admita un plazo más breve para la responsabilidad extracontractual, además de por razón de la naturaleza contractual que vemos en la responsabilidad de la LOE, por la singularidad e inconvenientes que se ven en el plazo anual y que han llevado a proponer su ampliación a dos o tres años<sup>1883</sup>.

---

*condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro...”*

En caso de que no estemos ante un consumidor, señala la autora que aunque en general se admita la posibilidad de acortar los plazos de prescripción, ello nunca debe conllevar que se dificulte extraordinariamente el ejercicio del derecho, lo cual considera que ocurriría si se fija uno inferior a los dos años previstos. Sin embargo, como reconoce esta autora, lo anterior es opinable, porque con independencia de la formulación general de no poderse establecer un plazo simbólico, el CC dispone para la responsabilidad extracontractual un plazo inferior, razón por la que concluye que en todo caso sí sería nulo un plazo inferior al año por contravenir el orden público (art. 1.255 CC).

<sup>1881</sup> En caso de que se esté ante un consumidor el aumento notable del riesgo prescriptivo del derecho a obtener la reparación no se compadecería con el propósito de la LOE de protegerlos declarado en su parte programática.

<sup>1882</sup> Véase epígrafe 2 de capítulo III. Nos apoyamos en este punto en ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 329, para quien no cabrá modificar el régimen legal cuando se trate de derechos irrenunciables o impuestos cogentemente en algún aspecto. Para este autor, por lo anterior, las dudas sobre la autonomía de la voluntad sólo se plantean respecto de los derechos de libre disposición.

<sup>1883</sup> Destaca REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.209, que el plazo de un año previsto para aquélla prácticamente no se contempla en otros ordenamientos. Proponen su modificación, REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.213-1.214, quien pone manifiesto que lo más probable es que este plazo no obedezca a justificación alguna, siendo un residuo histórico, y DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 247, para quien supone “*de facto una sobrecarga en la aplicación de la norma*”, por las múltiples sentencias que han discutido su cómputo y las causas de interrupción, lo que no ve muy justificado desde el punto de vista de la política jurídica. Igualmente puede verse MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, X, ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 814, quien aprecia la brevedad del plazo anual y propone un plazo de tres o cinco años.

Otras dos cuestiones que se han planteado en relación con el juego de la autonomía de la voluntad en materia prescriptiva, son la posibilidad de alterar el momento inicial del cómputo del plazo y los pactos sobre los modos de interrupción. Sin detenernos en la última cuestión porque la vemos de difícil planteamiento en nuestra materia<sup>1884</sup>, en cuanto a la posibilidad de alterar el momento inicial del cómputo de la prescripción, no creemos admisible que se adelante porque equivaldría a hacer prescribir la acción antes de su nacimiento<sup>1885</sup>.

Por último, sí cabrá que se pacte la suspensión de la prescripción lo que será útil para que no corra durante un proceso de negociaciones, las cuales veremos que además constituyen causa de interrupción<sup>1886</sup>.

---

<sup>1884</sup> En cuanto a la posibilidad de pacto sobre los medios de interrupción de la prescripción puede verse DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 45, quien admite que se regulen restrictivamente los modos de interrupción de la prescripción como su favorecimiento aunque esto último tienda a impedir la prescripción.

<sup>1885</sup> Lo anterior lo fundamentamos en que, como veremos (véase epígrafe siguiente) el cómputo previsto coincide con el nacimiento de la acción, en nuestro caso con la manifestación del vicio constructivo. Sin embargo, se admite en nuestra materia por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.623, autora que no impone expresamente límites a tal pacto. Con carácter general también la admite DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 45, salvo si dificulta extraordinariamente la prescripción.

Obviamente, resulta poco probable que se pacte una posposición del cómputo previsto legalmente.

<sup>1886</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 144, admite la suspensión en caso de negociaciones como medio para evitar que se desarrollen con premura, y señala con carácter general que debe estarse a la causa del acuerdo suspensivo y a los efectos que las partes pretendan dar al mismo, pero descarta una suspensión que más o menos veladamente excluya permanentemente la prescripción. Lo anterior lo sostiene el autor porque, aunque podrían considerarse inadmisibles los pactos sobre suspensión atendiendo al carácter de orden público que se asigna tradicionalmente a la prescripción, no puede responderse categóricamente. Comparte esta opinión ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 299-300 y 331.

Sobre la suspensión de la prescripción, puede verse SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 394, quien expone que, aunque el Código civil no prevea causas de suspensión, cabe por acuerdo de los interesados, de acuerdo con la STS de 16 de diciembre de 1957. Sí se reconoce, en cambio, en los arts. III-7:301 a III-7:303 del DCFR, en los arts. 14:301 a 14:303 de los PECL, y en el art. 713-3 del anteproyecto de Ley del Código mercantil.



### 3. Cómputo del plazo de prescripción

#### 3.1 Introducción

Esta cuestión del cómputo del plazo de prescripción no era tan importante bajo el art. 1.591 CC por la amplitud del plazo quincenal del art. 1.964 CC que le era aplicable, y que determinaba que en muy raras ocasiones se considerara prescrita la acción<sup>1887</sup>.

El cómputo del plazo de prescripción sigue el sistema civil de acuerdo con el art. 5 CC, al igual que ocurre con los plazos de garantía por lo que vale lo expuesto al tratar éstos<sup>1888</sup>. Sin perjuicio de la interrupción, el día final del plazo es el mismo de la fecha inicial dos años después, y si no lo hay en el mes de vencimiento será el último de éste<sup>1889</sup>, sin que, de acuerdo con el art. 5.2 CC, se descuenten los días inhábiles al ser un plazo civil, pero se prorroga al inmediato hábil en caso de que el día de vencimiento sea inhábil<sup>1890</sup>.

Como hemos visto, la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1.591 CC realizaba el cómputo del plazo de prescripción quincenal desde

---

<sup>1887</sup> Como destaca CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 420. Consideraron prescrita la acción las SSTs de 3 de mayo de 1996 (RJ 3775), y de 7 de abril de 1998 (RJ 2141).

Así, se señala por MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 225, que como ocurre en general con las prescripciones breves, es de prever que se producirá un importante aumento de litigiosidad en las cuestiones relacionadas con la prescripción.

<sup>1888</sup> Como destaca SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 411. Nos remitimos al epígrafe 3 de capítulo VI.

<sup>1889</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 413. En el mismo sentido en cuanto al día del vencimiento, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, pp. 442-443.

En cambio para ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 41 y 43, también en los plazos señalados por años se excluye el inicial, comenzando al día siguiente. Se fundamenta el autor en la STS de 16 de noviembre de 1968 (RJ 5336) que lo consideró así en el caso de una acción de reclamación de daños extracontractuales, y que antes de la reforma del título preliminar del CC, entendió aplicable el art. 1.130 que excluye el día inicial por no apreciar razón para no aplicar dicha regla al supuesto. Para el autor lo anterior se ve reforzado con el actual art. 5.1 CC, porque el espíritu de ambas disposiciones es que se excluya el día inicial.

<sup>1890</sup> Cfr. SSTs de 21 de noviembre de 1981 (RJ 4541), y de 22 de enero de 2009 (RJ 554). Expresamente ha previsto tal regla el art. 712-3 del anteproyecto de Ley del Código mercantil.

que se manifestase la ruina o el vicio ruinógeno<sup>1891</sup>, ello en aplicación del criterio general de la *actio nata* contemplado en el art. 1.969 CC, el cual dispone que, salvo disposición especial, el plazo de prescripción de las acciones “se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”<sup>1892</sup>.

No obstante, como también pusimos de relieve, se llegó a computar en algún pronunciamiento a partir del conocimiento de la aparición de los vicios por parte del accionante<sup>1893</sup>, en lo que se ha visto por alguna autora la necesidad de determinar en qué momento se inicia el plazo de prescripción previsto en la LOE, aunque veremos que la generalidad de pronunciamientos y autores desechan tal criterio del conocimiento<sup>1894</sup>.

---

<sup>1891</sup> Véase epígrafe 2.2 de capítulo I.

<sup>1892</sup> Sobre la recepción de la teoría de la *actio nata* en el art. 1.969 CC y el carácter general de tal criterio, por todos pueden verse REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.229-1.230; ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 44, quien señala que ello es la razón de que el día que pudo ejercitarse la acción, es el día en que la acción nació, y DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 129. Este autor señala que el problema, en rigor, no es resuelto por la teoría de la *actio nata*, porque se trata de resolver cuando la acción ha nacido, sobre lo que el autor opina que nace junto con el nacimiento del derecho, concluyendo que lo que quiere decirse cuando se exige que haya nacido la acción es que pueda ejercitarse y que la situación en que se encuentra colocado exija el ejercicio.

Sobre las diversas teorías que en general se han formulado para determinar cuándo nace la acción, entre las que destaca las teorías de “la lesión”, de “la realización” y de “la insatisfacción” o “pretensión insatisfecha” puede verse SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 395-396. También estudia estas teorías DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 129-132, quien concluye que la dificultad de ellas hace que los Códigos traten de simplificar el problema permaneciendo sin más en la línea de la *actio nata*, como es el caso del nuestro.

Este criterio de la *actio nata* se acoge como criterio general en otros Códigos como el italiano (art. 2.935), el portugués (art. 306), el holandés (Libro III, arts. 307, 308, 313 a 315), y el suizo de obligaciones (art. 130). También lo acogen los PECL (art. 14:203) y el DCFR (III.- 7:203), al fijar en el momento en que el deudor debiera haber cumplido, y en caso de pretensión indemnizatoria, en el momento de la producción del evento dañoso.

<sup>1893</sup> Nos referimos a la STS de 15 de octubre de 1991 (RJ 7449) que tuvo en cuenta el conocimiento de los vicios ruinógenos a través de informe pericial. Sobre los motivos por los que no consideramos que se pronunciara en el mismo sentido la STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 3130) nos remitimos a la nota 228. Sobre estos pronunciamientos, se destaca por SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 412, que se inclinan a una solución subjetivadora.

<sup>1894</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 159.

### 3.2 Inicio del cómputo

El art. 18.1 de la LOE establece que las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el art. 17 por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos constructivos prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños.

El cómputo del plazo de prescripción desde la producción de los daños no ha sido un lapsus del legislador, puesto que se pretendió mediante una serie de enmiendas que se computara desde que los daños fueran conocidos por el perjudicado, enmiendas que se rechazaron por la carga subjetiva que implicaba saber cuándo el afectado había conocido los daños<sup>1895</sup>.

Pues bien, no ha existido coincidencia de opiniones a la hora de interpretar la expresión del art. 18.1 *“desde que se produzcan dichos daños”*, aunque la generalidad de autores la hace equivalente al momento de la manifestación del vicio o defecto constructivo, o al menos se propone tal interpretación correctora.

Algunos niegan que la expresión *“desde que se produzcan dichos daños”* equivalga al momento de la manifestación del vicio o defecto constructivo y, por tanto, a aquel en el que sea conocible<sup>1896</sup>. Gran parte

---

<sup>1895</sup> Destaca lo anterior, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 420. Nos referimos a la enmienda núm. 122 presentada en el Congreso y núm. 61 presentada en el Senado por el Grupo Socialista (véase nota 1825). En la intervención del Sr. Ortiz González (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Infraestructuras, núm. 709, de 15 de junio de 1999) se argumentó el rechazo de tales enmiendas: *“En el cómputo del plazo de responsabilidad, insistimos en la expresión «se manifiesten los defectos» mejor que «sean conocidos». Arrancar los plazos de responsabilidad desde el momento en que los vicios o defectos sean conocidos, significa dar una subjetividad a los plazos del cómputo de responsabilidades que no podemos aceptar, se podría argüir siempre que un defecto o vicio no ha sido conocido y nos meteríamos en investigaciones hasta, me atrevo a decir, de índole psicológica. Por esta razón creemos que es mejor «se manifiesten»”*.

<sup>1896</sup> LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 265, quien señala que tal expresión supone que el plazo se computa desde que se produzcan los daños y no desde que *“aparezcan o sean conocidos o identificables”*, y HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 192, para la cual el criterio de la LOE se opone al de la posibilidad objetiva de conocimiento. Así entendemos las siguientes palabras de la autora: *“Es criticable, sin embargo, el momento a partir del cual, según el citado precepto, debe empezar a*

de ellos considera que el criterio legal se aparta de la doctrina de la *actio nata* consagrada en el art. 1.969 CC al suponer el comienzo del plazo sin que la acción pueda ser ejercitada por no haberse manifestado el daño<sup>1897</sup>. Además de tal distanciamiento, se ha advertido que el criterio legal es de complicada aplicación práctica, en cuanto que es difícil determinar el momento de producción de los daños a diferencia del de su manifestación o reconocibilidad<sup>1898</sup>. Así, incluso se ha llegado a sostener en nuestra opinión un criterio algo subjetivo, al defenderse que se debería haber previsto el cómputo desde el conocimiento del daño por parte del perjudicado<sup>1899</sup>.

---

*contar el plazo, el de producción de los daños, ya que la acción sólo se podrá ejercitar con verosimilitud desde el momento en que se pudo conocer la existencia del defecto”.*

Otros se limitan a exponer que se computara el plazo desde que se produzcan los daños, sin precisión o crítica alguna, como es el caso de LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 192.

<sup>1897</sup> MORERA I PÉREZ, o.c. nota 1178, pp. 2.124-2.126, quien no halla justificación a dicho cómputo en la Ley, señala que *“nadie puede ejercitar acción alguna hasta el momento en que tiene conocimiento de la existencia del daño que se le ha producido y en este especial ámbito de la construcción es claro que hay daños que pueden manifestarse de formas de muy difícil descubrimiento por el ciudadano no experto”*. Por idéntica razón, LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.625 califica el cómputo desde la producción de los daños de *“novedoso y perturbador”*. En el mismo sentido, JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.439. También alude a dicha separación del criterio del art. 1.969 CC, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 49, quien reprocha su falta de justificación, y que es frecuente que los daños no se manifiesten hasta pasado un tiempo de su producción. En este grupo podemos situar a HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, pp. 398-399, que además del apartamiento del art. 1.969 CC, pone de relieve que el sujeto puede encontrarse impedido para accionar.

En el mismo sentido que Lacaba Sánchez, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 93-94, aunque veremos más abajo que llega por dichas razones a proponer otro criterio. Igualmente MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 159, pone de relieve que la previsión legal art. 18.1 de la LOE contrasta con el art. 1.969 CC, pero también veremos a la solución a que llega la autora.

<sup>1898</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 52, quien además sostiene que el criterio de manifestación es más acorde con el art. 1.969 CC. En parecido sentido para BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 78, hubiera sido más acertada la previsión de la manifestación del daño, porque en algunos casos no es posible establecer con precisión cuándo se produjeron, poniendo como ejemplo las humedades.

<sup>1899</sup> MORERA I PÉREZ, o.c. nota 1178, p. 2.126, para quien es *“incomprensible”* que el plazo de prescripción se compute desde la producción de los daños y no desde que el perjudicado tenga conocimiento de él. En parecido sentido, dada la posibilidad de desamparo de los adquirentes, a RAYÓN BALLESTEROS, M. C., *Líneas básicas de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, AJA 421 (2000), p. 5,

Con todo, por los aludidos inconvenientes que conlleva la aplicación literalmente del criterio legal, con carácter general se interpreta como equivalente a la manifestación del vicio o del daño y, por lo anterior, se descarta que el art. 18 vaya en contra de la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo que, de acuerdo con la doctrina de la *actio nata*, computaba el plazo de prescripción quincenal aplicable al art. 1.591 CC desde la manifestación del vicio o defecto<sup>1900</sup>.

En este sentido han sido innumerables los autores que entienden por producción del daño la manifestación del vicio o defecto constructivo<sup>1901</sup>,

---

y o.c. nota 10, p. 193, le parece que hubiera sido más deseable el criterio del conocimiento de los daños.

<sup>1900</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA o.c. nota 391, pp. 442-443, para quien comienza a computarse el plazo desde que pudo ejercitarse la acción, entendiendo por producción del daño su manifestación; CORDERO LOBATO, o.c. nota 422, p. 353, y o.c. nota 1, p. 420, quien señala que el 18 de la LOE no afecta a la jurisprudencia tradicional del TS, sin que conlleve que el plazo se compute antes de que la acción pueda ejercitarse, que de acuerdo con la jurisprudencia recaída sobre el art. 1.591, teniendo en cuenta la doctrina de la *actio nata*, no tendrá lugar “*hasta que es objetivamente posible que el perjudicado conozca el daño*”. En el mismo sentido, esta autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 456. También SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.623, autora que propone una interpretación integradora de los arts. 1.969 CC y 18 de la LOE, según la que “*la producción del daño material manifiesto o reconocible*” es la que marca el inicio del plazo.

Llega al mismo resultado BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 93-94, porque a pesar de que, como hemos visto, para esta autora el art. 18 en su tenor literal va en contra del art. 1.969 CC, propone que se entienda por producción del daño el momento en que son perceptibles las consecuencias de vicio o defecto, poniendo como ejemplos las grietas o humedades. También puede verse MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 236, para la cual el momento a tener en cuenta es en el que el daño se manifiesta y es reconocible.

<sup>1901</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 356, señala gráficamente que la producción del daño equivale al momento en que “*son perceptibles las consecuencias del vicio o defecto*”. Pone el ejemplo de grietas y humedades, basándose la autora en que el vicio o defecto que causa el daño ha de ser originario, que estaría constituido en estos casos por defectuosa cimentación, mortero de baja calidad y deficiente impermeabilización. Igualmente SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 211, sostienen que debe interpretarse judicialmente la producción de los daños como manifestación externa de los vicios porque en muchas ocasiones el perjudicado no podrá razonablemente conocer el daño y su causa hasta pasado más tiempo de su producción. También puede verse sosteniendo el cómputo desde la manifestación del defecto, ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 86; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.153, e implícitamente ÁLVAREZ

dentro de lo que muchos expresamente sostienen que se mantiene la jurisprudencia tradicional<sup>1902</sup>. Además, alguna autora llega al mismo resultado a pesar de apreciar que el art. 18 se aparta del art. 1.969 CC, al poner de relieve que en principio coincidirá la producción de los daños con su conocimiento si se observa una diligencia normal porque estos daños se entienden producidos con la manifestación externa de los defectos<sup>1903</sup>.

Otros pocos autores observan que el plazo no se computa conforme al criterio del art. 1.969 CC al considerarse el art. 18.1 una regla especial

---

OLALLA, o.c. nota 4, p. 140, autora que maneja indistintamente el criterio legal y su entendimiento doctrinal.

<sup>1902</sup> Como GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 410, p. 12, para quien aunque el art. 18 de la LOE hable de producción de daños, debe mantenerse la jurisprudencia recaída sobre el art. 1.591 CC que computa el plazo desde “*que se manifiestan los vicios o pudieron ser conocidos*”; tampoco para PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, pp. 29-30, el art. 18 desplaza a la teoría de la *actio nata*; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 473-474, el cual tras señalar que la regla general del art. 1.969 CC puede concretarse en la LOE, se refiere indistintamente a la manifestación del vicio y a la producción de los daños como eventos que marcan el inicio del cómputo; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 353, quien entendió por producción manifestación; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 200, para quien la LOE acoge el criterio jurisprudencial de la *actio nata* de acuerdo con el art. 1.969 CC, que coincide con la manifestación del vicio ruínógeno; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 412, quien señala que la doctrina jurisprudencial mayoritaria que computa el plazo desde la manifestación del vicio es trasladable a la LOE; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 638, para el que, a pesar del tenor de la LOE, el cómputo se inicia con la manifestación o revelación del daño, aunque se pueda entender que se produjo con anterioridad con lo que el *dies a quo* con el mantenido para las acciones del art. 1.591 CC.

Para MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 237-238, tampoco la LOE se aparta de la jurisprudencia, y es coincidente con el art. 1.969 CC, al menos desde su interpretación imperante. Sin embargo no ve más que “*cierto apoyo en declaraciones hechas por TS*” porque cuando señalaba literalmente que “*el dies a quo es la fecha en la que se produjo la ruina o se manifestó el vicio*”, dicha doctrina no fue el fundamento de los fallos. Se refiere la autora a las SSTS de 4 de diciembre de 1989 (RJ 8793) y de 15 de octubre de 1990 (RJ 7867); y ahondando en la falta de doctrina jurisprudencial, a las SSTS que computaron el plazo desde el conocimiento del daño, concretamente a las renombradas de 15 de octubre de 1991 (RJ 7449) y de 7 de febrero de 1995 (RJ 3130) (véase sobre ellas nota 228).

<sup>1903</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 160. Al coincidir en el tiempo la perceptibilidad de los defectos y la producción de los daños, deriva la autora que no puede admitirse la posibilidad de que pueda transcurrir un largo lapso de tiempo desde la producción hasta que se puedan apreciar por el propietario.

que lo excluye, a pesar de lo que también abogan por el criterio de la manifestación del defecto<sup>1904</sup>.

Sin embargo, debe coincidirse con que se mantiene la anterior doctrina jurisprudencial sin que se produzca una modificación del art. 1.969 CC que era aplicable al art. 1.591 CC porque durante la tramitación parlamentaria se daba al término “se produzcan” un significado equivalente al de “se manifiesten”<sup>1905</sup>. También apoya tal continuidad el derecho básico a la protección jurídica de los consumidores<sup>1906</sup>, y al margen de estos sujetos, la indefensión que produce que prescriba la acción sin poderse ejercitar, por no ser manifiesto el vicio, como tratan de evitar implícita o expresamente los autores que secundan esta postura<sup>1907</sup>.

Además, aunque la ley hable de producción del daño, constituye un daño resarcible la mera manifestación del vicio o defecto constructivo<sup>1908</sup>, y si el vicio provoca un daño adicional al de su propia existencia, la producción de este daño adicional también nos *manifiesta* el vicio o

---

<sup>1904</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 211, quienes sostienen que el plazo no se computa a partir de que puedan ejercitarse las acciones, como establece el art. 1.969 CC, sino con la producción de los daños, puesto que existe una norma específica que así lo determina, aunque ya hemos visto que sostienen que debe interpretarse judicialmente la producción de los daños como manifestación externa de los vicios (véase nota 1901); y a SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 411, para quien la norma específica del art. 18 es una regla especial que excluye la general. Ello a pesar de que considera trasladable la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1.591 del CC, como hemos visto arriba (véase nota 1902).

<sup>1905</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.714-2.715. Efectivamente, se propuso una enmienda transaccional por el Grupo Popular por la que se sustituía la expresión “se produzcan” por “se manifiesten” que finalmente no se aceptó (Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisión de Infraestructuras, núm. 709, de 15 de junio de 1999, intervenciones de los señores diputados Morlán García y Ortiz González). Véase fragmento de lo anterior en nota 1895.

Con ello, para el autor si el daño se manifiesta supone que puede ser conocido y, por tanto, ejercitarse la acción, independientemente de que el adquirente lo ignore por circunstancias personales, con lo que no se modifica el art. 1.969 CC.

<sup>1906</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.715, quien se refiere al art. 2 de la LGDCU que impone tal protección a los poderes públicos. Hoy pueden verse los arts. 1 y 8 del TRLGDCU.

<sup>1907</sup> Como CORDERO LOBATO, o.c. nota 422, p. 353, y o.c. nota 1, p. 420.

<sup>1908</sup> Véase epígrafe 2.3 de capítulo IV.

defecto constructivo, por lo que en ambos casos coincidirán tales hitos<sup>1909</sup>. Aclarar que la inclusión dentro del daño material del propio vicio constructivo no puede llevarnos al sinsentido de que, dado el verbo “producir” utilizado y el hecho de que el vicio se produjo durante la ejecución de obra, se compute el plazo desde la ejecución de la obra<sup>1910</sup>.

En esta línea no observamos que el art. 18.1 de la LOE se distancie del art. 1.969 CC porque se producirá el daño con la manifestación externa del defecto o vicio constructivo, que será lo que haga nacer la responsabilidad y permitirá accionar, y mientras tanto el precepto no hará correr la prescripción de la acción.

Por otro lado, el cómputo sostenido resulta coherente con lo que hemos afirmado al tratar los plazos de garantía donde señalamos que la manifestación del vicio es la que hace nacer la responsabilidad<sup>1911</sup>. Por lo anterior, no podemos compartir un diferimento del cómputo de la prescripción en relación con el nacimiento de la acción, porque sería distorsionador mantener para el nacimiento de la acción un evento, el de

---

<sup>1909</sup> También debido a que constituye un daño el vicio constructivo, se puede afirmar que manifestarse el daño es igual a la manifestación del vicio. Nos sirven de apoyo los siguientes razonamientos de MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 235, cuando después de señalar que *“el daño material es el menoscabo concreto ya manifiesto, un menoscabo causado en el inmueble por un vicio o defecto constructivo”*, pone de manifiesto que lo complica la distinción entre el daño y el vicio, que *“todo defecto constructivo es en sí un daño material, por cuanto que supone un menoscabo patrimonial referido al inmueble, que corresponde reparar a los agentes de la edificación”*.

<sup>1910</sup> Como ha llegado a sostener MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 235, en modo alguno se puede confundir la producción del daño con la producción del defecto que como tal tuvo lugar durante la ejecución de la obra.

<sup>1911</sup> Véase epígrafe 4 de capítulo VI, donde señalamos que cuando el art. 17.1 de la LOE expresa que deben ocasionarse dentro de los plazos los daños materiales por vicios constructivos, debe entenderse en un sentido general como equivalente el daño a la manifestación del vicio, ya sea de su propia existencia, o de una consecuencia adicional a la anterior. También destacábamos que en línea con ello los autores indistintamente señalaban que dentro de los plazos ha de producirse el daño material o manifestarse el defecto constructivo. Además, relacionábamos lo anterior con lo sostenido en epígrafe 2.3 de capítulo IV, acerca de que no se puede exigir para que surja la responsabilidad que el vicio o defecto constructivo genere un daño adicional al de su propia existencia.



la manifestación del defecto dentro de él, y para poner en marcha su prescripción, otro posterior.

Se debe excluir la necesidad de conocimiento por parte del perjudicado por el daño para que comience a prescribir su acción, a lo que apoya además de la literalidad de la ley<sup>1912</sup>, y el rechazo de las enmiendas mediante las que se propuso como *dies a quo* tal conocimiento<sup>1913</sup>. Por tanto, no se aplicará el criterio subjetivo del conocimiento que contiene el art. 1.968.2º CC<sup>1914</sup>, lo que se ha alabado expresamente por las dificultades que conlleva su aplicación práctica<sup>1915</sup>.

Esta exclusión del criterio del conocimiento no supone que la LOE se aparte del art. 1.969 CC, porque desde que se manifieste el vicio concurre la posibilidad objetiva de ejercicio de la acción, que es lo que tiene en cuenta tal precepto, y no a las circunstancias personales del

---

<sup>1912</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 159-160.

<sup>1913</sup> Nos referimos a la enmienda núm. 122 presentada en el Congreso, y a la núm. 61 presentada en el Senado por el Grupo Socialista (véase nota 1825). En tal sentido pueden verse CORDERO LOBATO (véase nota 1895); ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 140 (nota 292), y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 160. También desecha el criterio del conocimiento, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.623.

En contra, MORERA I PÉREZ y RAYÓN BALLESTEROS (véase nota 1899).

<sup>1914</sup> Como destaca CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 420-421, el daño no se produce antes de que sea objetivamente posible que el perjudicado lo conozca, pero ello no supone que se trate de resolver la cuestión conforme al criterio subjetivo del conocimiento del art. 1.968.2º CC. En el mismo sentido, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.623, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 638 (nota 1321).

Este precepto señala que el cómputo de la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, o por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que se trata en el art. 1.902, se inicia desde el conocimiento del agraviado. Dicho precepto comúnmente se considera que recoge un criterio subjetivo, a diferencia del art. 1.969 que establece uno objetivo, y también lo ha señalado así la jurisprudencia, como señala REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.230, quien cita la STS de 24 de septiembre de 1965 (RJ 3995).

<sup>1915</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 239-240, quien por ello señala que es siempre preferible el criterio legal objetivo a pesar de las restricciones que puede conllevar, y que sean los tribunales los que lo flexibilicen.

Tales dificultades se pusieron de manifiesto durante la tramitación parlamentaria (véase nota 1985). Sobre la superación de estas dificultades, DÍEZ-PICAZO y ALBALADEJO GARCÍA (véase nota 1929).

accionante<sup>1916</sup>, salvo en los pronunciamientos minoritarios en los que se computó el plazo desde el conocimiento del vicio<sup>1917</sup>.

Diferente es el cómputo del plazo de prescripción de cuatro años fijado en el anteproyecto de Ley del Código mercantil para reclamar las faltas de conformidad de la obra, porque de acuerdo con su art. 525-3 se realizará desde su aceptación por el comitente salvo que el contratista hubiera ocultado tales faltas, en cuyo caso lo hará desde que las conozca o debiera haberlas conocido.

En cuanto al Derecho comparado, la solución del legislador contrasta con las adoptadas en otros países que no fijan como *dies a quo* el de la manifestación del vicio. Al margen del caso particular de Francia<sup>1918</sup>, en Italia y Portugal se establece para la responsabilidad por ruina o por graves defectos un plazo de un año a partir de la denuncia del descubrimiento de lo anterior, denuncia que a su vez ha de haberse

---

<sup>1916</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 238.

Sobre la posibilidad de ejercicio que exige el art. 1.969 CC, cfr. SSTs de 18 de noviembre de 1963 (RJ 4604) y de 19 de julio de 2001 (RJ 6862). Sobre esta jurisprudencia puede verse Díez-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 132-133, quien expone que la posibilidad a que alude el art. 1.969 es la posibilidad legal, de lo que extrae el autor que no se tendrá en cuenta la imposibilidad material en que una persona se encuentra, por estar ausente, ser incapaz o carecer de representante legal (en referencia al art. 1.932 CC) que el desconocimiento de la posibilidad de ejercicio no debe tomarse en consideración por regla general, y que el impedimento debido a fuerza mayor tampoco es relevante en nuestro Derecho de cara a la prescripción. En análogo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 45-46; DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, pp. 2.134-2.135, y MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, o.c. nota 1883, p. 827.

No obstante, algunos proponen interpretar el art. 1.969 CC en relación con el art. 24 de la CE contemplando la suspensión de la prescripción en caso de impedimentos fácticos para el ejercicio de la acción. En tal sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.135. Y en esta dirección el anteproyecto de Ley del Código mercantil contempla la suspensión de la prescripción en el supuesto en que el acreedor se halle imposibilitado por causa de fuerza mayor para exigir el cumplimiento de la obligación (cfr. art. 713-3).

<sup>1917</sup> Véase nota 1893.

<sup>1918</sup> Donde los plazos son a la vez de garantía y de prescripción, y se computan desde la recepción de la obra. Véase p. 534.

realizado en el año siguiente a tal descubrimiento<sup>1919</sup>; y en parecido sentido en Holanda se fija en dos años desde la protesta inicial<sup>1920</sup>. En cambio, en Alemania y Suiza el plazo de prescripción se fija en cinco años desde la recepción de la obra<sup>1921</sup>.

Volviendo a nuestro ordenamiento, procedamos a trasladar todo lo dicho a las concretas responsabilidades previstas en la LOE.

En la responsabilidad decenal consideramos que el daño será manifiesto cuando a la vista de ellos (como por ejemplo fisuras o grietas) pueda pensarse razonablemente que entrañan un defecto estructural que compromete la estabilidad del edificio<sup>1922</sup>. En el juicio anterior somos partidarios de que se tenga en cuenta la dificultad de la apreciación del defecto en función de la condición de perito o no del adquirente, dado que lo que constituye para un perito manifestación de un defecto puede razonablemente pasar inadvertida para un adquirente sin conocimientos, con lo que en tal caso el plazo se iniciaría desde los indicios manifestados que le hacen exigible el correspondiente asesoramiento<sup>1923</sup>.

---

<sup>1919</sup> Cfr. art. 1.669 del *Codice*. Para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 123-124, el inconveniente de la subjetividad del criterio de conocimiento se hubiera evitado si se hubiera impuesto la necesidad de denuncia en un plazo desde descubrimiento, como ocurre en Italia, con lo que no coincidimos porque aunque se exija denuncia previa, el plazo para ello sigue computándose desde el descubrimiento.

Cfr. art. 1.225 del CC portugués.

<sup>1920</sup> Cfr. art. 761 del libro 7 del CC que dispone que en cualquier caso el cliente pierde el derecho a reclamar veinte años después de la entrega de la obra en caso de un edificio.

<sup>1921</sup> Cfr. parágrafo 634 del BGB y art. 371.2 del Código suizo de obligaciones.

<sup>1922</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 421, y la autora junto con CARRASCO PERERA, y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 456.

<sup>1923</sup> Se trataría de la misma idea que hemos visto que se aplica al promotor a los fines de determinar la liberación del constructor por la recepción de la obra por defectos aparentes. Nos remitimos al epígrafe 6.5.1 de capítulo VI.

Por tanto, si las fisuras o grietas no apuntasen aparentemente a un defecto estructural hasta pasado cierto tiempo, de tal modo que el adquirente no tenga ni la más mínima sospecha de que se está manifestando un defecto estructural, no podrán darse las circunstancias para presumir la tolerancia del defecto, por lo que no somos partidarios del inicio del plazo de prescripción. No exigimos que el adquirente tenga la certeza de tal compromiso, sino que los indicios le apunten a ello,

No obstante, conviene ser especialmente cauto con lo anterior por razones de seguridad jurídica. Por ello entendemos los pronunciamientos de la llamada jurisprudencia menor que desechan como fecha la de inspección del perito por respeto al tenor de la LOE y porque el encargo de un dictamen constituye precisamente un indicio de la creencia del adquirente de encontrarse ante la manifestación del vicio constructivo <sup>1924</sup>.

Lo dicho también nos vale para la responsabilidad trienal cuyo supuesto de hecho es el incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación, sin ser necesario daño material en sentido de desperfecto <sup>1925</sup>. En tal caso igualmente marcará el inicio de la prescripción que las condiciones acústicas o térmicas o el mal funcionamiento de las instalaciones que percibe el adquirente deban hacerle creer que conllevan un incumplimiento de aquellos requisitos básicos.

En lo referente a los defectos de terminación o acabado, dado que por su propia naturaleza no provocan una consecuencia adicional sobre la

---

ante lo que deberá recabar el correspondiente asesoramiento técnico, sin poderse escudar en que no tenía la seguridad de que estaba ante un defecto manifiesto.

<sup>1924</sup> Cfr. SAP de Castellón de 15 de octubre de 2010 (JUR 66014) que desecha la fecha en la que el perito fue a inspeccionar los daños con fundamento en que *“es evidente que sí pidió la intervención de un perito fue porque tenía indicios de que había defectos en la construcción de su vivienda, no pudiendo dejar la determinación de la aparición de los daños a que exista o no un informe pericial, lo que dejaría sin contenido el plazo de prescripción de la Ley de Ordenación de la Edificación, ya que quedaría pendiente de una decisión del perjudicado elegir el momento a partir del cual debe hacerse un dictamen pericial para constatar la existencia de los daños, dictamen al que no se refiere la norma, que únicamente establece que ese plazo de dos años se cuenta desde que se produzcan los daños, no desde que se valoren o constaten por un perito”*.

Además, observamos que la STS de 15 de octubre de 1991 (RJ 7449) (véase sobre ella nota 228) no conlleva que se compute el plazo desde la emisión del dictamen pericial, sino que se trata en nuestra opinión de una coincidencia con el momento del conocimiento del vicio constructivo, que fue el criterio aplicado por esta sentencia en contra del mayoritario de la manifestación del defecto.

<sup>1925</sup> Véase p. 370. En línea con ello, MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 235, señala que se computará el plazo desde la producción del daño, aunque no es imprescindible que el daño material consista en un deterioro físico apreciable a simple vista. Se refiere la autora concretamente a un inadecuado aislamiento térmico o acústico del edificio, así como el anómalo funcionamiento de los elementos constructivos o de las instalaciones, que impida un uso satisfactorio [cfr. art. 3.1 c) LOE].

estructura o habitabilidad del edificio y son normalmente aparentes al momento de la recepción de la obra<sup>1926</sup>, no vemos problemas a la hora de determinar el cómputo del plazo de prescripción, salvo, precisamente por el carácter normalmente aparente y el criterio de la manifestación, su pronto transcurso.

### **3.3 Inoperancia de las circunstancias personales del adquirente en el cómputo del plazo de prescripción y efectos de determinados impedimentos para accionar**

Como señalamos en el epígrafe anterior, desde que se manifieste el vicio constructivo concurre la posibilidad objetiva de ejercicio de la acción que es lo que tiene en cuenta el art. 1.969 CC, y no a las circunstancias personales del accionante. Así, existe un paralelismo entre el art. 18 de la LOE y el art. 1.969 CC puesto que en ambos no juegan las circunstancias personales<sup>1927</sup>.

En cuanto a las que concretas circunstancias personales que pueden darse en nuestra materia sin producir efecto alguno, no se tendrá en consideración que el edificio no esté ocupado y nadie vea el desperfecto, o que el propietario esté incapacitado o ausente<sup>1928</sup>. En la inoperancia de estas circunstancias personales es donde vemos la mayor diferencia del criterio adoptado por la LOE con el del art. 1.968 CC, porque por lo demás este precepto conlleva que deba presumirse un conocimiento instantáneo

---

<sup>1926</sup> Véase epígrafe 2.4.1 de capítulo V. Sobre el carácter aparente, véase p. 430 y nota 1409 *in fine*. Sobre su resarcimiento a pesar de lo anterior, véase epígrafe 6.5.4

<sup>1927</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 238, quien destaca que el art. 18.1 de la LOE ha querido prescindir de las circunstancias personales, al igual que ocurre con el art. 1.969 CC. En esta línea, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 411, señala que no habrán de tenerse en cuenta las circunstancias personales del titular del derecho, e incluso el conocimiento de la producción del evento, debiendo aplicarse una solución objetiva, todo ello con fundamento en el tenor del art. 18, y en la tramitación parlamentaria (elemento interpretativo histórico, señala el autor). Véase epígrafe anterior sobre la tramitación parlamentaria.

<sup>1928</sup> Respectivamente, CORDERO LOBATO, o.c. nota 422, p. 353; y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 239, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 638 (nota 1321), y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 412.

de la producción del daño de manera que el perjudicado que afirme haber tenido conocimiento con posterioridad debe probarlo<sup>1929</sup>.

Sin embargo, sí se tendrán en cuenta aquellas circunstancias que, objetivamente valoradas, constituyan un impedimento para accionar, como sería la imposibilidad de conocer el daño por causa imputable a los agentes de la edificación<sup>1930</sup>.

En relación con lo anterior, consideramos que constituye un impedimento objetivo que el accionante no haya podido conocer el defecto en el momento de su manifestación, sino pasado el plazo de prescripción, por pertenecer el inmueble al promotor. Nos referimos a la compra realizada dentro de período de garantía pero transcurrido el plazo de prescripción, lo que se planteó en la tramitación parlamentaria<sup>1931</sup>.

---

<sup>1929</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 248. En análogo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 217, quien tratando la responsabilidad extracontractual, señala que no le parece tan difícil probar el conocimiento del daño, aunque sea por presunciones, puesto que es de suponer que una persona diligente no esté mucho tiempo desconociendo que algo ha sido dañado, y si se insiste en que se desconoció, se puede argumentar que la negligencia en conocerlo equivale a su conocimiento.

<sup>1930</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 238, quien se apoya en SSTs de 11 de noviembre de 1968 (RJ 5332) y de 1 de junio de 1973 (RJ 236) que han exigido que la transmisión inconstituida del local de negocio sean conocidas por el arrendador. Aporta el ejemplo apuntado en el texto principal CORDERO LOBATO, o.c. nota 422, p. 353, y o.c. nota 1, p. 421, quien se refiere concretamente a que el defecto estructural se manifieste cuando el constructor esté reparando defectos que impiden la habitabilidad del inmueble.

<sup>1931</sup> Cfr. intervención del Sr. Morlán Gracia del Grupo Socialista (Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 235, de 29 de abril de 1999): *"Hay otro caso concreto que se plantea en este proyecto de ley. ¿Desde cuándo se exige la responsabilidad? ¿Desde que se conoce el vicio o desde que se produce? Usted dice que desde que se produce y eso es inadmisibile. Es inadmisibile que yo compre un bien y la responsabilidad que puedo exigir la tenga que plantear desde que se ha producido el vicio sin yo saber que se producía. Hay que plantearla desde el momento en que se conoce la existencia de ese vicio"*. También puede verse la intervención de la Senadora Pleguezuelos del Grupo Socialista (Diario de Sesiones del Senado. Pleno, núm. 140, de 29 de septiembre 1999) que expuso: *"Por tanto, se puede dar la paradoja de que alguien compre un piso que la constructora haya edificado 14 ó 15 meses antes, que tarde en vivir en él, de manera que cuando aparezca el vicio oculto hayan transcurrido dos años y no tenga ya derecho a esa garantía ni a exigir esa responsabilidad"*.

En este sentido, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, pp. 92-93, advierte que el cómputo desde la producción del daño puede provocar la prescripción de la acción sin haberse podido ejercitar, lo cual además de absurdo, choca con el art. 1.969 CC, porque no puede entenderse por el momento en que pueda ejercitarse la acción

Aunque sea difícil por regla general probarse por los agentes de la edificación que el vicio era manifiesto dos años atrás, existen defectos que con certeza se han manifestado antes de la compra, como son los aparentes al momento de la recepción por su entidad<sup>1932</sup>. Esta cuestión será especialmente problemática en la responsabilidad trienal por la más pronta manifestación de estos defectos en relación con los propios de la decenal, y porque aquélla gira en torno a los requisitos básicos de la edificación de habitabilidad y funcionalidad que apuntan a la existencia de terceros perjudicados en la utilización del edificio<sup>1933</sup>.

Igualmente puede darse a la vista de la coyuntura económica actual el supuesto de que en una fase inicial, dado el escaso nivel de ocupación de los inmuebles, no pueda apreciarse el defecto constructivo, lo que también debe tener consecuencias en materia del inicio del plazo<sup>1934</sup>.

---

aquel en el que no existían los terceros perjudicados. También puede verse refiriéndose a la eventualidad de ventas tardías, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 123-124.

Diferente es el supuesto de las ventas realizadas fuera de plazo de garantía, como también las soluciones a él. Sobre ello véase epígrafe 2.1.2 de capítulo VI.

<sup>1932</sup> V.g. exceso de inclinación de rampa de garaje o un deficiente aislamiento acústico. No cambiaría la situación el hecho de que el promotor hubiera reservado el defecto, porque como hemos visto la LOE excluye los defectos reservados. Véase epígrafe 2.2.1 de capítulo VI.

<sup>1933</sup> No obstante, reconocemos que la cuestión es bastante dudosa porque la acción hasta la compra del inmueble no es que haya sido de imposible ejercicio, sino que ha sido imposible ejercitarla por el adquirente, lo cual es bien diferente. Antes de la adquisición existía la acción con posibilidad de ponerse en marcha, lo que ocurre es que correspondía al promotor como propietario de la edificación, como estudiaremos con más detalle (en epígrafe 1.2 de capítulo VIII). Sin embargo, el promotor se encuentra en una situación transitoria hasta la venta, sin dedicarla normalmente a su ocupación.

<sup>1934</sup> V.g. defectuoso aislamiento acústico. En tal sentido, en relación a unos defectos de ventilación de garaje la SAP de Ávila de 6 noviembre de 2010 (JUR 8731) señaló que debía utilizarse por muchos vehículos: *“Como el plazo prescriptivo de tres años de garantía tiene que iniciarse desde que se produjo la recepción de la obra sin reservas, y la acción p.e. de falta de evacuación de gases en el garaje no se produce desde que se introduce el primer vehículo, sino desde que la introducción de muchos vehículos para su uso, provoca tantos residuos que no se eliminan. Es decir, la acción comienza desde que nace la posibilidad de ser ejercitada ( actio nata ) tal y como prevé el artículo 1969 del C Civil”*.

Igualmente debemos plantearnos si se inicia el plazo de prescripción a pesar de no conocerse la identidad de los agentes de la edificación a los que consideran responsables, puesto que puede que no se entregue a los adquirentes el Libro de Edificio donde deben constar tales identidades de acuerdo con el art. 7 de la LOE.

Pues bien, dado que el adquirente, por razones obvias, siempre conocerá al promotor, que va a responder solidariamente de acuerdo con el art. 17.3, consideramos que prescribirá la acción conforme a las reglas generales<sup>1935</sup>. Además, hay que tener en cuenta el rastro documental que sobre la identidad de los agentes de la edificación deja el fenómeno de la promoción inmobiliaria en diferentes organismos<sup>1936</sup>, así como los efectos interruptores de las diligencias preliminares que se inicien con el propósito de averiguar lo anterior<sup>1937</sup>. No obstante, precisamente por la responsabilidad solidaria del promotor, puede haberse interrumpido la prescripción frente a él, en cuyo caso se deberá tener en cuenta el

---

<sup>1935</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.236-1.238, al estudiar la necesidad del conocimiento de la identidad del dañador en el régimen de responsabilidad extracontractual señala que en nuestro ordenamiento no hay nada previsto, y que la jurisprudencia en las ocasiones que ha tratado este tema responde negativamente, con lo que no está conforme el autor, a excepción de que se pueda accionar contra otra persona. Se refiere REGLERO CAMPOS a aquellos casos previstos legalmente en que se deba responder por desconocerse el dañador, como es el de la responsabilidad del Consorcio de Compensación de seguros por no identificarse al vehículo que ocasionó el daño [art. 11.1 a) del Texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre] o el supuesto de responsabilidad de todos los integrantes de un grupo por un daño causado por un miembro indeterminado del mismo, como es la responsabilidad prevista en el art. 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza.

Tampoco está conforme con tal jurisprudencia, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 210 y 230 (nota 2 bis).

Sí prevén la suspensión del plazo de prescripción por ignorancia o cuando no pueda razonablemente conocerse la identidad del deudor o las circunstancias que fundamentan la reclamación los PECL (art. 14:301) y el DCFR (III.- 7:301).

<sup>1936</sup> Nos referimos al certificado final de obra que constará en el correspondiente Ayuntamiento y Colegios profesionales.

<sup>1937</sup> Sobre la eficacia interruptora de las diligencias preliminares nos remitimos al epígrafe 4.1.



régimen de la interrupción de la prescripción de las obligaciones solidarias a los efectos de extender la interrupción al resto de agentes<sup>1938</sup>.

A pesar de que en nuestra materia no pueden jugar las circunstancias personales del adquirente, cabe una interpretación flexible del momento del nacimiento de la acción<sup>1939</sup>. Abogamos porque no se inicie el plazo de prescripción hasta que el defecto se haya manifestado en su alcance de manera suficiente para que el adquirente tenga los elementos de juicio necesarios que permitan presumir su tolerancia, ello de acuerdo con el elemento subjetivo de la prescripción<sup>1940</sup>.

Diferente al problema anterior, sin perjuicio de lo que se diga en el supuesto particular de los daños continuados, es para nosotros el relativo a la necesidad de conocer la cuantía del daño para accionar, la cual ha sostenido alguna autora en aplicación del art. 1.968 CC<sup>1941</sup>. Disentimos de ello porque tal precepto no resulta de aplicación a nuestra materia, y en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007 descartó diferir el inicio del plazo a la cuantificación de la responsabilidad<sup>1942</sup>.

---

<sup>1938</sup> Véase epígrafe 4.2.

<sup>1939</sup> Como bien destaca SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 411, *“no debe confundirse la subjetivización (circunstancias del perjudicado) con la interpretación flexible acerca de cuándo se produjo el hecho o evento que determina el nacimiento de la acción (actio nata)”*.

<sup>1940</sup> V.g. pavimento de una vivienda que presenta unas piezas despegadas del soporte que va extendiéndose a mayor número de ellas. En este caso entendemos que el adquirente que no reclama tras apreciar dos baldosas no tolera tal defecto manifestado inicialmente de forma reducida.

<sup>1941</sup> Nos referimos a VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.393, la cual confía en que dado el acortamiento del plazo, se considere, con fundamento en el art. 1.968.2º CC que no comienza a correr hasta que el perjudicado conozca la entidad y magnitud del daño.

<sup>1942</sup> (RJ 2569). Se trataba de una acción de repetición ejercitada por una promotora frente a la constructora y demás profesionales intervinientes en la ejecución de la obra, porque en procedimiento previo la comunidad de propietarios de los inmuebles afectados accionó frente a ellos, y resultó condenada sólo la promotora a realizar las reparaciones por incumplimiento contractual, sin entrarse en su responsabilidad por ruina, acción ésta que se había ejercitado subsidiariamente por la actora. Se basaba la acción de repetición tanto en el art. 1.591 CC, como en un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los demandados. Éstos alegaron en lo

### 3.4 Los daños continuados como excepción al inicio del cómputo del plazo de prescripción

#### 3.4.1 Introducción sobre la doctrina de los daños continuados

La fijación del momento inicial del cómputo del plazo de prescripción suscita importantes dudas cuando el resultado dañoso es reiterado o dilatado en el tiempo, lo que ocurrirá con frecuencia en nuestra materia y suscitará la cuestión de ¿cuándo se produce el daño y, por tanto, se inicia el plazo de prescripción?<sup>1943</sup>.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1968.2º CC<sup>1944</sup> en aquellos casos en que los daños provenían de actividades continuadas, o en que, con origen en un acto

---

que aquí interesa prescripción de la acción, porque el plazo debería computarse en el momento en que comenzaron a aparecer los vicios ruinógenos. Tanto en primera instancia como en apelación, se acogió la referida excepción de prescripción, en lo que aquí interesa, en cuanto a la de responsabilidad por ruina atendiendo al momento de surgimiento de los vicios. En casación la actora, como dice la sentencia defiende que el plazo se inició en la fecha de resolución firme del procedimiento previo o, cuando menos, en el momento en que fueron determinados en tal marco procedimental los daños producidos y pudo concretarse así el importe reclamable o repercutible al resto de profesionales no condenados. Este argumento es desechado por el TS porque la sentencia recurrida al computar el plazo de la acción del art. 1.591 desde la manifestación del vicio respeta la doctrina jurisprudencial, y añade: *“En cualquier caso, lo que no cabe en modo alguno es diferir al momento de la cuantificación económica de la responsabilidad del agente constructivo el inicio del plazo prescriptivo, cuando, como ocurre en el caso de autos, quedó efectivamente acreditado que, al poco tiempo de la finalización de las obras, comenzaron a aparecer los problemas de filtraciones, humedades y deslizamiento de los paños de la cubierta”*.

Se apoyan en esta sentencia para negar la necesidad de conocer la cuantía de los daños, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 540.

<sup>1943</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 242. Se refiere la autora a las filtraciones o humedades cada vez que llueve, al imperfecto funcionamiento de la instalación de aire acondicionado, o a las vibraciones por ruidos, ejemplos sobre los que entraremos en epígrafe siguiente.

<sup>1944</sup> Precepto que plantea, como señala DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 248, el problema de determinar cuándo debe entenderse conocido el daño, si se requiere un simple conocimiento, o un conocimiento completo de su alcance pecuniario y de sus secuelas.

único, se mantenían e incluso agravaban a lo largo del tiempo<sup>1945</sup>. En el caso de que los daños sean consecuencia de una actividad continuada será necesario preguntarse si se pueden fraccionar, esto es, delimitar las diferentes secuencias dañosas e imputarlas a períodos de tiempo determinados en relación con una actividad específica, de tal manera que si no es así deberá contarse el plazo desde el cese de la actividad o cuando el daño alcance el grado máximo, y si es fraccionable, desde el momento en que finaliza cada uno de los períodos de tiempo que se toman en consideración<sup>1946</sup>. Esta doctrina se extrae de la más moderna jurisprudencia que alude a la producción del definitivo resultado cuando no se pueda fraccionar en etapas diferenciadas o hechos diferenciados la serie proseguida<sup>1947</sup>.

---

<sup>1945</sup> Como señala MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 242. También se refiere como hipótesis de daños continuados a la prolongación en el tiempo del hecho dañoso y al instantáneo que produce un daño cuya realización es prolongada, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 214.

<sup>1946</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.251-1.253.

<sup>1947</sup> Se reconoce su carácter consolidado en SSTs de 11 de febrero de 2002 (RJ 3106), 28 de enero de 2004 (RJ 153), y de 13 de marzo de 2007 (RJ 2569).

Sobre esta doctrina, REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.254-1.256, quien cita, entre otros, los siguientes pronunciamientos: STS de 11 de febrero de 2002 (RJ 3106) sobre daños derivados de la labores mineras (hundimiento paulatino de suelo por excavación de cavidades subterráneas); sobre daños o ruina del edificio por obras en inmueble colindante o por explotación de determinadas actividades de extracción, las SSTs de 2 de julio de 2001 (RJ 4983) (ruina de inmueble por obras de excavación y movimientos de tierras en parcela colindante), 4 de julio de 1998 (RJ 5414) (grieta en edificación por labores mineras en el subsuelo en que se emplaza aquella y de desecación y asentamiento del terreno), 24 de junio de 1993 (RJ 5381) (daños en vivienda como consecuencia de obras en planta inferior), 27 de junio de 1990 (RJ 4900) (daños en edificio por obras llevadas a cabo en un local del mismo), 25 de junio de 1990 (RJ 4889) (daños ocasionados a la vivienda de la actora como consecuencia del riego de jardines del edificio propiedad de la demandada), 19 de enero de 1988 (RJ 126) (daños en edificio por derribo del contiguo y excavaciones posteriormente realizadas), y 19 de septiembre de 1986 (RJ 4777) (daños en edificio como consecuencia de las obras llevadas a cabo en otro colindante).

El mismo autor en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 89-90, reconoce tal consolidación a propósito del comentario de la sentencia de 5 de junio de 2003 (RJ 4124) y cita otras sentencias en la misma línea. Esta sentencia (sin perjuicio de que se expongan los hechos que dieron lugar a ella con mayor amplitud en el epígrafe 4.2) no estimó la prescripción de la acción en reclamación de indemnización de los daños causados en la vivienda de los actores por el derribo del edificio colindante, a pesar de que los

Por tanto, la clave para aplicar esta doctrina es la imposibilidad de fraccionamiento del daño, por lo que hay que descartarla cuando los daños tengan sustantividad propia<sup>1948</sup>.

Para el entendimiento de estos daños nos parece de gran interés la STS de 25 de junio de 1990 que los define como “*aquellos que continuamente se están operando y produciendo*”, ofreciéndose en dicho concepto, “*como algo vivo, latente y conectado precisamente a la causa*”.

---

actos de interrupción eran anteriores en más de un año, porque se consideraron daños continuados, y se aportó un informe de arquitecto técnico fechado menos de un año antes de la demanda, según el cual el proceso de deterioro de la vivienda de los actores parecía no haberse detenido. De ahí, señala el TS “*que la sentencia de primera instancia, confirmada por la de apelación...desestimara la prescripción alegada por los demandados razonando que el cómputo del plazo de un año no se inicia hasta la producción del definitivo resultado y que en el caso enjuiciado no constaba con exactitud la fecha final de producción de las grietas, solución plenamente ajustada a la jurisprudencia uniforme de esta Sala que, en el caso de daños continuados y con base en el art. 1969 CC, confía a la sana crítica del juzgador de instancia la determinación de la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción...*”.

También pueden verse DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 248 y ss., quien observa que las sentencias más modernas en general se inclinan por ese criterio de la verificación total del daño, citando en las sucesivas páginas sentencias en tal sentido; ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 214, y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 245-246

<sup>1948</sup> Cfr. SSTS de 25 de junio de 1990 (RJ 4889) y de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1641) la cual, con cita de otras, señala: “*en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta la producción del definitivo resultado ( STS 28 de octubre de 2009 y 14 de julio de 2010), si bien matizando que esto es así «cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida» ( SSTS 24 de mayo de 1993 , 5 de junio de 2003 , 14 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2007 )*”.

Así, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 740, p. 61, expresa que para la jurisprudencia “*el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida*”.

Señalan que, de acuerdo con lo anterior, no se aplicará tal doctrina cuando los daños tengan sustantividad propia, REGLERO CAMPOS (véase nota 1947); MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 244-245. LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 492, aclara que no se aplicará tal cómputo: “*si el daño cuya indemnización se reclama tiene, de acuerdo con las concepciones del tráfico, sustantividad y autonomía propias...aunque la fuente que lo produjo siga manifestando su eficacia dañosa con posterioridad*”.

*originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección*”<sup>1949</sup>.

De estos daños continuados hay que distinguir los permanentes o de efectos permanentes, originados por la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo<sup>1950</sup>, pero por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado<sup>1951</sup>.

Con todo, debido al carácter continuo de estos daños, no resulta *«siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha*

---

<sup>1949</sup> (RJ 4889). En línea con dicho pronunciamiento, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 740, p. 61, señala que son daños que operan con continuidad. En análogo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 161, quien destaca la idea de que sólo cuando transcurra un lapso de tiempo se podrá determinar su verdadero.

<sup>1950</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 740, p. 61, y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 244-245, quien se refiere a la STS de 19 de noviembre de 1990 (RJ 8985) que versaba sobre la desposesión ilegal de unos bienes. Esta autora, con fundamento en dicha sentencia, sostiene que lo que los distingue, según el TS, de los daños permanentes es la posibilidad de aparición de nuevos perjuicios distintos de los daños iniciales, debidos todos al acto inicial, de tal forma que, reconocida esta posibilidad, *“hay que permitir que el perjudicado accione y logre que el daño sea resarcido, incluso si antes había permanecido inactivo ante el resultado dañoso originario por la misma actividad o causa que ahora se repite”*.

En lo que aquí interesa señaló el TS en la sentencia: *“El motivo tiene que decaer porque una cosa son los daños continuados producidos por diferentes actos, continuados también, y otra el daño permanente producido por un solo acto, cual aquí ocurre con la privación de la posesión y con el contacto de hecho con la cosa que ésta implica, que sí tiene carácter permanente, pues aquel solo acto, que produce un daño continuo mientras el contacto no cese, no quiere decir que el perjudicado, con conocimiento de la perturbación, pueda ejercitar su acción resarcidora más allá del año transcurrido desde el dies a quo que marca el conocimiento y que fija el artículo 1.969 del Código Civil -el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que la acción pudo ejercitarse-, mandato imperativo que nace desde que se conoce, como aquí ocurre, el quebranto producido, pues no se crearán perjuicios nuevos distintos de los anteriores, debidos todos al acto inicial ...”*.

<sup>1951</sup> Cfr. STS de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1641). Se trataba de un supuesto en el que se reclamaba una indemnización por la inclusión en fichero de morosos, y en el que TS consideró que era un daño continuado el sufrido por el demandante en su honor mientras no se cancelara tal inscripción. Señaló el TS: *“A este respecto es pertinente hacer una distinción entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado...”*. En el mismo sentido véase STS de 14 de julio de 2010 (RJ 5152).

producido ese "definitivo resultado"»<sup>1952</sup>. Sobre esta cuestión puede convenirse en que la producción del definitivo resultado tiene lugar cuando sea razonablemente improbable la continuación de los daños<sup>1953</sup>.

### **3.4.2 Estudio de la aplicación de la doctrina de los daños continuados a los daños producidos por defectos constructivos**

Expuesta la doctrina de los daños continuados en el epígrafe anterior, procede estudiar en qué medida es aplicable a los supuestos de daños producidos por defectos constructivos, porque el plazo de prescripción de dos años previsto en el art. 18 de la LOE puede plantear problemas en los casos en que el vicio está en una fase no consolidada<sup>1954</sup>.

Sobre esta cuestión no existe coincidencia de opiniones, aunque veremos que el Tribunal Supremo admite el juego de esta doctrina. Los autores que descartan su aplicación se fundamentan en que el cómputo del plazo de prescripción comenzará cuando empiecen a manifestarse o producirse los daños, aunque no puedan cuantificarse o determinarse su alcance<sup>1955</sup>.

---

<sup>1952</sup> Cfr. SSTs de 25 de junio de 1990 (RJ 4889), y de 15 de marzo de 1993 (RJ 2284). Se hacen eco de este reconocimiento MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 245, y REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.257, el mismo autor en o.c. nota 1947, p. 89.

<sup>1953</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.257.

<sup>1954</sup> ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 107.

<sup>1955</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 161; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 412, y CADARSO PALAU, J., *Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra (según el Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de modificación del Código Civil)*, en *Contratos de servicios y de obra*, coord. por J. González García, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, p. 130, quien al comentar el Proyecto de reforma del Código civil de 1994 sostenía que no era acertado que no corriese la prescripción sino desde la fecha en la que se haya consumado la ruina, sin verle sentido a lo anterior en los casos de ruina incipiente, o ruina potencial, o peligro de ruina, en que el perjudicado puede accionar, cuando menos interrumpir, pues no hay razón que justifique o legitime una actitud de pasividad en espera de que la ruina devenga actual y consumada. También parece descartar la aplicación de la doctrina de los daños continuados, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 20, para quien el tenor literal del art. 18 de la LOE hace que corra el plazo desde la producción de los daños, "aunque no se

Se trata, por tanto, de poner el énfasis en la idea de que la LOE no requiere para el resarcimiento del daño su consumación, con lo que tampoco se puede demorar el inicio del plazo de prescripción. Sin embargo, lo anterior en nuestra opinión no tiene en cuenta que puede que la actuación del perjudicado cuando aún el daño evoluciona no consiga el pleno resarcimiento, dado que la reparación de lo manifestado inicialmente no hace desaparecer la patología que subyace y prosigue en su actuación.

Dentro de este sector se ha sostenido que tal doctrina conlleva un agravamiento del daño, y que perjudica incluso al adquirente quien no podrá reclamar hasta la total producción de los daños<sup>1956</sup>. Al margen de que disentimos de tal imposibilidad de reclamación hasta la producción de la totalidad de los daños<sup>1957</sup>, entendemos que la agravación del daño debe tener sus consecuencias en la extensión de la reparación, pero no en la vida de la acción<sup>1958</sup>. A ello se une que, como veremos, si realmente es un daño continuado la reparación inicial no evitará la producción de nuevos daños, y tampoco se podrá reprochar al adquirente un agravamiento si ha requerido a los agentes de la edificación previamente para que reparen el defecto. Es más, en aplicación del art. 1.591 CC, con su largo plazo quincenal de prescripción, no se tomaba en cuenta por el

---

*hayan conocido sus repercusiones o su alcance y sus secuelas y resulte difícil cuantificar todo ello”.*

CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 421, y junto CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 456, quienes sostienen que esta calificación como daño continuado es indiferente y no afecta al cómputo del plazo, porque en referencia a la responsabilidad decenal, señalan que el compromiso estructural manifiesto determina el inicio del plazo aunque se agrave progresivamente. Citan en apoyo la STS de 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233) que consideró producida la ruina cuando los pilares manifestaron la merma del coeficiente de seguridad. Sin embargo, estimamos que en esta sentencia lo anterior era más bien relevante para la determinación de la producción de la ruina, pero no para el plazo de prescripción, ni tampoco para el de garantía, porque la demanda se interpuso sin haber transcurrido diez años desde la conclusión de la construcción.

<sup>1956</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 161.

<sup>1957</sup> Nos apoyamos en ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 214.

<sup>1958</sup> Véase epígrafe 4.4 de capítulo VIII, donde trataremos la limitación de la responsabilidad.

Tribunal Supremo que la tardanza en reclamar ocasionara la agravación de los daños<sup>1959</sup>.

En relación con lo anterior hemos mantenido que los daños consecuencia del incumplimiento de la obligación de reparar también serán resarcibles si se había requerido para tal reparación<sup>1960</sup>. Sin embargo, como esto exige que la acción de los daños primeramente manifestados no esté prescrita<sup>1961</sup>, el argumento no es definitivo, por lo que incluso en este supuesto habrá que determinar si estamos o no ante un daño continuado.

Los autores que sostienen la aplicación de la doctrina de los daños continuados inciden, contrariamente a los anteriores, en que el daño se produce cuando se manifiesta y se concreta su alcance<sup>1962</sup>, o en la no desaparición de su causa<sup>1963</sup>.

Dicho esto, vimos en el epígrafe anterior que se admite como hipótesis de daño continuado no sólo los procedentes de una actividad dañosa prolongada o repetida, sino también los daños que se producen de forma continuada como consecuencia de una actividad instantánea, lo que

---

<sup>1959</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 420.

<sup>1960</sup> Véase epígrafe 5 de capítulo VI.

<sup>1961</sup> Seguimos en este punto a SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 412.

<sup>1962</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 443.

<sup>1963</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 818, p. 123, y con SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 211.

También a favor de la aplicación a nuestra materia de la doctrina de los daños continuados vertida por la jurisprudencia en los daños extracontractuales, pueden verse, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4.623-4.624, y ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 98. Igual es la posición de MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 242-243, para quien la cuestión de fondo que se le suscita al TS en materia de responsabilidad extracontractual acerca de si debía o no aplicarse la regla general del conocimiento del agraviado al que alude el art. 1.968.2º, es coincidente con la plantea la LOE, aunque ésta adopte un criterio objetivo, puesto que el primero plantea la de determinar cuándo se conoce el daño, y ésta la de cuándo se produce.



acontecería en nuestra materia en que la conducta de los agentes se realizó en su día durante la construcción<sup>1964</sup>.

Sin embargo, observamos que calificar los daños continuados de nuestra materia en esta hipótesis de actividad instantánea que provoca continuamente daños, podría conllevar su consideración como daños diferidos, cuyo cómputo sería diferente al de los daños continuados<sup>1965</sup>. Para soslayar este inconveniente proponemos centrar la atención en la eficacia lesiva del vicio, y hacer equivalente ésta a la actividad dañosa continuada, con lo que encajaríamos nuestra materia en la hipótesis expuesta de actividad continuada.

Para perfilar el concepto de daños continuados sostenido apreciamos de gran interés que alguna autora haya entrado a determinar los supuestos concretos que según su parecer lo serán. Específicamente se ha sostenido que debe tratarse de un daño de los que continuamente se esté operando y produciendo, lo que ocurrirá con las humedades o filtraciones continuas en las que no sea posible fraccionar el perjuicio, en cuyo caso el plazo se computaría desde la producción del total resultado

---

<sup>1964</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 246.

<sup>1965</sup> Sobre el concepto de daño diferido puede verse REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.258, quien los define como *“aquellos que se manifiestan después de transcurrido un cierto tiempo desde el acaecimiento del evento dañoso”*. Sobre su distinción de los daños continuados, puede verse ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 215, el cual señala que si el acto dañoso acarrea más tarde nuevos daños o se agravan, se podrá reclamar por ellos aparte de los ya reclamados, y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 243, quien se refiere a ellos como los que se manifiestan con posterioridad al hecho causal.

Nosotros por la naturaleza de nuestra materia, no vemos tan clara la distinción, al menos si se considera la hipótesis de MORENO-TORRES HERRERA de actividad única, puesto que como señala REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.251-1.252, si los daños continuados son consecuencia de una sola e instantánea actividad dañosa (en nuestro caso, consideramos que sería la ejecución de la obra con defectos constructivos) y el daño no se comienza a manifestar a partir de dicho momento (en nuestra materia durante la ejecución de obra) estaríamos ante daños diferidos. Y en el caso de daños diferidos, REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.258, sostiene que el cómputo del plazo se inicia no con el hecho causal, sino en el momento en *“que se manifiesten los daños y se tenga o deba tenerse plena certeza de los mismos”*, salvo que la norma haya previsto un criterio específico, en nuestro caso el de manifestación del vicio, que impediría, por tanto, otro cómputo diferente.

dañoso<sup>1966</sup>. Se defiende que estos supuestos se caracterizan porque existe la posibilidad de que el vicio ocasione otro daño idéntico que no puede ser distinguido del anteriormente causado por la misma actividad por no tener sustantividad propia, y que no encuentran acomodo en la doctrina de la agravación del daño<sup>1967</sup>.

En nuestra opinión, este carácter idéntico del nuevo daño y la falta de acomodo en la doctrina de la agravación del daño deben ser matizados, porque si el vicio constructivo produce un daño idéntico todo apunta a que no se produciría si fuera reparado, con lo que estaríamos más bien ante un agravamiento del daño o, al menos, ante un daño que se hubiera evitado con la reparación<sup>1968</sup>. Para nosotros el daño continuado será aquel en el que el vicio sigue actuando, de tal forma que aunque se reparen los daños inicialmente manifestados no dejarán de producirse otros que, aunque pueden ser de la misma clase, no serán idénticos. En esto último vemos la clave para distinguir los daños continuados de los permanentes, en la cesación de la causa productora de los daños, en nuestro caso el vicio constructivo, que puede seguir actuando produciendo nuevos daños, o simplemente puede haber producido unos daños que *permanecen* en el tiempo (daños permanentes) o que se agravan, pero no porque siga actuando el vicio, sino por la falta de reparación del daño. Así, el Tribunal Supremo ha aludido a esta idea de persistencia del hecho causal determinante de los daños para descartar la

---

<sup>1966</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 247 y 248, quien también considera daños continuados el supuesto en que estas filtraciones o humedades provoquen otros daños, como por ejemplo el derrumbamiento de un techo o pared. Se apoya la autora en varios pronunciamientos recaídos en otras materias, como en la STS de 22 de octubre de 1932, sobre sucesivas filtraciones de un canal que acabaron produciendo el derrumbamiento de una torre, y en la de 26 de octubre de 1971 (RJ 4158) en que los trabajos mineros originaron inicialmente el agrietamiento de las casas de los demandantes y finalmente su pérdida.

<sup>1967</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 248 y 249.

<sup>1968</sup> V.g. si se repara la grieta causante de las humedades o filtraciones, éstas no volverán a producirse, o no producirán otros daños adicionales al de las humedades. No obstante lo cual, como hemos visto, estos daños diferentes a los daños continuados también se imputarán a los agentes aunque para ello debe estar viva la acción de los primeros daños (véase p. 575).

calificación de continuado del daño en un supuesto en el que se aplicaba el art. 1.591 CC, con lo que reconoce la aplicación en abstracto de tal doctrina a nuestra materia, como también ha hecho en sentencia de 31 de octubre de 2014 en la que nos detendremos más abajo<sup>1969</sup>.

Con todo, por la naturaleza de las cosas, en el caso de daños por obras en finca colindante resulta más probable que aunque se repare el daño el acto causal siga produciendo efectos, porque la causa y el efecto están en inmuebles diferentes<sup>1970</sup>.

---

<sup>1969</sup> Cfr. sentencia de 13 de marzo de 2007 (RJ 2569) comentada arriba (véase nota 1942), recaída en un supuesto de acción de repetición con fundamento, entre otros, en el art. 1.591 CC, y en la que el TS negó la consideración de daños continuados con apoyo en que *“En el presente caso no hay constancia en autos de la necesaria persistencia del hecho causal determinante de los daños, requisito éste a que se refiere, entre otras, la Sentencia de 20 de julio de 2001. Así, se ha tenido por demostrado que, al poco tiempo de la conclusión de la obra, aparecieron las deficiencias ya referidas y, que los propietarios afectados iniciaron sus reclamaciones ante la Delegación Territorial de Urbanismo del Gobierno Vasco a partir del mes de marzo de 1978. Según resulta de las actuaciones, tales daños ya se habían materializado en toda su extensión con carácter previo a la demanda presentada el 23 de marzo de 1986 por la Comunidad de Propietarios afectada; de hecho el 23 de marzo de 1983 se había impuesto a la promotora la sanción correspondiente por incumplimiento de los requerimientos de reparación de los desperfectos habidos”*.

En la misma línea, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 740, p. 61, quien señala que no se pueden confundir los daños continuados con el agravamiento de los daños por su falta de pronta reparación, habiendo cesado la causa productora de los mismos.

<sup>1970</sup> Así lo vemos en diferentes pronunciamientos sobre responsabilidad extracontractual, como en SSTs de 2 de julio de 2001 (RJ 4983) que no consideró que en un caso de daños por excavaciones el cómputo se iniciase a partir de la declaración de ruina por parte del Ayuntamiento porque los daños se agravaron después, y porque no se inicia el plazo de prescripción hasta la producción del definitivo resultado que en el caso no constaba haberse producido; de 4 de julio de 1998 (RJ 5414) en un supuesto en el que el informe pericial determinaba que aunque se repararan las grietas producidas en el edificio por las labores mineras, la reparación no sería duradera; de 24 de junio de 1993 (RJ 5381) sobre daños por obras en piso inferior que se basa en la naturaleza progresiva de las grietas, y en la que resolvió el TS: *“...se deduce que los defectos observados en el piso del actor son de índole progresiva, que llega a apreciar, incluso, ligero movimiento en uno de los testigos que habían sido colocados...”*. Por último, también apreciamos la persistencia de la eficacia de la causa del daño en la sentencia de 25 de junio de 1990 (RJ 4889) porque en ella las humedades que sufría la vivienda eran producidas por la acumulación de aguas de escorrentía por el riego de jardines, con lo que aunque se repararan aquellas, las mismas se volverían a producir.

No obstante, la STS de 20 de julio de 2001 (RJ 8401) en un supuesto de daños sufridos en inmuebles por obras de demolición y excavación en la finca colindante, vino a negar que fueran daños continuados con fundamento en que tuvieron su

En nuestra materia pensemos en un pavimento que por el vicio existente en el material de agarre comienza a desprenderse en algunas de sus baldosas hasta que se generaliza tal desprendimiento. En tal caso, aunque se reparen los primeros daños reponiendo las baldosas inicialmente desprendidas no se evitaría que el vicio siguiera actuando sobre otras baldosas. En cambio, no es un daño continuado el supuesto de humedades producidas por grietas estabilizadas cada vez que llueve, porque si éstas se reparan ya no se generarán nuevos daños en forma de humedades<sup>1971</sup>. Tampoco el defectuoso aislamiento térmico o acústico, porque aunque el perjuicio que sufren los propietarios es continuado, éste no es el daño material, sino que el perjuicio es el defectuoso aislamiento, que como tal es instantáneo<sup>1972</sup>.

Por tanto, según nuestro planteamiento resulta que la agravación del daño no excluye la aplicación de la doctrina de los daños continuados, sino que es incompatible con los daños continuados, porque en éstos la reparación del daño inicialmente manifestado no impide la producción de sucesivos daños<sup>1973</sup>. Además, el entendimiento propuesto de los daños continuados es coherente con su distinción de los daños permanentes<sup>1974</sup>.

---

causa precisa en las obras de demolición y excavación, en que aparecieron inmediatamente después, y dicha causa no persistía en su eficacia lesiva, sino que se trataba de un caso de agravamiento de los daños por su falta de reparación.

<sup>1971</sup> Por el contrario, en caso de que las grietas no estén estabilizadas porque la patología sigue actuando haciendo que crezcan, si la reparación no puede evitar dicho crecimiento, sí serán daños continuados los que provoquen esas grietas “vivas”.

<sup>1972</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 247 y 249, quien bien añade que no obsta a lo anterior que subsista hasta su corrección porque ello no es una nota definitoria de los daños continuados, sino de los daños permanentes.

<sup>1973</sup> En contra, véase p. 575. Con lo sostenido por nosotros se permitiría conciliar la doctrina de los daños continuados con la necesidad de evitar el agravamiento de los daños. Se podría argumentar en contra de lo anterior que el adquirente puede demandar la reparación de los daños inicialmente producidos sin que ello le impida reclamar en un nuevo litigio la reparación de los daños que más tarde se produzcan. Sin embargo, ello no sería coherente con el objetivo de protección de la norma porque obligaría al adquirente a financiar varios litigios.

<sup>1974</sup> Efectivamente, los daños permanentes se caracterizan por su agravamiento por causas ajenas por completo al acto inicial, mientras que en los daños continuados se producen nuevos daños debidos al acto inicial. Cfr. SSTs de 30 de noviembre de

Sin embargo, la antes referida sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2014 contempla una visión mucho más restringida de los daños continuados ello entendemos en contra de lo que ha sido su doctrina general sobre ellos. Tal sentencia se basa, entre otros argumentos, para no considerar como tales a los daños producidos por humedades, que sus causas y origen resultaban claras desde hace tiempo; y también niega que lo sean la caída de unas placas de fachada porque antes se habían caído otras que constituyeron ya la manifestación del defecto que les permitía actuar<sup>1975</sup>.

Al margen de esta sentencia, nuestro planteamiento para la aplicación de la doctrina de los daños continuados requiere el presupuesto que hemos visto que el Tribunal Supremo exige con carácter general para ella,

---

2011 (RJ 2012\1641) (véase nota 1951) y de 19 de noviembre de 1990 (RJ 8985) (véase nota 1950).

<sup>1975</sup> RJ 5642. Se trataba de una demanda interpuesta por una comunidad de propietarios contra constructora, arquitecto y aparejador por daños en elementos comunes y privativos al amparo de la LOE, demanda que sería desestimada parcialmente (con respecto a las humedades) contra arquitecto superior y técnico, al entender que no se había interrumpido la prescripción frente ellos y solo se había interrumpido por burofax contra la promotora. Además, también se desestima parcialmente la demanda en lo relativo a las humedades frente a la promotora porque se interpone más de dos años después de la interrupción. En cuanto al defecto de la caída de las placas de la fachada, la sentencia de instancia no computa el plazo de prescripción de dos años desde el burofax remitido por la demandante, sino que los considera daños continuados y que comienza a contar desde la intervención de los bomberos condenando a los tres demandados. La Audiencia Provincial desestima el recurso de la comunidad que solicitaba la estimación íntegra de la demanda, y además estima el recurso de los demandados y desestima íntegramente la demanda, al entender que no puede computarse la fecha desde la intervención de los bomberos sino desde el burofax, pues en su fecha ya constaba en su texto que se habían caído cientos de losetas. Frente a tal sentencia la comunidad de propietarios recurre en casación sin éxito, porque el TS en cuanto a las humedades no sólo se basa para negar su carácter continuado en que la totalidad de los defectos constructivos o daños materiales descritos en el informe pericial ya se habían producido en su totalidad con transcurso del plazo de prescripción, sino en que *“el origen y causa de los mismos estaba perfectamente dictaminado, como se evidenciaba del burofax que la demandante...”*. En cuanto a la caída de las placas, señala el TS: *“Esta Sala, de acuerdo con lo expresado en la sentencia recurrida, debe declarar que ya en el burofax se decía que se habían caído cientos de losetas, por lo que el daño estaba claro y evidenciado desde 2006, debido a ello lo acaecido en el 2009 que propició la actuación del servicio de bomberos, no era sino una nueva manifestación de un desperfecto conocido, por lo que no puede pretenderse el inicio de un nuevo cómputo de dos años ( art. 1969 del C. Civil ).”*

esto es, la imposibilidad de fraccionamiento del daño, por lo que no se aplicará esta doctrina en caso de que los daños producidos por los defectos constructivos tengan sustantividad propia<sup>1976</sup>.

Si existe esta posibilidad de fraccionamiento somos partidarios del cómputo del plazo desde la manifestación inicial del vicio, sin que cada daño consecuencia del mismo vicio tenga su plazo de prescripción, salvo que sean daños manifestados en otra vivienda o local<sup>1977</sup>. De no ser así se suscitará la cuestión de si el propietario está obligado a reparar, o al menos a ponerlo en conocimiento de los agentes para que todas las consecuencias sean soportadas por ellos<sup>1978</sup>, y en esta exigencia de actuar para conseguir la reparación vemos latente el ámbito negativo de la noción de daños continuados que manejamos<sup>1979</sup>.

---

<sup>1976</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 249.

<sup>1977</sup> En contra parece posicionarse MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 236, para quien el vicio puede provocar diferentes daños cuyo plazo de prescripción comenzarán a partir de su correspondiente producción o constatación, lo cual también vale para el vicio, que según la autora hace nacer desde su manifestación una pretensión indemnizatoria, diferenciable de los distintos resultados lesivos. Sin embargo, la autora se refiere a un ejemplo que compartimos porque se ve afectada una vivienda diferente a la que padece el defecto. Concretamente, a una inadecuada instalación de la tela asfáltica de una ducha que se exterioriza provocando como daños humedades en la pared de la vivienda y más tarde el desprendimiento de una parte del techo del piso de abajo.

<sup>1978</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 236.

<sup>1979</sup> En la medida en que en el ejemplo de MORENO-TORRES HERRERA si se hubiera reparado a tiempo la tela asfáltica no se hubieran ocasionado daños al piso de abajo. Ello lo vemos claro si este ejemplo lo trasladamos a una vivienda en exclusiva, en cuyo caso el propietario no puede pretender que se le reparen daños derivados del vicio ya manifestado inicialmente hace más de dos años que se podrían haber evitado reparando. Además, aunque no haya prescrito su acción, esta exigencia de actuar del propietario puede tener sus consecuencias en la extensión del daño reparable (véase epígrafe 4.4 de capítulo VIII).

Ahora bien, en el ejemplo de la autora que se refiere a dos viviendas con diferentes daños provenientes del mismo vicio, el propietario de la vivienda de abajo poco podrá hacer hasta que el vicio se manifieste en la suya. Por ello, aunque se pudiera dar la circunstancia de que los agentes no hayan tenido conocimiento de la inicial manifestación del vicio en la vivienda superior, optamos porque respondan sin perjuicio de que puedan posteriormente éstos accionar frente al propietario de la vivienda superior.

Lo expuesto nos sirve para distinguir los daños continuados de los derivados de la reparación defectuosa del defecto constructivo que, como hemos visto, serán reparables aunque se produjeran fuera del plazo de garantía porque el efecto de la reparación es reabrirlo<sup>1980</sup>. Por esta razón sostenemos que en tal caso se computará el plazo de prescripción desde la manifestación de los daños derivados de tal defectuosa reparación.

Además, en ocasiones los daños plurales o generalizados pueden ser a la vez daños continuados porque dentro de ellos no sólo se encuentran los supuestos en los que el vicio se manifestaba inicialmente dentro del plazo de garantía en algunas partes determinadas del inmueble, sino también aquellos en los que el defecto se manifiesta inicialmente en algunas de las dependencias de dichas partes determinadas<sup>1981</sup>. En estos últimos casos se cumple con el requisito que barajamos para los daños continuados, dado que el vicio sigue actuando de tal manera que la reparación del daño inicialmente producido no impide que se produzcan nuevos daños<sup>1982</sup>.

En otro orden de cosas, aunque estemos ante daños continuados la actuación de los adquirentes puede tener algún efecto en la extensión del daño reparable, porque a pesar de que la patología en ellos siga actuando puede interesar al agente repararla a los efectos de aminorar posibles daños adicionales, diferentes a los propios de la evolución de los daños continuados<sup>1983</sup>.

---

<sup>1980</sup> Véase epígrafe 5 de capítulo VI.

<sup>1981</sup> Véase sobre ellos epígrafe 5 de capítulo VI.

<sup>1982</sup> En tal caso los daños producidos tras el plazo de garantía serán resarcibles a pesar de que tras la producción de los iniciales haya transcurrido el plazo de prescripción.

No obstante, consideramos difícil calificar como un supuesto de daños continuados el caso de daños generalizados en varias partes determinadas de un edificio, puesto que se nos presenta improbable el cumplimiento del requisito de la imposibilidad de fraccionamiento del daño, ello por la sustantividad propia que se puede predicar de los daños al sufrirlos diferentes partes determinadas de un edificio, dotadas por ello de mayor entidad propia.

<sup>1983</sup> Pensemos en un defecto consistente en una grieta “viva” que, por lo anterior, aunque se repare, continuará creciendo y provocando humedades en una vivienda.

## 4. La interrupción de la prescripción

### 4.1 Medios de interrupción de la prescripción

#### 4.1.1 Introducción

A diferencia de los plazos de garantía del art. 17 de la LOE que al ser plazos de garantía de la buena construcción no son susceptibles de interrupción ni de suspensión<sup>1984</sup>, el plazo del art. 18 de la LOE es un plazo de prescripción, por lo que le son aplicables las reglas generales de la prescripción del CC, entre ellas, la posibilidad de interrupción en los supuestos previstos en su art. 1.973<sup>1985</sup>.

La interrupción de la prescripción tendrá el efecto de que el tiempo transcurrido antes de ella se torne inútil y vuelva a correr de nuevo<sup>1986</sup>

---

En tal caso a pesar de que la reparación no evitará que la grieta vuelva a manifestarse, si minorará las humedades.

En este sentido, REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.252-1.253, al tratar los daños continuados en sede de responsabilidad extracontractual señala que cuando hay mala fe o negligencia del perjudicado en cuanto a la conservación de la cosa (en referencia a la posibilidad de conservación o restauración y al deber de mitigar el daño) no se estará ante un problema de prescripción, sino ante uno de participación del perjudicado en el resultado final, lo que daría lugar a la aplicación de la concurrencia de culpas o a la exoneración del demandado por culpa exclusiva de aquél. Volveremos sobre ello al tratar la exoneración o limitación de la responsabilidad en epígrafe 4.4 de capítulo VIII.

<sup>1984</sup> Véase epígrafe 3 de capítulo VI.

<sup>1985</sup> En tal sentido, por todos, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 442; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 222-223; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.621; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 156-157; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 639, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 393 y 410.

Con la interrupción, destaca Díez-Picazo L., o.c. nota 627, p. 137, que se rompe el silencio de la relación jurídica. Expone el autor (o.c. nota 627, p. 128) que todos los ordenamientos jurídicos admiten que no hay prescripción mientras el derecho que se trate está siendo reconocido por el sujeto pasivo, siendo en este sentido fructífera la idea de “silencio de la relación jurídica” que engloba la “falta de ejercicio” con el de “falta de reconocimiento”, todo lo cual constituye una falta de respuesta exigible de acuerdo con las circunstancias de contradicción o de violación.

<sup>1986</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 394. No obstante, como bien señala MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, o.c. nota 1883, pp. 864-865, ello no sucederá en el caso de la interrupción por ejercicio de la acción judicialmente porque de lo contrario si el



porque se considera que el tiempo debe correr ininterrumpidamente<sup>1987</sup>, lo cual no ocurre con la suspensión, que hace que se reinicie el tiempo tomando en cuenta el transcurrido con anterioridad<sup>1988</sup>.

#### 4.1.2 Los concretos medio de interrupción de la prescripción

##### 4.1.2.1 La reclamación judicial

Para interrumpir la prescripción no es suficiente con que exista un ánimo de conservar el derecho puesto que es necesaria una causa de interrupción prevista<sup>1989</sup>. Estas causas de interrupción se encuentran en el art. 1.973 CC que establece como tales el ejercicio de la acción ante los

---

procedimiento se prolongase más allá del plazo de prescripción prescribiría la acción, lo que no acontece porque una vez ejercitada la acción judicialmente *"la relación creditual queda en reposo hasta que se pronuncie la pertinente sentencia"*.

<sup>1987</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 137, y ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 226. Tal efecto de la interrupción es reconocido expresamente por el anteproyecto de Ley del Código mercantil (cfr. art. 713-2, párrafo primero).

<sup>1988</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 394 y 397-398, quien señala que a pesar de que el CC no la regula, está reconocida por la jurisprudencia y la doctrina científica, ello con apoyo en la STS de 10 de junio de 1985 (RJ 3103). En parecido sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.135. También destaca que no existen en nuestro Derecho causas generales de suspensión de la prescripción, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 143. En parecido sentido puede verse DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.097. Véase nota 1886 sobre el reconocimiento de esta suspensión en instrumentos a nivel europeo.

<sup>1989</sup> Cfr. STS de 24 de marzo de 2006 (RJ 1819). En este sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 393, señala que *"...no basta con el ánimo de conservar el derecho, ni con su mera exteriorización o manifestación de cualquier modo, sino que ha de concurrir una causa de interrupción legal practicada por quien y contra quien corresponde, en tiempo y en forma"*. En esta línea ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 20-21, destaca que aunque constase la voluntad de no abandonar el derecho, prescribiría igualmente por el transcurso del tiempo. También puede verse DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 138-139, quien además se opone a que el TS a pesar de que las causas de interrupción sean *numerus clausus* haya buscado causas para impedirla por considerarla injusta, y en otras sentencias haya acudido al fundamento de la presunción de abandono para justificar la interrupción en una voluntad contraria a la misma.

Tribunales, la reclamación extrajudicial del acreedor y cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor<sup>1990</sup>.

La reclamación judicial (a la que se asimila el planteamiento de la cuestión en juicio arbitral<sup>1991</sup>) no operará únicamente mediante la presentación de demanda<sup>1992</sup>, por lo que se admite en caso de solicitud de conciliación<sup>1993</sup>; mediante presentación de diligencias preliminares reguladas en los arts. 256 y ss. de la LEC<sup>1994</sup>; por la solicitud de medidas cautelares porque se solicitan para asegurar la sentencia que se dicte<sup>1995</sup>, y en caso de solicitud de asistencia jurídica gratuita<sup>1996</sup>.

---

<sup>1990</sup> La reclamación extrajudicial constituye una singularidad en relación con el derecho comparado como señala la STS de 2 de noviembre de 2005 (RJ 7619). También pueden verse REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.214, nota 12; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 138 y 183-184, quien se refiere a su origen en el Derecho de Partidas, y DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.139.

Además, se aprecia una tendencia a reducir el ámbito de la interrupción en los PECL y en el DCFR (cfr. arts. 14:401 y s. de los PECL, y arts. III-7:401 y s. del DCFR, sobre el reconocimiento del derecho por el deudor y los intentos de ejecución de créditos reconocidos judicialmente, como causas de reinicio del plazo; y arts. 14:302 PECL y III-7:302 DCFR, sobre el inicio de un procedimiento judicial o extrajudicial, como causa de suspensión). No obstante, el CEC contempla también la reclamación extrajudicial como modo de interrupción en su art. 134.6.

<sup>1991</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 160; DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.139, y DE PABLO CONTRERAS, P., en *Código Civil comentado*, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, IV, ed. Civitas, Madrid, 2011, p. 1.693. Expresamente se realiza tal asimilación en el anteproyecto de Ley del Código mercantil (cfr. art. 713-1, párrafo primero).

<sup>1992</sup> Efecto no predicable sólo de una demanda principal, sino que también alcanza a la reconvención, como destaca ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 238.

<sup>1993</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 394, y LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 492. Además, en el art. 479 de la LEC de 1881 que no fue afectado por la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 (LEC) se contempla tal asimilación. En tal sentido, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 176; ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 236, y DE PABLO CONTRERAS, o.c. nota 1991, p. 1.693.

<sup>1994</sup> Cfr. STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008/248). DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 180-181, destaca que al requerirse a los interesados para que las lleven a cabo o se opongan, supone una ruptura completa del silencio de la relación jurídica.

<sup>1995</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 181. Cfr. SSTS de 12 de julio de 1991 (RJ 5381), y de 4 de octubre de 2012 (RJ 9026).

<sup>1996</sup> Cfr. art. 16, párrafo tercero, de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Sobre este punto puede verse DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 167, quien destaca que el TS ha venido entendiendo dicho efecto siempre que en la solicitud ya aparezca precisado que la obtención de dicho beneficio se persigue para

La interrupción de la prescripción se producirá en la fecha de la presentación de la demanda, pero ésta deberá ser admitida a trámite<sup>1997</sup>.

También se conceden efectos a la demanda desistida después o caducada en la instancia, lo que se explica por admisión de reclamación extrajudicial<sup>1998</sup>.

Por último, dada la situación económica actual en la que muchas entidades promotoras y constructoras se encuentran inmersas en procedimientos concursales, procede referirnos a los efectos de dichos procedimientos en esta materia. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) otorga los efectos interruptores de la prescripción al concurso de acreedores desde su declaración hasta la conclusión, para los créditos anteriores a dicha declaración<sup>1999</sup>. Además, el reconocimiento del crédito

---

entablar posteriormente la acción. También sobre esta materia véase ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 234-235, y DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.139.

<sup>1997</sup> Cfr. STS de 26 de abril de 1969 (RJ 2233). Pueden verse SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 394; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 163; DE PABLO CONTRERAS, o.c. nota 1991, p. 1.691, y DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, 2139. Esto también es aplicable a la conciliación (cfr. art. 479 LEC de 1881).

El requisito de la admisión a trámite conlleva que cuando se inadmita no se esté ante una reclamación ante el sujeto pasivo, porque no se le dará traslado de ella, de ahí que el TS no la considere como causa de interrupción, como señala ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 237-238. Cfr. STS de 30 de septiembre de 2009 (RJ 4599) en la que se desistió de la demanda después de que el Juzgado hubiera requerido la subsanación de una serie de defectos de los que adolecía, y se hizo énfasis en que no se había dado traslado al demandado.

<sup>1998</sup> Cfr. STS de 25 de mayo de 2010 (RJ 3717) que consideró interrumpida la prescripción porque llegó a conocimiento del demandado la demanda de la que desistió el actor. Sobre el fundamento de lo anterior en la admisión de la reclamación extrajudicial, y sobre la necesidad de que sea emplazado el demandado, véase ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 238, y DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 171- 172.

<sup>1999</sup> BOE de 10 de julio de 2003. Cfr. art. 60.1. DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 182, sostiene que este efecto interruptor no se producirá para las acciones declarativas o de condena, porque el concurso no impide que sean ejercitadas, viendo su sentido para las acciones ejecutivas que son las que se vedan, aunque concluye que lo categórico del precepto no admite otra interpretación, con lo que coincidimos. Entendemos que el autor se refiere al art. 55 de la LC que prohíbe una vez declarado que puedan iniciarse ejecuciones singulares, y al art. 50 que contempla la posibilidad de juicios declarativos iniciados tras la declaración del concurso, pero ordena que los jueces de lo civil deberán abstenerse de conocerlos cuando corresponda la competencia al juez del concurso, competencia que se establece para las acciones civiles con trascendencia patrimonial para el concursado (cfr. art. 8.1º y

por el concursado o por el órgano de administración del concurso al establecer la masa pasiva, así como la comunicación del crédito para que sea tenido en cuenta, producirán efectos interruptores frente al concursado<sup>2000</sup>.

Por último, ha de tenerse en cuenta que se ha introducido un nuevo apartado segundo al art. 60 de la LC mediante el que se priva de efectos a la interrupción que supone la declaración del concurso frente a los deudores solidarios<sup>2001</sup>, lo cual supondrá que no se interrumpirá la prescripción de la acción estudiada frente a los agentes responsables solidarios por la declaración en concurso de uno de ellos.

#### 4.1.2.2 La reclamación extrajudicial

Este modo de interrupción de la prescripción que no tiene límites en cuanto a las veces en que puede realizarse (a diferencia del anteproyecto de Ley del Código mercantil<sup>2002</sup>) no es necesario que sea efectuado por el titular de la acción, en nuestro caso por los adquirentes, ya que también puede serlo por un tercero en su nombre, ya sea por medio de mandato verbal, gestión de negocios o actuación profesional, como sería el caso de un letrado o procurador<sup>2003</sup>. También debe tenerse en cuenta que

---

3º). Para los iniciados con anterioridad el art. 51.1 señala que continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.

<sup>2000</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 182. Al respecto de la comunicación del crédito se refiere el autor al art. 85 de la LC que regula su forma y plazo. Sobre el reconocimiento del crédito, éste se regula en el art. 86 sobre el que hay que tener en cuenta que no sólo contempla el reconocimiento tras la comunicación, sino también supuestos especiales en los que ha de efectuarse sin comunicación previa.

<sup>2001</sup> Por medio de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 de octubre de 2011). Señala dicho precepto: *“La interrupción de la prescripción no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a los fiadores y avalistas”*.

<sup>2002</sup> Efectivamente, el anteproyecto de Ley del Código mercantil sólo admite la interrupción extrajudicial de la prescripción por una vez (cfr. art. 713-1, párrafo segundo).

<sup>2003</sup> Cfr. STS de 15 de noviembre de 2004 (RJ 7232) y las que ella cita: *“En este sentido hay que decidir que se produjo efectiva interrupción de la prescripción, pues no*

puede realizar la reclamación un comunero del edificio que ejerza la acción en interés de la comunidad<sup>2004</sup>.

Por otro lado, es preciso señalar que no es suficiente la mera manifestación externa de la existencia del derecho si no existe un acto volitivo de reclamación<sup>2005</sup>. No obstante, Díez-Picazo defiende que debería considerarse como reclamación “*cualesquiera actos que rompen el silencio de la relación jurídica, que sean contrarios a la dejación o*

---

*resulta absolutamente preciso que las reclamaciones extrajudiciales se efectúan personalmente, ya que la jurisprudencia ha admitido la reclamación llevada a cabo valiéndose de mandatario aunque sea verbal o tácito del titular de la acción, sin que se exija conste acreditado la existencia de tal mandato y mucho menos la representación (Sentencias de 10-10-1972 y de 22-9-1984, que cita las de 3-5-1959 y 27-6-1969), incluso son válidas las llevadas a cabo por medio de Letrado o Procurador ( Sentencias de 10-3-1983 y 17-3-1986 )”.* Sobre esta jurisprudencia, con carácter general puede verse, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 394 y 410; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 145-146, y 185; ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 229 y 233; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 492, y DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.138.

<sup>2004</sup> ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 229 (nota 2). Y es que ya vimos que el TS les reconoce la legitimación para ejercer las acciones del art. 1.591 CC, como también veremos que ocurre con las de la LOE (véase epígrafes 1.6 de capítulo I, y 1.3 de capítulo VIII).

<sup>2005</sup> Cfr. SSTS de 6 de diciembre de 1969 que a su vez es citada por la de 6 de febrero de 2007 (RJ 726), y 22 de febrero de 1991 (RJ 1588). Con claridad la STS de 29 de febrero de 2012 (RJ 5268) señala: “*A este respecto, el factor determinante de la prescripción no es solo o «animus» del interesado respecto a la actuación o dejación de sus derechos pues, si así fuera, bastaría probar en el proceso la voluntad conservativa del titular, aun personal, íntima y secreta, su mero deseo interno de mantener vivo y hacer efectivo su derecho para que el transcurso del tiempo no produjera los efectos propios de la prescripción, lo que de hecho supondría una derogación, por vía de interpretación, del régimen de la prescripción que ya la STS de 22 de febrero de 1991 se ha anticipado a advertir no se ha producido. En efecto, la sola prueba procesal el «animus conservandi» por parte del titular no es suficiente para estimar excluidas las consecuencias ligadas a su inactividad durante el tiempo de la prescripción. La misma jurisprudencia que ha vinculado la interrupción a la voluntad conservativa del derecho exige su exteriorización, manifestación o constatación dentro del plazo de que se trate, de forma que resulte suficientemente evidenciada ante el sujeto a quien favorecería la prescripción. En concreto, la jurisprudencia ha exigido que esa voluntad «se manifieste» STS de 9 de diciembre de 1983 ; que «aparezca clara» STS de 12 de mayo de 1994 (RJ 1994\4093); «suficientemente manifestada» STS de 6 de noviembre de 1987 ; o «fehacientemente evidenciada» STS de 12 de julio de 1991; que se «ponga de relieve» STS de 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6665); o que «se patentice clara y fehacientemente» STS de 7 de julio de 1983...”.*

Sobre tal jurisprudencia, pueden verse DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 184; ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 228-229; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 492; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 740, p. 62, y DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, pp. 2.139-2.140.

*abandono del derecho y que hagan, por consiguiente, injusto que el sujeto pasivo pueda quedar beneficiado por el transcurso del tiempo*<sup>2006</sup>. Por esta vía, aunque es discutible, podríamos defender los efectos interruptores de la celebración de una junta de propietarios en la que los vecinos expongan los defectos constructivos que padecen sus inmuebles, y que llegue a conocimiento del promotor<sup>2007</sup>.

En cuanto a los efectos de la reclamación extrajudicial, no vemos una línea jurisprudencial clara, y gran número de autores, con los que coincidimos, considera suficiente la emisión de la reclamación con la diligencia debida para que llegue a conocimiento, sin ser necesario que se produzca lo anterior, ello con fundamento en una serie de pronunciamientos<sup>2008</sup>. Sin embargo, en otros pronunciamientos se adopta

---

<sup>2006</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 184-185.

<sup>2007</sup> V.g. porque el promotor siga siendo comunero.

<sup>2008</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 394, quien señala que debe efectuarse por un medio idóneo para que llegue a conocimiento del destinatario, aunque no es preciso que llegue adquirir noticia de la interrupción, y además su efecto se produce con la emisión de la comunicación, no en el momento de su recepción. También puede verse con carácter general, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 157-158, para quien *“no es necesario que el destinatario haya llegado a tomar cabal conocimiento de ella, pues ello significa tanto como dejar en sus manos la producción del efecto interruptivo”*, sino que *“el autor de la declaración ha cumplido la carga de diligencia necesaria para que, en condiciones normales, la llegada se produzca...aunque de facto no fuere conocida por el destinatario”*. Se refiere el autor, compartiendo sus conclusiones, a la STS de 24 de diciembre de 1994 (RJ 10384) que señaló: *“Si bien la declaración de voluntad en que consiste la reclamación extrajudicial a la que el art. 1.973 del Código Civil reconoce la virtud de interrumpir la prescripción extintiva, tiene naturaleza receptiva por lo que debe ir dirigida al sujeto pasivo y recibida por éste, aunque sus efectos se producen desde la fecha de la emisión y no de la recepción, no es necesario que el sujeto a quien va dirigida llegue efectivamente a conocer la reclamación siendo bastante a los indicados efectos su recepción”*. Se trataba de un supuesto en el que el demandante había expedido una serie de telegramas y el Servicio Público de Correos había certificado el contenido de los mismos, su emisión y su llegada a destino. El TS casa la sentencia y estima que el actor había cumplido la diligencia que le era exigible, con lo que ante la negación por parte de los demandados de la recepción de los telegramas no se podía imponer a la actora la carga de la prueba de la efectiva recepción, debiendo los demandados demostrar que quienes recibieron los telegramas no tenían ninguna relación con ellos.

ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 232 y 259-261, se refiere además a la STS de 16 de enero de 2003 (RJ 6). Esta sentencia versaba sobre una reclamación vía telegrama que el actor no pudo acreditar que fuera recibida por su destinatario. El

el criterio contrario que es compartido por algún autor, aunque no vemos una especial contundencia de esta línea jurisprudencial que se considera por varias sentencias como una doctrina reiterada<sup>2009</sup>.

---

autor destaca que al calificarse por el TS el acto extrajudicial como un acto unilateral, y señalarse que *“cuando se ponga de relieve un simple atisbo de animus conservandi en quién la misma se pretende aplicar, habrá de entenderse interrumpido el plazo de prescripción”*, aunque después se considerara probado el conocimiento de la reclamación por vía indiciaria, la recepción y posible conocimiento de la reclamación, son un *“refuerzo innecesario”*.

<sup>2009</sup> Así, para DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.138, *“el acto interruptivo exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización...”*. Se apoya el autor en SSTs de 18 de septiembre de 1987 (RJ 9982), 13 de octubre de 1994 (RJ 7483), 21 de julio de 2004 (RJ 4874) y 27 de septiembre de 2005 (RJ 7152).

Decimos que no vemos una especial contundencia en estas sentencias por lo siguiente. Al margen de que en la sentencia de 1987 se considera la interrupción de la prescripción, y además sin tratarse esta cuestión del conocimiento de la interrupción; la sentencia de 1994, a pesar de que declara que es necesario que llegue a conocimiento del deudor la reclamación, resolvía un supuesto en que no se había dirigido reclamación sino tan sólo frente a unos de los posteriormente demandados, sin existir entre ellos relación de solidaridad; en la sentencia de 2004 no se consideró interrumpida la prescripción porque la acción ejercitada ante la Jurisdicción Social no se corresponde con la petición hecha en vía civil; en la sentencia de 2005 se consideró en nuestra opinión no interrumpida la prescripción también por razones que tenían que ver con la naturaleza del acto al que se pretendía otorgar efectos interruptores (petición de reapertura de diligencias penales).

En otras SSTs en las que se ha optado por el criterio del conocimiento, por las circunstancias de los hechos, no ha considerado prescrita la acción, porque el conocimiento del acto interruptor se había producido dentro de plazo. Así, la sentencia de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008\248) estimó interrumpida la prescripción porque el primer acto había llegado a conocimiento dentro de plazo. Pero tras ello se pretendía por la actora que se considerara interrumpida nuevamente la prescripción por una providencia del juzgado por la que se acordaba librar un exhorto a otro juzgado, lo cual no fue estimado por el TS porque dicho exhorto no fue diligenciado por la parte actora para que llegara a conocimiento de la parte demandada, por lo que nos surge la pregunta de si el TS hubiera aplicado el mismo criterio si se hubiese diligenciado, y llegado a conocimiento del demandado fuera del plazo de prescripción. En la STS de 25 de mayo de 2010 (RJ 3717) como hemos señalado, el criterio del conocimiento no conllevó la prescripción de la acción (véase nota 1898). También la STS de 29 de mayo 2009 (RJ 4221) se refiere a la anterior doctrina jurisprudencial como consolidada, pero en ella se resuelve un supuesto en que la reclamación extrajudicial no se había dirigido a las personas frente a las que se sostenía la interrupción.

Se hace eco de estos criterios dispares, DE PABLO CONTRERAS, o.c. nota 1991, pp. 1.693-1.694, quien cita entre las sentencias que exigen el conocimiento de la reclamación las STS de 14 de mayo de 1996 (RJ 3908) y de 17 de marzo de 1994

Por otro lado, no importa la forma en que se realice la reclamación extrajudicial, con lo que se puede practicar mediante requerimiento notarial, cartas, telegramas, etc<sup>2010</sup>, sin exigirse que conste en documento fehaciente, aunque es aconsejable<sup>2011</sup>. Particularmente se ha estimado que se interrumpe la prescripción por negociaciones entre las partes o sus letrados<sup>2012</sup>, con lo que en nuestra materia, si adquirentes y agentes, o sus respectivos letrados, se encuentran en conversaciones para llegar a un acuerdo sobre la reparación de los defectos constructivos se interrumpirá la prescripción.

---

(1987). La primera no la consideramos contundente a los efectos tratados puesto que se consideró probada la recepción de la carta mediante la que se realizaba la reclamación. La sentencia de 1994, en un supuesto en que se habían realizado dos reclamaciones extrajudiciales tuvo en cuenta como fecha de interrupción la de la recepción de la primera, tras la cual había pasado más de un año hasta que se emitió la segunda, por lo que el criterio de la recepción no fue definitivo.

<sup>2010</sup> Cfr. SSTs de 14 de diciembre de 2004 (RJ 8036); 2 de noviembre de 2005 (RJ 7619) y de 6 de febrero de 2007 (RJ 726) sobre la libertad de forma; y sobre los medios referidos de interrupción las SSTs de 18 de abril de 1989 (RJ 3064); 12 de noviembre de 1986 (RJ 6386); 17 de marzo de 1994 (RJ 1987), y 22 de septiembre de 1984 (RJ 4332).

Sobre esta jurisprudencia pueden verse, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 740, p. 62; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 185; ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 239; DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.140, y DE PABLO CONTRERAS, o.c. nota 1991, p. 1.694.

<sup>2011</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 185. Se refiere el autor a las SSTs de 10 de marzo de 1983 (RJ 1469) y de 14 de diciembre de 2004 (RJ 8036) que la han deducido de negociaciones entre las partes o sus letrados. También pueden verse las SSTs 24 de junio de 1991 (RJ 4619) y de 21 de julio de 2008 (RJ 4487). Esta última con rica cita de otras sobre la falta de exigencia de forma determinada al requerimiento extrajudicial [SSTs de 14 diciembre 2004 (RJ 8036), 22 noviembre 2005 (RJ 10198), 6 febrero (RJ 2007, 726) y 27 septiembre 2007 (RJ 5322)] estimó interrumpida la prescripción por conversaciones entre los letrados de las partes implicadas en un supuesto de daños por obras en finca colindante. Igualmente sobre un supuesto de conversaciones de las partes sobre los daños producidos a finca colindante, y aplicando tal doctrina, véase STS de 20 de noviembre de 2007 (RJ 2008\19).

Con gran claridad deslinda la cuestión de exigencia de forma de los problemas probatorios la STS de 21 de julio de 2008 (RJ 4487): *“1º Para que se produzca una interrupción extrajudicial no se requiere que se formulen las reclamaciones por escrito ni que asuman ninguna forma; otra cosa será la prueba de que se haya efectuado el acto interruptivo, pero no debe confundirse la dificultad de prueba con la forma de determinados actos ...”*.

<sup>2012</sup> Véase SSTs en nota anterior.



Sin embargo, no interrumpirán la prescripción las reclamaciones administrativas que puedan interponer los compradores de viviendas de protección oficial en los cinco años siguientes a su calificación definitiva, y en las que pueden solicitar que la Administración exija la reparación de los defectos al promotor, porque esta legislación lo que hace es añadir una protección administrativa al régimen del CC<sup>2013</sup>.

En cuanto al destinatario de la reclamación, ésta puede dirigirse a un representante legal o voluntario del agente de la edificación<sup>2014</sup>. Díez-Picazo defiende que el acto de interrupción puede surtir efectos para una persona que no es su destinatario teniendo en consideración el esfuerzo de quien interrumpe para concretar o determinar el sujeto pasivo, y si el acto hubiera llegado o podido llegar normalmente a ser conocido por los

---

<sup>2013</sup> En tal sentido ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 640, quien se refiere al art. 111 del Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, y texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre, aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 julio, y a que tal precepto deja a salvo las acciones del CC que sean de aplicación, entre ellas, expresamente las derivadas del art. 1.591.

Cfr. STS de 18 de marzo de 1998 (RJ 2141), que además ha señalado que es posible simultanear las reclamaciones administrativas y las acciones civiles, con cita de otras: *“El último párrafo del art. 111 del Decreto 2114/1968, de 24 julio (RCL 1968\1584, 1630, 2063 y NDL 30714), que aprueba el Reglamento para la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial dispone que «quedarán a salvo, en todos los casos, las acciones que puedan ejercitar los propietarios y adquirentes de las viviendas al amparo de los arts. 1484 y siguientes, 1591 y 1909 y demás de pertinente aplicación del Código Civil»; esto permite el ejercicio simultáneo de las reclamaciones administrativas y de las acciones civiles, sin que las actuaciones de aquella clase paralicen la actuación ante los órganos jurisdiccionales del orden civil...; en este sentido se pronuncia la Sentencia de 2 febrero 1995, según la cual «el motivo se apoya en actuaciones administrativas para derivar de ellas y con relación a las mismas al parecer una interrupción del plazo de prescripción, cuando esta Sala ha declarado (Sentencia de 28 enero 1915, no desvirtuada por jurisprudencia posterior, sino antes bien confirmada por la de 26 febrero 1993 [RJ 1993\1261]) que las disposiciones administrativas no son actos interruptores del plazo legal de prescripción de acciones»”.*

Sobre la falta de interrupción en general por las reclamaciones administrativas, salvo que exista un disposición legal que contemple los efectos interruptores, o pueda considerarse como una forma ordinaria de ejercicio del derecho, puede verse DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 160.

<sup>2014</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 149, y LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 492.

afectados<sup>2015</sup>. Cierta relación con lo anterior tiene la cuestión del desconocimiento de la identidad de los agentes de la edificación, aunque nos resulta difícil sostener la misma solución por lo expuesto en otro lugar, salvo que la responsabilidad fuera solidaria<sup>2016</sup>.

#### 4.1.2.3 El reconocimiento de la deuda

En cuanto al reconocimiento de la deuda que puedan realizar los agentes de la edificación, éste no requiere de ninguna forma especial por lo que puede hacerse verbalmente, y aunque el art. 1.973 CC habla de actos de reconocimiento se admite el tácito que se prevé para la prescripción adquisitiva en el art. 1.948 CC<sup>2017</sup>.

---

<sup>2015</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 150.

<sup>2016</sup> Véase epígrafe 3.3, pp. 568-569. Ante la eventualidad de que los adquirentes no consiguieran averiguar la identidad de los agentes de la edificación, podría pensarse en trasladar la opinión de Díez-Picazo para evitar que prescriba la acción frente al resto de agentes no conocidos diferentes al promotor, exigiendo además del esfuerzo aludido una cierta presunción de conocimiento de la interrupción. No obstante, se puede reprochar a los adquirentes no haber interpuesto unas diligencias preliminares a los efectos anteriores, y con las que se conseguiría interrumpir el plazo de prescripción.

Sin embargo, en caso de que la responsabilidad fuera solidaria la referida presunción de conocimiento es tenida en cuenta por el TS en la sentencia de 14 de marzo de 2003 para considerar interrumpida la prescripción en casos de solidaridad impropia, como veremos en el epígrafe siguiente.

<sup>2017</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 189-190, quien además lo define como aquel que objetivamente interpretado conduzca a la conclusión de que, tras haberse realizado, el ejercicio de la excepción de prescripción resulta contrario a las normas de la buena fe. También admiten este reconocimiento tácito, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 239, y DE PABLO CONTRERAS, o.c. nota 1991, p. 1.694. Sobre la admisión general en la doctrina del reconocimiento derivado de actos concluyentes puede verse MORENO-TORRES HERRERA, M. L., *La interrupción de la prescripción por el reconocimiento del derecho*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por A. Cabanillas Sánchez, I, *Semblanzas. Derecho Civil. Parte General*, ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 664.

Cfr. SSTS de 26 de junio de 2001 (RJ 5084) que consideró como tal que la deuda figuraba en la contabilidad de la demandada, y de 22 octubre de 2012 (RJ 10412) que versaba sobre la consignación judicial realizada por un compañía aseguradora habiendo disconformidad con el importe debido, pero suponiendo la consignación un reconocimiento del derecho: *“En efecto, el artículo 1973 del Código Civil establece, de forma expresa, el reconocimiento del derecho como una de las causas de interrupción de la prescripción. En este sentido, y aunque la noción de reconocimiento*

En nuestra materia como supuesto de reconocimiento del derecho a la reparación vemos que encaja la reparación del defecto constructivo por parte de los agentes de la edificación, y es que si se ha atribuido efectos interruptores a las conversaciones entre los abogados de las partes sobre las reparaciones a efectuar<sup>2018</sup>, con mayor motivo, cuando se realizan.

Ya hemos visto que la defectuosa reparación conllevará que sean reparables los defectos que traen causa de ella, aunque se produzcan fuera del plazo de garantía porque la reparación supone la apertura de un nuevo plazo de garantía<sup>2019</sup>, con lo que además de interrumpir la prescripción se abrirá un nuevo plazo de garantía. Lo anterior puede ser útil en los casos de reparación incompleta del defecto, en que ésta interrumpirá la prescripción de la acción de reparación del “resto del defecto”, y además permitirá accionar por los daños que se deriven de dicha reparación, si se manifiestan en el nuevo plazo de garantía. En evidente paralelismo con las reparaciones parciales, con carácter general el Tribunal Supremo ha admitido como supuestos de reconocimiento las entregas a cuenta de la cantidad adeudada<sup>2020</sup>, aunque también se ha visto como razón de las reparaciones el mantenimiento de buenas relaciones comerciales<sup>2021</sup>.

---

*no tenga un previo significado técnico y preciso, no hay inconveniente alguno para su interpretación extensiva respecto de cualquier forma o modo que comporte dicho reconocimiento, particularmente de las conductas a través de las cuales se ponga de manifiesto que la parte se considera obligada por el derecho, conforme a la doctrina de los actos concluyentes y, en su caso, a los actos propios; sin que sea necesario un anterior negocio de fijación, ni una propia confesión del derecho, ni menos aun un negocio de novación de la relación obligatoria”. Y es que, como señala MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 2017, pp. 662-663, no es necesario una específica intención de reconocer.*

<sup>2018</sup> Cfr. STS de 21 de julio de 2008 (RJ 4487).

<sup>2019</sup> Véase epígrafe 5 de capítulo VI.

<sup>2020</sup> Cfr. SSTS de 6 de octubre de 1997 (RJ 7091) y de 22 de octubre de 2012 (RJ 10412) (véase nota 2017).

<sup>2021</sup> Cfr. STS de 14 de diciembre de 2007 (RJ 2008\330). Señaló la sentencia en cuanto a los requisitos de la doctrina de los actos propios, que no consideró de aplicación al caso: “El primero de ellos es que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación que afecte jurídicamente a su autor. El segundo, que exista una

Por último, no hay acuerdo sobre si el reconocimiento debe llegar a conocimiento del acreedor<sup>2022</sup>, aunque en nuestro caso dicha discusión no tiene tanto sentido dado que el supuesto normal es la reparación, la cual obviamente conocerá el adquirente.

## 4.2 Solidaridad y prescripción

### 4.2.1 Introducción y debate anterior a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003.

Dado que el art. 17 de la LOE establece diversos supuestos de responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación<sup>2023</sup>, y el 1.974, primer párrafo, del CC realiza una regulación de la interrupción de la prescripción en caso de deudores solidarios que conlleva que perjudique a todos ellos con independencia de que el acto interruptor se haya entendido únicamente con uno de los deudores, resulta necesario estudiar si este precepto rige para aquellos supuestos<sup>2024</sup>. Esta cuestión

---

*incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. En el caso examinado, la atención prestada a la reclamación no es incompatible con la falta de reconocimiento de responsabilidad, pues puede explicarse por el deseo de mantener las buenas relaciones contractuales entre promotores y adquirentes”.*

<sup>2022</sup> En tal sentido, MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 2017, p. 683, quien destaca que el TS no se ha pronunciado, aunque reconoce que la mayoría de la doctrina considera sus efectos desde la realización. Así, para ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 248, no debe llegar a conocimiento del acreedor, porque además de no requerirlo la ley, dado que la notificación del reconocimiento la realizaría la parte perjudicada por el reconocimiento, en nuestro caso el agente de la edificación, “es impensable que se pudiese pedir la notificación al acreedor favorecido por la interrupción de la prescripción”.

<sup>2023</sup> Véase sobre ellos epígrafe 3.2 de capítulo VIII. Resulta preciso destacar por ahora que, después de señalarse en el art. 17.2 que la responsabilidad será exigible en forma personal e individualizada, se prevén en el siguiente párrafo dos supuestos de solidaridad en el que pueden incurrir todos los agentes de la edificación por razón de la imposibilidad de individualizarse la causa de los daños o el grado de intervención de cada agente en ellos, junto a un tercer supuesto de responsabilidad solidaria en todo caso del promotor.

<sup>2024</sup> Sin embargo, la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos sólo contempla la extensión de los efectos interruptores en

presenta un gran interés en nuestra materia por la breve duración del plazo previsto en el art. 18 de la LOE<sup>2025</sup>.

En aplicación del art. 1.591 CC el Tribunal Supremo empleó el art. 1.974 CC para las obligaciones solidarias porque, como veremos, a pesar de que la solidaridad no estaba establecida expresamente en el primero, se condenaba solidariamente a los agentes cuando no era posible individualizar las responsabilidades, y el Alto Tribunal consideraba que el acto interruptor entendido con uno de los agentes conllevaba la interrupción frente a los demás<sup>2026</sup>.

---

el caso de solidaridad activa, suprimiendo la referencia a la pasiva del art. 1.974, lo que inversamente realiza el anteproyecto de Ley del Código mercantil que se limita a la solidaridad pasiva (cfr. art. 713-2, párrafo tercero).

Sobre el derecho comparado las soluciones son dispares puesto que no se extiende la interrupción al resto de deudores solidarios en los ordenamientos alemán (parágrafo 425 del BGB) y portugués (art. 521 del CC de dicho país) y en cambio tiene efecto colectivo la interrupción en Francia (art. 1.206 del CC francés) e Italia (1.310 del CC italiano). En los PECL se prevé la no extensión de la prescripción de la deuda de un deudor solidario al resto de ellos en el art. 10:110, así como en el art. III-4:111 del DCFR. También se encuentra en esta línea el CEC dado que supedita, en su art. 88.4, los efectos prescriptivos de los actos a que se dirijan frente a todos los obligados solidarios.

<sup>2025</sup> Se destaca que ahora es más interesante por ello por SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 413, e incluso que es la cuestión de mayor interés que suscita la interrupción de la prescripción en la LOE por MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 251.

<sup>2026</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 251. También reconoce la aplicación por el TS del art. 1.974 CC a la responsabilidad art. 1.591 CC, ALBALADEJO GARCÍA, véase nota 2057. Se refiere MORENO-TORRES HERRERA a las SSTs de 14 de febrero de 1991 (RJ 1267) y de 10 de octubre de 1992 (RJ 7545). En la primera de ellas se trataba de dos procedimientos judiciales entablados por una comunidad de propietarios frente a diversos agentes que habían intervenido en la ejecución de una edificación, alegándose por el agente demandado en el segundo procedimiento la prescripción de la acción del art. 1.591 del CC, frente a lo que el TS señaló, en lo que aquí interesa, que el primer procedimiento judicial entablado frente a otros agentes también interrumpía la prescripción frente al mismo, dada su condición de responsable solidario: *“Sin embargo, el cómputo del plazo prescriptivo, en su caso, no habría de hacerse con sujeción a las mencionadas fechas pues si bien los defectos «aparecieron seguidamente a la declaración de Obra Nueva en 1970, es decir, durante 1971» (fundamento segundo de la sentencia recurrida), la demanda a tener en cuenta sería la interpuesta en el procedimiento inicial, cuya admisión a trámite fue por providencia de 28 de mayo de 1984, toda vez que la reclamación efectuada mediante dicha demanda, afectaba a todos los demandados en razón al carácter solidario de la responsabilidad de los mismos, como así viene declarado por constante jurisprudencia y se desprende del art. 1974 del Código, «la interrupción de la*

A pesar de ello se ha discutido si en los supuestos de responsabilidad solidaria previstos en la LOE se interrumpe la prescripción no sólo frente al agente con quien se entienda el acto interruptor, sino frente a todos.

Concretamente, algunos autores con fundamento en que la responsabilidad de la LOE, de acuerdo con su art. 17.2, es por regla individualizada, y en que sólo es solidaria a raíz de la sentencia que no haya podido individualizarla, niegan la aplicación del art. 1.974 CC. Por ello la interrupción sólo juega respecto de las personas implicadas salvo para el supuesto del promotor, puesto que éste responderá en todo caso solidariamente de acuerdo con el art. 17.3 de la LOE. Estos autores se apoyan en la STS de 23 de junio de 1993 que, aunque referida a un supuesto de culpa extracontractual, se defiende como aplicable por la similitud existente<sup>2027</sup>. Dicha sentencia resolvió que la obligación es por ley individualizada por lo que cada uno de los demandados se encuentra en distinta posición procesal respecto de la parte actora en orden a las posibles relaciones sustantivas o materiales con ella e, incluso, por la existencia o no de actos de interrupción del tiempo de prescripción, que puede operar respecto de unos y no de otros, a diferencia de la responsabilidad contractual, cuya eventual solidaridad procede de la obligación misma<sup>2028</sup>.

---

*prescripción de acciones en las obligaciones solidarias, aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores»”.*

Sin embargo, en la segunda de las sentencias citadas, aunque se ejercita la acción del art. 1.591 CC, también se hacía lo propio con la acción de responsabilidad extracontractual frente a un ayuntamiento que, como adquirente de parte del edificio, realizó obras de acondicionamiento que fueron una de las causas de los daños producidos al edificio, y frente a la entidad encargada de la ejecución de dichas obras de acondicionamiento, siendo precisamente en este ámbito donde se discutía la prescripción de la acción por parte de la susodicha entidad, al respecto de lo que el TS señaló que era de aplicación el art. 1.974 CC, con lo que se interrumpía la prescripción por la reclamación que se había realizado al ayuntamiento.

<sup>2027</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 818, p. 124; siguiéndole, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 413-414. Parece también considerar que la reclamación frente al promotor no interrumpe frente al resto GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 351.

<sup>2028</sup> RJ 4722. Dispuso en su fundamento de derecho tercero, a los efectos de no considerar la prescripción de la responsabilidad de demandados diferentes a aquel que la había alegado con éxito: “...si bien alguno de los demandados propuso la

En cambio, otros autores defienden la interrupción de la prescripción frente a todos los deudores solidarios con fundamento en el art 1.974 CC<sup>2029</sup>, e incluso sin acudir a este precepto al margen del contenido de la sentencia que puede haber impuesto una condena solidaria o mancomunada<sup>2030</sup>.

---

*excepción de prescripción extintiva ello no vincula al juzgador en punto a su posible estimación en cuanto se refiera a distinto demandado, porque ciertamente cada uno de ellos se encuentra en distinta posición procesal respecto de la parte actora en orden a posibles relaciones sustantivas ó materiales con ella é incluso por la existencia ó no de actos de interrupción del lapso prescriptorio, que pueden operar respecto de unos y no de otros; de ahí, que la prescripción sólo juega individualmente respecto de cada uno de los demandados en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y por tanto no es aplicable el artículo 1.974-1º del Código Civil, aunque luego en la resolución judicial se acuerde el abono de la indemnización con carácter solidario, porque ello viene imperado por la doctrina jurisprudencial no por la preexistencia de una obligación con tal carácter que siempre ha de constreñirse a las derivadas de las constituidas contractualmente, sino por la necesidad de establecer en la responsabilidad extracontractual, un mecanismo equilibrador en favor del tercero víctima del daño acaecido en aras de la seguridad social y pública...Es decir, a diferencia de la responsabilidad contractual, cuya eventual solidaridad procede de la obligación misma cuando ésta nace con esa naturaleza ó característica, en la extracontractual, como quiera que la obligación que la genera esta individualizada, personalizada, es independiente de las demás que puedan derivarse para terceros por el acaecimiento dañoso, que hayan contribuido a su realización”.*

Sobre esta sentencia, ya veremos en epígrafe 4.2.2 a propósito del comentario de STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 3645) que no constituye un apoyo sólido de esta última para muchos autores.

<sup>2029</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 157, y BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 77.

<sup>2030</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 252-256, autora que, aunque ve acertada la interrupción frente a todos los agentes, no está a favor de la aplicación del art. 1.974 CC porque este precepto requiere que exista efectivamente una relación de solidaridad pasiva, lo que no ocurre hasta la sentencia que condena solidariamente, salvo en el caso del promotor cuya responsabilidad solidaria se establece desde el inicio de acuerdo con el art. 17.3 de la LOE. Igualmente la autora se apoya en la STS de 23 de junio de 1993 antes referida para distinguir unos supuestos de otros. Además, observa la sinrazón que provoca que cuando se interrumpe la prescripción frente al constructor y la sentencia condena solidariamente a éste y al arquitecto se considere interrumpida la prescripción, pero no cuando se condena a cada uno de ellos en una porción determinada por haberse podido individualizar la responsabilidad.

No obstante lo anterior, la autora es consciente de que no es fácil conseguir argumentos a favor de la solución que propone, como no sea el de defender que el perjudicado tiene un único derecho de crédito y acción frente a todos, que es lo que ocurre en el caso del art. 1.974 CC.

#### 4.2.2 La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003

La materia que nos ocupa ha sido objeto de la importante sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003 que señaló que el art. 1.974 CC sólo resulta predicable a las obligaciones solidarias en sentido propio, y cuya aplicación a nuestra materia ha sido discutida. Esta sentencia fue dictada en un caso de responsabilidad extracontractual, concretamente por un accidente laboral<sup>2031</sup>.

Dado que su deliberación originó discrepancias entre los miembros de la Sala, este fallo recayó previa consulta a la junta general de los

---

<sup>2031</sup> RJ 3645. Se había ejercitado en un procedimiento previo una acción de reclamación de indemnización (art. 1.902 CC) por un trabajador de una obra en construcción que había sufrido un accidente laboral en diciembre de 1991, ello en contra de los titulares de la empresa, la entidad promotora de la obra y el arquitecto superior. En dicho procedimiento recayó sentencia firme, de 13 de septiembre de 1994 de la audiencia provincial por la que se condenó a los dos primeros y se absolvió al arquitecto. Posteriormente, dado que no había percibido dicha cantidad por insolvencia de los condenados, en septiembre de 1995 se promovió acto de conciliación contra el arquitecto técnico (anteriormente no demandado) que se declaró intentado sin efecto con fecha 11 de octubre de 1995; en diciembre de 1995 se promovieron diligencias preliminares contra una compañía aseguradora, y en febrero de 1996 se dirigió notarialmente frente a otra (ninguna de estas compañías anteriormente habían sido demandadas). A continuación se formuló la demanda rectora del proceso que daría lugar a la sentencia comentada, en reclamación de la misma cantidad que había fijado la anterior sentencia frente al arquitecto técnico y a las dos entidades aseguradoras. Recayó sentencia en primera instancia, confirmada por la audiencia provincial, que desestimó la demanda por apreciar prescripción, ya que entendieron ambas sentencias, como señala el TS *“que la obligación, derivada del acto ilícito de reparar o indemnizar el daño es solidaria, solidaridad de creación jurisprudencial que no nace de un vínculo preexistente, sino del acto ilícito productor del daño, en virtud de la sentencia que así lo declara; por lo cual los actos interruptivos -mantienen ambas sentencias- operan individualmente respecto a las personas frente a quienes se han ejercitado y no respecto a las demás, no siendo de aplicación el artículo 1.974-1 del Código civil”*.

Frente a lo anterior se interpone recurso de casación por el trabajador, pretendiendo que el procedimiento inicial y su ejecución también interrumpiera la prescripción frente a los demandados en el procedimiento posterior. Este recurso es articulado en dos motivos casacionales que, como destaca el TS (fundamento de derecho tercero) tienen un designio común y un soporte jurídico compartido, las infracciones de los artículos 1.902, 1.968-2, 1.973 y 1.974 del Código civil, *“pues mediante ellos se pretende que se considere como otros deudores solidarios, a quienes no fueron parte en la contienda en razón de una supuesta solidaridad, obviamente no declarada, en lo que a los nuevos demandados se refiere por la sentencia firme recaída”*.



Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo<sup>2032</sup>, que adoptó el acuerdo no unánime que transcribimos, como hace su fundamento de derecho primero: *"el párrafo primero del artículo 1.974 del Código civil únicamente contempla efecto interruptor en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente"*<sup>2033</sup>.

Para sentar esta doctrina el Tribunal Supremo se apoya en su fundamento quinto en dos sentencias: la de 21 de octubre de 2002 en la que no concedió efectos interruptivos de la prescripción de acción contra un ayuntamiento por una demanda de conciliación dirigida exclusivamente contra otros<sup>2034</sup>; y en la referida de 23 de junio de 1993 que, aunque condenó con carácter solidario, señaló que la prescripción en el ámbito de la responsabilidad extracontractual sólo juega individualmente respecto de cada uno de los demandados, y por tanto no es aplicable el art. 1.974 1º CC<sup>2035</sup>. Además, la sentencia no considera que haya operado cambio jurisprudencial porque, aunque otras sentencias aparentemente apunten la solución contraria, en ninguna de ellas se dan las circunstancias de la presente<sup>2036</sup>.

---

<sup>2032</sup> Celebrada el 27 de marzo de 2003.

<sup>2033</sup> Además, destaca la sentencia que mucho menos le es aplicable a este tipo de solidaridad el art. 1.974 CC cuando la solidaridad fue declarada para unos sujetos distintos de los que posteriormente se demandaron por el actor, a los que no se les puede extender la declaración de solidaridad del primer procedimiento (cfr. fundamento derecho cuarto).

<sup>2034</sup> RJ 8770.

<sup>2035</sup> RJ 4722.

<sup>2036</sup> Cfr. fundamento de derecho quinto, donde se dice: *"Es verdad que otras sentencias de esta Sala, aparentemente dan cobijo a la tesis contraria, razón que obligó a dirimir los diferentes criterios ante el pleno consultivo de la Sala Primera. Sin embargo, las dichas sentencias, analizadas en sus circunstancias fácticas, en la mayoría de los supuestos o expresan razonamientos genéricos o se refieren a problemas distintos, sin que, desde luego, conste de los casos examinados, que a ninguna persona no demandada por haber concurrido, supuestamente con su conducta, a la producción de una responsabilidad "in solidum", resuelto al tema, en el primer pleito, por sentencia firme, se la pueda, transcurrido el plazo de prescripción,*

En cuanto al alcance general de la sentencia, aunque de ella se derivaría que su doctrina se limita a los casos de interrupción mediante reclamación judicial, el acuerdo no distingue entre los medios de interrupción, y en buena lógica debería afectar a cualquier acto de interrupción<sup>2037</sup>.

Esta sentencia fue objeto de un voto particular formulado por el Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz, que se fundamenta sintéticamente en que: 1º) El art. 1.974 no distingue si la solidaridad es propia e impropia; 2º) se da un giro a la doctrina jurisprudencial, que, con un criterio progresista que viene de años ha, mantiene el principio *pro damnato*, en beneficio del perjudicado por acto dañoso, la parte más débil de una relación, y 3º) implica un cambio injustificado de la doctrina jurisprudencial que siempre había mantenido una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, como contrario a la justicia intrínseca<sup>2038</sup>. Concluye el voto particular en su apartado tercero que debe mantenerse la doctrina jurisprudencial que declara que la interrupción de la prescripción frente a un deudor solidario alcanza a los demás, porque además de que la prescripción siempre ha sido objeto de una interpretación restrictiva, la

---

*demandar en un segundo pleito, arguyendo la interrupción de la prescripción, por el ejercicio judicial de la acción contra los primitivos demandados”.*

<sup>2037</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.279, y o.c. nota 1947, p. 84. En análogo sentido puede verse GÓMEZ CALLE, E., *Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 984.

<sup>2038</sup> Cfr. apartado primero en el que expone: “*La razón del voto particular es, en primer lugar, por entender que la resolución adoptada hace decir al Código civil lo que éste no dice. El artículo 1974, en su primer párrafo, dispone: La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores. No distingue si la solidaridad es propia e impropia; cuya distinción no ha sido reconocida por la doctrina civilista (pese a lo que se dice en el fundamento cuarto, in initio) en la que algún autor, en estudio monográfico, hace una simple mención, que no aplica a la interrupción de la prescripción; distinción que tampoco ha sido recogida jurisprudencialmente, como luego se detallará. La razón de este voto particular es, en segundo lugar, por entender que se da un giro a la doctrina jurisprudencial, que, con un criterio progresista que viene de años ha, mantiene el principio pro damnato, en beneficio del perjudicado por acto dañoso, la parte más débil de una relación. Asimismo, en tercer lugar, implica un cambio injustificado de la doctrina jurisprudencial que siempre había mantenido una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, como contrario a la justicia intrínseca*”.

figura de la solidaridad impropia, además de un tanto artificiosa, no impide la aplicación del art. 1.974 CC puesto que la obligación es solidaria desde que surge con la producción del daño, con lo que la sentencia se limita a declararla<sup>2039</sup>.

Esta sentencia ha recibido abundantes críticas por autores cuyos argumentos coinciden en lo esencial con los del voto particular, puesto que para ellos si se afirma la solidaridad entre los corresponsables ha de aplicarse el régimen de las obligaciones solidarias, incluido el art. 1.974 CC<sup>2040</sup>; la sentencia estudiada comporta un verdadero cambio

---

<sup>2039</sup> Ello con fundamento en que: 1º) *“Es la doctrina jurisprudencial que se mantiene reiteradamente de antiguo y que es concorde con el texto del artículo 1974, primer párrafo, del Código civil”*. 2º) *“No va contra ello la teoría de la solidaridad impropia, puramente dogmática (con malos efectos prácticos), un tanto artificiosa (propugnada por cierta doctrina, más procesal que civil) y que tampoco implica la inaplicación del artículo 1974. La obligación es solidaria desde que existe (se produce el daño) y la sentencia lo declara (no constituye) así; no se produce la solidaridad por la sentencia, sino que ésta, venga del contrato, de la ley o de la doctrina jurisprudencial, es solidaria desde que nace la obligación y ésta (de reparar el daño) ha nacido cuando el daño se ha producido. Si en este momento se producen actos interruptivos de la prescripción, alcanza a todos los coautores del daño, deudores solidarios, aplicando el artículo 1974. Nada impide su aplicación”*. 3º). *“La doctrina jurisprudencial siempre ha considerado con criterio restrictivo la aplicación de la prescripción, por ser una figura intrínsecamente injusta, que se mantiene en aras de la seguridad jurídica. Por otro lado, la jurisprudencia siempre ha sido proclive a la protección de la víctima, es decir, de la parte más débil de la relación”*.

Continúa señalando: *“Si no se mantiene, en esta cuestión, la doctrina que siempre ha mantenido esta Sala, se rompe con el primer criterio: se extiende la prescripción a numerosos casos de prescripción anual de la responsabilidad extracontractual, porque no se ha previsto ir interrumpiéndola uno a uno, a todos los posibles coautores del daño; y se rompe con el segundo criterio: muchas víctimas, como la del caso presente, van a ver prescrita su reclamación, que nunca imaginaron, porque siempre el Tribunal Supremo había aplicado la interrupción del 1974 a todos los posibles causantes del daño, como deudores solidarios de la obligación a reparar”*.

<sup>2040</sup> ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 268 (nota 29 ter) y 277; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.280. Este autor (o.c. nota 1155, p. 1.272, y o.c. nota 1947, p. 79) señala que la regla del art. 1.974 CC funciona sea cual fuera la fuente de la obligación, y si no hay norma que establezca la solidaridad, que no se declare, pero si se hace, que lo sea con todas las consecuencias derivadas de los arts. 1.141, 1.444 y 1.974.1º (o.c. nota 1155, p. 1.280, y o.c. nota 1947, p. 85).

Añade (o.c. nota 1155, p. 1.284) que si uno de los presupuestos de la solidaridad impropia, y que la distingue de la propia, es la imposibilidad de fijar cuotas de participación, no ve ningún obstáculo insalvable a la aplicación analógica de la presunción de igualdad de partes contenida en el art. 1.138 CC.

doctrinal<sup>2041</sup>; y la solidaridad nace del hecho dañoso, y no de la sentencia<sup>2042</sup>.

De entre los argumentos del voto particular, el central es el del momento del nacimiento de la solidaridad, de ahí la especial atención que se le ha prestado por estos autores. Se destaca que lo que hace la jurisprudencia es simplemente acoger el espíritu de la ley<sup>2043</sup>, o que la única creación jurisprudencial ha sido la de generalizar la solidaridad para los daños extracontractuales que sí está establecida en buena parte de las leyes especiales, que, total o parcialmente, regulan fenómenos de responsabilidad civil, entre las que se cita la LOE, así como que resulta mucho más lógico aplicar analógicamente esta solidaridad a casos que guarden una identidad de razón<sup>2044</sup>.

---

<sup>2041</sup> ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 266; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.278. En análogo sentido, GÓMEZ MARTÍNEZ, C., *Algunos aspectos procesales en la aplicación del régimen de responsabilidad del artículo 1.591 del Código civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, ed. CGPJ, Madrid, 2008, p. 107, aunque destaca que tal jurisprudencia no era unánime. DOMÍNGUEZ LUELMO, o.c. nota 627, p. 2.141, habla de giro radical.

<sup>2042</sup> ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 283; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.280, y o.c. nota 1947, pp. 85-86. Reglero Campos sostiene que la sentencia constituye una *conditio iuris* de la exigencia de la pretensión indemnizatoria, no su fuente, refiriéndose al voto particular del Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz.

También coincidiendo con el voto particular, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 268 (nota 29 ter) y 285, aprecia que es dudosa la existencia de esta categoría de las obligaciones *in solidum* al margen de las obligaciones solidarias, y que el principio *pro damnato* debe operar en esta materia.

<sup>2043</sup> ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 281. Sostiene que aunque la solidaridad en casos de ilícito civil sea creación jurisprudencial no puede hacer otra cosa que declarar que “*el espíritu de la ley es acoger la solidaridad...*”, por lo que se trata de una “*solidaridad legal declarada por la jurisprudencia, que ha de tener los efectos de la solidaridad legal...*”.

<sup>2044</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.269-1.270, y 1.281-1.282; y o.c. nota 1947, pp. 86-87. No obstante, reconoce que es discutible la extensión de un acto interruptor a un obligado que no ha tenido conocimiento de él, pero señala que lo anterior también puede darse en el caso de solidaridad propia, por lo que el criterio decisivo para negar la aplicación del art. 1.974 está en el desconocimiento del deudor de su posición jurídica, lo cual igualmente puede darse también en supuestos de solidaridad propia.

Sin embargo, también otros autores se han mostrado a favor de la sentencia, con fundamento en que la certidumbre de la solidaridad se produce con la sentencia y los codeudores no suelen tener relación<sup>2045</sup>; o en que, aunque la prescripción no es un instituto fundado en la justicia intrínseca, se establece en aras de la seguridad, y en caso de que sean diferentes las obligaciones respecto de terceros, también deben serlo las consecuencias de su incumplimiento<sup>2046</sup>.

Especial atención también debe ponerse en el giro o cambio jurisprudencial que le reprocha el voto particular a la sentencia, puesto que no la apoyan las sentencias alegadas por ella y ya referidas de 23 de junio de 1993 y 21 de octubre de 2002, al tratarse de *obiter dicta*. Este cambio debe reconocerse, y en este sentido tal crítica ha sido secundada por lo que se refiere a la primera de las sentencias<sup>2047</sup>, y aunque con matices, también en cuanto a la segunda<sup>2048</sup>.

---

<sup>2045</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 152. Pone DÍEZ-PICAZO el énfasis en que “la solidaridad no es conocida en el momento de llevarse a cabo los actos interruptivos, pues sólo resulta finalmente con certidumbre y nitidez tras la sentencia”, y “en la mayor parte de las ocasiones no hay una auténtica relación de ningún tipo entre los deudores solidarios, que sólo resultan serlo por su coincidencia en el espacio temporal en algún momento”. Esta autor reconoce que sentencia ha conllevado el cambio jurisprudencial sobre el que entraremos a continuación puesto que tras mostrarse a favor de la sentencia por lo dicho, señala que “todo ello aconsejaba revisar el problema”.

En esta misma línea podemos citar a GÓMEZ CALLE, o.c. nota 2037, p. 982 (nota 116) para quien la diferencia sí está justificada, porque la solidaridad no nace hasta la sentencia.

<sup>2046</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 36.

<sup>2047</sup> Para el voto particular y destacados autores la negativa de la interrupción de la prescripción que realiza la sentencia de 1993 es un *obiter dicta*, porque en ella se acuerda el abono de la indemnización con carácter solidario, al señalarse que ello “viene imperado por la doctrina jurisprudencial, no por la preexistencia de una obligación con tal carácter que siempre ha de constreñirse a las derivadas de las constituidas contractualmente, sino por la necesidad de establecer en la responsabilidad extracontractual, un mecanismo equilibrador en favor del tercero víctima del daño acaecido en aras de la seguridad social y pública”. En tal sentido, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 270-271. También sobre esta sentencia destaca REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.272-1.273, y o.c. nota 1947, pp. 79-80, que lo que hace es negar la extensión de la alegación de la prescripción formulada por uno de los codemandados frente al resto que no la habían alegado, y posteriormente *obiter dicta* señala lo extractado, negando la aplicación del art. 1.974. En el mismo sentido, GÓMEZ CALLE, o.c. nota 2037, p. 980 (nota 114).

Además, como destaca el voto particular y los autores que lo secundan, con anterioridad recayeron bastantes sentencias, particularmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, que estimaron la aplicación del art. 1.974 a supuestos de solidaridad impropia<sup>2049</sup>.

Con todo, a pesar de todas estas críticas la sentencia ha tenido continuidad en otras<sup>2050</sup>.

---

En sentido contrario, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 35, no critica que la sentencia analizada se apoye en las de 1993 y 2002 mencionadas, en cuanto que se limita a decir que ellas se habían pronunciado en parecido sentido.

<sup>2048</sup> Esta sentencia versaba sobre una acción entablada por el perjudicado de un accidente de circulación que había interpuesto la demanda de conciliación con anterioridad frente a todos los sujetos posteriormente demandados salvo frente al Ayuntamiento. En ella el TS declaró no interrumpida la prescripción porque la solidaridad nace con la sentencia, y no con anterioridad. Sin embargo, igualmente que estamos un *obiter dicta*, porque esta afirmación no tuvo efectos al mantenerse la desestimación de la prescripción alegada por uno de los demandados por razones del ejercicio de la acción dentro de plazo. En tal sentido, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 271 y ss., y GÓMEZ CALLE, o.c. nota 2037, p. 980 (nota 114). Sin embargo, REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.275-1.276, y o.c. nota 1947, p. 82, aunque reconoce lo anterior, considera que la sentencia *“ha sido decisiva en el cambio de rumbo jurisprudencial sobre esta materia”*.

<sup>2049</sup> Cfr. SSTs de 3 de diciembre de 1998 (RJ 9703), 21 de julio de 2000 (RJ 5500), 29 de junio de 1990 (RJ 4945), 12 de noviembre de 1986 (RJ 6386), 19 de abril de 1985 (RJ 1805) y de 17 de diciembre de 1979 (RJ 4363). Bastantes autores reprochan duramente que el TS no reconozca que se produce un cambio respecto de la doctrina anterior. Así, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 270 y 273, quien señala: *“...que las sentencias adversas que son muchas más que las otras, y que tan prudentemente calla la comentada, lo que se dice en criterio contrario al de ésta, constituye en muchas verdadera jurisprudencia”*; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.278, expresa *“...no son fáciles de entender los esfuerzos del Tribunal Supremo por autoconvencerse de que una nueva orientación jurisprudencial no contradice la que ha sido doctrina constante y uniforme de la Sala 1ª durante muchos años”* y el mismo autor, o.c. nota 1947, pp. 83-84, señala expresivamente *“no alcanzo a comprender los esfuerzos del Tribunal Supremo por autoconvencerse de que la nueva orientación jurisprudencial no contradice lo que ha sido doctrina constante y uniforme de la Sala 1ª”*.

<sup>2050</sup> Además de las que citaremos en epígrafe 4.2.4, la STS de 4 de junio de 2007 (RJ 3612) de la que precisamente fue ponente O’Callaghan Muñoz, y que ha reiterado la doctrina en un caso de agresión de un alumno a otro en las instalaciones de una escuela, en la que la interrupción por reclamaciones extrajudiciales se consideró operante únicamente frente a sus destinatarios, el centro y su director, pero no frente al agresor, porque la solidaridad nace con la sentencia.

#### **4.2.3 Estudio de la posibilidad de aplicación a nuestra materia de la sentencia de 14 de marzo de 2003**

Expuestos los argumentos de la sentencia analizada y los que sustentan su crítica, debemos juzgar si resulta de aplicación a los supuestos de responsabilidad solidaria previstos en la LOE.

Esta cuestión ha sido resuelta recientemente en sentido positivo por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015 con fundamento en que la LOE sólo ha incorporado los supuestos jurisprudenciales de solidaridad por falta de individualización que, aunque pueden calificarse de responsabilidad solidaria no impropia por establecerlos la ley, no constituyen obligaciones solidarias en los términos del art. 1.137 CC al no existir la responsabilidad solidaria desde el principio del procedimiento. Por ello, la sentencia concluye que en estos supuestos la interrupción no tendrá efectos colectivos al no resultar de aplicación el art. 1.974 CC. En cambio, sí estima aplicable tal precepto a los casos en que la LOE establece una obligación solidaria inicial, como la del promotor (art. 17.3) que conlleva que la reclamación dirigida frente al resto de agentes interrumpirá la prescripción frente a él, pero no a la inversa; y en los casos de actuación conjunta de varios proyectistas o directores de obra de los apartados 5 y 7 del art. 17, cuya solidaridad también existe en todo caso<sup>2051</sup>.

El planteamiento de esta sentencia coincide con el de los autores que negaban la interrupción colectiva de la prescripción salvo en tales supuestos de solidaridad inicial del promotor y actuaciones conjuntas que

---

<sup>2051</sup> RJ 57666. Se trataba de una demanda interpuesta por una comunidad de propietarios frente a la promotora y el arquitecto técnico. La sentencia de primera estimó que las reclamaciones dirigidas a la primera interrumpían la prescripción también frente al arquitecto técnico. Dicha sentencia fue recurrida por éste y la Audiencia Provincial estimó el recurso al considerar que la acción se encontraba prescrita frente a él porque la interrupción de la prescripción se había entendido únicamente con el promotor y la solidaridad de aquél nace con la sentencia. La referida comunidad presenta recurso de casación que es desestimado.

se establecen sin atender a la falta de individualización de la responsabilidad<sup>2052</sup>.

No podemos dejar de advertir que la operativa práctica de los adquirentes no es la de dirigirse extrajudicialmente frente al resto de agentes diferentes al promotor, sino frente a éste, por lo que tendrá escasa aplicación práctica la salvedad a que se refiere esta sentencia consistente en que la reclamación frente al resto de agentes interrumpe también la prescripción frente al promotor<sup>2053</sup>.

Por otro lado, vemos loable extender esta solidaridad a la actuación conjunta de otros agentes, en el supuesto por ejemplo de actuación conjunta de varios constructores o promotores y, consecuentemente, estimar interrumpida la prescripción frente al resto de los que actúan conjuntamente, porque en tal caso no cabrá aducir que la solidaridad era eventual<sup>2054</sup>.

Además, defendemos que la sentencia de 14 de marzo de 2003 no debería haber sido aplicada a los supuestos de solidaridad previstos en el art. 17.3 de la LOE por falta de individualización del responsable o de la cuota de responsabilidad de cada uno de los responsables. En esta línea

---

<sup>2052</sup> Véase p. 599. Estos autores señalaban que la responsabilidad solidaria del promotor es una solidaridad en sentido propio al surgir expresamente de la ley (desde el inicio de acuerdo con el art. 17.3 de la LOE) mientras que la del resto de agentes nace de la sentencia por no poderse individualizar las responsabilidades, por lo que ésta es una solidaridad impropia a la que no resulta de aplicación el art. 1974.1º CC. Dentro de este sector, el ponente de esta sentencia de 16 de enero de 2015, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, pp. 34-35, y junto con SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 211-212, señaló que su tesis la había venido a confirmar la sentencia de 14 de marzo de 2003 al señalar que el art. 1.974 CC sólo contempla la efecto interruptor en el supuesto de obligaciones solidarias en sentido propio.

A favor de la interrupción colectiva de la prescripción en los supuestos de actuaciones conjuntas previstos en la LOE, se pronunció GÓMEZ MARTÍNEZ, o.c. nota 2041, p. 108.

<sup>2053</sup> En línea con ello, GÓMEZ MARTÍNEZ, o.c. nota 2041, pp. 107-108, sostuvo que la interrupción que se haga frente al promotor también afecte al resto, con lo que esta interrupción dejará de ser unidireccional.

<sup>2054</sup> Sobre la opinión general acerca de la aplicación analógica de la regla de la solidaridad a otros supuestos de actuación conjunta diferentes a los previstos en la LOE, véase epígrafe 3.2.1 de capítulo VIII.



algunos autores cuestionaron la vocación de la sentencia de aplicarse a nuestra materia que debe entenderse limitada a la responsabilidad extracontractual<sup>2055</sup>; que reconocieron implícitamente que en los supuestos de solidaridad de la LOE rige el art. 1.974 CC<sup>2056</sup>, o que sostuvieron que estamos ante una solidaridad propia<sup>2057</sup>.

Sin embargo, la sentencia de 16 de enero de 2015 enlaza la de 14 de marzo de 2003 con el art. 1.591 CC como si se hubiera dictado en aplicación de tal precepto, cuando versaba sobre responsabilidad extracontractual<sup>2058</sup>.

Observamos en estos supuestos del art. 17.3 de la LOE diferencias con la solidaridad impropia típica del ámbito extracontractual. En primer lugar, la solidaridad está prevista expresamente en la norma, el art. 17.3 de la LOE, como llega a reconocer la sentencia de 16 de enero de 2015, que señala que puede calificarse como una responsabilidad solidaria no impropia.

Sin embargo, la sentencia descarta que constituya una obligación solidaria en los términos del art. 1.137 CC porque la obligación expresamente no lo determina constituyéndose como tal. En este punto sostenemos que además de acudir al daño como hecho que causa la solidaridad, como hacen el voto particular de la sentencia de 14 de marzo

---

<sup>2055</sup> ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 277-280, quien observa “*que el T.S., no pretende negar que por reclamación a uno de los deudores solidarios la prescripción de la acción para reclamar se interrumpa también frente a los demás*”, en los casos de responsabilidad por hecho ajeno, en el del art. 1.591, o en el actual art. 17.3 de la LOE.

<sup>2056</sup> Véase p. 604 (nota 2044). Nos basamos en que REGLERO CAMPOS considera que la solidaridad prevista en las leyes especiales debe aplicarse analógicamente a supuestos que guarden analogía con los regulados por las mismas, con lo que al margen de la crítica que realizó este autor a la sentencia, está reconociendo implícitamente que en los supuestos de estas leyes especiales, dentro de los cuales incluyen expresamente la LOE, rige el art. 1.974 CC.

<sup>2057</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 96, para los cuales la sentencia analizada conllevará que en el caso del art. 1.591 CC no se interrumpa sino frente al destinatario del acto, mientras que en el caso de la LOE al ser propia la solidaridad se aplicará el art. 1.974 CC.

<sup>2058</sup> Señala la sentencia: “*En la interpretación del art. 1591 del Código civil, la sentencia de Pleno de 14 de marzo de 2003...*”.

de 2003 y los autores que lo secundan, en nuestro caso previamente a ese daño hay algo más, hay una relación entre los sujetos responsables que para nada es casual. Así, en aplicación del art. 1.591 CC se aludía en algunas sentencias a la existencia de una relación jerárquica de orden superior o una comunidad de intereses<sup>2059</sup>. Con esta relación superior, o previo vínculo entre los agentes de la edificación, conseguimos superar el argumento de la sentencia de este año y de algunos autores que, como vimos en epígrafe anterior, justifican la sentencia de 14 de marzo de 2003 en las diferentes funciones que cada uno asume y argumentan que por ello deben ser diferentes las consecuencias de su incumplimiento.

Además, esta preexistencia de vínculo entre los responsables, aunque no se prevea expresamente como contractualmente solidario frente al adquirente, la apreciamos en cierto modo latente en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008 que consideró interrumpida la prescripción, con fundamento en la previa vinculación de los responsables del daño, y que parecía retomar la doctrina anterior a la sentencia de 2003<sup>2060</sup>.

---

<sup>2059</sup> Nos remitimos al epígrafe 3.1.3 de capítulo VIII, particularmente a las SSTS de 10 de noviembre de 1981 (RJ 4471), y de 24 de enero de 1989 (RJ 120). En este mismo sentido veremos que CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 309, señala que *“las faltas contractuales, aun teniendo fuentes diferentes, se penetran y complementan en cuanto a sus consecuencias en condiciones tales que forman un todo indivisible”*.

Además, hemos visto que algún autor esgrime en defensa de la sentencia de 2003 que en la mayoría de los casos no hay relación previa entre los deudores, sino una simple coincidencia de ellos. Nos referimos a Díez-Picazo (véase p. 605).

<sup>2060</sup> (RJ 6983). Se trataba de una demanda interpuesta por una compañía telefónica contra una constructora, después ampliada a una entidad subcontratada por la anterior, y mediante la que se pretendía por responsabilidad extracontractual la condena a pagar el importe de los daños causados a las instalaciones y conducciones telefónicas de la entidad actora con motivo de la realización de trabajos en el suelo con una retroexcavadora manejada por un operario de la subcontratista. La entidad constructora alegó prescripción con fundamento en que la primera reclamación se había realizado pasado el año, excepción que sería desestimada por el juzgado, que tuvo en cuenta que antes de transcurrir este plazo se habían librado comunicaciones a la subcontratista y a su aseguradora, y con tales comunicaciones quedó interrumpida la prescripción para todos los demandados, de acuerdo con el art. 1.974 CC. Se interpuso recurso de apelación por la constructora, que la audiencia desestimó por el acto interruptor respecto de la otra codemandada, sentencia que se recurriría en casación por aquélla alegando que el 1974.1º CC se refiere únicamente a la solidaridad contractual y nunca a la extracontractual. El TS, que tuvo en cuenta

Sentado lo anterior, debemos plantearnos qué medios de interrupción son aptos para producir efectos frente al resto de agentes con los que no se entiendan, puesto que más allá de las sentencias comentadas de 2003 y 2015 no existe acuerdo acerca de si el reconocimiento del derecho surte efecto frente al resto de los deudores solidarios<sup>2061</sup>. En nuestra materia, con razón se ha destacado por alguna autora que no es fácil atribuir estos efectos a los actos de reconocimiento, salvo que se tome en

---

que el daño era imputable tanto a la empresa subcontratista como al técnico que dirigía la obra de la contratista principal, desestimó el recurso de casación con fundamento en que la sentencia de 14 de marzo de 2003 *“considera la necesidad de descartar la inaplicación del artículo 1974 del Código Civil en supuestos de responsabilidad extracontractual en aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado”*.

Pero después de alegar esta salvedad, parece volver el TS a la doctrina tradicional al señalar sin matizaciones que en caso de solidaridad por hecho dañoso se aplica el art. 1.974 CC. Dice así la sentencia: *“Cuando a todos los demandados les alcanza la responsabilidad solidaria, la actividad interruptora de la prescripción producida con relación a uno sólo de los responsables solidarios alcanza a los demás con respecto a los que esa actividad no se haya producido, como consecuencia de lo normado en el párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil. Todo lo expuesto determina, como ya se ha referido, la desestimación del motivo, en atención y en definitiva (al margen de definiciones doctrinarias), de la responsabilidad “in solidum”, toda vez que las sociedades codemandadas vinculadas por relación contractual han concurrido en una única causa, indiscernible por tanto su cuota de aportación al resultado, al hecho ilícito determinante de la responsabilidad que la demandante ha interesado y que las sentencias de instancia han estimado”*. Esta parte de la sentencia es tal vez la que lleva a YZQUIERDO TOLSADA, M., en *Código Civil comentado*, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, IV, ed. Civitas, Madrid, 2011, p. 1.681, a considerar que ha tomado partido por la tesis clásica. Análogamente, PEÑA LÓPEZ, o.c. nota 776, p. 2.466.

<sup>2061</sup> Con carácter general, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 153, señala que el reconocimiento con efectos frente a todos los deudores solidarios choca con el principio de que los actos de reconocimiento deben quedar limitados al autor o autores del mismo, y también ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, p. 286, basándose en el art. 1.937 CC que supone la limitación de la eficacia interruptora del reconocimiento frente a los deudores solidarios que no hayan reconocido el derecho, puesto que el mismo establece que *“Los acreedores, y cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario”*.

En cambio LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 36, admite la eficacia del reconocimiento frente al resto de deudores solidarios; como también MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 2017, p. 685, con fundamento en que es natural que ante el mismo el acreedor se abstenga de dirigir reclamación alguna frente al resto de deudores solidarios.

consideración que genera en el propietario la confianza de ser resarcido<sup>2062</sup>.

#### **4.2.4 La presunción de conocimiento del acto interruptivo como vía para aplicar el art. 1.974 CC a la acción de la LOE**

La sentencia de 14 de marzo de 2003 después de transcribir el contenido del acuerdo hace una interpretación de él y señala que no será de aplicación en aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado<sup>2063</sup>.

Aunque la sentencia nada dice, es lógico que la carga de la prueba de tal conocimiento corresponda al que lo alega<sup>2064</sup>, pero algunos acertadamente ponen la atención en la presunción de conocimiento que introduce la sentencia o incluso en que será la regla general<sup>2065</sup>. Así, se

---

<sup>2062</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 255-256. Vemos defendible que si un acto del promotor o de otro agente supone un reconocimiento de la responsabilidad tal que disuade al adquirente de realizar una reclamación, dicho acto debería surtir efecto interruptor frente al resto de los agentes, porque la situación no le exige el ejercicio de su derecho. Es más sería razonable, que la reparación de una misma patología en otra vivienda o local constituya reconocimiento, aunque choca con que no realiza con el titular del derecho, por lo que resulta discutible.

<sup>2063</sup> Señala al STS: *“Entendemos que este acuerdo, se considera sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado”*.

Como pone de relieve REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.284, y o.c. nota 1947, p. 89, se trata de un matiz que no se preveía en el acuerdo, el cual, como destaca GÓMEZ CALLE, o.c. nota 2037, p. 983, era excluyente en términos absolutos de la aplicación del art. 1.974.1º.

<sup>2064</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.284, y o.c. nota 1947, p. 89. En parecido sentido GÓMEZ CALLE, o.c. nota 2037, p. 985.

<sup>2065</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, pp. 35-36, para quien la declaración que hace la sentencia *“deja abierto una especie de portillo a soluciones distintas basadas en la especial relación de conocimiento existente entre los técnicos y su aseguradora respecto de actuaciones anteriores contra otros agentes”*. Sostiene que será la regla general, REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.284-1.285, y o.c. nota 1947, p. 89, al señalar: *“de modo que no debería sorprender que, a no mucho tardar, estemos*

ha aplicado esta presunción de conocimiento, sin perjuicio de otras sentencias que no trataban sobre la edificación<sup>2066</sup>, en la sentencia de 5 de junio de 2003 que consideró la extensión de los efectos interruptores de la prescripción a todos los deudores solidarios, en este caso agentes de la edificación colindante a la del accionante, al presumirse que los técnicos habían conocido los actos interruptores realizados por los actores frente a uno de aquéllos<sup>2067</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que en los casos de responsabilidad de los agentes de la edificación debería aplicarse esta presunción de conocimiento del acto interruptor de la prescripción<sup>2068</sup>, ello al margen de

---

*hablando de otra presunción de creación jurisprudencial que contradice una norma jurídica creada también por la propia jurisprudencia".*

<sup>2066</sup> Cfr. STS de 9 de octubre de 2007 (RJ 6809) que consideró que los requerimientos dirigidos por la viuda de un marinero desaparecido frente al armador del buque también fueron conocidos por parte de su hijo, patrón de aquél.

<sup>2067</sup> RJ 4124. Se trataba de una demanda interpuesta en reclamación de indemnización de los daños causados en la vivienda de los actores por el derribo del edificio colindante, dirigida aquélla contra el propietario de este último, la empresa que ejecutó el derribo y los dos arquitectos técnicos que lo dirigieron. En primera instancia se rechazan las excepciones planteadas, entre ellas la de prescripción de la acción, estimando íntegramente la demanda y condenando a todos los demandados solidariamente a indemnizar a los demandantes. Recurrida dicha sentencia en apelación por todos los demandados, incluida la empresa ejecutante del derribo que estaba previamente en rebeldía, se desestimaron los recursos. La sentencia de apelación sería impugnada únicamente por los dos técnicos demandados, que alegaron alegando en lo que aquí interesa, infracción de los arts. 1.974 y 1.973 CC por haberse extendido a los mismos el efecto interruptor de la prescripción en virtud de reclamaciones extrajudiciales no dirigidas a ellos sino al propietario del edificio demolido. Se desestimó el recurso, porque aun cuando el argumento de la sentencia impugnada sobre la extensión de los efectos interruptores de la prescripción a todos los deudores solidarios por reclamación contra cualquiera de ellos, sin ningún otro matiz, no se ajusta al criterio del acuerdo de la Junta General de los magistrados de la Sala que hemos visto, se considera que los técnicos conocieron los actos interruptores realizados por los propietarios.

No obstante, aquí el argumento decisivo, dado que los actos de interrupción precedían a la demanda en más de un año, fue la aplicación de la doctrina de los daños continuados, como bien destaca REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.279-1.280.

<sup>2068</sup> Con lo anterior, nos venimos a alinear en torno a REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, p. 1.284, y o.c. nota 1947, p. 89, para el cual la sentencia deja la puerta abierta a la presunción de conocimiento en los casos en los que existan razones de conexidad o dependencia, que aunque no se especifican por el evidente casuismo,

que seamos contrarios a que el art. 1.974 CC no se aplique a tales supuestos.

## 5. Régimen de alegación y prueba en materia de prescripción

A diferencia de los plazos de garantía que conllevan que la aparición de los daños en plazo debe ser probada por los actores, y puede apreciarse de oficio su transcurso<sup>2069</sup>, la prescripción no puede ser estimarse de oficio, dado que debe ser alegada por los demandados<sup>2070</sup>, los cuales deberán probarla<sup>2071</sup>. Lo anterior se debe a que se trata de una excepción<sup>2072</sup>, por lo que si no la alega se entiende tácitamente renunciada<sup>2073</sup>.

Para que prospere la prescripción de la acción estudiada, lógicamente los agentes de la edificación deberán demostrar (sin contar con los

---

*“parece que tales razones existen en el ámbito de la responsabilidad civil en la construcción, en la responsabilidad de los agentes que intervienen en ella”.*

<sup>2069</sup> En epígrafe 4 del capítulo VI.

<sup>2070</sup> Por todos, MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 222; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.624; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 394, 397 y 410; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 639. Además, esta alegación debe realizarse en los escritos rectores del proceso, como señalan SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 394; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 740, p. 59, y DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 108-109.

<sup>2071</sup> Cfr. SSTs de 21 de febrero (RJ 1906), 6 de octubre (RJ 7091) y 17 de diciembre de 1997 (RJ 8779).

<sup>2072</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 107-108. Como señala SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 740, p. 59, no se trata de una institución de orden e interés público procesal.

<sup>2073</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 412. Ampliamente estudia esta cuestión DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, pp. 94-96, quien destaca como fundamento además del art. 1.935 CC que conlleva que el favorecido por la prescripción pueda renunciar a ella expresa o tácitamente, la posibilidad de reconocer el derecho, revigorizándolo conforme al art. 1.973 CC. También señala que, aunque la imposibilidad de apreciación de oficio que constaba en el art. 1943 del Proyecto de 1851 no se recogió en el Código civil, ello fue debido, según entiende la doctrina a que dicha regla es evidente. Se basa el autor (o.c. nota 627, p. 107) en el tenor del art. 1.937 CC que indica que la prescripción se hace valer.

Como señalan las SSTs de 12 de mayo de 2003 (RJ 3898), y de 21 de febrero de 1997 (RJ 1906), la prescripción no se produce *ipso iure* al cumplirse el plazo. En análogo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 21-22.

supuestos de interrupción de la prescripción) que aquella nació más de dos años atrás<sup>2074</sup>, o lo que es lo mismo, que el defecto se manifestó con anterioridad a dicha fecha<sup>2075</sup>. Ahora bien, no se requiere una prueba absoluta acerca de la fecha concreta del *dies a quo*, de modo que bastará con demostrar que ocurrió en una época que excluye cualquier incertidumbre acerca del transcurso del plazo<sup>2076</sup>. Obviamente, será fácil probar la prescripción cuando la acción se haya ejercitado transcurrido el tiempo correspondiente a la suma del plazo de garantía y de prescripción, puesto que en este caso estará prescrita salvo que se pruebe la interrupción<sup>2077</sup> (lo cual corresponde al actor, como veremos) o estemos ante el supuesto de daños generalizados o ante defectos derivados de la reparación defectuosa<sup>2078</sup>, o ante daños continuados<sup>2079</sup>.

Además, los supuestos indeterminación o de dudas sobre el día inicial del plazo de prescripción han de resolverse a favor del titular del derecho de acuerdo con la interpretación restrictiva de la prescripción y el principio

---

<sup>2074</sup> Por todos, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 211, quienes señalan que el problema será determinar el día inicial del plazo.

<sup>2075</sup> En este punto resulta de interés lo apuntado por MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 250, acerca de que, dado que al actor le corresponde la prueba de la producción del daño dentro del plazo de garantía, el demandado deberá demostrar que se produjo en una fecha distinta a la señalada por aquél.

<sup>2076</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 395 y 412.

<sup>2077</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 250.

<sup>2078</sup> Véase sobre ellos epígrafe 5 de capítulo VI. En cuanto a los daños generalizados ya hemos visto que serán resarcibles aunque se manifiesten más allá de los plazos de prescripción. Los daños derivados de la defectuosa reparación abrirán un nuevo plazo de garantía. En cambio, en caso de falta de reparación hemos señalado que será necesario que la acción de los primeros defectos manifestados no se encuentre prescrita.

<sup>2079</sup> Estos daños constituirán una excepción a la coincidencia entre el nacimiento de la acción por manifestarse el vicio dentro del plazo de garantía, y el inicio del cómputo del plazo de prescripción a partir de dicho momento, porque conllevarán que la acción nacida con la manifestación inicial del vicio no prescriba aún. Véase sobre ellos epígrafe 3.

*pro actione*<sup>2080</sup>, que tendrá mayor operatividad en nuestra materia por los intereses en juego.

Algún autor ha advertido que la dificultad de probar la fecha inicial puede verse acentuada por la interpretación restrictiva de la que es objeto la prescripción, y para soslayarlo es partidario de que se tomen en consideración las circunstancias del caso ponderando la aplicación de la regla del *onus probandi*, bien dulcificando la exigencia de una prueba plena por parte de los agentes, o bien tomando en consideración las doctrinas sobre la dificultad, facilidad, y proximidad a la fuente de la prueba<sup>2081</sup>. Sin desconocer la dificultad para el agente de demostrar que el daño se produjo hace más de dos años, dado que no es quien ocupa el inmueble<sup>2082</sup>, disintimos de lo anterior porque de lo contrario el adquirente del edificio, dada su proximidad a la fuente de la prueba (el edificio) sería el que pechara con la carga de probar que el defecto no ha aparecido dos años antes de su reclamación, lo cual conllevaría imponer una prueba de

---

<sup>2080</sup> Cfr. STS de 10 de marzo de 1989 (RJ 2034) que con gran claridad: *“La aplicación no rigorista de la prescripción alcanza su más genuina expresión precisamente en el extremo relativo al termino inicial a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo correspondiente, de forma que la indeterminación de ese día inicial o las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben en principio resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino como atinadamente señala la sentencia recurrida, en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción precisamente con base en la supuesta extemporaneidad de la pretensión adversa, sobre la que afectivamente pesa la carga probatoria de los hechos impositivos o extintivos del derecho en litigio”*.

A favor de este planteamiento, e invocando el principio *pro actione*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 394-395; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 86, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.624.

<sup>2081</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 412-413, quien se refiere al art. 217.6 de la LEC como precepto en el que se incluyen estos criterios.

<sup>2082</sup> Por ello, entendemos que SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 21, consideren que para probar el día inicial del plazo resultarán fundamentales los informes periciales que se practiquen en el curso del procedimiento. No obstante, hay que señalar que estos informes se elaborarán a posteriori de la fecha de aparición que se le atribuya al defecto basándose fundamentalmente en el tiempo normal de manifestación de un defecto constructivo.



un hecho negativo, o al menos de un hecho acaecido respecto del que no se dispondrá de prueba plena<sup>2083</sup>.

Además, al adquirente ya se le exige para demostrar el nacimiento de la acción, la manifestación del defecto, esto es, precisamente el inicio del plazo de prescripción, con lo que el nacimiento de la acción coincidirá con el del plazo de prescripción. Por ello, entendemos que en la práctica se acreditará normalmente el inicio del plazo con la reclamación del adquirente dirigida al agente que vimos que conllevaba la prueba del nacimiento de la acción<sup>2084</sup>.

En caso defectos aparentes al tiempo de la recepción de la obra, se podría considerar como momento inicial del cómputo de la prescripción la misma recepción, pero ya hemos señalado que la recepción no liberará a los agentes frente a los adquirentes<sup>2085</sup>.

En donde realmente las cosas no son tan sencillas para los agentes de la edificación es en los supuestos de daños continuados dado que éstos demorarán el inicio del plazo de prescripción a la verificación total del daño producido<sup>2086</sup>, momento este de difícil prueba para aquéllos<sup>2087</sup>.

---

<sup>2083</sup> Dificilmente tendrá una prueba plena el adquirente de que su inmueble se encontraba sin defectos manifiestos en una fecha determinada, porque precisamente por ello no le era útil.

<sup>2084</sup> Véase epígrafe 4 de capítulo VI. Vemos, por tanto, que el juego de los dos plazos y su diferente régimen de prueba equilibran la solución de esta problemática.

<sup>2085</sup> Véase epígrafe 6.5.4 de capítulo VI.

<sup>2086</sup> Véase epígrafe 3.4.

<sup>2087</sup> Cfr. STS de 5 de junio de 2003 (RJ 4124) que hemos analizado en epígrafe 4.2. Esta sentencia desestimó la prescripción puesto que *"no constaba con exactitud la fecha final de producción de las grietas"*. REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1947, p. 90, al comentar esta sentencia señala que la jurisprudencia aplica las reglas generales de prueba en materia de prescripción, debiendo el demandado probar el comienzo del cómputo, lo cual es una *probatio diabólica* en no pocos casos.

Observamos aquí una diferencia con el supuesto general en el que coincide el nacimiento de la acción con el inicio del plazo de prescripción, porque la acción nacerá con la manifestación inicial del defecto pero no comenzará a prescribir hasta la verificación total del daño. Por tanto, al adquirente le bastará con demostrar la manifestación referida dentro del plazo de garantía y el carácter continuado de los daños, siendo los agentes los que deban probar que se ha producido la renombrada verificación total y su momento para computar la prescripción.

En cuanto a los efectos de la alegación y prueba de la prescripción en los supuestos de responsabilidad solidaria previstos en la LOE, coherentemente con la extensión de los efectos interruptores al resto de agentes que hemos sostenido, hacemos lo propio con la prescripción la cual aprovechará no sólo al que la alega de acuerdo con el art. 1.148 CC<sup>2088</sup>.

Por último, la interrupción de la prescripción ha de ser probada por la parte actora<sup>2089</sup>, y es acogida con flexibilidad por el Tribunal Supremo<sup>2090</sup>.

## VIII.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA DE LA ACCIÓN PREVISTA EN LA LOE, LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN Y LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN

### 1. La legitimación activa de la acción prevista en el art. 17 de la LOE

#### 1.1 Los propietarios y terceros adquirentes

El art. 17.1 de la LOE regula de manera expresa la legitimación activa de la acción que confiere por los defectos y vicios constructivos al otorgarla en su apartado primero a *“los propietarios y terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división”*.

Por tanto, la LOE establece la legitimación activa, a diferencia de lo que acontecía con el art. 1.591 CC, y además consagra la jurisprudencia que hemos visto desde antiguo reconocía legitimación al adquirente del

---

<sup>2088</sup> Cfr. STS de 23 de junio de 1993 (RJ 4722) a *sensu contrario*. Sostiene que la prescripción sólo aprovechará a quien la alega, salvo que exista entre los demandados vínculos de solidaridad, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 394.

<sup>2089</sup> Cfr. SSTs de 22 de febrero de 1991 (RJ 1588), 21 de mayo de 1992 (RJ 4274), 16 de noviembre de 1998 (RJ 8827) y 16 de enero de 2003 (RJ 6). Sobre esta jurisprudencia, por todos, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 397; ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 43 y 224-225; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 1155, pp. 1.250-1.265, y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 250.

<sup>2090</sup> Véase epígrafe 1.2, p. 543.

edificio lo que debe valorarse positivamente al despejarse las dudas<sup>2091</sup>, y ponerse fin al debate sobre la fundamentación de tal legitimación<sup>2092</sup>. De esta forma nuestro ordenamiento se sitúa junto con otros de nuestro entorno que con anterioridad habían reconocido legalmente la legitimación de los adquirentes<sup>2093</sup>.

Con esta legitimación de los propietarios del edificio se establece una vez más una responsabilidad de los fabricantes a favor del destinatario final del producto pese a que no exista entre ellos relación contractual<sup>2094</sup>,

---

<sup>2091</sup> Véase epígrafe 1.6 de capítulo I, sobre la legitimación activa de la acción de responsabilidad por ruina de acuerdo con la jurisprudencia. Sobre la plasmación legal de esta jurisprudencia en el art. 17 de la LOE, pueden verse, entre muchos, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.305; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 381; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 500; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 26; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.598; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 486; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 240; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 162; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 645; SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 126, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.164.

Sobre la valoración positiva de esta plasmación de la jurisprudencia, véase SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 328, para la cual *“se elimina cualquier duda al respecto”* de la legitimación de los terceros adquirentes; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 234; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 162, autora que contrapone a la LOE la incertidumbre que provocaba el silencio del art. 1.591 CC; SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 126, señalando que *“Ya no hace falta forzar la literalidad de la norma”*. También puede verse SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4.600-4.601.

<sup>2092</sup> Particularmente CADARSO PALAU, o.c. nota 71, pp. 5-6, alude a las *“diversas vías de fundamentación, más o menos correctas, más o menos forzadas o artificiosas”*; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 381, destaca que ya no hace falta entender *“que su legitimación se produce por subrogación en los derechos y acciones del comitente”*; en el mismo sentido la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p.431, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 100; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 165, destaca que desaparecen los problemas de la justificación de su legitimación mejorándose *“la situación de los destinatarios finales de la obra, al eliminarse toda duda sobre su legitimación para el ejercicio de las acciones de la LOE”*.

<sup>2093</sup> Cfr. art. 1.792 del CC francés que, en la redacción dada por la ley *Spinetta*, establece la responsabilidad frente al dueño de la obra y el adquirente de ella; art. 1.669 del CC italiano que reconoce la responsabilidad por ruina y defectos frente al dueño de la obra y a quienes traigan causa de él; art. 1.225.1 del CC portugués que también establece la responsabilidad frente al dueño de la obra o tercer adquirente. También el art. 1.600 del CC en la redacción dada por el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 *“por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”*, reconocía la legitimación del adquirente.

<sup>2094</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.164, quien se refiere a la LRP que también estableció una responsabilidad del fabricante del producto.

lo que se justifica en que el art. 17.1 de la LOE protege de los daños materiales producidos en el edificio<sup>2095</sup>.

Se ha criticado el art. 17.1 de la LOE desde un punto de vista técnico por la redundancia que supone conceder legitimación a los propietarios y además a los terceros adquirentes, puesto que éstos son también propietarios<sup>2096</sup>. No obstante, también se ha apuntado como razón de ello la intención del legislador de dejar clara la legitimación de los sucesivos adquirentes, además de la del dueño de la obra, independientemente de la existencia de vínculo contractual de aquéllos con los agentes de la edificación<sup>2097</sup>.

En cuanto a la determinación de la condición de adquirente, dado que se legitima a los propietarios, no sólo estará legitimado el primer adquirente sino también los sucesivos<sup>2098</sup>. Además, el adquirente lo será

---

<sup>2095</sup> Véase sobre estos daños epígrafe 2 de capítulo IV. Sobre esta justificación en los daños resarcibles, véanse SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 124; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 6; PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 80; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 818, p. 104; el mismo autor junto con SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 199; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 488. En este sentido, la STS de 18 de octubre de 2013 (RJ 7906) alude como justificación de esta excepción al principio de relatividad contractual a la finalidad tuitiva de la LOE.

<sup>2096</sup> PASTOR VITA, o.c. nota 198, pp. 80-81, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 162-163, y 165. Sobre esta cuestión señala DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 13, que *“se supone que al ser adquirentes serán propietarios también”*. Como destaca ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 236, dentro del término propietario, cabe además del promotor-vendedor y el autopromotor, el adquirente de cualquiera de los anteriores, a lo que añadimos nosotros, o de cualquiera que traiga causa de ellos.

Otros, aunque sin incidencia práctica, consideran que dentro del término propietario se encuentran los dos primeros casos, refiriéndose únicamente a los adquirentes al tratar la expresión “terceros adquirentes”. Nos referimos a GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 358-362, para el que *“se identifica el término “propietarios” del art. 17.1 con el concepto de promotor del art. 9.1 cuando éste construye la edificación para sí o para su posterior enajenación...”*. En idéntico sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 929. También puede verse BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 75.

<sup>2097</sup> PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 81; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 33; el autor junto con SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 198-199; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 163 y 165, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 644.

<sup>2098</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4.601, y ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 77, aunque estos autores condicionan lo anterior a que la adquisición se realice dentro del plazo de garantía, con lo que no coincidimos ya que puede producirse tras él, pero sin haber prescrito

el propietario no el mero comprador, y son aplicables la reglas generales sobre adquisición de la propiedad<sup>2099</sup>. Así, se destaca particularmente que estará legitimado el que sea propietario en el momento del ejercicio de la acción aunque también cabe la sucesión procesal del antiguo propietario por parte del nuevo<sup>2100</sup>.

Por otro lado, habrá de reconocerse la legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios, como acontecía con el art. 1.591 CC<sup>2101</sup>.

El hecho de que la LOE en su art. 17 no exija que vínculo contractual entre el accionante y los agentes no supone el reconocimiento de la legitimación de manera ilimitada<sup>2102</sup>, y debe negarse a los arrendatarios y

---

la acción porque como bien señala GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 360, no sólo estará legitimado el adquirente del edificio o de alguna parte del mismo dentro del plazo de garantía, sino también expirado el plazo de garantía pero no transcurrido el de prescripción. En idéntico sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 931, y RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 346.

<sup>2099</sup> PASTOR VITA, o.c. nota 198, pp. 81-82, quien sostiene que la mención a los terceros adquirentes no tiene *“por finalidad legitimar activamente para demandar la reparación de los daños a quien sólo ha celebrado un contrato de venta de piso o edificio sobre plano o en construcción, y aún no ha adquirido derecho real alguno sobre el inmueble en construcción, es decir a quienes son simplemente “compradores” del inmueble o parte del mismo, mientras no se cumple ese contrato”*. También ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 643-644, quien sigue al anterior y señala que no lo será el comprador salvo que se haya producido la entrega del inmueble o el otorgamiento de escritura pública, de acuerdo con los arts. 609 y 1.462 y ss. CC. También destaca que se aplicarán las reglas generales sobre adquisición de la propiedad CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, pp. 470-471.

<sup>2100</sup> Sobre la condición de propietario en el momento de ejercitarse la acción, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 162. Sobre la sucesión procesal, véase ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 644 (nota 1334) en referencia al art. 17 de la LEC. En esta línea, CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, pp. 470-471, al estudiar la legitimación del adquirente frente a la aseguradora sostiene que en caso de que el siniestro se produzca antes de la adquisición estará legitimado el posterior adquirente si no se ha ejercitado la acción por el anterior, y también en caso de que se haya ejercitado pero aún no se haya procedido a la reparación, lo que consideramos trasladable a la materia estudiada.

<sup>2101</sup> Véase pronunciamiento en nota 200. Sostienen expresamente esta legitimación para la acción de la LOE, GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, pp. 158-159; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 235, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 201.

<sup>2102</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 166.

a los titulares de derechos de usufructo, uso o habitación<sup>2103</sup>, porque la LOE cubre daños materiales producidos en el edificio que, por tanto, no pueden sufrir estos terceros no adquirentes<sup>2104</sup>. No obstante, algunos autores critican esta exclusión desde la perspectiva de que estos terceros que ocupan el edificio no son ajenos a los daños materiales que sufre aquél, y observan que aquélla es debida a una arbitraria acomodación del régimen de responsabilidad al régimen del seguro de daños materiales, llegando incluso a reconocerles legitimación<sup>2105</sup>.

---

<sup>2103</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 360; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 931; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 154; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 101; FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 463; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 82; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 235-236; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 78; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 166. También puede verse SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 124, y o.c. nota 39, p. 126; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 442; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 444; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 33; el autor junto con SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 199; CADARSO PALAU, o.c. nota 859, pp. 48-49; FEMENÍA LÓPEZ, P. J., *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios (De acuerdo con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 18; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 346; ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, p. 34.

Sobre el régimen aplicable a los daños que sufren los terceros véase epígrafe 1.3.1 de capítulo IX.

<sup>2104</sup> Por todos, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 33; el mismo autor junto SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 199, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 126.

<sup>2105</sup> Sobre esta crítica de la exclusión nos referimos a CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 6, y a MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 101. También secunda esta crítica por razón de los efectos que tendrán los daños sobre estos terceros ocupantes del edificio, PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 84.

Sostienen la legitimación de estos terceros, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 42, quien reconoce legitimación activa a los titulares de derechos de naturaleza personal o real con fundamento la STS de 14 de febrero de 1984 (RJ 657) se la otorgó al comodatario (no obstante la acción del comodatario no se fundamentó en el art. 1.591 CC, sino en los arts. 1.907 a 1.909 CC); en que la LOE en su Exposición de Motivos se marca como objetivos la calidad de las construcciones y la protección de los consumidores y usuarios, dentro de los cuales también se encuentran aquéllos, y en que el CC reconoce en sus arts. 501 y 502 al usufructuario el derecho a exigir del propietario reparaciones extraordinarias, derecho que según la autora debería incluir el «*de exigir al dueño que exija tales reparaciones a quien sea realmente responsable de ellas, y no debería de quedarse en situación de indefensión al usufructuario si el dueño de la cosa usufructuada hiciese caso omiso de sus obligaciones o no ejercitase sus derechos*». Este perjuicio que provoca el daño material del edificio a los titulares de un derecho real limitado de goce o disfrute también lleva a SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.598-4.599, a

A pesar de la aplicación general de lo anterior y de que el Tribunal Supremo ha negado la legitimación activa del titular de una servidumbre de paso<sup>2106</sup>, recientemente ha reconocido la legitimación activa a un arrendatario financiero de un solar que promovió la construcción de un edificio, sin exigir, por tanto, la condición de propietario del inmueble, tal y como hace la LOE<sup>2107</sup>.

## 1.2 El promotor

Por la redacción del art. 17.1 de la LOE, que sólo alude como legitimados a los propietarios y a los adquirentes del edificio o partes en que se divida, debe negarse la legitimación al promotor que ya no es propietario del edificio o de alguna parte determinada de él<sup>2108</sup>.

---

reconocerles legitimación para el caso de pasividad del nudo propietario o arrendador.

<sup>2106</sup> Cfr. STS de 18 de octubre de 2013 (RJ 7906). Se trataba de una acción ejercitada con fundamento en la LOE por parte de una comunidad titular de una servidumbre de paso a través de una rampa de garaje que presentaba una inclinación excesiva. Argumentó el Tribunal Supremo que la protección que dispensa la LOE se fundamenta en la condición de propietario del inmueble, de ahí que no pueda alcanzar a los titulares servidumbres.

<sup>2107</sup> Cfr. STS de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014/1021) que reconoció la legitimación activa al arrendatario financiero de un solar sobre el que promovió la construcción de un hotel, ello desde la base de que la LOE confiere la legitimación al dueño de la obra que normalmente coincidirá con el propietario del inmueble, pero que en otras puede corresponder a quien goza de facultades para promover la construcción y usar o explotarla, añadiendo a mayor abundamiento la vocación del arrendatario financiero de llegar a adquirir al propiedad del inmueble. Como se puede observar, en esta sentencia el TS parte de no exigir al actor ser propietario del inmueble, en contra del art. 17.1 de la LOE.

<sup>2108</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5, quien señala que el art. 17 de la LOE “no afecta a la responsabilidad en que pueda incurrir los agentes de la construcción frente a un comitente no propietario”; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 381; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 431; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 10; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 358; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 929 [sin embargo, estos dos autores (o.c. nota 201, p. 361 y o.c. nota 19, p. 932) señalan a la vez que es de plena aplicación la jurisprudencia recaída sobre la legitimación activa del promotor, y ya veremos que ésta otorga legitimación al promotor no propietario]; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 189; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 671; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 121; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 26; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 327-328; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 73; PASTOR VITA, o.c.

Como razón de lo anterior milita que la LOE sólo trata de proteger los intereses de los propietarios del edificio<sup>2109</sup>. Igualmente se ha sostenido que es innecesaria la legitimación del promotor no propietario puesto que el art. 17.1 de la LOE deja a salvo las responsabilidades contractuales en virtud de las que podrá dirigirse frente al resto de agentes de la edificación, y además en caso de ser demandado por los propietarios podrá llamar al procedimiento al resto de agentes que considere responsables, ello de acuerdo con la disposición adicional séptima de la LOE<sup>2110</sup>.

También los autores que niegan a la responsabilidad estudiada su carácter contractual han visto en ello la razón de lo anterior, porque el

---

nota 198, pp. 82 y 84; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, p. 1.778; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 33; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 163; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 645 y 649; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 346, y DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 186.

<sup>2109</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 381-382, para quien no es una responsabilidad contractual sino extracontractual establecida a favor de quien sufre el daño material causado por vicios o defectos constructivos, y que desaparece el interés contractual del comitente presente en el art. 1.591 CC que fundamentaba su legitimación, porque es una norma que tutela a los propietarios y no al comitente; en parecido sentido la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p.431; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 162-163, alude a que tal vez se deba a la Exposición de Motivos de la LOE en la que se configura como una norma de protección de los consumidores; y a que la LOE garantiza el resarcimiento de los daños no con un seguro de responsabilidad civil, sino con un seguro de daños que, como tal, resarce el perjuicio sufrido en el patrimonio del perjudicado, los que no sufre el promotor no propietario. También arguyen el argumento de la protección de los adquirentes, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 328; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 199, y DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 186

<sup>2110</sup> Se refiere a la subsistencia de las acciones contractuales, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 327-328; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 34; el mismo autor junto con SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 199; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 165, quien además alude a la disposición adicional referida, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 671. CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, pp. 38-39, señala que el único interés que tendrá por haber indemnizado no pueden tener otro fundamento que su acción de repetición frente al resto de agentes, y en parecido sentido, DÍAZ VALES, o.c. nota 192, pp. 1.628-1.629, se refiere tanto a la pervivencia de las acciones contractuales como a la acción de regreso como argumentos para negar la legitimación. Volveremos sobre estas acciones en epígrafe 1.4 de capítulo IX.

FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 259, va más allá porque precisamente por la razón de que el promotor dispone de acciones contractuales frente al resto de agentes de la edificación se plantea negarle la legitimación activa aunque sea aún propietario.



promotor no propietario ya no podrá esgrimir el interés en ver cumplido el contrato de obra<sup>2111</sup>. Al margen de que consideramos que la responsabilidad regulada en la LOE es contractual, al limitar la legitimación a los propietarios, la norma se aparta de la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1.591 CC que reconoce la legitimación al promotor no propietario por su interés en ver cumplido el contrato de obra y no ser demandado<sup>2112</sup>, y sobre la que, por otro lado, no ha tenido efecto la LOE<sup>2113</sup>.

---

<sup>2111</sup> Por ejemplo, PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 84, para el que más que el tenor literal del art. 17.1, lo que priva al promotor de legitimación es que ya no es una responsabilidad contractual; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 164-165, para quien con la LOE, a diferencia de lo que acontecía con el art. 1.591 CC, ya no se puede acudir al interés contractual del promotor en el correcto cumplimiento del contrato para defender su legitimación. Véase nota 2109, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO.

<sup>2112</sup> Véase epígrafe 1.6 de capítulo I sobre esta justificación de la legitimación del promotor no propietario. Sobre este cambio, véase nota 2117, CADARSO PALAU; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 199, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 671.

<sup>2113</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, pp. 39-40. Véase SSTs posteriores a la entrada en vigor de la LOE en notas 193 y 194

No obstante, existen algunos pronunciamientos en otro sentido como la STS de 11 de octubre de 2011 (RJ 1102) que negó la legitimación a una asociación porque se había transmitido la totalidad de las viviendas y no se habían reparado los defectos que se reclamaban a la constructora: *“Procede manifestar que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha reconocido la condición de promotoras a cooperativas de viviendas y asociaciones, y, con tal carácter, pueden esgrimir la acción decenal contra los agentes intervinientes en el proceso de la construcción, cuya facultad subsiste aunque hayan transmitido todo o parte de la propiedad del edificio a otros adquirentes (entre otras, SSTs de 21 de junio de 1989, 7 de julio de 1990, 8 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3942) y 21 de junio de 1999 (RJ 1999, 4390)), sin embargo no es menos cierto que, para ejercitar tal acción decenal, es preciso que la totalidad de las viviendas no hayan sido transmitidas a terceras personas, o si lo han sido, la cooperativa o asociación haya reparado los desperfectos, o bien, se hubiera comprometido a abonarlos, es decir, es necesario la existencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo. En el supuesto de este debate, no ocurre lo reseñado en el párrafo precedente, toda vez que las viviendas fueron transmitidas en su totalidad y ha habido cambios de titularidad, la asociación no había reparado ninguno de los vicios detectados, las pisos se entregaron el 8 de agosto de 2000 y desde dicho día quedaba extinguida la vinculación de la recurrente respecto a los verdaderos dueños, de manera que, ante la inexistencia de un interés legítimo que pudiera justificar el ejercicio de la acción decenal artículo 1591, procede la aceptación de la excepción de falta de legitimación activa en la actora”*.

Por esta razón, algunos autores consideran que no estará legitimada la cooperativa de viviendas que no sea propietaria por haber adjudicado los inmuebles a los cooperativistas<sup>2114</sup>, a las cuales el Tribunal Supremo les reconocía legitimación activa en aplicación del art. 1.591 CC a pesar de haber transmitido los inmuebles<sup>2115</sup>. Sin embargo, el Alto Tribunal ha otorgado recientemente legitimación activa a la cooperativa por la posición de defensa de los intereses de sus miembros que asume<sup>2116</sup>.

No obstante este panorama general, a otros les resulta criticable esta falta de legitimación del promotor no propietario porque sigue teniendo interés como contratante en tanto que puede verse obligado a responder frente a los adquirentes<sup>2117</sup>. Por este camino una minoría le reconoce la legitimación porque aprecia que ostenta interés en el correcto cumplimiento del contrato en tanto puede ser demandado, y ven que dicha legitimación se manifiesta en el art. 6 al regularse la recepción y al permitir el rechazo de la obra por el promotor<sup>2118</sup>. Disentimos de lo

---

De esta doctrina se hace eco la STS de 21 diciembre de 2011 (RJ 2012\1894) para desestimar la acción ejercitada por la promotora frente a dos subcontratistas, en este caso con base en el art. 1.902 CC, que para poner la atención en la necesidad de quebranto propio citó el primer párrafo extracto de aquella sentencia.

<sup>2114</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 164. También puede verse negando la legitimación a las cooperativas a ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 235-236.

En cambio, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 443, admite la de la cooperativa en línea con el reconocimiento de la legitimación activa del promotor no propietario que hace el autor (véase nota 2118).

<sup>2115</sup> Cfr. STS 17 de junio de 1990 (RJ 5890); 29 de enero de 1991 (RJ 345); 8 de mayo de 1995 (RJ 3942), y 7 de noviembre de 2005 (RJ 8068).

<sup>2116</sup> Cfr. STS de 28 de febrero de 2014 (RJ 1160) que desestimó el recurso de casación de la constructora que se fundamentaba, en lo que aquí interesa, en que la cooperativa había vendido la inmensa mayoría de los inmuebles que componían la edificación. Este argumento había sido esgrimido con anterioridad por CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, p. 38.

<sup>2117</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 49. Este autor reconoce que en estrictos términos no tendrá la legitimación derivada de la LOE, y que la misma se concede en atención a la consideración de propietario y es independiente de la contractual, pero le parece criticable que la situación varíe en función de si el promotor sigue siendo o no propietario de lo edificado, variación que no se daba con la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1.591 CC.

<sup>2118</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 443, autor que siendo consciente de que la LOE sólo se refiere a los propietarios, se basa en las SSTs que reconocieron la

anterior por la claridad del art. 17 de la LOE que se limita a los propietarios y adquirentes, y porque la LOE regula la recepción a los únicos efectos de anudar a ella el inicio de los plazos de garantía<sup>2119</sup>, y en el momento de dicha recepción el único propietario será precisamente el promotor puesto que aún no habrá terceros legitimados como adquirentes, además de que el rechazo de la obra conllevará el no nacimiento de los plazos de garantía<sup>2120</sup>.

Con todo, en caso de que el promotor haya enajenado parte del edificio conservando la propiedad de alguna parte determinada estará a la misma vez legitimado activamente y pasivamente frente al resto de propietarios, lo cual se verá acentuado por su condición de responsable solidario de acuerdo con el art. 17.3 de la LOE<sup>2121</sup>. No obstante, esta legitimación activa del promotor no debe impedir o dificultar las acciones que ejerciten los adquirentes<sup>2122</sup>.

---

tratada legitimación desde la base de que sigue teniendo interés en el correcto cumplimiento del contrato porque puede ser demandado. En el mismo sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 100. También reconoce el interés contractual del promotor no propietario, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4.599-4600, y ZUMAQUERO GIL, L., *La figura del promotor como agente interviniente en el proceso constructivo. Su legitimación activa y pasiva en los procesos de responsabilidad por vicios en la construcción*, en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dir. por A. Cañizares Laso, ed. Arazandi, Navarra, 2010, p. 432.

GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 152, no descarta toda posibilidad de reconocerla pero con las necesarias cautelas para evitar el fraude procesal, planteándose la posibilidad de que sea una vía útil para “evitar la impunidad derivada de la desaparición de sociedades responsables disueltas”, aunque advirtiendo seguidamente que es poco creíble que se produzca lo anterior.

<sup>2119</sup> Véase epígrafe 2.1 de capítulo VI.

<sup>2120</sup> Véase epígrafe 2.2.1.1 de capítulo VI. Utiliza este argumento para oponerse a CABANILLAS SÁNCHEZ, PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 84 (nota 34).

<sup>2121</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 650. Esta situación de legitimación doble será especialmente problemática en el caso de que el promotor, como copropietario del edificio, ejercite acción sobre elementos comunes (para lo que está legitimado al igual que todo copropietario, como veremos en epígrafe siguiente) porque de resto versará la acción sobre sus partes privativas y no sobre las del resto de los propietarios.

<sup>2122</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 652-655, autor que estudia los problemas que desde el punto de vista procesal genera esta doble legitimación y la posibilidad de varios procedimientos judiciales, unos iniciados por los adquirentes y otros por el promotor, y los efectos de unos sobre otros, cuestiones todas ellas sobre las que

### 1.3 La legitimación activa en edificios divididos horizontalmente

La LOE no contiene reglas particulares sobre la legitimación activa de las acciones relacionadas con edificios divididos horizontalmente, salvo la referencia en su art. 17.1 a la legitimación de los propietarios de las partes en que se divida el edificio, en clara alusión a aquellos edificios<sup>2123</sup>.

Por tanto, debe concluirse que no se ha afectado a la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1.591 CC sobre la legitimación activa para reclamar la reparación de los defectos constructivos de estos edificios divididos horizontalmente<sup>2124</sup>, la cual procedemos a examinar.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha admitido la legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para reclamar la reparación de defectos constructivos afectantes a los elementos comunes del edificio, e incluso para reclamar los existentes en elementos privativos.

La legitimación del presidente para reclamar la reparación de elementos comunes es acogida sin crítica alguna<sup>2125</sup> porque de acuerdo con el art. 13.3 de la LPH ostenta legalmente la representación de la comunidad en juicio y fuera de él<sup>2126</sup>. Así la reconoce el Tribunal Supremo reiteradamente<sup>2127</sup> aunque se exige acuerdo de la Junta que le faculte

---

no entraremos por su naturaleza procesal. También puede verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 165.

<sup>2123</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 166.

<sup>2124</sup> Por todos, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 382, En el mismo sentido la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 432; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 328; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 360-361; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 932; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 166. También sobre la plena vigencia de dicha jurisprudencia se pronuncia, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 124; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 199-200; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 659, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.165.

<sup>2125</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, pp. 360-361; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 295 y ss, y GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, pp. 438-439.

<sup>2126</sup> El mentado precepto dispone en su redacción dada Ley 8/1999, 6 abril (BOE de 8 abril), de Reforma de la Ley 49/1960, 21 julio, sobre Propiedad Horizontal: *“El presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de el, en todos los asuntos que la afecten”*.

<sup>2127</sup> Cfr. SSTs de 16 de febrero de 1985 (RJ 558), 25 de mayo de 1987 (RJ 3582), 9 de marzo de 1988 (RJ 1609), 10 de mayo de 1995 (RJ 4226), 23 de junio de 2003 (RJ

para accionar<sup>2128</sup>, salvo que el presidente litigue en su condición de comunero en beneficio de la comunidad<sup>2129</sup>.

La legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para reclamar la reparación de los elementos privativos es reconocida con reiteración por el Tribunal Supremo<sup>2130</sup>. Incluso aunque el defecto afecte

---

4253) y 16 de marzo de 2011 (RJ 4251) que señala: *“Dice la sentencia de 18 de julio de 2007 ( RJ 2007, 5141) , y reproduce la posterior de 30 de abril de 2008 ( RJ 2008, 2690), en línea con la jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia de 8 de julio de 2003 ( RJ 2003, 4612), que las Comunidades de Propietarios, con la representación conferida legalmente a los respectivos Presidentes, ex artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal ( RCL 1960, 1042), gozan de legitimación «para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble - STS de 26 de noviembre de 1990 ( RJ 1990, 9047)... »”.*

<sup>2128</sup> Cfr. la STS de 27 de marzo de 2012 (RJ 4061) que, con abundante cita de otras, señala: *“La representación de la Comunidad en juicio y fuera de él del Presidente no tiene un contenido «en blanco», de tal forma que esa representación sirva para legitimarle en cualquiera de sus actuaciones. Es la Junta de Propietarios la que acuerda lo conveniente a sus intereses y el Presidente ejecuta; su voluntad no suple, corrige o anula la de la Junta ( STS de 20 de octubre de 2004 [RC n.º 2655/1998 ]. En igual sentido la STS de 10 de octubre de 2011 [RC n.º 1281/2008 ] en cuanto a la legitimación del presidente para representar en juicio a la comunidad de propietarios fija que: «Se trata de impedir que su voluntad personal sea la que deba vincular a la comunidad, lo que se consigue sometiendo al conocimiento de la junta de propietarios la cuestión que se somete a la decisión judicial, habida cuenta el carácter necesario de las normas que rigen la propiedad horizontal, que impide dejarlas al arbitrio y consideración exclusiva del presidente»”.*

Sin embargo, en pronunciamientos anteriores el Tribunal Supremo no ha requerido acuerdo de la Junta de Propietarios. Tal es el caso de las SSTS de 20 y 31 de diciembre de 1996 (RJ 9277 y 9484).

<sup>2129</sup> Cfr. SSTS de 29 de noviembre de 1999 (RJ 9139) y de 27 de marzo de 2012 (RJ 4061) que, tras referirse a la exigencia de previo acuerdo de Junta, señala: *“...lo que no obsta para que aquel no resulte necesario en los casos en los que los estatutos de la comunidad expresamente prevean lo contrario o en el supuestos en que el presidente ejercite acciones judiciales no en calidad de tal sino individualmente como copropietario”.* Sobre esta jurisprudencia, por todos CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 383; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 432-433; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 660-661. Sobre la necesaria condición de propietario del presidente de la comunidad de propietarios puede verse el art. 13.2 de la LPH.

<sup>2130</sup> Cfr. SSTS de 14 de julio 1989 (RJ 5617) y de 15 de mayo de 1995 (RJ 4237), que versaban sobre supuestos en los que los defectos afectaban tanto a elementos comunes como a privativos, de 1 de julio de 1989 (5278) sobre daño en elemento privativo provocado por el mal estado de elemento común. Igualmente pueden verse las SSTS de 7 de marzo de 2000 (RJ 1509), 8 de octubre de 2004 (RJ 6695), 16 de diciembre de 2004 (RJ 2005/272) y 23 de abril de 2013 (RJ 3496).

únicamente a elementos privativos<sup>2131</sup>, con la salvedad de que medie oposición expresa del comunero<sup>2132</sup>. A esta legitimación se han mostrado contrarios algunos autores en los casos en que no conste la autorización expresa del propietario de tales elementos<sup>2133</sup>.

El Tribunal Supremo también ha admitido la legitimación de cualquier comunero para pretender la reparación de los elementos comunes del edificio, ello con fundamento en la doctrina que permite que puedan defender en juicio asuntos referidos a la comunidad siempre que lo hagan

---

<sup>2131</sup> Cfr. SSTs de 3 de marzo de 1995 (RJ 1777) y 22 de noviembre de 1997 (RJ 8097) que reconocen la legitimación del presidente para reclamar defectos en elementos privativos aunque no guarden relación con los existentes en los comunes ni afecten a los elementos de igual clase. En igual sentido cabe citar la STS de 14 de abril de 2003 (3709) que señala: *“la representación del Presidente, a no existir óbice, impedimento o pacto o acuerdo lícito en contrario, debe entenderse bastante para extenderse a todas las reparaciones que afecten al edificio, sean de incidencia directa sobre pisos determinados, sean de carácter más general”*.

<sup>2132</sup> Cfr. SSTs de 3 de marzo de 1995 (RJ 1777), 22 de noviembre de 1997 (RJ 8097) y de 11 de abril de 2014 (RJ 2193) que señala con claridad: *“es suficiente con el acuerdo de autorización para el ejercicio de acciones judiciales sin que resulte necesario que se acompañe la autorización expresa de los propietarios para la reclamación de los daños ocasionados en los elementos privativos de la comunidad, salvo que exista oposición expresa y formal a la misma”*. Se refieren a esta jurisprudencia, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 383; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 432-433; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 167; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 200, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 669.

La falta de exigencia de requisitos a la legitimación tratada se debe a razones de economía procesal, como destacan ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 381; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 200, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 161, p. 1736.

<sup>2133</sup> Entre otros, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 296, la niega si sólo se ven afectados elementos privativos; en igual sentido, GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 440; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 200, califican de correcta la solución desde el punto de vista de la economía procesal, pero discutible en cuanto a los datos que el Tribunal maneja para atribuir legitimación, teniendo en cuenta que quien la invoca es un tercero por más que sea el Presidente. También exigen autorización del propietario, O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 501; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 669-671; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 185, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 47.

Cuando los defectos afecten tanto a elementos privativos como comunes, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 380, no ve inconveniente a la legitimación aunque no exista acuerdo de Junta en la que el comunero ha votado a favor del ejercicio de las acciones judiciales. Contrariamente para GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 302, si están afectados los elementos privativos y comunes se requiere autorización de los comuneros de las zonas privativas afectadas.

en beneficio de todos<sup>2134</sup>, legitimación que no ha sido objeto de reproches<sup>2135</sup>.

---

<sup>2134</sup> Cfr. SSTs de 28 de abril de 1966 (RJ 2169), 9 de febrero de 1991 (RJ 1160), y 31 de enero de 1995 (RJ 292). Dispone esta última: *“Que es doctrina reiterada de esta Sala 1ª de que cualquier condómino está legitimado para ejercitar acciones, no tan solo de aquella parte del espacio comprensivo de su piso o local sobre los que ostenta un derecho singular y exclusivo, sino también en defensa del interés que les corresponde sobre los elementos comunes ...”*. También puede verse la STS de 29 de noviembre de 1999 (9139): *“El motivo habrá de decaer por la misma argumentación que trata de sostenerlo pues, reconocida en el escrito la existencia de la Urbanización ... se establece por aquella como integrada por nueve fincas constituidas, cada una, por un número diferente de viviendas para integrar el mismo número de comunidades que, en su conjunto, forman aquella urbanización de tal forma denominada y esto, que ha de incluir todos los elementos comunes -entre ellos los de deambulaci3n-, legítima para el ejercicio de aquella acción tanto a la Comunidad sobre el todo como a los comuneros, aunque sólo accione una parte de ellos, por sí y en beneficio de la comunidad o por representación que se les confiera, como resulta del art. 396 del Código Civil y del art. 12 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960...”*.

Incluso se ha reconocido y fundamentado tal legitimación en la oposición o desidia del resto de vecinos o del presidente. Cfr. STS de 2 de octubre de 1992 (RJ 7516): *“...pero también esta Sala ha reiterado [vid. Sentencias, entre otras, 3-2-1983 (RJ 1983\801), 23-11-1984 (RJ 1984\5656), 12-2-1986 (RJ 1986\548), 7-12-1987 (RJ 1987\9279) y 9-2-1987] que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a todos los cotitulares. Defensa que puede producirse por propia decisión de los comuneros para suplir la desidia del presidente o de los demás comuneros e incluso cuando sean éstos contrarios al litigio”*.

Sobre esta doble fundamentación, se pronuncian CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 383, y la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 433.

<sup>2135</sup> Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 313; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 296-297; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, II, ed. Montecorvo, Madrid, 1993, p. 792. Recientemente, entre otros, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 77; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 200; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 554, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 167.

## 2. La legitimación pasiva de la acción prevista en el art. 17 de la LOE

### 2.1 Los agentes de la edificación legitimados pasivamente

#### 2.1.1 Introducción

La determinación de los agentes de la edificación que se encuentran legitimados pasivamente frente a los propietarios de lo edificado es una cuestión de difícil resolución. Ello se debe a que la LOE en sus art. 8 y ss. se refiere al promotor, constructor, proyectista, director de la obra, director de ejecución de la obra, entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación, y a los suministradores de productos y, en cambio, en el art. 17, dedicado a la responsabilidad de los agentes de la edificación, tan solo lo hace al promotor, constructor, proyectista, director de la obra y director de ejecución de la obra<sup>2136</sup>.

Por tanto, no se encuentran en este art. 17 ni los suministradores de productos ni las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación, ello a pesar de que el precepto en su apartado primero se refiere con carácter general a *“las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación”*<sup>2137</sup>. A lo anterior se une que en los arts. 8 y ss. no se encuentran los subcontratistas (ausencia esta que se considera como la más llamativa y que se pondría de relieve durante la tramitación parlamentaria<sup>2138</sup>) ni otros profesionales a los que

---

<sup>2136</sup> Destaca lo anterior CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 384, quien alude además a la *“notoria imprecisión”* de la LOE sobre esta cuestión; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 365; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 430; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 135, el cual sostiene que ello se debe a que el legislador *“está introduciendo unos mandatos con eficacia en unos concretos ámbitos, pero no en otros de los tratados por la Ley”*; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 707, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 168-169.

<sup>2137</sup> En tal sentido, por todos, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 384; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 365, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 707-708.

<sup>2138</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 384; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 428; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 101, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 172-173. Destaca que se emplea el sistema de subcontratación en el noventa por ciento de las obras, BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, G. y GARCÍA VARELA, R., *Agentes de la edificación*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 183-184.



los proyectista pueden encargar los cálculos, estudios, dictámenes e informes a los que hace mención el art. 17.5, y en cambio se contempla a los propietarios y usuarios del edificio como agentes de la edificación en el art. 16.

Además, el art. 17 de la LOE parece limitar los legitimados pasivamente al establecer supuestos de responsabilidad por hecho ajeno<sup>2139</sup> como son la responsabilidad del constructor por lo ejecutado por el subcontratista y por los defectos de los productos de la construcción (art. 17.6), la responsabilidad del director de la obra por los defectos de un proyecto ajeno (art. 17.7), y la del proyectista por los errores de profesionales a los que pueden encargar cálculos, estudios, dictámenes e informes (art. 17.5).

Este panorama se ha observado que contrasta con el derecho francés donde se determina claramente en el art. 1.792-1 del *Code* el alcance amplio que se le da al término constructor en el país vecino<sup>2140</sup>.

## **2.1.2 Diferentes posturas doctrinales sobre los agentes de la edificación legitimados pasivamente**

### **2.1.2.1 La postura mayoritaria sobre la legitimación pasiva amplia**

La generalidad de los autores coincide en que los legitimados pasivamente no son únicamente los agentes de la edificación mencionados en el art. 17 de la LOE, sino que lo estarán todos, incluso

---

Cfr. intervención del Sr. Ortiz González del Grupo parlamentario Popular en el Congreso, justificando su omisión en que *“no es preciso perfilarlo como un agente separado de la figura del contratista, cuya responsabilidad es la fundamental”* (Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, núm. 235, de 29 de abril de 1999, p. 12.585).

<sup>2139</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 384. En esta misma línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 169, quien señala que al establecerse los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno no se aclara si también responde frente al propietario el causante directo del daño.

<sup>2140</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 170-171 (nota 287).

los no mencionados en los arts. 8 y siguientes<sup>2141</sup>. Así, sostienen que se encontrarán legitimados pasivamente los subcontratistas, suministradores de productos, entidades y laboratorios de control de calidad, y los profesionales a los que el director de la obra haya encargado los cálculos, estudios, dictámenes e informes<sup>2142</sup>.

Para sostener lo anterior se acude a la fórmula general del art. 17.1, que habla de *“las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación”*<sup>2143</sup>. No se considera obstáculo que de los agentes cuya legitimación pasiva se sostiene respondan otros sí mencionados expresamente por el art. 17 como legitimados pasivos, puesto que la responsabilidad por hecho ajeno se estima como un refuerzo de la solvencia y no como un supuesto de exoneración del causante directo del daño<sup>2144</sup>. Tampoco es inconveniente la ampliación del número de responsables porque en los supuestos de responsabilidad

---

<sup>2141</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 385; CADARSO PALAU, o.c. nota 859, pp. 50-51, quien añade que ello permitirá dirigirse (como figura que no se encuentra ni siquiera en los arts. 8 y ss.) frente al gestor de proyectos; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 707-708; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 433; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 83; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 172 y ss; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 670, y GÓMEZ MARTÍNEZ, o.c. nota 2041, p. 94.

<sup>2142</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 384-385; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 231 y 233, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 708-709.

<sup>2143</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 385; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 440; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, pp. 428 y 430; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 230, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 708.

<sup>2144</sup> Nos referimos a la responsabilidad del constructor por lo ejecutado por el subcontratista y por los defectos de los productos de la construcción (cfr. art. 17.6); a la responsabilidad del director de la obra por los defectos de un proyecto ajeno (cfr. art. 17.7), y a la del proyectista por los errores de profesionales a los que pueden encargar los cálculos, estudios, dictámenes e informes (cfr. art. 17.5).

Sostienen este argumento, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 385, quien destaca además que la LOE, pese a no contemplar en el art. 17 al suministrador de productos, sí prevé en el art. 15.3 a) su responsabilidad por su origen, calidad, identidad y cumplimiento de la normativa técnica aplicable. En el mismo sentido la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 440. También puede verse HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 230.

solidaria la relación procesal estará bien constituida demandando a uno de los responsables<sup>2145</sup>.

Igualmente se esgrime la naturaleza legal de la responsabilidad establecida en la LOE que ya no requiere vínculo contractual; que se favorecerá la reparación *in natura* porque reparará el causante directo del daño en referencia al subcontratista, y que esta legitimación amplia va en línea con el carácter individualizado de la responsabilidad que es la regla general de acuerdo con el art. 17.2 de la LOE<sup>2146</sup>. También se ha sostenido que si se prevé la figura de los suministradores en los arts. 8 y ss. no tiene sentido establecer un régimen diferente para los subcontratistas, porque ambos han contratado con el constructor<sup>2147</sup>.

Dentro de este sector partidario de una legitimación pasiva amplia, existen posiciones intermedias que van más allá de los sujetos mencionados como responsables directos en el art. 17, pero sin que ello les lleve a sostener una legitimación pasiva abierta. Así, algunos autores admiten la legitimación pasiva del subcontratista<sup>2148</sup>. Otros aprecian la posibilidad de que las entidades y laboratorios de control de calidad incidan de manera directa en la producción de los daños por haber confiado en sus análisis el agente que las contrata<sup>2149</sup>, a lo que se opone

---

<sup>2145</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 385-386.

<sup>2146</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 171 y 244

<sup>2147</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 231.

<sup>2148</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 190, quien contempla esta legitimación a pesar de limitarse a los agentes mencionados en los arts. 8 y ss. Otros autores simplemente la reconocen sin limitarse expresamente a los agentes de los arts. 8 y ss., como es el caso de REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 348, y RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.118. Dentro de este grupo de autores también podemos citar a PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 24, y a ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.161 y 1.162, para quienes la responsabilidad en el defecto es lo que le lleva a considerar legitimado al subcontratista. Igualmente considera esta legitimación del subcontratista ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 102.

<sup>2149</sup> GARCÍA ALGUACIL, M. J., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002, pp. 176-178, pero exige la prueba de la relación de la causalidad de los daños con su intervención, sin presumirse su responsabilidad. También sobre la responsabilidad de estas entidades por la vía del art. 17 se

algún autor con fundamento en que no intervienen directamente ni indirectamente en la ejecución de la obra, pero que sin embargo admite la legitimación de los profesionales que emiten dictámenes, cálculos o estudios para el director de la obra<sup>2150</sup>.

### 2.1.2.2 La postura sobre la legitimación pasiva restringida

Contrariamente a la posición analizada en el epígrafe anterior, se ha sostenido que sólo se encuentran legitimados los concretos agentes mencionados en el art. 17 de la LOE como responsables directos<sup>2151</sup>, y en el caso particular de los suministradores y entidades de control de calidad que no son propiamente agentes de la edificación al no participar de manera efectiva en ella<sup>2152</sup>.

No obstante, de manera intermedia un sector de autores admite la legitimación pasiva de los suministradores y de las entidades de control de calidad a pesar de no constar su responsabilidad en el art. 17, porque estos agentes, a diferencia del subcontratista, sí se encuentran relacionados en el capítulo III dedicado a los agentes de la edificación<sup>2153</sup>.

---

pronuncian SAN SEGUNDO MANUEL, T., *El control de calidad en la edificación*, ECI 3 (2000), p. 49, poniendo como ejemplo el análisis sobre la resistencia del hormigón; LÓPEZ RICHART, J., *La responsabilidad derivada de la utilización de materiales defectuosos en la construcción*, ECI 27 (2002), p. 12; VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.441, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 260-261.

<sup>2150</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.161 y 1.162.

<sup>2151</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 135-136, quien limita la legitimación pasiva a los agentes previstos en el art. 17 como responsables directos, y excluye a las entidades de control, suministradores, subcontratistas, jefe de obra y otros dependientes mencionados en tal precepto; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 365, quien excluye expresamente además a las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación a los suministradores de productos; en idéntico sentido a este último SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 936; también excluyen a estos dos agentes ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 92. Sobre la exclusión de los subcontratistas puede verse GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1177, p. 261.

<sup>2152</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 135.

<sup>2153</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 449-450; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 343-344, y 349; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 201-202, quien argumenta además que el art. 5 del CTE se refiere al tratar la

Por idéntico motivo de su falta de mención en tal capítulo se ha llamado la atención sobre la exclusión de los geólogos<sup>2154</sup>.

Los autores que sostienen esta legitimación estricta prestan especial a negársela al subcontratista. Se acude a que éste no se menciona como agente de la edificación en la LOE y a la definición del constructor del art. 11 como el agente que asume el compromiso de ejecutar la obra con medios humanos y materiales propios o ajenos<sup>2155</sup>, pero fundamentalmente a la responsabilidad del constructor por lo ejecutado por el subcontratista prevista en el art. 17.6<sup>2156</sup>.

Además, se opone a los autores que han defendido una legitimación amplia que la cláusula general del art. 17.1 (*“las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación”*), no la conlleva porque a diferencia de lo que acontecía con el art. 1.591 CC que exigía una interpretación extensiva de los legitimados pasivamente con la LOE no es posible porque en ella los agentes sólo son los que se determinan como tales<sup>2157</sup>. También se argumenta que de admitirse la legitimación del subcontratista se entorpecerían las demandas<sup>2158</sup>.

---

responsabilidad de los agentes al capítulo III de la LOE. Admitiendo la legitimación del suministrador y entidades y laboratorios de control, también pueden verse GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 425; SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, pp. 853 y 861. Sin embargo, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 117, la niega al suministrador y la admite para las entidades y laboratorios de control.

<sup>2154</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 202-203.

<sup>2155</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 343.

<sup>2156</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 431; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 528; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 245; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 192; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 201 y 203, quienes señalan con carácter general que si estuvieran legitimados las personas por las que se debe responder según el art. 17 de la LOE no tendría sentido el establecimiento de esta responsabilidad por hecho ajeno porque el responsable directo puede ser demandado, y que en tal caso la responsabilidad solidaria que se establece en su apartado tercero ya no sería sólo por falta de prueba de *“la intervención de cada agente”*, sino de cualquier agente, mencionado o no en la ley.

<sup>2157</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 201-202, argumentando que a lo anterior no es obstáculo que el art. 17 no determine quiénes son los responsables, y se refiera genéricamente a *“las personas físicas o jurídicas que*

### 2.1.3 La legitimación pasiva del subcontratista

Como hemos visto una mayoría de autores reconoce al subcontratista legitimación pasiva para la acción prevista en el art. 17 de la LOE. Esta opinión contrasta con el régimen del art. 1.591 CC bajo el que la generalidad de autores la negaba como ha reconocido la sentencia del Tribunal Supremo de 3 julio de 2008<sup>2159</sup>. En nuestra opinión ello se debe a que la mayoría de autores se pronunciaba a favor de la naturaleza contractual de tal responsabilidad, lo que conllevaba que no se reconociera a quienes no tuvieran ligamen contractual con el comitente en cuya posición se subrogaban los adquirentes<sup>2160</sup>.

---

*intervienen en el proceso de la edificación*”, porque ello se debe a que la ley ya los determina.

<sup>2158</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 113, p. 338, para quien se impondría al propietario investigar las subcontrataciones realizadas. En parecido sentido, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 136-137, quien señala que al privarle de legitimación a él y a los demás agentes de los que responden otros se facilitan las demandas. Por este autor se descarta como justificación general de la legitimación estricta que observa en la LOE, el art. 1.596 CC porque no todos los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno previstos en la LOE suponen un contrato de obra, en referencia a los previstos en los arts. 17.5 y 17.7.

<sup>2159</sup> RJ 4365.

<sup>2160</sup> Como partidarios de la naturaleza contractual, y que negaban esta legitimación, pueden verse, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 224-226, quien señala que para que hubiera legitimación tendría que existir una acción directa, lo cual sólo se admite cuando la ley lo establezca; LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 348; GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 661; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 459, quien expone que la responsabilidad del subcontratista no es directa frente al comitente, a tenor del art. 1596, sino que es indirecta por medio del contratista; O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 212, p. 1.668; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, II, ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 385.

ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 241, señala que el argumento apuntado de la inexistencia de vínculo contractual entre los adquirentes y el subcontratista no es suficiente, dado que el dogma de la relatividad de los contratos ha sido constantemente modulado por el Tribunal Supremo, admitiendo legitimaciones activas y pasivas que no se encuentran en el texto legal. Sin embargo, obsérvese que nos referimos a la inexistencia de vínculo contractual entre el subcontratista y el comitente, y no entre aquél con el adquirente, porque en este último caso esta inexistencia de vínculo no ha sido obstáculo para reconocer la legitimación activa del adquirentes frente al resto de agentes diferentes al promotor-vendedor.

También hubieron autores que negaban la legitimación a pesar de no ver en el art. 1.591 CC una responsabilidad contractual. Nos referimos a GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.099, autor que como partidario de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad, aunque consideraba dudosa la cuestión, veía un problema de

El Tribunal Supremo en aplicación del art. 1591 CC le ha reconocido legitimación pasiva siempre que no se demande conjuntamente con el contratista porque éste responde de aquél conforme al art. 1.596 CC<sup>2161</sup>,

---

tipificación legal del subcontratista como responsable, y a RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 291.

Sin embargo, la admitían FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 127; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 212; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 226-227, para quien se podrá elegir entre dirigir su acción contra el contratista o contra el subcontratista, o bien, conjuntamente contra ambos. En el mismo sentido, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 400. También la admite ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 241, siempre que actúe en la obra con cierto grado de autonomía, desenvolviéndose su actuación de forma distinta que la de los trabajadores que tuviera empleados el contratista en la obra.

<sup>2161</sup> Cfr. STS de 21 de marzo de 1988 (RJ 2222) que negó su legitimación por haberse demandado también al contratista al señalar: *"pero es que además se olvida que la Sala de instancia, en su segundo fundamento, razona también que, correctamente dirigida la acción derivada del artículo 1.591 y concordantes del Código Civil contra el constructor, arquitectos y aparejador, carecen de legitimación los subcontratistas al no ser válido el argumento de una pretendida subrogación de las acciones que pertenecieran al contratista, pues «sobre quedar siempre en la mayor indeterminación el concreto motivo y grado de responsabilidad exigible o atribuible a cada uno de ellos, dicha subrogación no sólo resulta improbada en absoluto, sino desmentida por el hecho de ser llamado ese contratista general sin distingo alguno, para exigirle en todo caso y en toda su plenitud las posibles responsabilidades que como tal y dentro de su misión, le señala precisamente el mentado artículo 1.591»; y es que subrogarse es ponerse en el mismo lugar y posición jurídica de otro, pero en modo alguno superposición y llamada conjunta"*. En igual sentido, STS de 29 de diciembre de 1993 (RJ 10106). Se había demandado a la constructora junto con la subcontratista con base en el art. 1.591, la cual alegó falta de legitimación pasiva, excepción que no fue estimada en ninguna de las instancias, frente a lo que se formula recurso de casación, que es estimado porque: *"en definitiva, al no hallarse la subcontratista ...vinculada contractualmente con la demandante, y ejercitada exclusivamente una acción ex contractu, no está aquélla legitimada pasivamente"*. Tampoco admite la legitimación la STS de 10 de octubre de 1994 (RJ 7474) aunque se trata de un *obiter dicta*, puesto que se había negado al demandado la condición de subcontratista.

Sobre la legitimación del subcontratista por no demandarse al contratista, cfr. SSTs de 22 de marzo de 1986 (RJ 1468) que señaló: *"la legitimación para reclamar por defectos de la construcción, en principio atribuida al Promotor constructor frente al subcontratista que realizó la obra, pasa a título los adquirentes de los pisos y locales..."*; 23 de diciembre de 1999 (RJ 9142) que resolvió: *"Esta Sala tiene manifestado que los subcontratistas son técnicos sujetos a la lex artis y, por consiguiente, responden por ruina de conformidad con el artículo 1591 del Código Civil (STS de 22 de marzo de 1986 [RJ 1986\1468])..."*. No obstante, tal afirmación es un *obiter dicta*, como reconoce la propia sentencia, dado que el pretendido subcontratista (empresa que suministro y colocó las losetas de la fachada) no lo era puesto que había sido contratado directamente por la promotora y no por el contratista principal.

aunque en la sentencia de 22 de junio de 1990 le otorgó legitimación al partirse de que no estaba incluido en el último precepto<sup>2162</sup>. Relacionado con lo anterior, en algunos pronunciamientos se aprecia cierta conexión con la naturaleza contractual o no que le atribuya a la responsabilidad<sup>2163</sup>.

Sin embargo, en aplicación de la LOE han recaído algunas resoluciones en la llamada jurisprudencia menor que han denegado la legitimación pasiva del subcontratista<sup>2164</sup>, y el Tribunal Supremo parece ir

---

Se refieren a esta jurisprudencia CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 440.

<sup>2162</sup> RJ 4861. Véase nota 159 sobre esta sentencia y su carácter minoritario porque con carácter general se considera incluido al subcontratista en tal precepto. Esta sentencia recayó un litigio en que se había demandado a constructora y subcontratista, pero sólo recurrió en casación el subcontratista que alegó su falta de legitimación frente a la propiedad que sería desestimado.

<sup>2163</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 65, observa que los vaivenes del Tribunal Supremo se deben a la diferente naturaleza que se le atribuya a la responsabilidad que estudiamos: si se la considera contractual, no se admitirá la legitimación por medio del art. 1591.1º, mientras que si se considera legal o extracontractual el Tribunal Supremo reconocía la legitimación.

No obstante, no observamos que dicho argumento sea decisivo, incluso para el TS. Aunque sí se aprecia un engarce entre la negación de la legitimación pasiva y la naturaleza contractual en STS de 29 de diciembre de 1993 (RJ 10160) (al señalar "*al no hallarse la subcontratista ...vinculada contractualmente con la demandante, y ejercitada exclusivamente una acción ex contractu, no está aquélla legitimada pasivamente.*"), no se ve tan claro en las SSTs de 21 de marzo de 1988 (RJ 2222) (en la que se niega la legitimación porque la demandante sostenía una subrogación en la posición del contratista pero a la vez demandaba también a ésta); ni en la de 22 de junio de 1990 (RJ 4861) que reconoce la legitimación, y parece partir de la naturaleza contractual al citar a la de 22 de marzo de 1986 (RJ 1468) que estableció que "*la legitimación para reclamar por defectos de la construcción, en principio atribuida al promotor-constructor frente al subcontratista que realizó la obra, pasa a título derivativo a los adquirientes de los pisos y locales*", aunque también cita otras sentencias que condenaron al subcontratista por responsabilidad extracontractual [23 de noviembre de 1985 (RJ 5634)] o que desligaron la responsabilidad del art. 1.591 CC de las contractuales [SSTs de 14 de noviembre de 1984 (RJ 5552) y de 1 de junio de 1985 (RJ 3620)].

<sup>2164</sup> Auto de la AP de Valladolid de 7 de julio de 2004 (JUR 211246); SAP de Vizcaya de 29 de abril de 2014 (JUR 184875) que precisamente se basa en la STS citada en nota siguiente. En sentido contrario, SAP de Barcelona de 8 de abril de 2014 (JUR 149653) que señala que la responsabilidad por hecho ajeno no impide dirigirse directamente al subcontratista.



en esta línea al apoyarse en que de lo hecho por éste responde el contratista de acuerdo con el art. 17.6 de aquélla<sup>2165</sup>.

#### **2.1.4 La legitimación pasiva del suministrador de productos de la construcción, de las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación y de los profesionales que realizan cálculos, dictámenes, estudios o informes**

Al suministrador de productos de la construcción, con carácter general no se le otorgaba la legitimación pasiva de la acción prevista en el art. 1591.1º CC<sup>2166</sup>. Por ello, los autores que sostienen esta legitimación

---

<sup>2165</sup> Cfr. STS de 3 de julio de 2008 (RJ 4365) que en aplicación del art. 1.591 enlaza la responsabilidad del constructor por lo hecho por el subcontratista (art. 17.6 LOE) con la falta de legitimación de éste al señalar: *“La intervención de un subcontratista no altera la responsabilidad del contratista determinada el artículo 1591; dicho partícipe en determinadas tareas edificativas no es considerado en general como agente de la edificación y la doctrina científica mayoritaria rechaza la acción directa del comitente en contra del subcontratista; y aunque la doctrina jurisprudencial ha sido fluctuante sobre este particular, se destaca la posición relativa a su exculpación; la Ley 38/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2799), de Ordenación de la Edificación, no aplicable al supuesto de autos, en su artículo 17.6, párrafo segundo, establece que...”*.

<sup>2166</sup> Cfr. SSTs de 26 de noviembre de 1984 (RJ 5661) en la que ante al pretensión de una empresa constructora demandada de traer al procedimiento al suministrador resolvió el TS que *“supone una rechazable ampliación del círculo de personas legitimadas pasivamente por el texto literal de aquel tan citado artículo mil quinientos noventa y uno del Código... sin que quepa imponer al perjudicado la obligación de traer al proceso a todos cuantos pudieran tener responsabilidad derivada de vínculos contractuales con los inmediatamente imputables,... cargando sobre el propietario más allá del texto de este precepto, una tarea investigadora en la compleja organización en que, modernamente, se desenvuelve la construcción”*; 1 de junio de 1985 (RJ 3620) en la que se condenó al suministrador con fundamento en el art. 1.902 a pesar de que la demanda se fundamentaba en el artículo 1.591 CC.

En cambio, lo admite *obiter dicta*, dado que el suministrador no había sido demandado, la STS de 30 de septiembre de 1991 (RJ 6075), al decir: *“Se completa el abanico de intervinientes constructivos y sin que ello suponga su cierre hermético, por las posibles incidencias y consiguientes vinculaciones indemnizatorias, a cargo de los fabricantes de los materiales empleados en la edificación”*. Este debate sobre la legitimación del suministrador se puede observar en la STS de 15 febrero de 2011 (RJ 446) cuando tras absolverlo por no observar responsabilidad dice que lo anterior es *“al margen de que su trabajo tenga o no encaje en el artículo 1591”*.

Sobre la exclusión de la legitimación pasiva tratada, se pronuncian GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1099, y FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 127. No obstante, HERRERA CATENA, o.c. nota 13, pp. 258-259, y CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 357, proponían la distinción del suministrador del prefabricante, esto es,

destacan el cambio que supondrá la LOE <sup>2167</sup>. Además, algunas audiencias provinciales han otorgado tal legitimación al suministrador<sup>2168</sup>. Con este reconocimiento se marca una continuidad con el art. 1.792-4 del *Code* que admite la legitimación del fabricante.

En cuanto a estos agentes de la edificación respecto de los que se discute su legitimación por medio de la LOE, debemos señalar que las entidades de control de calidad la edificación han figurado en algún pronunciamiento del Tribunal Supremo<sup>2169</sup>.

Los profesionales a los que el proyectista haya encargado cálculos, estudios, dictámenes o informes no han sido objeto de un criterio uniforme, aunque cuando se ha negado su legitimación de acuerdo con el art. 1.591 CC se ha visto un apoyo en el art. 17.5 de la LOE que hace responder de ellos al primero <sup>2170</sup>. Ello nos da la pista de cuál puede ser la posición del

---

los que fabrican partes de la obra que se envían al lugar de su emplazamiento, donde sólo hay que acoplarlas y fijarlas, a los cuales asimilaban al contratista.

<sup>2167</sup> Es el caso de RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.119.

<sup>2168</sup> Cfr. SAP de Valencia de 21 de febrero de 2005 (JUR 104337); SAP de Murcia de 10 de noviembre de 2011 (RJ 422945), y SAP de Segovia de 30 de junio de 2010 (AC 1129).

<sup>2169</sup> Cfr. STS de 3 de octubre de 1996 (RJ 7006) sobre un defectuoso control en relación con la mala colocación de telas asfálticas y la falta de adherencia del mortero de sujeción de las plaquetas. No obstante, la legitimación pasiva de la entidad de control no fue objeto de recurso.

<sup>2170</sup> Cfr. STS de 31 marzo de 2005 (RJ 2743) en la que se le negó la legitimación (aunque tampoco se probó que el defecto se debiese a estos agentes) y se buscó apoyo en que la LOE hace responder al proyectista de los errores de estos profesionales: *"Si bien la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha llevado a cabo interpretación extensiva de las personas que con carácter técnico intervienen en el proceso constructivo con la consiguiente responsabilidad de los mismos en caso de ruina de lo construido, dada la época en que se promulgó el Código Civil ( LEG 1889, 27) , tal extensión no abarca a quien efectúa los cálculos de la estructura de una edificación, que se configura como un mero auxiliar del arquitecto autor del proyecto que es, como señala la certificación del Colegio de Arquitectos de Madrid, quien avala y responde de la validez de esos cálculos; a efectos meramente interpretativos es de ver como el art. 17.5, párrafo 2º, de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre..."*.

Sin embargo, la STS de 8 de mayo de 2007 (RJ 2135) lo estimó legitimado y desestimó el recurso de casación del profesional que se fundamentaba en que no se le podía aplicar el art. 1.591 CC porque sólo realizó un estudio para buscar la solución técnica que se le pedía, sin intervenir ni en la ejecución de las obras, ni en su dirección técnica. La sentencia resolvió que al mismo resultado se hubiera llegado

Tribunal Supremo, máxime cuando también se apoya en la responsabilidad por hecho ajeno para negar la legitimación del subcontratista, como hemos visto en el epígrafe anterior.

### 2.1.5 Valoración crítica

Por nuestra parte somos partidarios de una legitimación pasiva amplia. No obstante, no vemos definitivo el argumento que sostienen los defensores de esta tesis consistente en que la responsabilidad por hecho ajeno no borra la del causante directo del daño, puesto que lo decisivo está en frente a quién responde éste, si sólo en sus relaciones internas o también frente al adquirente. En cambio, sí secundamos el valor del art. 17.1, que habla de *“las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación”*, sin que se puedan considerar los supuestos concretos de responsabilidad que establece este precepto en los sucesivos apartados limitativos de los legitimados pasivos, sino como unas reglas particulares de responsabilidad tendentes a facilitar la exigencia de responsabilidad por hecho ajeno. Igualmente coincidimos en que esta ampliación de la legitimación no conlleva la carga para el actor de demandar a todos los agentes puesto que el carácter solidario de la responsabilidad permitirá demandar a uno solo de ellos.

Pero sobre todo, son razones de protección de los adquirentes las que nos llevan a sostener esta legitimación pasiva puesto que la implantación parcial del seguro únicamente para los supuestos de responsabilidad decenal<sup>2171</sup> puede conllevar, ante la insolvencia de los agentes de la edificación situados en primer plano, supuestos de desamparo de los

---

en aplicación del art. 1.101 CC, precepto que se puede aplicar indistintamente al art. 1.591 CC, y apreció una cierta sustitución del arquitecto por el recurrente en el objeto concreto de su cometido al señalar *“al informante del tema geológico le correspondía la responsabilidad derivada del Arquitecto, en cuanto éste delegó una función que le es atribuida en el art. 1591 CC ( LEG 1889, 27) , al mismo, por la especialización del cometido, y ello con beneplácito de la «Comunidad» actora, que aceptó esa contratación, la que se realizó, por ello, por el Arquitecto”*.

<sup>2171</sup> Cfr. disposición adicional segunda de la LOE.

adquirentes, sin que observemos que sea decisiva la dificultad de conocer al causante material del daño<sup>2172</sup>.

Además, en esta línea en Francia mediante la reforma de 2008 se ha incluido referencias expresas a la legitimación del subcontratista<sup>2173</sup>.

No obstante lo anterior, no dejamos de ver la problemática que supone la aplicación de la presunción de nexo causal entre la intervención de los agentes y el defecto o vicio constructivo<sup>2174</sup> a agentes como los suministradores de productos o las entidades o laboratorios de control de calidad de la edificación que tienen una intervención muy concreta en la edificación<sup>2175</sup>. Sin embargo, también es cierto que si no se aplicara tal presunción terminarían la mayoría de las demandas con su absolución por la evidente dificultad probatoria de los adquirentes.

Por último, la mención de los propietarios y usuarios como agentes de la edificación en art. 16 no conlleva su legitimación pasiva para la acción prevista en la LOE<sup>2176</sup>, sino que ello tendrá consecuencias en materia de

---

<sup>2172</sup> En sentido contrario, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 171, quien observa que será poco frecuente que se accione contra el causante directo del daño por la dificultad de conocer su identidad, con lo que no coincidimos porque la identidad de los agentes deberá constar en el Libro del Edificio (cfr. art. 7 LOE) y en caso de que no conste, por vía de las diligencias preliminares puede conocerse.

<sup>2173</sup> Cfr. Ley 2008-561, de 17 de junio, que creó los arts. 1.792-4-2 y 1.792-4-3. Particularmente el primer precepto establece expresamente el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad frente al subcontratista por la garantía decenal y bienal.

<sup>2174</sup> Véase sobre ella epígrafe 3.1 de capítulo IV. Como allí señalamos eran los agentes los que debían demostrar que el defecto no se debía su intervención en la obra, y no los actores la responsabilidad de aquéllos.

<sup>2175</sup> Tal vez por ello ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.166, señale que en el supuesto de la responsabilidad del suministrador debe demostrarse que el origen del defecto está en una deficiencia del producto porque no existe en este caso una imputación del riesgo contractual, y que es el único caso de la LOE de responsabilidad por culpa; y GARCÍA ALGUACIL (véase nota 2149) exija la prueba de la relación de la causalidad de los daños con la intervención de las entidades y laboratorios de control de calidad, sin presumirse su responsabilidad.

<sup>2176</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 123; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 365; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 936; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 135; GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, p. 180; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 173; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 709-710, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.166.

limitación o exoneración de la responsabilidad por ser los causantes de los daños que sufre el edificio por falta de mantenimiento o utilización inadecuada<sup>2177</sup>.

## **2.2 La responsabilidad particular de los principales agentes de la edificación. Especial referencia a la figura del promotor y del constructor**

### **2.2.1 El promotor**

#### **2.2.1.1 El reconocimiento de la figura del promotor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

El concepto de promotor no es un concepto unívoco, pues la doctrina jurisprudencial al igual que la normativa sectorial ofrecían conceptos no equivalentes de lo que debe entenderse por promotor inmobiliario<sup>2178</sup>. Con todo, de las diferentes definiciones que se han dado de promotor se entienden como esenciales el impulso de la edificación, la asunción de funciones de coordinación de las operaciones propias del proceso constructivo, y la intención de comercializar las unidades privativas construidas, lucrándose con dicha operación<sup>2179</sup>.

---

<sup>2177</sup> Cfr. art. 17.8 puesto en relación con art. 16 que establece las obligaciones de los propietarios y usuarios. Por todos, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 428; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 365, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 936; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 173; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 709-710, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 246.

<sup>2178</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 481; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 178, y GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 16.

<sup>2179</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 179. Como autores que resaltan la primera nota, DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos y civiles*, ed. Comares, Granada, 1997, p. 105, se refieren a dichas funciones de coordinación; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 212, p. 1.691, destaca la segunda al definirlo como la persona que comercializa y vende una edificación; aún las dos CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos. Comentario a la STS de 9 de marzo de 1981*, ADC 3 (1982), pp. 884 y 885, al definirlo como "aquella persona natural o jurídica que promueve y organiza la construcción de un inmueble, que consta de diversos pisos y locales, para venderlo a determinadas personas cuando ha sido concluido o se encuentra en proyecto o en construcción". En análogo sentido a este último, ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 80, p. 119.

De lo anterior se extrae que el promotor es protagonista innegable de la actividad constructiva<sup>2180</sup>, razón por la que el Tribunal Supremo lo incluyó en el círculo de responsables del art. 1591.1º CC porque su ausencia en éste se debía a razones puramente históricas<sup>2181</sup>.

El Tribunal Supremo desde la sentencia de 11 de octubre de 1974 ha reconocido legitimación pasiva al promotor para la acción prevista en el art. 1591.1º CC<sup>2182</sup>, sin limitar, por tanto, su responsabilidad a la de un simple vendedor por medio de las acciones edilicias, como se pretendía por los promotores. Desde el punto de vista técnico se solventó la no inclusión del promotor en el mentado precepto mediante el recurso a la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en

---

<sup>2180</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 357; ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1233; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 185. STS de 30 de septiembre de 1991 (6075) dice: *“el que centra toda la actividad constructora, protagonizándola en primer plano...”*.

<sup>2181</sup> Cfr. STS de 11 de octubre de 1974 (RJ 3798): *“es cierto que el término promotor no fue utilizado por el Código Civil por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor”*. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 48, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 178, quien destaca que toda regulación del contrato de obra presupone que el comitente es el destinatario final de la edificación. Cita el autor los arts. 1.592, 1.594 y 1.597 que hablan de “dueño”; de “propietario” los arts. 1.595 y 1.598, y de “propietario del suelo” el art. 1.593.

Esta figura apareció, como expuso CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 239-240, debido al proceso de evolución profunda de las técnicas de la construcción y comercialización de viviendas, y a factores de índole económica, social y jurídica, dando lugar a un fenómeno de colectivización en la edificación urbana que provoca la aparición de nuevas formas jurídicas. También se resalta que su surgimiento se produce principalmente con la política estatal de ayuda a la construcción de las Viviendas de Protección Oficial. Es el caso de GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 297; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 939, quien expone que el promotor asumía, una función de intermediario entre la ayuda del Estado y la necesidad de vivienda del particular, y de GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 367.

<sup>2182</sup> (RJ 3798). Sentencia en la que señala CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 241, por *“primera vez el Tribunal Supremo afronta el problema de la responsabilidad decenal del promotor”*. Aunque hay que advertir que se trataba de un promotor que a la vez era el constructor. Posteriormente, entre innumerables, las SSTs de 17 de octubre de 1974 (RJ 3896), 9 de marzo de 1981 (RJ 904), 13 de junio de 1984 (RJ 3236), 20 de junio de 1985 (RJ 3625), 29 de junio de 1987 (RJ 4828), 4 de diciembre de 1989 (RJ 8793), 19 de junio de 1990 (RJ 4793), y 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862).

que han de ser aplicadas, su espíritu y finalidad (art. 3.1 CC) y a la aplicación analógica (art. 4.1 CC) del precepto<sup>2183</sup>.

Fueron variados los argumentos de fondo que utilizó el Tribunal Supremo para incluir al promotor dentro del círculo de los responsables de la acción decenal.

Se acudió a su asimilación al contratista, aunque en realidad se trataban de dos responsabilidades diferentes<sup>2184</sup>. Dicha equiparación se basa en el común fin de lucro<sup>2185</sup>, argumento que, no obstante, ha tenido

---

<sup>2183</sup> A la utilización de los arts. 4.1 y 3.1 CC alude la STS de 13 de junio de 1984 (RJ 3236); las SSTs de 1 de octubre de 1991 (RJ 7255) y de 17 de octubre de 1974 (RJ 3896) al art. 4.1 CC, y la de 9 de marzo de 1988 (RJ 1609) al art. 3.1 CC. Sobre lo anterior, pueden verse, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La configuración jurisprudencial del promotor como garante*, ADC 1 (1990), pp. 229 y 230; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 215, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 48-49.

<sup>2184</sup> Entre otras, realizaron tal asimilación las SSTs 11 de octubre de 1974 (RJ 3798), 17 de octubre de 1974 (RJ 3896), 28 de octubre 1974 (RJ 4041), 1 de marzo de 1984 (RJ 1194), 13 de junio de 1984 (RJ 3236), 11 de febrero de 1985 (RJ 545), 25 de febrero de 1985 (RJ 773), 30 de octubre de 1986 (RJ 6021), 29 de junio de 1987 (RJ 4828), 1 de octubre de 1991 (RJ 7255), 20 de diciembre de 1993 (RJ 10100), 28 de enero de 1994 (RJ 575), 3 de mayo de 1996 (RJ 3775), 26 de junio de 1997 (RJ 5149), 12 de marzo de 1999 (RJ 2375), 23 de septiembre de 1999 (RJ 7266), y de 24 de enero de 2001 (RJ 999).

Como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 51, en realidad eran dos responsabilidades diferentes la del promotor y la del constructor porque podía responder sólo el promotor junto el arquitecto y no el constructor. No obstante, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 214, señala que según la jurisprudencia el promotor respondía en los mismos casos que el constructor, resultando exonerado de la responsabilidad por la vía del art. 1.591 cuando no había responsabilidad del constructor, como ocurrió en STS de 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862). Ya veremos, sin embargo, que el TS ha recalcado que no es necesaria la responsabilidad del constructor para que surja la del promotor.

<sup>2185</sup> Cfr. SSTs 9 de marzo de 1988 (RJ 1609) y de 21 de febrero de 2000 (RJ 752) que señala: *"Dicha asimilación obedece a...y fundamentalmente el beneficio económico que se obtiene y que ha de tener como contrapartida la reparación o indemnización del posible daño..."*. También atienden al mencionado criterio del beneficio, las SSTs de 1 de octubre 1991 (RJ 7255), 8 de junio de 1992 (RJ 5168), 29 de noviembre de 1999 (RJ 9139), 21 de febrero de 2000 (RJ 752), 13 de mayo de 2002 (RJ 5705), 6 de mayo de 2004 (RJ 2696), 31 de marzo de 2005 (RJ 2743), 13 de diciembre 2007 (RJ 2008/329) y de 19 de julio de 2010 (RJ 6559). Incluso en STS de 22 de junio de 2001 (RJ 5074), se consideró como promotora a una comunidad autónoma, al incluirse dentro del beneficio las actuaciones de política social o económica protectora de las clases más necesitadas.

Destacan esta equiparación en el lucro de ambos agentes, RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, pp. 198, 319 y 320, quien exponía la injusticia de que quien obtiene un

bastantes detractores<sup>2186</sup>. Con todo, esta asimilación fue criticada desde el punto de vista técnico, pero no tanto desde el de los resultados<sup>2187</sup>.

Otro de los argumentos empleados para legitimar pasivamente al promotor es el control que ejerce sobre la obra al asumir a modo de director de orquesta funciones de coordinación de las operaciones propias del proceso constructivo<sup>2188</sup>. Este control sobre la obra permitió que el Tribunal Supremo le imputara la responsabilidad por “*culpa in eligendo*” o

---

beneficio no asuma las responsabilidades que de sus actividades puedan derivarse; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 268, y ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1239, quien observa la traslación de uno del criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual que descansa en la noción riesgo-beneficio, y que supone la atribución al beneficiario de la conducta de la obligación de reparación del riesgo verificado en forma de daño (“*ubi commodum, ibi incommodum*”, añade el autor), y análogamente a éste, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 518.

Además, también se atendía adicionalmente al reproche de bajar la calidad a cambio de reducir costes. Cfr. SSTs de 23 de febrero de 1983 (RJ 1068), 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862), y de 28 de mayo de 2001 (RJ 3437). Sobre esta jurisprudencia pueden verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 49, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1127, quien alude a que el TS por ello ha sido muy sensible a este tipo de conflictos.

<sup>2186</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la STS de 29 de junio de 1987*, CCJC 14 (1987), p. 4.719, para el que el lucro obtenido en una actividad de mercado no es un criterio de imputación de responsabilidad. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, o.c. nota 41, p. 618. También critica este criterio MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 50, apuntando la autora que el mismo supondría negar la responsabilidad al promotor que no hubiera obtenido beneficio económico a pesar de su mala gestión, causante de defectos constructivos. Particularmente CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 268, reprocha que se haya llegado a calificar como promotor al banco que financió la promoción en STS de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2874).

<sup>2187</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 251, observaba en referencia al promotor puro que si bien su responsabilidad no carece de justificación porque el promotor desempeña una misión de conjunto de consecución de un resultado mediante la coordinación y vigilancia de los constructores, no le sería exigible la responsabilidad en el mismo concepto que al contratista del edificio, con el que no puede ser confundido; O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 212, pp. 1.693 y 1.694, quien no le ve a la equiparación una clara explicación dogmática pero sí pragmática; LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 222, p. 19, califica la equiparación de forzada excesiva y bastante injustificada desde el punto de vista dogmático; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 358, se refiere a que es discutible extender el concepto de contratista al promotor-comitente.

<sup>2188</sup> Cfr. STS 30 de septiembre de 1991 (RJ 6075) que señala: “*centra toda la actividad constructora, protagonizándola en primer plano, en razón de sus funciones de ideación, planificación, coordinación, organización, acometida, financiación y control del programa de construcción inmobiliaria que pretende llevar a cabo...*”.



“*in vigilando*” del resto de los agentes, esto es, por no haberlos elegido bien o controlado adecuadamente<sup>2189</sup>, para lo que se llegaría a utilizar el art. 1.596 CC<sup>2190</sup>. No obstante, la imputación de la responsabilidad al promotor mediante la “*culpa in eligendo*” o “*in vigilando*” del resto de los agentes, como es fácil de aventurar por la condición de profesionales de éstos, tuvo bastantes detractores<sup>2191</sup>.

También recurre el Tribunal Supremo para otorgar legitimación pasiva al promotor a la garantía que representa para los adquirentes su figura, su prestigio comercial o profesional<sup>2192</sup>, y a que su condición de vendedor conlleva la obligación de entregar la cosa vendida en condiciones útiles

---

<sup>2189</sup> Cfr. SSTs de 8 de octubre de 1990 (RJ 7585), 20 de diciembre de 1993 (RJ 10100), 28 de enero de 1994 (RJ 575), 21 de enero de 1996 (RJ 2233), 12 de marzo de 1999 (RJ 2375), 28 de mayo de 2001 (RJ 3437), 13 mayo de 2002 (RJ 5705), 4 de noviembre de 2002 (RJ 9630), 31 de enero de 2003 (RJ 647), y 27 de septiembre de 2004 (RJ 6187). Se refieren a esta fundamentación, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 268; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 50, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 117.

<sup>2190</sup> Cfr. SSTs de 14 de mayo de 2008 (RJ 3067) que señala: “*La STS de 13 de octubre de 1999 ha declarado que La responsabilidad de los promotores no es precisamente por culpa extracontractual, ya que opera dentro del ámbito jurídico del artículo 1591 del Código Civil en relación con el artículo 1596, como responsabilidad profesional*”; en igual sentido la de 4 de diciembre de 2008 (RJ 6950) señala: “*La responsabilidad de los promotores ...opera dentro del ámbito jurídico del art. 1591 del Código Civil, en relación al 1596* “. Sobre esta jurisprudencia, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 457-458, argumenta que una interpretación teleológica del mencionado precepto determina que dentro del término contratista empleado por él, quepa incluir también al promotor inmobiliario. También GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 254, acudía al art. 1.596 CC.

<sup>2191</sup> MORALES MORENO, A. M., *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, ADC 3 (1982), p. 684, veía “*muy difícil poder seguir justificando la responsabilidad del promotor en base a criterios puramente subjetivos de culpa in eligendo o in vigilando...*” Criticaba esta fundamentación BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o.c. nota 2186, p. 4.719, porque difícilmente se podía apreciar culpa en quien contrata con un técnico titulado o con una empresa constructora cuya situación jurídica es totalmente regular. En análogo sentido, ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.238; CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, p. 37, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4605.

<sup>2192</sup> Cfr. SSTs de 12 de diciembre de 1985 (RJ 6525), 13 de julio de 1987 (RJ 5461), 1 de octubre de 1991 (RJ 7255), 10 de marzo de 1993 (RJ 1829), 20 de junio de 1995 (RJ 4934), 21 de marzo de 1996 (RJ 2233), 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862), 31 de marzo de 2000 (RJ 2493), 13 de mayo de 2002 (RJ 5705), 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007/399), 13 de diciembre de 2007 (RJ 2008/329), 14 de mayo de 2008 (RJ 3067), y 4 de diciembre de 2008 (RJ 6950).

para su aprovechamiento, según su naturaleza y destino, evitando toda incomodidad impropia<sup>2193</sup>.

Inspiraba a los anteriores argumentos la necesidad de protección de los adquirentes, la parte más débil como se ha dicho en innumerables ocasiones<sup>2194</sup>. Concretamente, mediante la responsabilidad del promotor vía art. 1591.1º CC se trataba de huir del breve plazo de caducidad de las acciones de saneamiento por vicios ocultos (art. 1.490 CC)<sup>2195</sup>.

Todas estas fundamentaciones se han esgrimido acumulativamente en varios pronunciamientos<sup>2196</sup>.

---

<sup>2193</sup> Así lo señala la STS de 22 de junio de 2001 (RJ 5074). En igual sentido pueden verse, SSTS de 13 de julio de 1987 (RJ 5461), 10 de marzo de 1993 (RJ 1829), 21 de marzo de 1996 (RJ 2233), 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862), 13 de noviembre de 1999 (RJ 8288), y 21 de febrero de 2000 (RJ 752).

<sup>2194</sup> Con reiteración se señala: “adoptar un criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción”. Cfr. SSTS de 9 de marzo de 1988 (RJ 1609), 19 de diciembre de 1989 (RJ 8843), 8 de octubre de 1990 (RJ 7585), 1 de octubre de 1991 (RJ 7255), 8 de junio de 1992 (RJ 5168), 28 de enero 1994 (RJ 575), 13 de octubre de 1999 (RJ 7426), 24 de mayo de 2007 (RJ 4008), y 13 de octubre de 2010 (RJ 7453).

En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 367, sostenía el entronque de la responsabilidad del promotor con el principio de protección de los consumidores y usuarios establecido en el art. 51 CE. Aluden a que la equiparación con el contratista descansa en razones protección de los adquirentes, GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 452, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 222.

<sup>2195</sup> Lo que se observa desde las SSTS de 11 de octubre de 1974 (RJ 3798) y 17 de octubre de 1974 (RJ 3896). También puede verse la STS de 8 de junio de 1992 (RJ 5168) en la que se incide en que la equiparación del promotor con el contratista es “a efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal establecida en el art. 1591 cc”, y en igual sentido la STS de 26 de junio de 1997 (RJ 5149). Se refiere a las dos primeras sentencias, MORALES MORENO, o.c. nota 2191, p. 684. También puede verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 51, quien además alude a la dificultad de prosperar las previstas en los arts. 1.101 y ss. CC.

<sup>2196</sup> Cfr. SSTS de 16 de diciembre de 2004 (RJ 2005/272), 28 de enero de 1994 (RJ 575) y de 8 de junio de 1992 (RJ 5168) que textualmente dice: “las razones que motivaron este criterio fueron las siguientes: a) que la obra se realiza en su beneficio; b) que se encamina al tráfico de la venta a terceros; c) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; d) que fue el promotor quién eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y e) que adoptar un criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia el resto de los intervinientes en la construcción”.

Por otro lado, al promotor se le ha reconocido legitimación según las diferentes modalidades de intervención que pueda tener en la obra. Se le ha considerado legitimado como promotor-vendedor<sup>2197</sup>, esto es, aquel que no se ocupa de construir. Si el promotor realiza las labores de construcción por sí mismo estaremos ante un promotor-constructor, al que lógicamente también se reconoce legitimación<sup>2198</sup>.

La equiparación del promotor-constructor al constructor evidentemente ha contado con un acogimiento favorable, ya que el hecho de que el constructor sea a la vez el promotor no le quita la primera condición<sup>2199</sup>.

---

<sup>2197</sup> Cfr. SSTs de 8 de febrero de 1982 (RJ 584), 1 de marzo de 1984 (RJ 1194), 13 de junio de 1984 (RJ 3236), 12 de diciembre de 1985 (RJ 6525), 29 de junio de 1987 (RJ 4828), 9 de marzo de 1988 (RJ 1609), 8 de octubre de 1990 (RJ 7585), 1 de octubre de 1991 (RJ 7255), 10 de marzo de 1993 (RJ 1829), 20 de diciembre de 1993 (RJ 10100), 28 de enero de 1994 (RJ 575), 20 de junio de 1995 (RJ 4934), 21 de marzo de 1996 (RJ 2233), y 27 de enero de 1999 (RJ 7). Por todos CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 362 señala que *“se equipara la figura del promotor a la del contratista, aunque actúe como mero comitente”*.

<sup>2198</sup> Sobre este concepto del promotor-constructor, LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 222, pp. 13-14. Aunque, como ha puesto de manifiesto ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 185-186, en alguna ocasión el TS, como ocurrió en las sentencias de 1 de marzo de 1984 (RJ 1194) y 12 de diciembre de 1990 (RJ 9999), ha considerado como promotor-constructor a quien en realidad es promotor-vendedor, puesto que no interviene en la construcción sino que la encarga a tercero.

Sobre la legitimación del promotor-constructor, entre otras, SSTs de 11 de octubre de 1974 (RJ 3798), 1 de marzo de 1984 (RJ 1194), 13 de junio de 1984 (RJ 3236), 21 de marzo de 1988 (RJ 2222), 2 de diciembre de 1989 (RJ 8790), 19 de diciembre de 1989 (RJ 8843), 23 de enero de 1991 (RJ 310), 22 de mayo de 1995 (RJ 4090), y 21 de octubre de 1998 (RJ 8732).

Sin embargo, en algún pronunciamiento aislado el Tribunal Supremo ha hecho responder al promotor-constructor sólo por su condición de constructor, exonerándole de responsabilidad si el defecto no es un vicio de la construcción. Ese fue el caso de la STS 28 de enero de 1994 (RJ 575) que exonera al promotor-constructor de responsabilidad derivada por vicios de suelo, y condena al otro promotor no constructor y al arquitecto superior y al aparejador. Y en STS de 10 de octubre de 1994 (RJ 7474) no lo hizo responder de actos del subcontratista por medio del art. 1.596 CC, al no considerarse como tal a éste por fijarse exclusivamente el TS en la cualidad de promotor del promotor-constructor.

<sup>2199</sup> Admiten esta legitimación del promotor-constructor, entre muchos, MORALES MORENO, o.c. nota 2191, p. 682; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la STS de 13 de junio de 1984*, CCJC 6 (1984), pp. 1.841 y ss.; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.195, y GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, pp. 454-455.

Sin embargo, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 247, no considera correcta la asimilación porque falta el previo encargo propio del contrato de obra.

Mayores problemas ha presentado la legitimación del promotor-vendedor por medio del art. 1591.1º CC, porque a pesar de que ha sido calificada mayoritariamente de correcta<sup>2200</sup>, otros son contrarios y se centran en su falta de intervención en la ejecución de la obra<sup>2201</sup>, o en que se obtendrán los mismos resultados tanto por la vía del cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa<sup>2202</sup>, a lo que se unen otros que advertían de los inconvenientes técnicos de la equiparación del promotor al constructor<sup>2203</sup>.

---

<sup>2200</sup> MORALES MORENO, o.c. nota 2191, pp. 681-684, quien apunta que el promotor no es un vendedor cualquiera, sino un vendedor que, precisamente, lo ha fabricado y que esa venta cubre una función transmisiva equivalente a la que se daría en es caso de haber mediado un contrato de obra; siguiéndole CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c.. nota 2183, p. 232. También valoran positivamente la legitimación tratada LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 337; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.195 (véase nota siguiente), y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.139.

<sup>2201</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 372-373, exponía que el promotor que no fuera al mismo tiempo constructor no tendría una función específica en las tareas de la construcción, por lo que era una *“responsabilidad sin facultades”*; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o.c. nota 2199, pp. 1.841 y ss., señalaba que cuando un agente no es culpable se exonera, salvo el caso del promotor, el cual no puede ser culpable por no haber intervenido en la ejecución de la obra, y que si se hace responder al promotor vendedor, por ese mismo camino se podría llegar a hacer responder a los sucesivos adquirentes que venden, con lo que lo que cada vez conduce a resultados menos admisibles. Este autor proponía distinguir entre el promotor-vendedor y el promotor-constructor señalando que en el primer caso la interposición entre el constructor y los adquirentes del promotor no impide a éstos ejercitar la acción por ruina o incumplimiento frente al constructor.

En sentido contrario al primero, contestándole, SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.195, era partidario de tener en cuenta la *“esencial participación del promotor en el proceso económico y la razonabilidad de imputarle a él y no a los terceros adquirentes la carga de información correspondiente...”*; en idéntico sentido a este último GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, pp. 454-455.

<sup>2202</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 372-373, quien argumentaba el adquirente percibe todas las acciones que defienden los derechos inherentes a su propiedad, entre ellas, la del art. 1.101 y la específica del art. 1.591, por lo que no existe desamparo; CORDERO LOBATO, E., *Comentario a la STS de 3 de octubre de 1996*. CCJC 43 (1997), pp. 244 y ss., quien señalaba la irrelevancia desde el punto de vista de los resultados de equiparar el promotor-vendedor al constructor, porque el interés, refiriéndose a la reparación del inmueble, es el mismo en el contrato de obra que en el contrato de compraventa. En igual sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 47, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 228.

<sup>2203</sup> Para CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 244 y ss., la equiparación del promotor al constructor presenta inconvenientes técnicos, tanto en su modalidad de promotor

En relación con lo anterior, conviene recordar que en ocasiones el Tribunal Supremo fundamenta la responsabilidad del promotor tanto en el art. 1.591 CC como en el incumplimiento contractual por no reunir los inmuebles vendidos las condiciones aptas para su finalidad<sup>2204</sup>.

Por otro lado, durante un tiempo se intentó distinguir el régimen del promotor que vende una vez terminado el edificio del promotor que lo hace encontrándose éste en construcción con fundamento en que en tales casos no interesa el proceso constructivo y que no existe previo encargo del promotor al resto de agentes<sup>2205</sup>. A esto se oponían otros

---

puro como de de promotor vendedor. Observa también la falta de encaje del promotor-vendedor, ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.237.

<sup>2204</sup> Cfr. STS de 20 de junio de 1995 (RJ 4934) que señala: “*es doctrina jurisprudencial (Sentencias de 6 y 10 octubre 1992 [RJ 1992\7527 y RJ 1992\7545], 29 septiembre 1993 [RJ 1993\6659] y 2 febrero y 25 octubre 1994 [RJ 1994\7682]) la expresiva de que no obsta a la responsabilidad del promotor que también pudiera ser imputada a los técnicos intervinientes en la obra, pues la responsabilidad de que se trata nace del incumplimiento contractual al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para su finalidad ...*”; la STS de 13 de octubre de 1999 (RJ 7426) señala: “*al margen de la responsabilidad decenal que el art. 1591 CC sanciona, entra en juego aquella otra por incumplimiento de las obligaciones que como parte vendedora le corresponden*”; la STS de 23 septiembre de 1999 (RJ 7266) marca la diferencia entre los criterios que determinan la responsabilidad conforme al 1.591 (que la obra se realiza en su beneficio, la elección de los agentes, la confianza de los adquirentes, etc.) y la responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones como vendedor.

Sobre esta jurisprudencia, por todos, DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, pp. 72-73, quien pone de manifiesto que el TS ha condenado al promotor al margen de la responsabilidad decenal, por su responsabilidad derivada del contrato de compraventa; CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, p. 36, el cual expone que el promotor que vende presta una garantía contractual incondicional de que el bien se ajusta al programa precontractual y a los usos y fines para los que el inmueble debe destinarse, lo que comporta, dice el autor, que esta garantía es independiente propiamente de la imputabilidad de la ruina, y, en verdad, del propio art. 1591 CC.

Algo parecido observamos en el anteproyecto de Ley del Código Mercantil el cual regula el contrato de compraventa de bienes inmuebles atribuyéndole carácter mercantil por la condición de operador de mercado del vendedor o comprador (cfr. art. 511-1, y véase art. 001-2 sobre la noción amplia de operador de mercado), y determina el cumplimiento de la obligación de entrega del bien conforme al contrato en atención, entre otros contenidos, a que sea apto para los usos a que ordinariamente va destinado y presente la calidad y proporcione las prestaciones habituales que el comprador pueda esperar fundadamente (cfr. art. 511-7).

<sup>2205</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 246-247 y 248, quien destaca que en tal caso interesa el intercambio, y resalta la necesidad del previo encargo característico de la obra. Añadía el autor que en los supuestos de venta sobre plano era más viable la solución del TS de las sentencias de octubre de 1974, y que cuando estamos ante una

para los que el momento de la compra no podía marcar la mayor o menor protección, y no era necesario un previo encargo de la obra del promotor al resto de agentes porque en realidad éste promovía al margen de cualquier encargo previo de los adquirentes<sup>2206</sup>.

Por último, en cuanto a los requisitos de la inclusión del promotor en el círculo de los responsables del art. 1.591.1º CC, aunque venía caracterizado por ser el beneficiario económico de la promoción<sup>2207</sup>, en algunos pronunciamientos no se ha exigido su profesionalidad<sup>2208</sup>, esto es, que se dedique habitualmente a ello, por lo que se ha considerado como tal a aquel que realiza la actividad de promoción aisladamente.

---

venta “sobre plano” confluye un *dare* típico de la compraventa junto con un *facere* característico del contrato de obra.

En relación con ello, hay que anotar que, aunque aisladamente, se exoneró al promotor por haberse transmitido tras la construcción en la STS de 1 de abril de 1977 (RJ 1510). Además de ser aislada esta sentencia en relación con las que no distinguen, ya hemos dicho que en otras ocasiones el TS hace responder al promotor que compra el edificio terminado y lo vende, esto es, sin intervención alguna en el proceso constructivo.

<sup>2206</sup> MORALES MORENO, o.c. nota 2191, pp. 671 y 679, quien señalaba que el hecho de que se califique como venta la enajenación del fabricante de su propio producto, no la asimila a la venta típica y no impide que se utilicen para su regulación algunas normas contenidas en el contrato de obra, para, armonizándolas con otras propias del contrato de compraventa, construir la regla negocial adecuada al caso. Resaltaba que en la actualidad ya no es clara la separación del contrato de compraventa y el de obra, como lo era en la época de la codificación, de una sociedad artesanal, en la que la compraventa se reservaba para objetos usados, y se preguntaba retóricamente por qué el comprador de un edificio en construcción debe tener mayor protección que uno que lo compra a los poco después de su terminación.

También GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 252, ponía de relieve que era indiferente el momento de la venta, y añadía la irrelevancia referida del previo encargo. Siguiéndole, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 47.

<sup>2207</sup> Véase SSTs en nota 2185. Además, SSTs de 29 de noviembre de 2007 (RJ 8657), 4 de diciembre de 2008 (RJ 6950), 18 de septiembre de 2012 (RJ 9014), y 24 de mayo de 2013 (RJ 4620).

<sup>2208</sup> Cfr. SSTs de 21 de octubre de 1998 (RJ 8732) (se trataba de un propietario demandado que encargó a constructor y a técnicos la construcción en su propiedad y con posterioridad vendió a tercero, alegando en su defensa que era carpintero) y 28 de octubre de 1999 (RJ 7631) (se trataba de un propietario que rehabilitó su vivienda para lo que contrató a técnicos y a constructor, y la transmitió a los pocos meses).

## 2.2.1.2 La responsabilidad del promotor en la LOE

### 2.2.1.2.1 El concepto de promotor en la LOE

La LOE incluye expresamente al promotor como uno de los agentes de la edificación lo que debe ser valorado al colmarse la laguna del art. 1.591 del CC y no ser necesaria su equiparación al constructor<sup>2209</sup> como vimos en el epígrafe anterior que hacía el Tribunal Supremo. Con ello nuestro ordenamiento se empareja con el francés que ya había reconocido la responsabilidad del promotor<sup>2210</sup>.

El art. 9.1 de la LOE se refiere al promotor como *“cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.”* Se ha resaltado que es la primera vez que

---

<sup>2209</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 177 y 51, respectivamente.

<sup>2210</sup> Cfr. art. 1.792-1 del CC francés que considera como constructor, en el sentido amplio que maneja, en su apartado 2, y por tanto, sujeto a las responsabilidades decenal y bienal, a *“toda persona que vende, después de terminada, una obra, que ha construido o hecho construir”*, al igual que hace su apartado 3 con *“toda persona que, actuando en calidad de mandatario del propietario de la obra, cumple una misión asimilable al arrendador de obra”*; art. 1.831-1, referido al contrato de promoción inmobiliaria, que hace al promotor garante de la ejecución de las obligaciones puestas a cargo de las personas con las que ha contratado en nombre del propietario de la obra (puede verse traducciones de estos preceptos ofrecidas por CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 448, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 41-42). Al apartado 2 del art. 1.792-1, como señala CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 448, lo complementa el art. 1.646-1 que establece que el vendedor de un inmueble por construir adquirirá, desde la recepción de los trabajos, las mismas responsabilidades.

En cambio en Italia el CC no contempla expresamente la responsabilidad del promotor, pero la doctrina italiana considera que la responsabilidad establecida en su art. 1.669 para el contratista es aplicable al vendedor que además haya sido constructor, como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 192-193.

Sí se contemplaba el promotor en el art. 1.600 del CC en la redacción dada por el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”, al extender la responsabilidad al que en ejercicio de una actividad empresarial hubiera promovido la construcción de una obra inmobiliaria de carácter permanente.

define al promotor con carácter general<sup>2211</sup>, y la inspiración en la derogada Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda<sup>2212</sup>. No obstante, esta definición ha recibido diferentes valoraciones<sup>2213</sup>.

En cualquier caso, de esta definición legal y de otros arts. de la LOE se extrae que la nota definitoria del promotor es su intervención decisoria en el proceso de la edificación<sup>2214</sup>. Este control que ejerce el promotor sobre

---

<sup>2211</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 267, en el mismo sentido la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 481; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, pp. 32-33, y DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 69.

En el epígrafe anterior vimos que con anterioridad había diferentes conceptos de él en las correspondientes normativas.

<sup>2212</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 297, destaca la definición en términos casi idénticos. También pueden verse MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 43-44, y LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 169. Cfr. art. 3 de dicho cuerpo normativo, que en su apartado primero definía al promotor como *"la persona física o jurídica que decide, programa e impulsa su construcción o rehabilitación, las suministra, aunque sea ocasionalmente, al mercado inmobiliario y transmite su titularidad dominical o las adjudica o cede mediante cualquier título"*, y en su apartado 3, señala que *"También es promotor quien promueve para satisfacer su necesidad de vivienda, individualmente o asociado con otros con la misma finalidad"*.

<sup>2213</sup> La crítica por utilizar un lenguaje vulgar, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 271. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.606, la califica de poco técnica. De ambigua la tachan ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.243, y LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 170, aunque ambos autores señalan que se debe a la intención de legislador de incluir los máximos supuestos posibles dentro del concepto.

Igualmente CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 272-273, reprocha que la LOE vuelva sobre la definición de promotor en su art. 17.4 para señalar que su responsabilidad se extiende a quienes actúen como gestor o promotor de cooperativas, de comunidades de propietarios o de figuras análogas.

Sin embargo, resulta en líneas generales acertada para RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 146, incluso por GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.693, se califica de brillante por centrarse en su grado de participación en el proceso edificatorio.

<sup>2214</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 466 y 468, ha apreciado con acierto la nota de la decisiva intervención del promotor en el art. 6 que lo contempla como quien recepciona la obra, en el art. 10, que señala que encarga el proyecto, y en el art. 11, que dispone que frente a él el constructor asume el compromiso de ejecutar las obras con sujeción al proyecto y al contrato. CABANILLAS SÁNCHEZ señala que *"La responsabilidad principal del promotor se justifica por el agente que decide, programa y financia las obras de edificación..."*.

Además, en la Exposición de Motivos (pto. 3) se destaca que *"asume la iniciativa de todo el proceso"*.

Sobre esta nota definitoria del promotor también pueden verse CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 434 y 483, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 794. En esta línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c.



la obra se derivaba de las definiciones doctrinales y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que vimos en el epígrafe anterior, por lo que no es de extrañar que se haya sostenido que la definición legal se asemeja a la manejada por éste<sup>2215</sup>. En este sentido, al igual que hemos visto se hacía comentando el art. 1.591 CC, se destaca que el promotor no es un vendedor cualquiera, sino un vendedor que ha fabricado el edificio<sup>2216</sup>, y el Tribunal Supremo sigue recalcando tras la entrada en vigor de la LOE el control del promotor<sup>2217</sup>.

---

nota 14, p. 178, señala que “se configura en el art. 9.1 de la LOE como característica esencial del promotor que corresponde a él decidir, impulsar, programar y financiar las obras de edificación...”. CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 431 destaca “su condición de artífice del proceso constructivo”, también, siguiéndole, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 144. Igualmente se refiere a su capacidad decisoria y su actividad organizadora, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 170, y en análogo sentido, ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.241.

<sup>2215</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 271. ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 762-763, observa que la definición de promotor de la LOE coincide en parte con los conceptos doctrinal y jurisprudencial, y que en ella se recoge expresamente el argumento utilizado por el TS de la asunción del impulso y coordinación de la edificación por parte del promotor.

Ello también se aprecia en el CTE que define al promotor en su Anejo II como “el agente de la edificación que decide, impulsa, programa y financia las obras de edificación”, y en lo que observa OTERO CERREZO, o.c. nota 426, p. 54, que el CTE ratifica tales funciones.

<sup>2216</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 794, quien a MORALES MORENO y CABANILLAS SÁNCHEZ (véase nota 2200), autor este último que sigue sosteniéndolo tras la LOE (o.c. nota 27, p. 467). También se aprecia lo anterior en RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 140.

<sup>2217</sup> Cfr. STS de 8 de octubre de 2001 (RJ 7549) que señaló en un supuesto en el que no era de aplicación la LOE por razones temporales, y el recurrente pretendía que no se le calificara como promotor: “No puede la recurrente pretender lo contrario cuando ella es la que ha encargado la obra al constructor, para realizar el proyecto confeccionado por el Arquitecto-director de obra, también demandados. Son los que, elegidos por la promotora recurrente, realizan para ella el edificio que destinaba a la venta por pisos como desarrollo de su actividad mercantil. Empleando los términos de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, no vigente en la fecha de los hechos, es la recurrente quien, como Promotora, «decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título» (art. 9.1)”. STS de 8 de marzo de 2011 (RJ 2758): “El promotor...es un encargado de la construcción del edificio que ha vendido sobre plano y, en consecuencia, será responsable de los defectos o vicios de la construcción que presente el inmueble”. Igualmente puede verse la STS de 24 de mayo de 2013 (RJ 4620) y las que ella cita señalando: “El Promotor ni diseña ni ejecuta o vigila la obra, al ser funciones propias

Por la importancia de la anterior nota se destaca la irrelevancia de que exista o no ánimo de lucro, con lo que se marca la diferencia con los pronunciamientos que dieron una particular relevancia a tal criterio bajo el art. 1.591 CC<sup>2218</sup>. Y es que falta la mención de tal ánimo de lucro en el art. 9.1 de la LOE<sup>2219</sup>.

Particularmente, se amplía el concepto jurisprudencial de promotor al incluir al autopromotor en la definición del art. 9 (inclusión en la LOE de la que no se duda salvo algunas excepciones a las que se hará mención<sup>2220</sup>) con lo que ya no se piensa sólo en el empresario que realiza la obra para lucrarse con su enajenación<sup>2221</sup>.

---

*de los demás agentes que intervienen en el proceso constructivo, si bien lo idea, lo controla, administra y dirige a fin de incorporar al mercado la obra hecha...”*

<sup>2218</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 434, 435 y 483, quienes por contraste citan la STS de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2874) que condenó bajo el art. 1.591 CC, como promotor a un banco por financiar la edificación, y como supuestos en los que concurre la condición de promotor a pesar de la falta de ánimo de lucro a las cooperativas y a la promoción pública de viviendas. También destaca la diferencia con la jurisprudencia mencionada, ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.241.

Igualmente se distancia la LOE del 1.600 del CC en la redacción dada por el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra” (véase nota 2210).

<sup>2219</sup> LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 170; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 336, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 119.

<sup>2220</sup> No dudan de tal inclusión, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 429; MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 225; DE LA ROCHA GARCÍA y DEL ARCO TORRES, o.c. nota 328, p. 47; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 192; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.606; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 336; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 439, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 772-773. En cuanto a las excepciones, véase p. 666.

<sup>2221</sup> Como expone MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.307. En el mismo sentido, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 767; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 369, también destaca esta ampliación del concepto de promotor que manejaba el TS; en idéntico sentido a éste SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 939; igualmente CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 429. También destacan el contraste con la jurisprudencia al no exigir ánimo de lucro, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 170-171, y ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, p. 34, nota 57. En parecido sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 177-178.

Tal ampliación ha sido reconocida por el TS. Cfr. STS de 29 de noviembre de 2007 (RJ 8657) que en referencia a la LOE y la plasmación en ésta de la doctrina jurisprudencial matiza: “bien es cierto que con una ampliación del concepto al no

Sin embargo no coincidimos con que tal ampliación igualmente se ponga de manifiesto en el art. 17.4 al extender la responsabilidad del promotor quienes actúen como gestor o promotor de cooperativas, de comunidades de propietarios o de figuras análogas, porque veremos que encontraban cabida en la jurisprudencia<sup>2222</sup>.

#### **2.2.1.2.2 La responsabilidad del promotor como garante de la buena construcción por el resto de agentes**

Dicho lo anterior, en cuanto a la responsabilidad del promotor, el art. 17.3 *in fine* señala que *“En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción”*. Ello significa que responderá solidariamente con otros agentes no sólo en los supuestos previsto en el mismo precepto de imposibilidad de determinación de la causa del daño o el grado de participación de los causantes en él, sino también en los litigios en los que se pueda individualizar las responsabilidades<sup>2223</sup>, a diferencia de lo que

---

*venir ya caracterizado como el mero beneficiario del negocio constructivo”*. En idéntico sentido pueden verse las SSTs de 4 de diciembre de 2008 (RJ 6950), 18 de septiembre de 2012 (RJ 9014) y 24 de mayo de 2013 (RJ 4620).

<sup>2222</sup> Véase epígrafe 2.2.1.2.4. En sentido contrario, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 369, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, pp. 939-940.

<sup>2223</sup> Cfr. SSTs de 24 de mayo de 2007 (RJ 4008); 29 de noviembre de 2007 (RJ 8654); 4 de diciembre de 2008 (RJ 6950); 2 de marzo de 2012 (JUR 102036); 18 de septiembre de 2012 (RJ 9014), y 24 de mayo de 2013 (RJ 4620).

Sostienen esta solidaridad en todo caso, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 435; RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 45; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 140-141; REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 350; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 326; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 94; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 248; DE LA ROCHA GARCÍA y DEL ARCO TORRES, o.c. nota 328, p. 70; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 220; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 518-519; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 759-760; SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 859. Como destaca GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 369, es una responsabilidad solidaria *“que surge desde el momento en que cualquiera de los otros intervinientes en la edificación sea declarado responsable en los términos que establece la Ley”*; en idéntico sentido a éste SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 940. También sobre la responsabilidad solidaria del promotor en todo caso con el resto de los agentes puede verse MEZQUITA

acontecía con el art 1.600 CC en la redacción dada por el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra” que sólo establecía su solidaridad en caso de resultar imposible determinar la causa del defecto.

Por tanto, es una solidaridad propia que existe *ab initio*, sin tener que esperar a la sentencia, a diferencia del resto de supuestos de responsabilidad solidaria del art. 17.3 de la LOE<sup>2224</sup>. Obviamente para su nacimiento es necesario que haya responsabilidad de alguno del resto de agentes de la edificación<sup>2225</sup>, pero sin que sea precisa la intervención del agente responsable materialmente del defecto para que el promotor sea

---

GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, pp. 2.312-2.313; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 7; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 466, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 126.

Durante la tramitación parlamentaria el Grupo Popular defendía la protección de la LOE argumentando esta responsabilidad solidaria del promotor (cfr. Diario de sesiones. Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999, p. 6665, intervención del Sr. Bris Gallego, al señalar “*Quiero indicar, señorías, que el consumidor no puede verse indefenso en una ley que, ante un daño en su vivienda, puede reclamar al promotor, que es el que la vende, y que responde solidariamente frente al resto de los agentes, según establece el artículo 17.3 del proyecto, en el que, además, se obliga a este mismo promotor a suscribir una póliza de seguros frente a los daños estructurales que puedan producirse*”).

<sup>2224</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, pp. 29-30; GÓMEZ MARTÍNEZ, o.c. nota 2041, p. 106, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.169. Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, o.c. nota 117, p. 155, señalan que “*Sólo para el promotor se declara su responsabilidad solidaria en todo caso con los demás agentes, por tanto, antes de la sentencia*”. También se aprecia esta idea en LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 193, cuando señala que el promotor responde solidariamente en todo caso. En esta línea, GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.703, sostiene que no es una solidaridad impropia la del promotor.

<sup>2225</sup> Véase nota 2239, STS de 14 de mayo de 2008 (RJ 3067). Así, CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 7, señala “*parece que la responsabilidad del promotor se verá comprometida indefectiblemente (en todo caso), siempre que exista vicio o defecto de construcción atribuible a cualquiera de los restantes agentes de la edificación...*”, y véase nota 2223, GONZÁLEZ POVEDA y SIERRA GIL DE LA CUESTA.

En contra GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 352, señala que responde aunque los demás agentes demostrasen su falta de responsabilidad, por su condición de último asegurador; en parecido sentido, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, pp. 4.606-4.607, aunque seguidamente se refiere la autora a la operativa de las causas de exoneración del art. 17.8. de la LOE. En contra de GARCÍA CONESA, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 180, el cual acertadamente señala que no hay razón para excluir el juego de las causas de exoneración del art. 17.8.

condenado debido a la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario que trataremos.

De esta responsabilidad solidaria en todo caso del promotor se deriva que responde sin culpa como garante de la buena construcción por parte de los demás agentes frente a los adquirentes o vicariamente<sup>2226</sup>. Se sostiene que estamos ante una responsabilidad objetiva<sup>2227</sup>, a lo que apoya la exigencia de la contratación de seguro<sup>2228</sup>; o de otro modo que

---

<sup>2226</sup> Destacan que la responsabilidad solidaria en todo caso es lo que hace que responda como garante, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 435; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 7; GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. , p. 2.704; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 93-94; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 144; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.606; DE LA ROCHA GARCÍA y DEL ARCO TORRES, o.c. nota 328, p. 70; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 248-249; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 194; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p.193; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 30; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 519; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.169. También puede verse esta idea en GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 369, y en SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 940. En esta línea RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 139, expresa que la LOE *“pasa a erigirlo en el personaje principal de las nuevas acciones previstas en la Ley”*.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 143, sostiene que se puede hablar de responsabilidad vicaria porque el promotor no responde por culpa propia sino por la actuación del resto de los agentes.

<sup>2227</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.702-2.703, quien se basa en que responde como garante, y asume una obligación de resultado en la que no influye la culpa, aunque destaca que no es una responsabilidad objetiva absoluta por las causas de exoneración previstas en el art. 17.8 de la LOE; en idéntico sentido MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 143; en análogo sentido BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 79, señala que se encuentra muy objetivada porque producidos los daños dentro de los plazos de garantía responderá salvo en los supuestos contemplados en tal precepto; ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.246, la califica de objetiva a diferencia de la del resto de agentes en los que ve una presunción de negligencia; también señala que es objetiva porque responde como garante, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.606; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 519, destacan que responde con independencia de que haya sido diligente o no; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 93, que se trata de un supuesto de responsabilidad por hecho de otro, en función de mero garante, con matiz objetivo; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 177, también la califica de objetiva, y destaca que es *“agravada por la circunstancia de no venir referida a un ámbito concreto de actuación”*.

<sup>2228</sup> Cfr. art. 9.2 d), así lo destaca SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 120.

asume una obligación de resultado de que la obra no adolezca de vicios<sup>2229</sup>.

En cuanto al ámbito de esta responsabilidad, la expresión de vicios o defectos de construcción utilizada por el art. 17.3 debe entenderse en sentido amplio, cualquiera que sea la causa del daño, esto es, tanto vicios de la ejecución, como de proyecto, dirección, etc.<sup>2230</sup>, y se extiende a los defectos objeto de las tres garantías decenal, trienal y anual que prevé la LOE, dado que ésta no distingue<sup>2231</sup>. Además, la doble condición de

---

<sup>2229</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, , o.c. nota 29, pp. 90 y ss, y o.c. nota 27, pp. 468-469, quien señala: *“En su condición de garante, hay que entender que el promotor asume una auténtica obligación de resultado, como han entendido la doctrina y jurisprudencia francesas, consistente en la entrega de inmuebles de acuerdo con el contenido de los contratos celebrados, contruidos según la lex artis y exentos, por consiguiente, de vicios o defectos de construcción”*. GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.694, señala que se deriva del art. 2 de la LOE que define el proceso de edificación como la acción *“y el resultado”* de construir un edificio, y del art. 9 que considera la entrega de la edificación como el objetivo principal del promotor. También señala esta obligación de resultado, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 249.

Esta asunción se observa en varios pronunciamientos del Tribunal Supremo recaídos tras la entrada en vigor de la LOE. Cfr. STS de 2 de marzo de 2012 (JUR 102036): *“Su obligación de entrega, caso de que tengan vicios incursos en el artículo 1591, la ha cumplido de modo irregular, defectuoso, y no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros ligados con él mediante los oportunos contratos”*. Véase STS de 24 de mayo de 2013 (RJ 4620) nota 2217.

<sup>2230</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.705; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 94; ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.246, y LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 178.

<sup>2231</sup> Sobre esta extensión, por todos FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, pp. 87-88; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 428; GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.707; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 7; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 427; ROUANET MOTA, o.c. nota 382, pp. 6-7; GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, p. 158; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 98; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 194; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 87; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 247; DEL ARCO TORRRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 532 y 534; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.169; SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, pp. 859 y 863. En contra, MIRANDA CABRERA, A., *Manual del promotor inmobiliario*, ed. Comares, Granada, 2003, p. 286, entiende que de los defectos de terminación o acabado sólo responde el constructor por medio de la LOE.

Reconociendo la responsabilidad del promotor también de los defectos objeto de la responsabilidad anual puede verse la STS de 11 de abril de 2012 (RJ 5746) que la deriva de su responsabilidad en todo caso ex art. 17.3, y desestima el recurso de casación de la promotora que alegaba que de dichos defectos sólo debía responder la constructora.

promotor-constructor que pueda tener el promotor no le priva de su responsabilidad solidaria en este último concepto<sup>2232</sup>.

Esta responsabilidad del promotor en todo caso, aunque por algunos se ha valorado de gravosa<sup>2233</sup>, desde la perspectiva de los adquirentes resulta justificable<sup>2234</sup>. Además, permitirá superar las dudas sobre la identidad de los sujetos responsables al bastar con demandar al promotor<sup>2235</sup>, quien responderá con independencia del momento de la compra<sup>2236</sup>.

No obstante, resulta criticable que la LOE atribuya la responsabilidad al promotor sin especificar un criterio de imputación porque, a diferencia de lo que ocurre con otros agentes, el art. 9.2 no le atribuye un conjunto de obligaciones y facultades de las que quepa deducir que tiene a su cargo

---

<sup>2232</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 369; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 99; ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.243; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 87; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 940; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 221; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 252. Como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 213, asume las obligaciones y responsabilidades de ambos agentes.

<sup>2233</sup> ECHEVARRÍA SUMMERS, o.c. nota 269, p. 37, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 192.

<sup>2234</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 140; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 164, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 192.

<sup>2235</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 427; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 194, destaca que por la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario, bastará con demandarle, de acuerdo con el art. 1.144 CC. Sobre la inexistencia de este litisconsorcio pasivo necesario permitiéndose demandar sólo al promotor pueden verse por todos, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 162-163; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 950, pp. 70-71; y GÓMEZ MARTÍNEZ, o.c. nota 2041, p. 106.

También se observa lo anterior en DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 520, quienes destacan que la responsabilidad solidaria *“se encuentra justificada, puesto que normalmente el adquirente sólo conoce al promotor...”*; en el mismo sentido DE LA ROCHA GARCÍA y DEL ARCO TORRES, o.c. nota 328, p. 70, y BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 87. En análogo sentido, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 141, señala que se evita que se dirija la demanda contra sujetos inadecuados ahorrándose costes, idea que también destaca LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 179, al aludir a que se evita la imposición de costas judiciales de los absueltos por falta de responsabilidad.

<sup>2236</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 142. Ya vimos que durante un tiempo se discutía si el art. 1.591 CC era aplicable a las ventas producidas una vez terminado el edificio (véase epígrafe anterior).

la satisfacción del interés del futuro propietario en tener un inmueble sin defectos<sup>2237</sup>, obligaciones que dicho sea de paso tampoco lo definen<sup>2238</sup>.

Por este camino no es de extrañar que el Tribunal Supremo haya reconocido que su responsabilidad no deriva del incumplimiento de las obligaciones<sup>2239</sup>. Otra cuestión es que el incumplimiento de alguna de ellas pueda generar una responsabilidad particular del promotor, como veremos en epígrafe siguiente.

---

<sup>2237</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 271-272, quien se refiere por ejemplo al caso del constructor respecto del que el art. 17.6 sí establece su responsabilidad por impericia, a diferencia de lo que sucede con el promotor, respecto del que el art. 17.3 se limita a decir que responde “*en todo caso*”. En el mismo sentido, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 177-178. Igualmente critica que la LOE no haya establecido expresamente el criterio de imputación del promotor, CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 7; y destacan que la responsabilidad de éste no deriva del incumplimiento de las obligaciones que establece la LOE, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 369; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 940; ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.244-1.245, y LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 177-178, al señalar que en el art. 9.2 se recogen “*las impropiaamente denominadas obligaciones*”. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 486, destacan que sólo son verdaderas obligaciones frente a los adquirentes las de las letras d) y e) que son las de suscribir los seguros y entregarles la documentación de la obra, porque las de las letras b) y c) lo son frente al resto de agentes y la de la letra a) sólo es una descripción de situaciones habituales de la promoción inmobiliaria.

No obstante, con carácter han sido criticadas las obligaciones que la LOE impone a los agentes, DÍEZ-PICAZO L. (véase nota 685); CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 6, las califica de toscas; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 430, sostiene que muchas no son tales sino una selección de rasgos caracterizadores de los agentes; en el mismo sentido, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 118; Igualmente se refiere a las críticas de que han sido objeto por su falta de consecuencias, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 145-146

<sup>2238</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 486-487, ponen como ejemplo que no hará falta que el promotor ostente ninguna titularidad sobre el solar que le faculte a construir (véase sobre esta obligación epígrafe siguiente). Igualmente destaca que estas obligaciones no ayudan a definirlo, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 146, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 793, que su incumplimiento no conlleva la pérdida de la condición de promotor.

<sup>2239</sup> Cfr. STS de 14 de mayo de 2008 (RJ 3067): “*A la responsabilidad del promotor se refiere también el inciso segundo del artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación -de no aplicación, como ya se ha indicado, a este litigio-, según el cual...de modo que no se trata de una responsabilidad individualizada, derivada del incumplimiento de unas específicas obligaciones establecidas en la Ley, sino de una responsabilidad solidaria, que surge desde el instante en que cualquiera de los demás agentes de la edificación sea declarado responsable en los términos establecidos por la Ley*”.



Con todo, el criterio de imputación del promotor es la confianza que su intervención genera en los adquirentes sobre la idoneidad de la edificación y su carencia de defectos<sup>2240</sup>, argumento que era uno de los utilizados por el Tribunal Supremo para incluirlo en el círculo de legitimados pasivos del art. 1.591 CC, como vimos en el epígrafe anterior. Así, alguna autora ha sostenido que tal criterio es el único aplicable, ello en línea con algunos autores que al comentar aquella jurisprudencia discrepaban de los otros criterios<sup>2241</sup>.

Que el criterio de imputación sea la confianza que razonablemente puedan tener los propietarios en la competencia del promotor, apunta al promotor profesional que será el único que podrá tener una intervención decisoria en el proceso constructivo<sup>2242</sup>. Sin embargo, el art. 9.1 de la LOE no exige del promotor que sea un profesional<sup>2243</sup> y considera como tal al que promueve una edificación individual para sí mismo, esto es, el

---

<sup>2240</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 434. CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 273, destaca que esta idea la confirma el art. 3 de la derogada Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, que imputa al vendedor el riesgo de las faltas de conformidad del bien con lo que el adquirente pueda fundadamente esperar. También aluden a esta confianza en el prestigio o en la idoneidad del producto, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 133-134; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.606, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 193.

<sup>2241</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 273 y 388. Nos referimos a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (véase notas 2191 y 2201) y MORALES MORENO (véase nota 2191). El primero reprochaba que el promotor respondiera a pesar de no intervenir materialmente en la obra (dado que no la construye, proyecta ni dirige), y que el lucro obtenido se utilizara como un criterio de imputación, y ambos autores que respondiera por *culpa in eligendo* del resto de agentes, sobre todo cuando se contrata a técnicos titulados.

<sup>2242</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 274. En contraposición cita la autora la STS de 31 de enero de 2003 (RJ 647) que califica como promotor a los propietarios comuneros del solar que encargaron a uno de ellos que gestionara la edificación. No obstante, consideramos que en este supuesto jugó que se tratara de una comunidad constituida para vender a terceros, [a las que el TS ha reconocido legitimación pasiva de la acción prevista en el art. 1.591 CC (véase epígrafe 2.2.1.2.4)].

<sup>2243</sup> BURGOS PÉREZ DE ANDRADE y GARCÍA VARELA, o.c. nota 2138, p. 154; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 53; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 170; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 336, y BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 78

autopromotor<sup>2244</sup>. Por tanto, éste asume la condición de garante sin reunir los requisitos que la justifican en cuanto profesional del sector inmobiliario que promueve la construcción para ponerla en el mercado<sup>2245</sup>. No obstante, al autopromotor se ha exonerado de la obligatoriedad de contratar desde el inicio el seguro decenal en caso de vivienda individual<sup>2246</sup>.

No se duda de tal inclusión a pesar de que la expresión “para sí” que utiliza el art. 9.1 no obedecía al propósito de envolver al autopromotor<sup>2247</sup>. Con ello se marca la diferencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se basaba en el carácter profesional del promotor, aunque también recayeron pronunciamientos que no lo exigieron<sup>2248</sup>.

---

<sup>2244</sup> Éste responderá incluso en caso de que transmita después de haberla destinado a uso propio sin haber tenido ninguna intención de transmitirla con anterioridad, y menos todavía despertado ninguna confianza en el adquirente más que la de simple vendedor, como destaca MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 191-193.

<sup>2245</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 195, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 767 y 772. Ya no se piensa sólo en el empresario que realiza la obra para lucrarse, como sostiene MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.307.

En contra CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 429, observa que asume las mismas funciones que cualquier promotor.

<sup>2246</sup> Cfr. disposición adicional segunda. Uno., que fue fruto de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Esta disposición obliga, salvo pacto en contrario, a contratar el seguro decenal en caso de antes de transcurrir tal plazo el autopromotor decida vender la vivienda. Sobre los obstáculos que pondrán las compañías para esta contratación tardía por no haber sido controlada la construcción por las entidades nombradas por aquéllas, véase, por todos RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 151.

<sup>2247</sup> Véase p. 657 los autores que sostienen la cobertura del autopromotor. La expresión “para sí”, fue fruto de la enmienda número 26 del Grupo Parlamentario vasco para recordar que también el autopromotor debía solicitar las correspondientes autorizaciones administrativas, y que sostenía que la transmisión de la titularidad de lo construido no podía constituir una «obligación» del promotor. (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999). Por lo anterior, algunos autores sostienen que no era la intención incluir al autopromotor (PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 275; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 347-348, y LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 174).

<sup>2248</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 188-190, resaltando la diferencia con el concepto jurisprudencial que se restringía a los profesionales del sector inmobiliario. También destaca el contraste con la jurisprudencia al no exigir ánimo de lucro LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 171-172. PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254, señala: “...para la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el

No obstante, algunos se han opuesto a la inclusión tratada con fundamento en que el criterio de imputación de su condición de artífice del proceso constructivo sólo es predicable del promotor profesional<sup>2249</sup>, o en que se trata de un régimen bastante riguroso para el autopromotor<sup>2250</sup>.

Ciertamente dado que el autopromotor no generará confianza en los terceros acerca de la idoneidad del edificio resulta riguroso para el este régimen de responsabilidad en todo caso del art. 17.3<sup>2251</sup>.

Al margen del caso del autopromotor, el promotor podrá repetir por el todo frente al resto de agentes en ejercicio de la acción prevista en el art.

---

*artículo 1.591 del Código Civil, nunca ha sido equiparable el que promueve «para sí» -- que es el tradicional «dueño de la obra» del Código, ante el que el constructor y los profesionales técnicos responden contractualmente, y al que jamás se ha pretendido hacer responder de los defectos constructivos frente a cualquier subadquirente-- y aquel que promueve para comercializar sus productos inmobiliarios: que es el único «promotor» al que la jurisprudencia sobre el artículo 1.591 ha hecho responder frente a cualquier subadquirente de los defectos constructivos. Por eso, la jurisprudencia civil jamás consideró «promotores», por ejemplo, a las cooperativas de viviendas...”*

Véase en p. 655 algunas sentencias que no exigieron la condición de profesional al promotor.

<sup>2249</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 144-148. Este autor aprecia además que la expresión “para sí” no tiene valor para incluir al autopromotor sino que se refiere a las cooperativas de viviendas cuyos socios se atribuyen las viviendas para sí, de las que responde según el autor, únicamente el gestor que esté al frente de ellas, de acuerdo con el art. 17.4, pero no la cooperativa, de ahí que le resulte no tener sentido que la cooperativa no responda, pero sí lo haga el autopromotor. Además, también se apoya en la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1.591 CC que no consideraba como responsable al autopromotor, entre ellas en la STS de 11 de junio de 1994 (RJ 5227). Le sigue, DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S., *Responsabilidades y garantía del autopromotor individual y colectivo según la vigente Ley de ordenación de la edificación (1)*, ECI 71 (2006), p. 12.

XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, pp. 40-41, han llegado, partiendo de la similitud entre el autopromotor y el comprador de la vivienda, a proponer la equiparación del constructor al promotor, calificándose en estos casos de autopromoción a este último de promotor-constructor. En contra de este razonamiento, por suponer forzar la letra de la ley, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 174, y en cierta medida son conscientes de ello los autores.

<sup>2250</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 347-348.

<sup>2251</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 773, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 189-190. También se ha criticado que las obligaciones que impone el art. 9.2 no están pensadas para este supuesto. Nos referimos a XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, p. 39, y a MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 192, lo cual se comprueba en el caso por ejemplo, de la obligación de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio durante la construcción.

18.2 de la LOE en tanto que responde por lo realizado por éstos sin haber intervenido materialmente en la obra<sup>2252</sup>, o fundamentado de otro modo, porque no es responsable en la relación interna al haber sido condenado por su condición de garante incondicional frente a los adquirentes<sup>2253</sup>.

A pesar de que algunos autores inciden en que la LOE al establecer esta responsabilidad solidaria del promotor ha ido más allá del Tribunal Supremo que en general lo equiparaba al contratista o que ha agravado su responsabilidad respecto de los adquirentes<sup>2254</sup>, bien han destacado otros que a esta responsabilidad como garante del promotor llegó el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1.591 CC<sup>2255</sup>. Efectivamente, a pesar de su recurrente equiparación al constructor, la responsabilidad del

---

<sup>2252</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 345; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 135; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 30; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 811-812, y DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 84.

<sup>2253</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 436; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 94; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 142 y 144; ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.248; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 248-249; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 193-194, y 196. Destaca CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 388, que ello sucederá así salvo que pueda ser aplicable al promotor otro criterio adicional del promotor. Se refiere acertadamente como ejemplo al caso de que sea promotor y a la vez constructor, aclarando nosotros, y haya respondido también por esta última condición, o no se haya podido determinar la causa del vicio, requisito este que apunta ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.248, porque en tal caso conforme al art. 17.3 se condenará a todos los agentes. En el mismo sentido a CORDERO LOBATO, también pueden verse LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 183 (nota 239), y GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 99.

Sobre el derecho del promotor a repetir por el todo cfr. SAP de Baleares de 19 de abril de 2005 (RJ 143444).

<sup>2254</sup> Respectivamente, GÓMEZ MARTÍNEZ, o.c. nota 2041, pp. 105-106, y SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 194.

<sup>2255</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 435-436; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 431 (nota 35); LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.623; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 326; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 87 (nota 93), y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 192.

No obstante, lo cierto es que ya no hace falta buscar el fundamento de la responsabilidad del promotor en criterios culpabilísticos, como destaca MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 134, en referencia al de la culpa *in eligendo* de los otros agentes.

promotor no se limitaba a la de éste, dado que lo hacía como garante frente al adquirente<sup>2256</sup>.

En tal sentido el Tribunal Supremo ha reconocido la plasmación en la LOE de esta jurisprudencia<sup>2257</sup>. Por ello, no consideramos que se haya agravado su situación al declararle garante, aunque alguna vez se le haya

---

<sup>2256</sup> Cfr. STS de 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862) que gráficamente sienta: “...la doctrina jurisprudencial al incorporar la figura del promotor al ámbito de los responsables que, por desfase histórico, contempla de forma incompleta el artículo 1591 del Código Civil, a través de la figura, sí contemplada, del “contratista”, no ha dicho que el Promotor “solo” responde cuando deba responder el constructor, porque ello supondría exonerar al Promotor no constructor, entre otros casos, cuando los vicios fueren imputables a los técnicos, y haya existido culpa “in eligendo” en la elección de estos por parte del Promotor que los contrató”. En el mismo sentido SSTS de 16 de marzo de 2006 (RJ 5622) (que señala “la doctrina jurisprudencial... no ha dicho que sólo su responsabilidad proceda cuando se declara la del constructor, pues se puede apreciar como autónoma teniendo en cuenta que al ser el vendedor está ligado a los adquirentes... y como tal asume el deber de entregar las cosas en condiciones de utilidad, es decir, exentas de vicios constructivos”); 24 de mayo de 2007 (RJ 4008); 26 de junio de 2008 (RJ 4272); 2 de marzo de 2012 (JUR 102036) y 22 octubre de 2012 (RJ 11064). Así, la STS de 20 de octubre de 1990 (RJ 8025) condena al promotor y arquitecto, exonerando al constructor. En sentido opuesto la STS de 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003/337) exoneró al promotor (que era a la vez constructor) de responsabilidad por actos del arquitecto que se solicitaba por culpa *in eligendo*, por considerar que debía probarse.

Sobre la responsabilidad del promotor como garante, se pronunciaron, entre innumerables, GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 422, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.139, quien manifiesta su responsabilidad más allá de la del constructor,

No obstante, también habían opiniones algo contrarias a esta responsabilidad BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (véase nota 2201), y CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 251, quien exponía que su responsabilidad “Por virtud de la obligación de resultado que le incumbe (alcanzar el buen fin de una construcción conforme y sin vicios), su responsabilidad será clara por hecho propio, siendo en cambio dudoso cuándo, y bajo qué condiciones, responde por el hecho de los constructores, de quienes, en este sentido, vendría el promotor a constituirse en un garante”.

<sup>2257</sup> Cfr. STS de 24 de mayo de 2007 (RJ 4008): “Pero es que, además, estos criterios de jurisprudencia han sido incorporados a la Ley de Ordenación de la Edificación (RCL 1999, 2799) en la que el promotor figura como uno más de los Agentes que la misma refiere, y si no fuera por la declaración inicial contenida en el artículo 17, relativo a que «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y adquirentes de los edificios», se podría decir que la Ley constituye al promotor en responsable casi exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado”. En el mismo sentido SSTS de 4 de diciembre de 2008 (RJ 6950); 2 de marzo de 2012 (JUR 102036); 18 de septiembre de 2012 (RJ 9014), y 24 de mayo de 2013 (RJ 4620).

exonerado por no considerársele responsable del vicio, porque se trata de una línea minoritaria<sup>2258</sup>.

### 2.2.1.2.3 La responsabilidad del promotor por hechos propios

Al margen del art. 17.3 de la LOE que hace responder al promotor en todo caso, no hay que olvidar que, como agente de la edificación, también le es aplicable el art. 17.2 de acuerdo con el cual responderá por actos u omisiones propios. Por ello, existe la posibilidad de supuestos de responsabilidad del promotor diferentes al de su condición de garante en función de las decisiones tomadas que hayan influido en los daños a la edificación, y que para algunos autores pueden imposibilitar que repita por el todo frente a los otros agentes<sup>2259</sup>.

Como hemos señalado en el epígrafe anterior, a pesar de que la responsabilidad como garante no deriva del incumplimiento de las

---

<sup>2258</sup> Nos referimos a las SSTs de 31 de marzo de 1992 (RJ 2311) en la que siendo a la vez constructor se absolvió por tratarse de un vicio de dirección exclusivamente; 28 de enero de 1994 (RJ 575) (véase nota 2198); 27 de enero de 1999 (RJ 7) que absuelve a promotora-vendedora de la acción de incumplimiento contractual porque la misma ya había sido absuelta por la audiencia de la acción del art. 1.591 CC por considerarse que había actuado con la debida diligencia. Esta sentencia es criticada por CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, p. 37, para quien al partir la responsabilidad de la equiparación al constructor, en ocasiones, por error, se exonera de responsabilidad si la ruina no es atribuible al constructor.

Se refieren a esta jurisprudencia como minoritaria, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 326, quien cita la sentencia referida de 1994, observando que el TS ha señalado lo contrario con posterioridad en la sentencia de 10 de noviembre de 1999 ya citada (véase nota 2256), y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 164,

<sup>2259</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 152 y ss; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 92-95; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 184-185; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 197. El primer autor se refiere a una serie de sentencias en las que se absolvió al constructor en supuestos de autopromoción debido a que el propietario de la obra se reservaba el control de la misma, como es la STS 1 de junio de 1998 (RJ 3749) que consideró probado que era quien dirigía, contrataba y daba las órdenes erigiéndose “en propietario y contratista a la vez”. Defiende la traslación de tal doctrina a la relación interna del promotor profesional con el resto de los agentes, que pueden quedar exonerados si han advertido al promotor de las consecuencias perjudiciales.

Sin embargo, ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 248, limita la posibilidad de esta responsabilidad del promotor por hechos propios a los supuestos en que sea a la vez constructor.

obligaciones establecidas en el art. 9.2, algunas sí tienen trascendencia para la responsabilidad por hechos propios que ahora analizamos.

Sin contar con la obligación del promotor ya analizada de suscribir el acta de recepción de la obra<sup>2260</sup>, y otras que no guardan relación con la responsabilidad por defectos constructivos, la LOE establece algunas que pueden conllevar una responsabilidad particular del promotor que podríamos denominar por hecho propio. En cuanto a las obligaciones no relacionadas con nuestra materia, nos referimos a la de garantizar la devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes a cuenta del precio durante la construcción<sup>2261</sup>, la de ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculta para construir en él<sup>2262</sup>, y a la de gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas<sup>2263</sup>.

Sí se corresponde con la responsabilidad estudiada la obligación de facilitar documentación e información para elaborar el proyecto, entre la que destaca el estudio geotécnico del terreno<sup>2264</sup>, cuyo incumplimiento o

---

<sup>2260</sup> Véase epígrafe 6 de capítulo VI.

<sup>2261</sup> Regulada en la disposición adicional primera de la LOE que establece la obligatoriedad de que los promotores concierten un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

<sup>2262</sup> Art. 9.2 a). Obligación que resulta criticable dado que bastará con que tenga facultades para poder construir. En tal sentido, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 278-279, (que además destaca que no se prevé ninguna consecuencia jurídica a su incumplimiento); MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 54-55; FELIÚ REY, M. I., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001, pp. 200-201.

<sup>2263</sup> Art. 9.2 c). Esta obligación guarda relación con el art. 5 de la LOE que recuerda que tanto la construcción de edificios, la realización de obras en ellos, como su ocupación, requieren de licencias y autorizaciones administrativas. No obstante, como destaca CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 277-278, la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 486, y FELIÚ REY, o.c. nota 2262, p. 204, las partes pueden pactar que sea el dueño del suelo quien las gestione.

<sup>2264</sup> MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 64; FELIÚ REY, o.c. nota 2262, p. 203, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 200.

facilitar un contenido erróneo puede ser causa del defecto<sup>2265</sup>. El incumplimiento de esta obligación no es sancionado por la LOE y tendrá sus efectos en el contrato firmado con los técnicos<sup>2266</sup>, pero no debe producir una exoneración en la relación interna del resto de agentes aunque medie advertencia, porque el proyectista puede apartarse del encargo, y lo contrario iría en contra de la calidad de la edificación y el carácter indisponible de la responsabilidad<sup>2267</sup>.

En cuanto al incumplimiento de la obligación de autorizar al director de la obra modificaciones del proyecto (art. 9.2), puede que éste adolezca de defectos que hagan imprescindible corregirlo, o que el promotor lo haya modificado en detrimento de la calidad del edificio<sup>2268</sup>. En tales casos

---

<sup>2265</sup> Respectivamente, DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 97, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 200.

<sup>2266</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 279, añadiendo que es una obligación que “cae en la esfera del contrato de obra, que tampoco constituye el objeto de la regulación de la LOE”. Siguiéndole DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 188.

<sup>2267</sup> Al apartarse de la obra se evitaría el acceso al mercado del edificio y el flaco favor que se le hace a la calidad que persigue la LOE. Además, no se vulneraría el carácter indisponible de esta responsabilidad que hemos sostenido en epígrafe 2.3 de capítulo III, en el que rechazamos la admisión de los pactos entre los agentes de la edificación mediante los que se distribuyan la responsabilidad internamente.

En contra, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 154-155, nota 26, para el que no es necesario la decisión tan drástica de los técnicos de apartarse de la obra para que resulten exonerados en la relación interna.

Incluso MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 200, ha defendido que en estos casos puede responder exclusivamente el promotor frente a los adquirentes y no el proyectista salvo que éste debiera advertir el error de la documentación facilitada y no lo hiciera, con lo que evidentemente tampoco coincidimos porque la advertencia hemos sostenido no exonerará ni siquiera en la relación interna. Cuestión diferente es que no haya existido esa posibilidad de advertencia, en cuyo caso no se podrá aplicar la responsabilidad del proyectista prevista en el art. 17.5 de la LOE por los errores de tales documentos, porque no ha encargado la realización del estudio en cuestión, sino que ha sido facilitado por el promotor, punto en el que coincidimos con la autora. Véase p. 703 sobre esta responsabilidad del proyectista.

<sup>2268</sup> Respectivamente, MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 64, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 197, y ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 93.



también rechazamos que el resto de agentes queden exonerados en la relación interna a pesar de que medie advertencia<sup>2269</sup>.

El incumplimiento de la obligación del art. 9.2 d) de suscribir los seguros previstos en el art. 19 es causa de responsabilidad del promotor, porque el apartado séptimo de éste señala que, en todo caso, responderá personalmente el obligado a suscribirlos<sup>2270</sup> en el supuesto de contravención de las normas sobre tales garantías<sup>2271</sup>. Esta norma cuya técnica resulta criticable<sup>2272</sup>, no conlleva la responsabilidad de los socios o administradores de las sociedades lo que se pretendió durante la tramitación parlamentaria<sup>2273</sup>. Como la responsabilidad personal a la que

---

<sup>2269</sup> Véase argumentos en nota 2267. En contra, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 217.

<sup>2270</sup> Que es el promotor en el caso de los seguros previstos en los apartados b) y c) del art. 19.1 que son los que garantizan la responsabilidad trienal y decenal; y el constructor en el supuesto del seguro que garantiza la responsabilidad anual [cfr. art. 19.2 a)].

<sup>2271</sup> Como bien señala CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 463, aunque el art. 19.7 contempla la consecuencia referida para el incumplimiento de las normas sobre el seguro contenidas en los apartados anteriores del precepto, sólo el art. 19.5, referido a los importes mínimos de las sumas aseguradas, será el que conllevará la sanción del primer precepto. Efectivamente, el art. 19.6 prevé el derecho a optar del asegurador por la forma de reparación, en el caso de los apartados 2 y 3 (referido fundamentalmente el primero a las condiciones de tomador y de asegurado del seguro de daños, la imposibilidad de resolver el contrato de seguro ni suspenderlo por impago de las fracciones de la prima siguientes a la primera; y el segundo a los mismos elementos subjetivos del seguro de caución, al compromiso de la aseguradora de pagar a primer requerimiento, y a la imposibilidad de oponer frente al asegurado excepciones que puedan corresponderle frente al tomador) se producirá una nulidad parcial y la integración imperativa de la regla legal, y en el supuesto de incumplimiento del apartado 4 que señala que una vez tomen efecto las coberturas del seguro no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo hasta que transcurra el plazo de duración que prevé el apartado primero, se producirá una ineficacia de ese incumplimiento y el contrato subsistirá. En el mismo sentido BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp.115-116.

<sup>2272</sup> Como señala CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 462, no se puede estar obligado a responder, como dice el precepto, porque *“El responsable no está obligado a cumplir con su deber de responder, sino que responde del incumplimiento de un deber...”*; en el mismo sentido BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 113.

<sup>2273</sup> Cfr. enmienda número 129 del Grupo parlamentario socialista (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999) mediante la que se pretendía modificar el art. 19.7.

En contra, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 95, quien se basa en una interpretación extensiva de la norma, para imponer la responsabilidad al

alude el precepto no añadiría nada al art. 1.911 CC<sup>2274</sup>, se entiende que conlleva que responderá el agente obligado a constituir las garantías aunque el defecto sea atribuible a otro con quien se responderá solidariamente<sup>2275</sup>.

No obstante, esta responsabilidad tiene poco alcance protector del adquirente en el caso del promotor, dado que éste ya responde en todo caso<sup>2276</sup>, como también en el supuesto del constructor, dado que éste responde siempre de los defectos en los elementos de terminación o acabado que son garantizados por el seguro cuya contratación le impone la LOE.

---

representante legal; ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 110, para el que la LOE se refiere al administrador con la expresión “*el obligado a suscribir las garantías*”; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp.114-115, que defiende que eso es lo que pretende el legislador, a pesar de hacer mención expresa al rechazo de la enmienda referida en nota anterior.

<sup>2274</sup> Lo que se puso de relieve durante la tramitación parlamentaria por la enmienda número 31 del Grupo parlamentario Vasco (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999) que pretendía suprimir el tratado art. 19.7.

<sup>2275</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 462, quien señala que “*habrá entre promotor o constructor (según el tipo de seguro) una responsabilidad solidaria con el agente al que fuera imputable el defecto a título individual, aunque no se den las condiciones de solidaridad del art. 17.3*”. En el mismo sentido, JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, pp. 30 y 43; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 907-908. Parece también posicionarse en este sector ESPINOSA LABELLA, o.c. nota 334, p. 9, al señalar que responderá “*en todo caso*” el que incumpla con la obligación de garantizar.

Sin embargo BOLDÓ RODA, o.c. nota 270, pp. 558-559, y en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: Régimen jurídico y técnico*, coord. por R. García Macho, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 161-162, considera que la posición del promotor se agrava porque en vez de responder solidariamente con el resto de agentes a los que sea imputable el defecto, pudiendo optar el adquirente a quien demandar, señala que será responsable directo y personal el promotor sin perjuicio de su derecho a repetir, lo cual también observa que ocurre en el caso del constructor que quedará personal y directamente obligado a responder de los daños objeto del seguro previsto en el art. 19.1 a) para los daños por defectos de terminación o acabado. En el mismo sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 113-114, quien opone expresamente a CARRASCO PERERA que su interpretación resulta contraria a los arts. 17.2 y 17.3 que establecen la regla general de responsabilidad individual y taxativamente los supuestos en que deja de serlo.

A lo anterior nos oponemos porque la no suscripción del seguro conllevaría la restricción de la responsabilidad consagrada en la LOE al agente incumplidor de tal obligación, ello en perjuicio de las posibilidades de reparación para el adquirente.

<sup>2276</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, p. 463; JIMÉNEZ CLAR, o.c. nota 246, p. 43, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 792 y 908.

En caso de que el promotor incumpla esta obligación de asegurar, dado que el art. 19.7 tiene como finalidad proteger a los adquirentes, y no es un precepto tendente a beneficiar al responsable directo del defecto, el promotor podrá repetir por el todo<sup>2277</sup>.

También puede tener trascendencia en la responsabilidad de los agentes el incumplimiento de la obligación de entregar al adquirente la documentación de la obra ejecutada o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes prevista en el art. 9.2 e) de la LOE<sup>2278</sup>. Concretamente el art. 7 contempla como documentación de la obra ejecutada al Libro del Edificio, el cual, además de otros contenidos previstos en tal precepto<sup>2279</sup>, contendrá las instrucciones de uso y

---

<sup>2277</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, pp. 462-463.

<sup>2278</sup> Como ya ha llegado a apuntar la STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2848) dictada en un supuesto en el que no era de aplicación la LOE por razones temporales, al señalar en cuanto al libro del edificio (que forma parte de tal documentación según el art. 7 de la LOE): *“la determinación de su alcance jurídico, que no es fijada en el texto legal, corresponderá a los tribunales cuando surjan contiendas sobre su naturaleza jurídica, calificación, vinculación y efectividad para las partes interesadas”*.

Dada la fórmula legal abierta habrá de tenerse en cuenta, además de la normativa autonómica, otra normativa estatal, diferente a la LOE, como el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas (BOE de 19 de mayo de 1989) aplicable únicamente a las viviendas, según su art. 1, y que establece en su art. 4 que: *“Quienes realicen las actividades sujetas a este Real Decreto deberán tener a disposición del público, y en su caso, de las autoridades competentes, la información siguiente: 1. El nombre o razón social, domicilio y, en su caso, los datos de la inscripción en el Registro Mercantil, del vendedor o arrendador. 2. Plano general del emplazamiento de la vivienda y plano de la vivienda misma, así como descripción y trazado de las redes eléctrica, de agua, gas y calefacción y garantías de las mismas, y de las medidas de seguridad contra incendios con que cuente el inmueble. 3. Descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil, y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios. 4. Referencia a los materiales empleados en la construcción de la vivienda, incluidos los aislamientos térmicos y acústicos, y del edificio y zonas comunes y servicios accesorios. 5. Instrucciones sobre el uso y conservación de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial y sobre evacuación del inmueble en caso de emergencia. 6. Datos identificadores de la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad o expresión de no hallarse inscrito en el mismo. 7. Precio total o renta de la vivienda y servicios accesorios y forma de pago”*.

Además, el Anejo II del CTE complementa el contenido de la documentación de seguimiento de la obra y de su control.

<sup>2279</sup> Como son el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, el acta de recepción, la relación identificativa de los

mantenimiento del edificio que analizaremos al tratar las causas de exoneración de los agentes de la edificación<sup>2280</sup>.

Sin embargo, aunque el promotor no haya entregado estas instrucciones a los adquirentes, y los agentes resulten condenados a pesar del incorrecto uso o falta de mantenimiento sobre la base de que no se les facilitó por el promotor las instrucciones precisas para ello, hay que tener en cuenta que esta documentación también se debe depositar por el promotor y por la dirección facultativa<sup>2281</sup>.

Por otro lado, también es un supuesto particular de responsabilidad del promotor la elección de materiales inadecuados por parte de él<sup>2282</sup>, con lo que se observa una continuidad con el art. 1.590 CC que impone el riesgo de la pérdida de los materiales durante la ejecución de la obra al dueño que los ha suministrado con tal de que el constructor le haya advertido la mala calidad de aquéllos. Sin embargo, por la calidad a la que tiende la LOE y el carácter indisponible de la responsabilidad, no sin reconocer lo discutible de la cuestión, sostenemos que tal advertencia no debería conllevar la exoneración del constructor internamente, máxime cuando

---

agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, y que hace que los adquirentes estén en la condiciones idóneas para exigir las responsabilidades previstas en la LOE (en tal sentido pueden verse CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1466, p. 62; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 57, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 249).

<sup>2280</sup> Véase epígrafe 4.4.

<sup>2281</sup> En cuanto al promotor, la Resolución-Circular de la DGRN de 26 de Julio de 2007 sobre interpretación del artículo 19 Ley del Suelo 8/2007, establece que deberá depositar ante notario ejemplar del Libro del Edificio junto con certificación expedida por el Arquitecto director de la obra acreditativa de que corresponde a la edificación y que ha sido entregado al promotor. En cuanto al director de la obra, el art. 6.1 del CTE en su apartado 2 d) señala que el proyecto incluirá las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio terminado; y tal proyecto forma parte de la documentación de seguimiento de la obra, de acuerdo con el Anejo II del mismo cuerpo normativo, que además impone al director de la obra la obligación de depositarla en el Colegio Profesional correspondiente o, en su caso, en la Administración Pública competente a los efectos de su conservación y emisión de certificaciones a interesados.

<sup>2282</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 93.

este precepto por razones históricas se limita a la relación de aquél con el dueño de la obra, sin un tercer adquirente de lo edificado<sup>2283</sup>.

#### 2.2.1.2.4 Figuras que integran la noción de promotor

La figura del promotor no es reconducible a una categoría única puesto que se presenta bajo diferentes formas<sup>2284</sup>.

Dicho esto, el Tribunal Supremo no ha considerado como promotor a las cooperativas, por su falta de ánimo de lucro<sup>2285</sup>. Son los llamados promotores-mediadores cuyo propósito es construir inmuebles para sus asociados reduciendo costes, no para destinarlos al tráfico, lo que le distingue del promotor<sup>2286</sup>. Por ello, con carácter general se secundaba tal

---

<sup>2283</sup> Esto es, la presencia de este tercer adquirente conllevará, como veremos en el epígrafe 2.2.2.2.3, además de la responsabilidad del constructor frente a ellos, también frente al promotor, porque de lo contrario no se protegerá la calidad de lo edificado accediendo al mercado un producto que *a priori* se sabía defectuoso con la expectativa del promotor de que en caso de ser demandado por los adquirentes podrá repetir lo abonado a éstos.

<sup>2284</sup> GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 23.

<sup>2285</sup> Cfr. SSTs de 11 de octubre de 1974 (RJ 3798), 23 de febrero de 1983 (RJ 1068), 1 de marzo de 1984 (RJ 1194), 11 de febrero de 1985 (RJ 545), 20 de febrero de 1989 (RJ 1212), 6 de marzo de 1990 (RJ 1672), 24 de septiembre de 1991 (RJ 6279), 1 de octubre de 1991 (RJ 7255) y 8 de junio de 1992 (RJ 5168). Es clara esta última cuando afirma: *“siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma Cooperativa”*. En igual sentido la STS 13 de diciembre de 2007 (RJ 2008/329): *“Se ha destacado que estas sociedades no venden pisos y locales comerciales a terceros con esta finalidad, sino únicamente con la de reducir los costes de la edificación en beneficio de sus asociados. Partiendo de esta realidad, la jurisprudencia ha afirmado que su actividad no permite incluirlas en la descripción típica que se hace del promotor, y en consecuencia tales sociedades no están sometidas a la responsabilidad derivada de tal condición”*.

<sup>2286</sup> Cfr. STS de 1 de octubre de 1991 (RJ 7255) según la cual *«[a] esta figura compleja se le ha contrapuesto la del simple promotor-mediador, cuya intervención no viene guiada por la intención de destinar las viviendas al tráfico, transmitiéndolas a terceros compradores para obtener beneficios económicos, supuesto en el que podrían estar incluidas ciertas Cooperativas dedicadas exclusivamente a procurar viviendas a sus socios...”*. Sobre esta caracterización, también pueden verse, LOBATO GÓMEZ, o.c.

exclusión<sup>2287</sup>, aunque otros defendían que respondiera frente a los cooperativistas que sufrían los defectos sobre todo por razones de protección, máxime cuando los técnicos eran absueltos<sup>2288</sup>.

Con la LOE este panorama ha cambiado puesto debe reconocerse la legitimación pasiva de las cooperativas, fundamentalmente porque ya no se exige ánimo de lucro para ser promotor<sup>2289</sup>, y porque su art. 9.1 incluye a los promotores para uso propio ya sea individual o colectivamente<sup>2290</sup>. Así se superan algunas consecuencias injustas que provocaba la falta de legitimación pasiva de las cooperativas en los supuestos en que no se

---

nota 222, p. 14; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 190-191, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 178-179

<sup>2287</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 2183, p. 237; o.c. nota 46, p. 452, resaltando que en este punto, se ha frenado la equiparación entre promotores y constructores y que al no tener ánimo de lucro, difícilmente se le puede reconocer legitimación frente a los adquirentes; GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 248 y 249 aludiendo a la falta de ánimo de lucro y falta de enajenación a terceros; GARCÍA CONESA, o.c. nota 1, p. 69. También parece posicionarse a favor de su exclusión DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 73.

<sup>2288</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 2202, pp. 245 y 248, expone que *“la inexistencia de beneficio no es, repetimos, criterio para negar ni afirmar la responsabilidad y, en todo caso, el coste de la reparación no debería ser soportado por el socio adjudicatario, sino por la cooperativa mediante la distribución y derrama del mayor costo. Además si la cooperativa no responde por ruina, ¿qué acción tienen los socios adjudicatarios cuando, como sucedió en la STS de 8 de mayo de 1985 (RJ 1995, 3942) , la ruina se debe a la sola actuación de aquélla (constructora en el caso) y los técnicos resultan absueltos?”*. Para la autora el lucro puede ser determinante en el supuesto de que, para obtener uno mayor, se hayan utilizado medios materiales inadecuados o insuficientes, pero en este caso no es el lucro lo que conduce a la responsabilidad sino la inadecuada actuación profesional. En el mismo sentido, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 195. También pueden verse SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 191, para el que el criterio del lucro es discutible, porque lo hay en la reducción de costes de la ejecución de obra, considerando que más que ausencia de intención lucrativa, había falta de propósito capitalista; y ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.234, para quien el TS limita los mecanismos de defensa de los socios adjudicatarios.

<sup>2289</sup> Véase epígrafe 2.2.1.2.1 sobre esta falta de exigencia. SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 349; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 53; ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.241; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 769-770; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 337, y BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, pp. 78-79.

<sup>2290</sup> MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 63; DE LA ROCHA GARCÍA y DEL ARCO TORRES, o.c. nota 328, p. 47; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 49; ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.241; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 437, quienes señalan que por tal motivo *“es insostenible la doctrina jurisprudencial relativa a la falta de responsabilidad por ruina de las cooperativas de viviendas”*.

podía condenar a los técnicos y era el cooperativista el que tenía que soportar el coste reparación<sup>2291</sup>.

Sin embargo, algunos se oponen a la responsabilidad de la cooperativa porque de ella sólo responderá su gestor al que hace referencia el art. 17.4 LOE<sup>2292</sup>, o con fundamento en que el promotor lleva implícito el ánimo de lucro el cual no concurre en la cooperativa<sup>2293</sup>.

Al gestor de las cooperativas o comunidades de propietarios se equipara por el art. 17.4 de la LOE al promotor cuando a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción actúe como tal. Precisamente esta actuación vía otorgamiento por parte de la cooperativa de poderes amplios para que el gestor adopte las decisiones fundamentales del proceso edificatorio, será lo que convierta exclusivamente a él en promotor y no la cooperativa, y cuando lo anterior no concorra será ésta la promotora<sup>2294</sup>.

---

<sup>2291</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 342; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 771, y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 438. En esta línea MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 185, señala que aunque en sentido estricto no son adquirentes, dado que no compran la vivienda, en la práctica su posición es similar, de ahí su necesidad de protección.

No obstante el CES echó en falta una mejor definición de las cooperativas como agentes de la edificación y el establecimiento de sus obligaciones así como de los gestores referidos en el art. 17.4, señalándose: *“El CES valora el hecho de que se hayan definido claramente los distintos participantes en el proceso de edificación. No obstante, considera necesario resaltar que los gestores de cooperativas, comunidades de propietarios u otras figuras análogas, son también agentes intervinientes en el proceso de edificación. Por ello, sugiere que sería apropiado redactar el proyecto de manera que los distintos agentes intervinientes, cuyas responsabilidades se incluyen en el artículo 17.4., fueran objeto de tratamiento específico en este capítulo III. A tal fin, las definiciones de las actuaciones de estos agentes se deberían incluir en el Capítulo III. Agentes de la Edificación, con nuevos artículos referidos a las distintas figuras, los gestores de cooperativas, de comunidades de propietarios u otras figuras análogas en los que se incluyesen sus funciones y responsabilidades”*. (cfr. “Dictamen sobre el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación”, Dictámenes, núm. 5, 1999, p. 12).

<sup>2292</sup> RUIZ-RICO RUIZ, véase nota 2249, y ZUMAQUERO GIL, o.c. nota 2118, p. 421.

<sup>2293</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 156; BURGOS PÉREZ DE ANDRADE y GARCÍA VARELA, o.c. nota 2138, p. 155, y ROUANET MOTA, o.c. nota 382, p. 7.

<sup>2294</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 275-276; la misma autora junto con CARRASCO PERERA, y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 437; DE LA ROCHA GARCÍA y DEL ARCO TORRES, o.c. nota 328, pp. 71-72; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c.

Con todo, el art. 17.4 recoge la jurisprudencia que considera promotor al gestor de cooperativas o comunidades de propietarios<sup>2295</sup>, y que pretende proteger a los adquirentes con independencia de la forma jurídica que adopte el promotor<sup>2296</sup>. En aplicación del art. 1.591 CC el Tribunal Supremo ha considerado como promotor a los gestores de comunidades y a las sociedades de gestión inmobiliaria que actúen con un mandato irrevocable de los futuros adquirentes que les habilitara para hacer las tareas propias de la promoción inmobiliaria<sup>2297</sup>.

---

nota 14, p. 187; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 196, y GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 55.

<sup>2295</sup> Cfr. STS de 27 de abril de 2009 (RJ 2899) que cita el art. 17.4 para apoyar, aunque no fuera de aplicación por razones temporales, la condena del promotor. Observan tal plasmación de la jurisprudencia, PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254; GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.697; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 58; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 87; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 221; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 95; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 249; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 337; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 451, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 784.

<sup>2296</sup> DE LA ROCHA GARCÍA y DEL ARCO TORRES, o.c. nota 328, p. 47; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 193; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 61 y 67, y CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 429.

En Francia también se considera este tipo de promotor de acuerdo con los arts. 1.792-1 y 1.831-1 del *Code*, (véase nota 2210 sobre estos preceptos).

<sup>2297</sup> Cfr. STS de 3 de octubre de 1996 (7006). Se trataba de una sociedad que suscribía contratos por medio de los cuales los otros contratantes pasaban a formar parte de una comunidad civil de propietarios que tenía por objeto construir un edificio, para lo que le otorgaban un poder irrevocable que incluía todas las facultades imaginables para promover en las parcelas previamente determinadas las viviendas igualmente determinadas, especificándose que el proyecto y demás documentación técnica sería redactada por los técnicos que nombrara la entidad, concretándose el precio y forma de pago de la vivienda y aparcamiento, así como el beneficio que iba a percibir la entidad, concretamente el 12 por 100 del total, más otro 12 por 100 del importe de las ventas de los locales. STS de 16 de diciembre de 2004 (RJ 2005/272) que observó la existencia de una sociedad de gestión inmobiliaria que actuaba como promotora con fundamento en que fue quien *“gestionó la formación de la comunidad de propietarios para la construcción, tenía una opción de compra sobre el solar y hecho un proyecto de edificación, eligió y contrató a los técnicos, se reserva la directa gestión, administración y supervisión con carácter irrevocable, estableciéndose como funciones propias de su cometido las financieras, contratación de obra, asesoramiento jurídico, terminación de la promoción y supervisión de todos los trabajos o estudios que se estimen oportunos encargar a cualquier persona, sociedad o institución, y «en general tendrá a su cargo la gestión, el control y dirección de la promoción, de lo que se informará posteriormente a la Comisión Delegada de la Comunidad, que se elegirá entre los*



Se trata de un falso mandatario porque a través de alguna formalidad externa de representación se encubren verdaderas funciones de promotor, puesto dichas entidades desde el primer momento establecen la construcción que se hará, cómo se hará y por quién<sup>2298</sup>. Por ello, tal jurisprudencia ha contado con un juicio favorable<sup>2299</sup>.

Sin embargo, cuando la intervención de la sociedad de gestión o del gestor se articula por medio de un simple mandato conferido por el comitente, y obedece materialmente (no sólo formalmente) a tal esquema contractual, no habrá a un verdadero promotor<sup>2300</sup>.

En cuanto a las comunidades de propietarios a las que hace referencia el art. 17.4 cuando se refiere a su gestor, el Tribunal Supremo se ha

---

*copropietarios», y, finalmente, como remuneración de los servicios se fija una percepción del quince por ciento del coste total de la operación económica...».* Por ello concluye TS que *“es claro que no se trata de un mero gestor -apoderado-, sino de un promotor”*. STS de 27 de abril de 2009 (RJ 2899): *“El llamado «promotor de comunidades» es definido como aquella persona física o jurídica, pública o privada, que facilita a sus asociados la edificación de todo tipo de viviendas; de ordinario, es un profesional de la gestión inmobiliaria, que ostenta el dominio o una opción de compra sobre un determinado terreno y ofrece y gestiona la construcción en comunidad de todo o parte del suelo edificable, esperando encontrar asociados o comuneros que cooperen; pertenece, pues, al espacio de la gestión y asume y organiza la edificación por cuenta de la comunidad, como un apoderado en posesión de poder irrevocable, que en principio exige que se le otorgue”*.

<sup>2298</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 196 y 197. Ciertamente, la defensa esgrimida por las sociedades de gestión para eludir la responsabilidad del promotor es la de que son meros mandatarios. Cfr. SSTs de 3 de octubre de 1996 (RJ 7006) citada en la que la sociedad de gestión alega que era mera mandataria de la auténtica promotora, la comunidad, y de 31 de marzo de 2005 (RJ 2743) en que se alegaba ser mera mandataria de una orden religiosa.

<sup>2299</sup> Por todos CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 451, quien expone que no pueden quedar excluidas por interponer, mediante un contrato de adhesión, la figura de una comunidad de propietarios, cuando de hecho son las auténticas promotoras, aunque se presenten como mandatarios o representantes. Y es que por la descripción de este fenómeno no es de extrañar que se llegó a calificar tal proceder como de fraude de ley por la STS de 3 de octubre de 1996 (RJ 7006) o de artificiosidades jurídicas por la de 15 de octubre de 1996 (RJ 7111).

<sup>2300</sup> Cfr. STS de 23 de diciembre de 1993 (RJ 10111). Se trataba de una Caja de Ahorros que realizó las gestiones para urbanizar el terreno de su propiedad y vendió una parcela al demandante dotándola de los servicios urbanísticos, y contratando la construcción en la parcela de un chalet por encargo de los demandantes por medio de un mandato. Como señala ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 196, en tales casos faltará participación en el beneficio de la construcción. En análogo sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 61.

referido al reconocimiento de su condición de promotores por parte de la LOE, como igualmente había hecho bajo el art. 1.591 CC<sup>2301</sup>.

Análogamente a los hemos visto que acontecía con las cooperativas, en el caso de las comunidades de propietarios en que intervenga decisoriamente un gestor, será promotor el gestor que tenga dicha intervención<sup>2302</sup>. Sin embargo, en caso de que no exista tal gestor, dado que la comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica<sup>2303</sup>, se plantea el problema de quién responderá. La generalidad de autores sostiene que responderán todos los comuneros y no el comunero concreto que haya asumido la toma de decisiones sin dedicarse profesionalmente a ello, dado que ninguna confianza puede haber generado en el resto sobre la idoneidad del edificio, aunque ciertamente la LOE no exige tal profesionalidad<sup>2304</sup>.

---

<sup>2301</sup> Cfr. STS de 31 de enero de 2003 (RJ 647) al señalar, en aplicación del art. 1.591 CC a una comunidad de propietarios que había asumido las funciones de promotor con la intención de vender a terceros: *“La figura del promotor no tiene que corresponder necesariamente a una persona individualizada o a una persona jurídica y así el artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999 (RCL 1999, 2799) (Vigente desde el 6 de mayo de 2000), recogiendo la orientación marcada por la jurisprudencia de esta Sala, resuelve el problema de la figura del promotor, al reconocer la categoría legal y definir el mismo como «cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulse, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título».* Por lo expuesto ninguna normativa legal impide que pueda actuar en el proceso constructivo los que resultan copropietarios del solar al asumir las actividades de una propia comunidad civil promotora”. La STS de 2 de diciembre de 1994 (RJ 9394) también reconoció tal condición, aunque se exigió demandar a todos los comuneros

<sup>2302</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 276, y GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, pp. 64-65.

<sup>2303</sup> Sobre tal carencia por todas STS de 31 de enero de 2003 (RJ 647).

<sup>2304</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 276-277; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 438, [aunque destacan que en la STS de 31 de enero de 2003 (RJ 647) se condenó a los comuneros aunque existía un gestor profesional]; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 67; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, pp. 64-65.

En sentido contrario MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 182, quien se basa en que la LOE no exige la condición de profesional ni en el art. 9 ni el 17.4, haciendo responder la autora al comunero concreto. Conviene señalar que en el supuesto resuelto por la referida STS de 31 de enero de 2003 (RJ 647) el gestor también era comunero y se les condenó a todos ellos porque asumieron las funciones de

Por último, debemos referirnos al supuesto habitual del cedente de solar a cambio de edificación futura, al que, con el mismo argumento de la falta de lucro que se aplicaba a las cooperativas, se excluía de la consideración de promotor. Concretamente se excluía si recibía una vivienda o local determinados, pero no si la contraprestación era una cuota indivisa en el edificio dado que en tal caso se consideraba partícipe del negocio inmobiliario<sup>2305</sup>.

Este criterio que se aprecia expresamente aplicable a la LOE por algún autor<sup>2306</sup>, es discutible porque el mismo beneficio económico puede suponer recibir un porcentaje sobre el edificio que una vivienda o local determinados<sup>2307</sup>. Además, aunque la atribución de un porcentaje apunta más a la participación en el resultado de la actividad edificatoria y, por tanto, en la toma de decisiones, puede que con la atribución de un porcentaje en el negocio inmobiliario no se produzca una intervención

---

promotor, sentándose “...los recurrentes aportaron el solar y también se hicieron partícipes del negocio constructivo, adquiriendo cada uno una participación proindivisa equivalente a la tercera parte, lo que les permitía participar con tal porcentaje en el beneficio de las ventas de los diversos elementos de la edificación, y cabe la presunción lógica consecuente de que también la financiaron, bien con recursos propios o ajenos”. Así, BURGOS PÉREZ DE ANDRADE y GARCÍA VARELA, o.c. nota 2138, pp. 154-155, se basan en la asunción de actividades propias de una promotora por parte de los comuneros citando esta sentencia.

<sup>2305</sup> Lo exoneraron por recibir una vivienda o local determinado las SSTS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 10286) y 11 de junio de 1994 (RJ 5227).

Lo condenaron como promotor en atención a su participación en el negocio, la STS de 28 de enero de 1994 (RJ 575) al considerar probado que un codemandado aportó el solar a una sociedad constructora a cambio del veinticinco por ciento del edificio construido, “sin que conste que esa contraprestación habría de satisfacerse mediante la atribución en plena propiedad ..de determinados pisos y locales; por ello ha de entenderse que no nos encontramos en este caso ante un contrato atípico “do ut des” de entrega de solar a cambio de piso a edificar, ..., sino que mediante su aportación del solar el señor ... se hizo partícipe del negocio constructivo”. En igual sentido, la STS de 31 de enero de 2003 (RJ 647) estimó que los tres comuneros del solar que vendieron lo construido sobre él se hicieron partícipes del negocio constructivo al adquirir cada uno una participación proindivisa equivalente a la tercera parte, por lo que el TS desechó que se estuviera ante un supuesto de aportación de solar a cambio de pisos o locales por construir.

<sup>2306</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 68-69.

<sup>2307</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 270. En cambio, GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 31., en el supuesto de adjudicación de pisos o locales determinados ve la presencia de un intermediario que puede explicar la diferencia de trato.

decisoria por parte del cedente en la promoción, que hemos visto es la nota definitoria del promotor de acuerdo con la LOE.

## 2.2.2 La responsabilidad del constructor en la LOE

### 2.2.2.1 El concepto de constructor y sus obligaciones

El contratista lo podemos definir como la persona natural o jurídica encargada de la ejecución material de la obra, el titular del contrato celebrado con el promotor y regulado en el Código civil como contrato de arrendamiento de obra<sup>2308</sup>. En sentido análogo el contratista, o el constructor como se ha dado en denominar por la LOE, es definido por su art. 11.1 como *“el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y material, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato”*<sup>2309</sup>.

Como figura en esta definición el constructor asume la obligación de ejecutar de la obra, ello conforme al proyecto y contrato, y de acuerdo con

---

<sup>2308</sup> BURGOS PÉREZ DE ANDRADE y GARCÍA VARELA, o.c. nota 2138, p. 179.

<sup>2309</sup> Sobre la falta de trascendencia de tal cambio de denominación, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 309, quien señala que es el contratista de obra a que se refieren los arts. 1.544 y 1.588 y ss. CC; en el mismo sentido MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 226; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 365; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 937, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 230-231, autora que, aunque resalta que en principio son dos figuras distintas dado que el contratista es el ligado contractualmente con el promotor que no tiene porque ser el constructor del edificio, y éste a su vez no siempre celebrará el contrato de obra, reconoce que debido a que el art. 11.1 de la LOE introduce como nota definitoria su vinculación con el promotor, la referida noción de constructor queda notablemente restringida.

Se ha destacado, entre otros, por BURGOS PÉREZ DE ANDRADE y GARCÍA VARELA, o.c. nota 2138, p. 179, que se sigue literalmente la definición del art. 2.1 h) del RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción. Además, se define en sentido análogo por el anejo III del CTE como *“el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato, y siguiendo las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra”*.

el art. 11.2 a) con sujeción a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, todo lo cual es una obligación contractual del constructor en relación con el promotor<sup>2310</sup>. Procedamos a analizar estos patrones de actuación.

La obligación de ejecutar la obra conforme a proyecto se debe a que en él se reflejará el encargo realizado por el comitente por medio del contrato de obra<sup>2311</sup> al que también ha de sujetarse. En este contrato se integra la *lex artis* por la fuerza del art. 1.258 CC, a la que el constructor debe sujetarse aunque la LOE no se refiera a ella<sup>2312</sup>. El incumplimiento lo específicamente pactado en el contrato pueden también ser constitutivo de las responsabilidades previstas en la LOE en caso de que se afecte a los requisitos básicos objeto de tutela<sup>2313</sup>.

Además, el art. 11.2 a) recuerda la obligación del constructor de sujetarse a la legislación aplicable, en clara referencia a las normas

---

<sup>2310</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 12. En análogo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 661, quien señala que se corresponde “*con las obligaciones del contratista en el contrato de obra*”.

En el anteproyecto de Ley del Código mercantil también se contempla la obligación de ejecutar la obra de conformidad con el contrato, determinándose que lo será en atención a lo pactado, y la aptitud de la obra para el uso previsto en él, expresa o tácitamente. Se establece que a falta de previsión en tal sentido se entenderá que la obra es conforme cuando sea apta para el uso a que ordinariamente se destinan las de su misma clase y posea la calidad y prestaciones que, conforme a su naturaleza, razonablemente pueda haber esperado el comitente (cfr. art. 522-1).

<sup>2311</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 310.

<sup>2312</sup> RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.112; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 310; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 233; MUÑOZ GARCÍA, o.c. nota 281, p. 218. Sí se establece expresamente en el art. 7.1 del CTE que dispone: “*Las obras de construcción del edificio se llevarán a cabo con sujeción al proyecto y sus modificaciones autorizadas por el director de obra previa conformidad del promotor, a la legislación aplicable, a las normas de la buena práctica constructiva, y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra*”.

<sup>2313</sup> Véase pp. 249 y ss. A esto parece apuntar MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 233, cuando señala después de afirmar que se generará un incumplimiento contractual, que los propietarios podrán exigir al constructor la responsabilidad de la LOE “*Si además ello originara en el edificio defectos de los contenidos en el art. 17.1 de la LOE que produjeran daños materiales...*”.

técnicas relativas a los productos de la construcción y control de calidad de lo ejecutado<sup>2314</sup>.

Por último, este precepto contempla como patrón de la obligación renombrada las instrucciones de la dirección facultativa<sup>2315</sup>, cuyo incumplimiento podrá generar la responsabilidad prevista en la LOE en caso de que por tal motivo se produzcan defectos en la edificación<sup>2316</sup>.

La analizada obligación fundamental de ejecutar la obra se complementa en el art. 11.2 de la LOE con otras obligaciones como son la de poseer la titulación o capacitación profesional que le habilite para actuar como tal. Sin embargo, no existe una titulación específica para formar a constructores, y más que la titulación es tener la capacidad profesional suficiente para cumplir el encargo contando con el personal adecuado<sup>2317</sup>. En tal sentido el apartado c) de este precepto impone al constructor la obligación de designar al jefe de obra que será quien asuma su representación técnica, y hace referencia a su aptitud para el tipo de obra, ya sea por su titulación o experiencia<sup>2318</sup>.

---

<sup>2314</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 310, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 233. Nos remitimos sobre esta cuestión al epígrafe 2.3.5 de capítulo V.

En la misma línea, el anteproyecto de Ley del Código mercantil incluye como canon para determinar la disconformidad de la obra con el contrato, el cumplimiento de la normativa que sea aplicable (cfr. art. 522-1, párrafo tercero).

<sup>2315</sup> A las que se refieren los arts. 12.3 c) y 13.2 d) desde la perspectiva de los directores de obra y de su ejecución.

El anteproyecto de Ley del Código mercantil también regula el deber de sujeción a las instrucciones, en este caso del comitente, dado que el mismo no se limita a la construcción de edificio, sino que alcanza a cualquier obra (cfr. art. 522-3, y sobre el alcance de la regulación, cfr. art. 521-1, párrafo dos).

<sup>2316</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 310; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 98, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 233.

<sup>2317</sup> Sobre la falta de titulación, por todos, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 506, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 206. En cuanto a la importancia de la capacidad profesional, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 312, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 232.

<sup>2318</sup> Se trata de completar la capacitación técnica de los constructores como destacan BURGOS PÉREZ DE ANDRADE y GARCÍA VARELA, o.c. nota 2138, p. 182, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 211.

En concordancia con su definición, el art. 11.2 d) impone al constructor la obligación de asignar a la obra medios humanos y materiales, sobre la que incidiremos a propósito de su responsabilidad por dependientes y materiales. También se fijan las obligaciones de formalizar subcontrataciones lo que no es tal<sup>2319</sup>; la de firmar el acta de replanteo de la obra<sup>2320</sup> y de su recepción<sup>2321</sup>, y la de entregar al director de la obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada<sup>2322</sup>. Si resultan condenados los agentes a pesar del incorrecto uso o falta de mantenimiento de los adquirentes, con fundamento no se les facilitó por el promotor las instrucciones de uso y mantenimiento porque el constructor incumplió la obligación anterior, consideramos que también deberá responder éste.

---

<sup>2319</sup> Cfr. art. 11.2 e). Sobre la no caracterización como obligación véase art. 522-6 del anteproyecto de Ley del Código mercantil; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 11, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 243.

Además, la realización de subcontrataciones está sujeta a los límites del contrato, porque puede que las prohíba, como destacan DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 11; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 312; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 242-243, refiriéndose estas dos últimas autoras al art. 1.595 CC. También ha de tenerse en cuenta que el referido anteproyecto permite la subcontratación salvo pacto en contrario o cuando de las circunstancias o de la naturaleza de la obra se deduzca otra cosa, en particular cuando la prestación del contratista se haya determinado en atención a las cualidades de éste (cfr. art. 522-6).

<sup>2320</sup> Cfr. art. 11.2 f). Este acta también la suscribe la dirección facultativa [cfr. arts. 12.3 e) y 13.2 e)], por lo que, como destacan BURGOS PÉREZ DE ANDRADE y GARCÍA VARELA, o.c. nota 2138, p. 182, se responsabiliza a todos ellos de la correcta realización de la edificación según las características, el volumen, la ubicación y la seguridad que figuren en el proyecto principal; o como señala MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 71, supone verificar el terreno sobre el que se va a realizar la construcción, para comprobar la adecuación general (geométrica, de superficies...) del solar en relación al proyecto; o en sentido análogo.

<sup>2321</sup> Véase epígrafe 6.2.4 de capítulo VI.

<sup>2322</sup> Cfr. art. 11.2 g) de la LOE y art. 7 del CTE. Sobre esta obligación hay que tener en cuenta el art. 15.3 b) de la LOE que impone al suministrador a los efectos de elaborar la documentación de la obra ejecutada, facilitar las instrucciones de uso y mantenimiento, así como las garantías de calidad correspondiente; y el anejo II del CTE, apartado II.2 b), que impone al constructor recabar de los suministradores de productos y facilitar al director de obra y al director de la ejecución de la obra además de la documentación de los productos sus instrucciones de uso y mantenimiento, y las garantías correspondientes cuando proceda.

En relación con esta obligación, ya vimos (epígrafe 2.2.1.2.3) la del promotor de entregar a los adquirentes la documentación de la obra ejecutada.

Por último, se establece la obligación de suscribir las garantías previstas en el art. 19<sup>2323</sup>, cuyo incumplimiento conlleva la responsabilidad del constructor de acuerdo con su apartado séptimo<sup>2324</sup>.

## 2.2.2.2 La responsabilidad del constructor

### 2.2.2.2.1 La responsabilidad del constructor por vicios de ejecución material

El art. 17.6 de la LOE establece la responsabilidad del constructor *“por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos<sup>2325</sup> derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan”*.

A la vista de lo anterior se observa la diferencia ya apuntada con respecto al promotor, porque la LOE en cuanto al constructor sí establece criterios de imputación de su responsabilidad<sup>2326</sup>.

---

<sup>2323</sup> Cfr. art. 11.2 h). Se trata del seguro que garantiza la responsabilidad anual [cfr. art. 19.2 a)], que dicho sea de paso, puede sustituirse por la retención del cinco por ciento del importe de la obra por parte del promotor.

<sup>2324</sup> Hemos tratado el alcance de este precepto que conlleva la responsabilidad del defecto constructivo por no suscribir tales garantías (véase epígrafe 2.2.1.2.3) y señalamos que será escaso porque el constructor ya responde de los defectos de terminación o acabado (art. 17.1) que tienen por objeto el seguro al que se le obliga a suscribir. Sin embargo, promotor y constructor pueden pactar que éste contrate los seguros que garantizan la responsabilidad trienal y anual [(cfr. art. 19.2 a)], en cuyo caso el art. 19.7 sí determinará la responsabilidad del constructor aunque no sea causante del defecto en cuestión.

<sup>2325</sup> En clara referencia a las responsabilidades decenal, trienal y anual del art. 17.1. Por todos, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 389.

<sup>2326</sup> Véase p. 662. En esta línea, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 227, destacan que la LOE define de forma muy concreta y clara las condiciones y competencias en las tareas que le son propias.

En contra GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, p. 157, quien observa que la LOE no explicita suficientemente el criterio de imputación de la responsabilidad al constructor, salvo para los defectos de terminación o acabado en el art. 17.; siguiéndole RUIZ JIMÉNEZ, J., *El constructor, uno de los agentes del proceso constructivo con mayor responsabilidad*, RCDI 696 (2006), p. 1.665; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 253, quien señala que la LOE no establece las consecuencias de incumplir las obligaciones, con lo que no coincidimos como regla material general al



De acuerdo con tal precepto el constructor responderá de los vicios de construcción de los que respondía en aplicación del art. 1.591 CC<sup>2327</sup>, que son aquellos que están relacionados con la ejecución de los trabajos y con los materiales empleados<sup>2328</sup>.

Por lo anterior, resulta de aplicación la jurisprudencia que le hacía responsable de los daños causados a la obra por apartarse del proyecto<sup>2329</sup>, y que le eximía si se sujetaba a él salvo que por su condición de perito, los conocimientos con que contara, o debiera contar, le permitieran juzgar los errores del proyecto y obligarle a advertirlos<sup>2330</sup>. Al comentar el art. 1.591 CC decíamos que con ello se aludía a la obligación de ejecutar la obra conforme a las reglas del arte de la construcción<sup>2331</sup>, que hemos señalado en epígrafe anterior siguen considerándose integradas en el contrato. También el constructor seguirá respondiendo de

---

margen de que formalmente sea cierta, porque la LOE establece obligaciones que guardan relación con la responsabilidad por defectos constructivos, y que pueden interpretarse coordinadamente con el art. 17.6, como iremos viendo. Obsérvese el compromiso del constructor que figura en su definición (cfr. art. 11.1) y la obligación que le impone el art. 11.2 a). Así, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1177, p. 259, destaca que la responsabilidad nace del incumplimiento de las obligaciones del art. 11.

<sup>2327</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 439; JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.440; RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 45; GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, p. 159, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 251. En este sentido, señala que el constructor responde de los defectos de ejecución material, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 342; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 678-682, citando ambos pronunciamientos recaídos sobre el art. 1.591 CC. En sintonía con esto, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1177, p. 259, destaca que las obligaciones del art. 11 eran las que se venían reconociendo por la jurisprudencia.

<sup>2328</sup> Véase epígrafe 1.4.2 de capítulo I. Y es que como señala CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 309-310, el constructor está obligado a la producción de un resultado útil al promotor poniendo todos los medios humanos y materiales necesarios para ello.

<sup>2329</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390, y SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 342. Máxime cuando tal obligación ahora se consagra expresamente en el art. 11.2 a) y en la definición del art. 11.1.

<sup>2330</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 439; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.112, y ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 98. Véase pronunciamiento en p. 43.

<sup>2331</sup> Véase p. 43.

apartarse de las instrucciones impartidas por la dirección facultativa<sup>2332</sup>, pero en caso de que fueran incorrectas, debe advertirlo, incurriendo de no hacerlo en responsabilidad<sup>2333</sup>.

Sin embargo, defendemos que, aunque medie tal advertencia, responda el constructor frente a los adquirentes por que bien podría apartarse de la obra, y lo contrario iría en contra de la calidad de la edificación que persigue la LOE y el carácter indisponible de la responsabilidad que establece<sup>2334</sup>.

#### **2.2.2.2.2 La responsabilidad del constructor por actos de sus dependientes y subcontratistas**

Del mismo modo que acontecía con el art. 1.591 CC, bajo el cual el contratista respondía de los daños causados por sus dependientes de acuerdo con el art. 1.596 CC, el art. 17.6 de la LOE establece tal responsabilidad y también resulta aplicable el último precepto del CC<sup>2335</sup>.

Igualmente responde el constructor de los daños causados por los subcontratistas<sup>2336</sup> con fundamento en el referido art. 17.6 como vimos

---

<sup>2332</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 98; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 342. A lo que apoya la mención expresa de tal obligación en el art. 11.2 a).

<sup>2333</sup> Véase pronunciamientos en p. 44. Se refieren, entre otros, a la aplicación de esta jurisprudencia, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 98; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 208; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.112, y GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1177, pp. 259-260. Idéntico deber de advertencia de las instrucciones erróneas del comitente se prevé en el anteproyecto de Ley del Código mercantil (cfr. art. 522-1, párrafo tercero).

<sup>2334</sup> Véase argumentos en nota 2267.

<sup>2335</sup> Por todos, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 440; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 342; DE LA ROCHA GARCÍA y DEL ARCO TORRES, o.c. nota 328, p. 73; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 527; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.130; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 237; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.170. DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 18, expresivamente señala en referencia al art. 17.6 de la LOE que *“La regla vuelve a ser prácticamente la del artículo 1.596”*.

<sup>2336</sup> No será subcontratista el que contrate con el promotor-constructor la ejecución de parte de la obra porque el primero contratará con el tercero en su condición de

que ocurría con el art. 1.591 CC al entenderse incluidos en el art. 1.596 CC tanto los trabajadores dependientes, como los no dependientes<sup>2337</sup>. Y los escasos pronunciamientos contrarios a lo anterior deben ceder ante la claridad de la LOE<sup>2338</sup>.

En los casos de responsabilidad del constructor por sus dependientes o subcontratistas se le otorga un derecho de repetición aunque el art. 17.6 sólo lo contempla para el último supuesto<sup>2339</sup>.

No obstante, a diferencia de lo que acontecía con el alcance que se le daba al art. 1.596 CC en aplicación del art. 1.591 que abarcaba a técnicos contratados por el constructor, ya fueran dependientes o no, la mayoría de autores considera que con la LOE ya no responderá de los técnicos no dependientes a los que en general no se refiere dentro de las

---

promotor y no como constructor, porque no contrata consigo mismo, como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 243. En este sentido véase STS de 14 de febrero de 1991 (RJ 1267) comentada en nota 158.

Además, a ello apoya razones de mayor protección de los adquirentes porque será más nítida la legitimación pasiva del contratista sin tenerse que discutir si como subcontratista está legitimado. Sobre esta discusión véase epígrafe 2.1.3.

<sup>2337</sup> Véase p. 45. CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390, comentando la LOE sigue fundamentando la responsabilidad por el subcontratista en el art. 1.596 CC; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 440; al igual que SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 343; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.130, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 527.

<sup>2338</sup> Véase tales pronunciamientos en nota 159. GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 356, señala en referencia a estos pronunciamientos contradictorios que los términos del art. 17.6, *“despejan las dudas que pudiera suscitar la doctrina jurisprudencial”*; en idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 926.

<sup>2339</sup> El párrafo primero del art. 17.6 no reconoce tal repetición cuando regula la responsabilidad por hechos del jefe de obra y dependientes, a pesar de lo que concede por ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 99, quien se apoya en el art. 1.904 CC, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 235 y 237-238. También lo reconocen expresamente, entre otros, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 440; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 194; BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 80, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, pp. 143-144. En cambio, REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 349, lo limita a los subcontratistas y suministradores.

En el anteproyecto de Ley del Código mercantil también se contempla el derecho de repetición frente a subcontratista (cfr. art. 522-7).

contrataciones que puede hacer<sup>2340</sup>. Nos oponemos a que la contratación de técnicos por el constructor pueda servir de válvula de escape de su responsabilidad<sup>2341</sup>, salvo que aquéllos sean los que dirijan la obra, cuya responsabilidad independiente sí se consagra en la LOE como agentes de la edificación<sup>2342</sup>.

#### **2.2.2.2.3 La responsabilidad del constructor por los materiales de la construcción**

Además de la correcta ejecución de los trabajos propiamente dichos, el constructor responde, de acuerdo con el último párrafo del art. 17.6 de la LOE, de *“los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias*

---

<sup>2340</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 237, quien argumenta que la LOE limita la libertad contractual al exigir en su art. 10.1 que el proyectista contrate con el promotor. Advierte la autora, o.c. nota 272, pp. 1.742-1.743, que aunque el proyectista puede coincidir con el director de la obra (art. 17.7 LOE) tras la entrada en vigor de la LOE el art. 1.596 CC debe interpretarse a la luz de aquélla, la cual nada dice sobre la contratación de técnicos por el constructor, y establece una responsabilidad independiente de la dirección facultativa (art. 17.7) que se sustrae de la responsabilidad por hecho ajeno del constructor regulada en el art. 17.6. También descarta la responsabilidad por los técnicos ligados por un contrato de servicios, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 355; en idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 926. Igualmente parecen excluir a los técnicos CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 440, al referirse expresamente a los trabajadores dependientes.

En contra ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 99, quien también sostiene su responsabilidad por el técnico no contratado laboralmente, y GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, p. 161, aunque reconoce lo discutible de la cuestión porque el art. 17.6 se refiere solamente al jefe de obra y demás dependientes.

<sup>2341</sup> En este punto ha de tenerse en cuenta que la LOE (art. 17.6) hace responsable al constructor de los actos del jefe de obra, y éste es considerado como técnico al establecer el art. 11.2 c) que asumirá la representación técnica de la obra.

<sup>2342</sup> Cfr. art. 17.7. Diferente será el supuesto en el que el constructor se asesore de técnicos en la ejecución de la obra distintos a los que asuman la dirección facultativa de la obra, en cuyo caso, con el fin de evitar un vaciamiento de sus funciones y responsabilidad, defendemos la responsabilidad del constructor.

Sin embargo, ALVÁREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 108 y 115, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 255 y 260, defienden que también responderá el constructor por medio del art. 17.6 de los técnicos proyectistas y del director de la obra que contrate. Si son dependientes consideramos que debería responder la constructora en atención a la posible influencia que tendrá sobre ellos en sus labores de dirección que precisamente recaen sobre lo ejecutado por el constructor.

de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar<sup>2343</sup>. Y es que el art. 11.2 d) de la LOE le impone asignar los medios materiales que precise la obra, a lo que se une que el CTE ha profundizado en su responsabilidad respecto de la documentación y adecuación de los productos<sup>2344</sup>.

Existe continuidad con la jurisprudencia que en aplicación del art. 1.591 CC le hace responder de los daños causados por los materiales empleados, tanto si él los adquirió, como si lo hizo otro agente de la obra y él los aceptó, porque se considera que su *lex artis* le permite conocer las deficiencias de aquéllos<sup>2345</sup>. También continúa siendo un supuesto de responsabilidad múltiple que alcanza fundamentalmente a los técnicos<sup>2346</sup>.

---

<sup>2343</sup> Igualmente anteproyecto de Ley del Código hace responder al contratista de los defectos de los materiales suministrados por el comitente salvo que aquél los haya advertido, y el comitente decida continuar la obra (cfr. art. 522-1, párrafo tercero).

<sup>2344</sup> OTERO CEREZO, o.c. nota 426, p. 54. Efectivamente el art. 7.2.1 del CTE establece el control de la documentación de los suministros: *Los suministradores entregarán al constructor, quien los facilitará al director de ejecución de la obra, los documentos de identificación del producto exigidos por la normativa de obligado cumplimiento y, en su caso, por el proyecto o por la dirección facultativa. Esta documentación comprenderá, al menos, los siguientes documentos: a) los documentos de origen, hoja de suministro y etiquetado; b) el certificado de garantía del fabricante, firmado por persona física; y c) los documentos de conformidad o autorizaciones administrativas exigidas reglamentariamente, incluida la documentación correspondiente al marcado CE de los productos de construcción, cuando sea pertinente, de acuerdo con las disposiciones que sean transposición de las Directivas Europeas que afecten a los productos suministrados.*

<sup>2345</sup> Véase pp. 46-47.

<sup>2346</sup> La LOE le atribuye al director de ejecución de la obra el control de la calidad de los materiales [(cfr. art. 13.2 b)] verificando su recepción en obra y ordenando la realización de los ensayos y pruebas precisas. Sobre esta responsabilidad múltiple por materiales pueden verse, CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, p. 29; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 365-366; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 937, estos dos últimos quien advierten la dificultad de atribuir individualmente estos defectos al constructor o al director de ejecución de la obra por sus funciones de vigilancia y dirección; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 531; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 226, quien se refiere además a los suministradores y a la posible responsabilidad de las entidades y laboratorios de control de calidad, como también hace CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 432; VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.441; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 240-241, 250-251 y 260.

Véase pronunciamientos sobre esta responsabilidad múltiple a que daba lugar los defectos de los materiales en nota 160.

No obstante, como hemos señalado, existen supuestos en los que la *lex artis* del constructor no permite controlar la obtención del resultado, entendido como la no producción de vicios, y en los que entrarán en juego criterios puramente objetivos de imputación, o en suma, el criterio de atribución del riesgo de pérdida de la obra <sup>2347</sup>. Con ello apuntamos precisamente al vicio de los materiales que haya permanecido oculto al constructor, del que es responsable a pesar de tal carácter<sup>2348</sup>. Así, se ha advertido que el art. 17.6 de la LOE no supone una novedad respecto del art. 1.590 CC puesto que éste igualmente hace responder al constructor por no advertir la mala calidad de los materiales con independencia de su culpa, porque el control de los materiales le corresponde<sup>2349</sup>. Por esta

---

<sup>2347</sup> Véase pp. 224-225.

<sup>2348</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390, apoyándose en el art. 1.484 CC *in fine*; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 440; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 161, p. 1.734, señala comentando el art. 1.590 CC y refiriéndose a la deficiencia de calidad de los materiales, que “*aunque no lo llegue a apreciar y por este motivo no lo comunique al dueño, asume el riesgo, perdiendo todo derecho a un precio por el trabajo realizado*”. También parecen posicionarse en esta opinión, DE LA ROCHA GARCÍA y DEL ARCO TORRES, o.c. nota 328, p. 74.

Piénsese incluso en el supuesto en que el constructor o el director de ejecución de la obra [conforme al art. 13.2 b) de la LOE] hayan encargado y obtenido con resultado favorable su correspondiente análisis a un laboratorio, lo que no le exonerará según VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.441, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 260. En relación con ello, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 239-240, refiriéndose al marcado “CE” [establecido por la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 89/106/CEE, de 21 de diciembre de 1988, destinada a armonizar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción, y del que deben disponer los materiales incorporados a obra (cfr. art. 5.1 del CTE)] señala que aunque el producto disponga de él por haber cumplido las correspondientes especificaciones técnicas, responderá el constructor aunque no haya podido apreciar el defecto.

Sin embargo, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 113, p. 351, refiriéndose al supuesto de la utilización de materiales prefabricados, homologados o autorizados administrativamente, hace únicamente responsable a las entidades encargadas de su análisis, con lo que no coincidimos.

<sup>2349</sup> En tal sentido DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, pp. 18-19, quien se basa en la concepción objetiva del incumplimiento que sostiene y a la luz de la cual interpreta tal precepto, descartando el examen de si el contratista en atención a la diligencia exigible debía advertir o evitar materiales defectuosos, siendo lo relevante que el impedimento de la prestación se encontrara fuera de su esfera de control. De ahí que el autor concluya tras afirmar que lo normal es que el control de los materiales corresponda al contratista que ello no ocurrirá ni el constructor responderá cuando

razón se ha descartado que en puridad estemos ante una responsabilidad por hecho ajeno<sup>2350</sup>.

Sin embargo, como vimos al comentar el art. 1.591 CC, varios autores niegan tal responsabilidad en caso de que los defectos pasen inadvertidos para el constructor aunque hubiera examinado los materiales<sup>2351</sup>.

También sostenemos que el constructor responderá de la inadecuación de los materiales a la concreta edificación de que se trate<sup>2352</sup>, precisamente porque el carácter oculto que pueda tener la deficiencia del material no afectará a esta responsabilidad<sup>2353</sup>.

Conviene detenernos en la determinación del plano negativo de la aceptación de los materiales como causa de la responsabilidad a que hace referencia el art. 17.6 de la LOE, esto es, si basta con que el constructor haga la advertencia del art. 1.590 CC al promotor acerca de la deficiente calidad, o surge la responsabilidad desde que los emplea en la obra aceptándolos. Pues bien, defendemos que el constructor frente al adquirente responderá aunque haya cumplido con el deber de advertencia del art. 1.590 CC, fundamentalmente porque en la LOE están presentes los intereses de los terceros adquirentes ajenos a dicha advertencia, y por

---

*“se hayan tenido que seguir especiales instrucciones del dueño de la obra, del proyectista, del director de la obra y del director de ejecución de la obra”.* También puede verse LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, p. 7, siguiéndole. En parecido sentido se atribuye un carácter objetivo a esta responsabilidad por ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 109, y GARCÍA LARAÑA, R., *La llamada en garantía y la acción de repetición en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ECI 7 (2000), p. 27.

<sup>2350</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 19. En sentido análogo, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 129. En contra ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.170, la califica como responsabilidad por hecho ajeno.

<sup>2351</sup> Véase p. 47.

<sup>2352</sup> En contra, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 224, quien se basa en que la inadecuación a la concreta obra no la puede apreciar el constructor. En cambio LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, p. 8, aprecia que en este caso responderán el constructor y el arquitecto técnico, pero no el suministrador, con lo que coincidimos.

<sup>2353</sup> Esto es, si el constructor responde a pesar del carácter favorable de los ensayos de los materiales no es razón para no hacerle responder de la inadecuación a la concreta edificación que no puede ser consciente de ella. Además, en muchos casos lo será (v.g. utilización de materiales notoriamente inadecuados para una edificación situada en primera línea costera).

el carácter indisponible de la responsabilidad<sup>2354</sup>, solución a la que también llegamos en la relación interna<sup>2355</sup>. Sin embargo, en contra de lo anterior se han manifestado autores que sostienen la exoneración del constructor en caso de que se cumpla con tal deber de advertencia<sup>2356</sup>.

Con todo, esta responsabilidad del constructor por materiales debe valorarse positivamente desde el punto de vista de protección de los adquirentes puesto que hace innecesario demandar al suministrador con los consiguientes problemas de averiguación de su identidad, evita la incertidumbre sobre si realmente se está ante un defecto causado por la calidad del producto, e impide en suma que se desvíe por el constructor la responsabilidad<sup>2357</sup>.

Ahora bien, al constructor el art. 17.6 de la LOE le concede un derecho de repetición. Tal repetición concurrirá fundamentalmente frente al suministrador de los productos porque el art. 15.3 a) de la norma les hace

---

<sup>2354</sup> A ello también apoya que la LOE utilice el término aceptar como causa de la responsabilidad, que se puede interpretar como su utilización en la obra, en contraposición con el verbo rechazar que se comprendería como su no empleo en obra, y no como la simple advertencia de la deficiente calidad.

A favor de la falta de exoneración frente a los adquirentes, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 415, quien argumenta que lo contrario supondría admitir cláusulas contractuales de exoneración que no admite el TS en relación con el art. 1.591 CC, ni tampoco ahora, señala la autora, con la LOE. Nos remitimos para más referencias al epígrafe 2 de capítulo III. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 239, para quien el constructor deberá oponerse a la utilización de tales materiales *“sin que el pacto de exclusión de responsabilidad por los defectos que tengan su causa en ellos produzca efecto alguno, por contravenir una norma imperativa”*.

<sup>2355</sup> Véase p. 675.

<sup>2356</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.170. También parecen hacerlo DEL ARCO TORRRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 530, al señalar que la incorporación a la obra del material, salvo que hubiere constancia expresa en sentido contrario, supone al aceptación expresa o tácita del mismo, como también señala GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 430, y en parecido sentido LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, p. 8.

<sup>2357</sup> Apunta los dos primeros beneficios, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 241. Se refieren al último, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 357; en idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 928, y DEL ARCO TORRRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 530.

Efectivamente, en caso de que el constructor no respondiera de los materiales y resultare necesario demandar al suministrador habría que demostrar que la causa del defecto se encuentra en los materiales (véase p. 643 sobre esta problemática).



responder de su calidad<sup>2358</sup>, y frente al director de ejecución de la obra al que el art. 13.2 b) de la LOE atribuye el control de calidad de los materiales<sup>2359</sup>. También se podrá repetir frente a las entidades y laboratorios de control de calidad puesto que el art. 14 de la LOE les hace responder de los errores en los ensayos y pruebas de servicios que se les hubieran encomendado<sup>2360</sup>; y frente al subcontratista dado que esta responsabilidad puede provenir de los productos incorporados por éste.

#### **2.2.2.2.4 La responsabilidad del constructor por defectos de terminación o acabado**

El constructor responde particularmente de los defectos de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado del edificio sometidos a un plazo anual de garantía de acuerdo con el art. 17.1 *in fine* de la LOE.

Esta responsabilidad anual, que ya hemos estudiado<sup>2361</sup>, a diferencia del resto establece su imputación a un agente concreto<sup>2362</sup>, el constructor.

---

<sup>2358</sup> Tal precepto es claro al imponer al suministrador: “Realizar las entregas de los productos de acuerdo con las especificaciones del pedido, respondiendo de su origen, identidad y calidad, así como del cumplimiento de las exigencias que, en su caso, establezca la normativa técnica aplicable”. Se refieren a este fundamento del derecho de repetición frente al suministrador, VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.445; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, p. 8; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 531-532, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 681.

No obstante, como bien ha destacado LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, p. 8, el suministrador no responderá de que los materiales fueran inadecuados para la construcción concreta y no defectuosos.

<sup>2359</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 681. No obstante, observamos que debido a que el director de ejecución de la obra no responderá de la deficiente calidad de los productos cuando cuenten con los distintivos de calidad exigidos (epígrafe 2.2.3.3.2), por lo que en tal caso sólo podrá repetir por la inadecuación de aquéllos a la concreta edificación.

<sup>2360</sup> VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.441, y ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 121. No obstante, conviene tener en cuenta que la intervención de estas entidades no es obligatoria, como destacan CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 397, la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 445; SAN SEGUNDO MANUEL, o.c. nota 2149, p. 48; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, p. 13, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 251.

<sup>2361</sup> Véase epígrafe 2.4 de capítulo V.

Por ello, los técnicos no responderán por estos defectos de terminación o acabado<sup>2363</sup>.

Sin embargo, algunos no ven justificación a esta responsabilidad exclusiva del constructor por la posible responsabilidad del director de ejecución de la obra<sup>2364</sup>. Para otros el constructor, aunque responsable exclusivo externamente, puede repetir<sup>2365</sup>, e incluso algunas opiniones ven factible esta responsabilidad externa de los técnicos<sup>2366</sup>.

A lo anterior oponemos que además de que la norma sólo contempla al constructor, el defecto al que hace referencia es de ejecución<sup>2367</sup>. Pero no cualquier defecto de ejecución sino los que afecten a la terminación o acabado de la obra. Así, se sostiene que son aspectos tan concretos que resultan ajenos a las funciones de los técnicos<sup>2368</sup>.

---

<sup>2362</sup> GÓNZALEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 349; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 920, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.156.

<sup>2363</sup> MORERA I PÉREZ, o.c. nota 1178, p. 2.125; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 427; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, p. 27; GÓNZALEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 349; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 920; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 503; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 433; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 98; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 194; ÁLVAREZ SÁNCHEZ y MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, o.c. nota 218, p. 92; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 250, y RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.119.

<sup>2364</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 47, quien señala *“puesto que no se ve por qué tales defectos no puedan comprometer también la responsabilidad del director de ejecución de la obra”*; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4610, quien se pregunta retóricamente *“¿Por qué no está llamado a responder el director de la ejecución de la obra... ya que es el encargado de recibir y comprobar la calidad de los materiales y la adecuación de los mismos al proyecto?”*. En análogo sentido, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 48, y DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 159.

<sup>2365</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 491; GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, pp. 157-159, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 218.

<sup>2366</sup> GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, p. 2.707, quien ve posible que concurra con otros agentes como el aparejador, refiriéndose particularmente a que no inspeccione los materiales ni haga controles de su calidad; REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, p. 51, el cual no ve especial dificultad en que la jurisprudencia extienda solidariamente dicha responsabilidad a los técnicos, fundamentalmente al director de la ejecución de la obra.

<sup>2367</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 379.

<sup>2368</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 117 y 247, para quien las tareas de supervisión de los técnicos no pueden alcanzar al puro remate. También se refieren a su concreción o carácter accesorio como notas de estos defectos que los hacen

Ahora bien, la limitación de responsabilidad que sostenemos sólo estará justificada si se entiende como contenido de ella defectos de acabado que ni siquiera puedan considerarse ejecución de elementos constructivos, porque en otro caso, la LOE también habría declarado responsable al director de ejecución de la obra el cual debe comprobar la correcta ejecución de los elementos constructivos de acuerdo con el art. 13.2 c) de la LOE<sup>2369</sup>.

Ahora bien, el defecto de ejecución en los elementos de terminación o acabado en atención a su generalización en el edificio puede conllevar un supuesto de responsabilidad trienal al impedir su uso satisfactorio<sup>2370</sup>, con lo que en teoría alcanzará a los técnicos.

Por último, conviene recordar que la responsabilidad del promotor también se extenderá a estos defectos de terminación por disponer el art. 17.3 su responsabilidad en todo caso<sup>2371</sup>.

### 2.2.3 La responsabilidad de los técnicos en la LOE

#### 2.2.3.1 La responsabilidad del proyectista de la obra

El art. 10 de la LOE define al proyectista como *“el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto.”*

El apartado segundo del art. 10 impone al proyectista contar con la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto

---

ajenos a las funciones de los técnicos, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 208. En el mismo sentido, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 533, quienes añaden que la norma *“evita interpretaciones excesivas con las que frecuentemente se hace responder al aparejador o director de la ejecución de simples descuidos o defectos puntuales de ejecución material en elementos no esenciales de la edificación...”*.

<sup>2369</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 386-387.

<sup>2370</sup> Véase nota 1368, donde señalamos que podían llegar a constituir supuestos de responsabilidad trienal de modo parecido a lo que ocurre con la ruina técnica cuando la extensión de este mal acabado llegue a afectar al uso satisfactorio del edificio [(art. 3.1 c.4) LOE].

<sup>2371</sup> Véase nota 2231.

técnico, ingeniero o ingeniero técnico según corresponda; la obligación de redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato; a entregarlo con los visados que en su caso fueren preceptivos, y la obligación de acordar, en su caso, con el promotor la contratación de colaboraciones parciales. En relación con esto último, dado que la LOE contempla expresamente que el proyecto pueda completarse o desarrollarse con proyectos parciales sobre tecnologías específicas o instalaciones del edificio, se impone su redacción de forma coordinada con el autor del primero y la asunción por cada proyectista de la titularidad de su proyecto<sup>2372</sup>.

El proyectista responderá de los daños materiales que se hayan ocasionado al edificio por causa del proyecto, ello a pesar de que la LOE en su art. 17.5 sólo se refiere al supuesto particular de responsabilidad de varios proyectistas que actúan conjuntamente y a la responsabilidad del proyectista por los errores de profesionales a los que pueden encargar cálculos, estudios, dictámenes e informes. También se puede extraer esta responsabilidad de la cláusula general de responsabilidad del art. 17.1; de su definición y obligación que apuntan a que el proyecto debe adecuarse a la normativa, incluida la técnica<sup>2373</sup>, y del art. 17.7 que imputa al director de la obra las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto aunque no lo haya redactado, en cuyo caso tendrá derecho a repetir frente al proyectista<sup>2374</sup>.

Para juzgar los defectos del proyecto cabe recurrir al art. 10.2 b) que exige su adecuación a la normativa aplicable para su redacción, y al contrato<sup>2375</sup>. En cuanto a la normativa aplicable habrá de tenerse en

---

<sup>2372</sup> Cfr. arts. 4.2 y 10.1.

<sup>2373</sup> Cfr. arts. 10.1 y 10.2 b).

<sup>2374</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390, quien se apoya además de en el art. 17.7, en el art. 17.5, para imputar al proyectista la responsabilidad derivada de una insuficiencia, incorrección o inexactitud del proyecto. En el mismo sentido la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 441.

<sup>2375</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 390, y la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 441.

cuenta las NBE y el CTE<sup>2376</sup>. Nuevamente aquí cabe referirse a que la *lex artis* se integra en el contrato por la fuerza del art. 1.258 CC, que constituye patrón de responsabilidad del proyectista<sup>2377</sup>.

Al igual que vimos que ocurría con el art. 1.591 del CC, el proyectista responderá de los vicios del proyecto<sup>2378</sup>, de los que también pueden responder el resto de agentes como el constructor, además del director de ejecución de la obra y del director de la obra<sup>2379</sup>.

Particularmente el proyectista responderá de los defectos del proyecto relacionados con la cimentación<sup>2380</sup>, esto es, los vicios del suelo que

---

<sup>2376</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 202, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 206. Sobre estas normas véase epígrafe 1 de capítulo V.

<sup>2377</sup> Cfr. SSTs de 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862), y 10 de junio de 2010 (RJ 2672). También aluden a la *lex artis* del proyectista comentando la LOE, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 206, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 223.

<sup>2378</sup> Véase SSTs en nota 130. A ellas cabe añadir relacionadas con el terreno, las STSS de 14 de mayo de 2008 (RJ 3067) sobre defecto de proyecto por no haber valorado las características del terreno, la previsión de un sistema de impermeabilización y las oportunas prescripciones sobre juntas de muro, sin que le exonere que el estudio geotécnico erróneo fuera encargado por la promotora, porque dados sus conocimientos los hace suyos asumiendo las correspondientes responsabilidades; 6 de mayo de 2004 (RJ 2696) que también sienta la responsabilidad del proyectista por no tener en cuenta las características adversas del terreno y la falta de cimentación adecuada por omisión de los estudios geológicos necesarios; de 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862) (véase nota 994). También pueden verse las SSTs de 27 de junio de 2002 (RJ 5505) y 10 de junio de 2010 (RJ 2672) ambas sobre humedades causadas por defectos de proyecto, concretamente, en el primer caso por no haberse previsto la realización de drenaje perimetral del edificio, y en el segundo, por no dotar a la cubierta de un sistema de canales.

Sostienen la vigencia de esta responsabilidad en la LOE, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 338-339; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 205; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 691, y BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 83.

<sup>2379</sup> Véase pp. 41-42 sobre el art. 1.591 CC. Comentando la LOE se refieren a esta responsabilidad, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 108, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 255. Véase sobre la responsabilidad del constructor por defectos del proyecto epígrafe 2.2.2.2.1, y sobre la análoga del director de la obra y del director de ejecución de la misma, respectivamente, epígrafes siguientes.

<sup>2380</sup> Aunque la LOE no aluda expresamente a la obligación de conocer las características del terreno, como destaca MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 206, sí se aprecia implícitamente tal obligación puesto que la LOE en el art. 12.3 b) impone al director de la obra la obligación de verificar que la cimentación y la estructura proyectadas se adecúen al terreno, lo que presupone que la redacción del proyecto exige el conocimiento y adaptación al mismo.

señalábamos que aluden a que éste exige, debido a sus características, las cuales debe conocer el arquitecto, la aplicación de unas determinadas soluciones técnicas para la solidez de la edificación, y que por ello eran una especie de los defectos de proyecto<sup>2381</sup>.

Por ello, el proyectista responderá de la omisión del estudio geotécnico que hubiera evitado los defectos de la cimentación<sup>2382</sup>. No obstante, la LOE no determina de modo expreso la necesidad del proyectista de encargar el estudio geotécnico, ni tampoco el resto de la normativa anterior a ella<sup>2383</sup>. Otra cuestión es que las compañías aseguradoras suelen exigir su realización<sup>2384</sup>, y el Documento Básico SE-C Cimientos del CTE ha establecido su necesidad<sup>2385</sup>.

---

<sup>2381</sup> Véase pp. 38-39 y SSTs citadas en nota 2378.

<sup>2382</sup> Cfr. STS de 6 de mayo de 2004 (RJ 2696). CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 391; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 339, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 722.

<sup>2383</sup> En tal sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 207-208, quien destaca que tampoco lo impone el art. 1 del Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se dictan normas sobre la redacción de proyectos y la dirección de obras de edificación, (véase texto en nota 128) ni la NBE AE-88 Acciones en la edificación, cuyo apartado nueve del capítulo ocho establecía diferentes formas de reconocer el terreno, sólo siendo obligatorio el estudio geotécnico cuando no fuera suficiente con la observación del terreno y la realización de perforaciones.

Sin embargo, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 318, considera que la LOE lo impone, presuponiéndolo al exigir en su art. 12.3 b) al director de la obra que compruebe que la cimentación y estructura se adecúen al terreno. A ello se opone MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 208, quien señala que se puede conocer el suelo por diferentes vías. La autora interpreta el art. 12.3 b) a la luz del art. 1 A) dos del Decreto 462/1971 que establece la incorporación al proyecto de una exposición detallada de las características del terreno que habrán de tenerse en cuenta para la valoración del director de la obra (véase texto en nota 128).

<sup>2384</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 208-209, y SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 113, p. 337.

<sup>2385</sup> Cfr. apartado 3.1 de dicho DB en el que se aprecia su carácter imperativo, particularmente en su apartado sexto que señala: *La autoría del estudio geotécnico corresponderá al proyectista, a otro técnico competente o, en su caso, al Director de Obra y contará con el preceptivo visado colegial. El estudio geotécnico es el compendio de información cuantificada en cuanto a las características del terreno en relación con el tipo de edificio previsto y el entorno donde se ubica, que es necesaria para proceder al análisis y dimensionado de los cimientos de éste u otras obras*.

En este apartado sexto se basa SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 113, p. 337, para sostener su obligatoriedad.

En otro orden de cosas, el hecho de que el art. 17.7 de la LOE haga responsable al director de la obra de los defectos del proyecto no conlleva que sea sólo este último quien responda frente al adquirente, sobre todo por razones de protección<sup>2386</sup>.

Por otro lado, el proyectista responderá de los defectos del proyecto tanto si tienen causa en hecho propio como, de acuerdo con el art. 17.5 de la LOE, si se deben a errores de profesionales a los que pueden haber encargado cálculos, estudios, dictámenes e informes, lo cual ya era reconocido por el Tribunal Supremo<sup>2387</sup>. En tal caso, el mencionado precepto le concede el derecho a repetir frente a estos profesionales<sup>2388</sup>. Algunos comentaristas del art. 1.591 CC eran contrarios a que se respondiera de tales errores, advirtiendo la diligencia del proyectista que

---

<sup>2386</sup> Véase epígrafe 2.1.5. En igual sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 205, para quien los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno no restringen la legitimación pasiva; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 718-719, para el cual la calificación de la responsabilidad como hecho propio o ajeno no afectará a la legitimación pasiva de ambos sino en la acción de repetición correspondiente. También contemplan la legitimación de ambos, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.612; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 357, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 928, autores estos últimos que con fundamento en el verbo “asumirá” utilizado por el precepto observa una sustitución del proyectista por el director de la obra, añadiendo que de lo contrario no tendría sentido la concesión de un derecho de repetición.

En contra niegan la legitimación del proyectista, y sostienen que el director de la obra que haya asumido el proyecto tendrá un derecho de repetición, XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, o.c. nota 1452, pp. 26 y 27; MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 121, y LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2.683.

<sup>2387</sup> Sobre este precepto se ha destacado su fuerte matiz objetivo por GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 354, dado que sólo el proyectista podrá exonerarse demostrando que los daños no tienen su causa en tales informes o dictámenes; en idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 925.

La STS de 31 de marzo de 2005 (RJ 2743), aunque en aplicación del art. 1.591 CC, se refiere a efectos meramente interpretativos (como señala) al art. 17.5 de la LOE en un supuesto en el que el proyectista fue condenado por un error en el cálculo de la estructura realizado por otro técnico. Véase también STS de 14 de mayo de 2008 (RJ 3067) (véase nota 2378).

<sup>2388</sup> Por todos, O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 502; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 339; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 208; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 223; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 723, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1171.

los encarga y, por tanto, la falta de vulneración de la *lex artis*, por proyectar la obra conforme al estudio <sup>2389</sup>. Sin embargo, tal responsabilidad es establecida para proteger y se podrá repetir<sup>2390</sup>.

Ahora bien, en el caso de que sea el promotor quien, de acuerdo con el art. 9.2 b) de la LOE, facilite el estudio geotécnico, no responderá el proyectista frente a los adquirentes dado no es quien lo ha contratado, como se considera que exige el art. 17.5<sup>2391</sup>, salvo que fueran evidentes para éste sus errores.

En caso de proyectos parciales, conforme al art. 10.1 de la LOE cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto pero el proyectista principal debe coordinar la redacción de aquéllos, por lo que responderá de los defectos de coordinación de tales proyectos parciales tanto respecto al principal como entre ellos<sup>2392</sup>. Precisamente porque cada

---

<sup>2389</sup> HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 233, quien distinguía la responsabilidad por falta de encargo o utilización del estudio geológico de los errores de los que adoleciera, de los que sólo respondía su autor, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 214 (nota 390) autor que comentando las SSTs de 10 de mayo de 1986 (RJ 2678) y 27 de junio de 1986 (RJ 4401) que expresaban la responsabilidad del proyectista referida, destacaba la falta de actuación contraria a la *lex artis* del proyectista “*porque nada más diligente puede haber como acudir a un profesional para que emita un informe propio de su ramo...*”.

<sup>2390</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 725-726. En análogo sentido, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1171, quien sólo considera la exoneración del proyectista si el estudio fue encargado por el promotor.

<sup>2391</sup> En tal sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 208-209, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1171. Véase nota 2267, donde señalamos que sólo consideramos su falta de responsabilidad si no contrata él tal estudio y además no pudo advertir sus errores.

<sup>2392</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 391; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 441. También sostienen la responsabilidad del proyectista principal limitada a los defectos de coordinación, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 339; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 212-213, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 223.

En este sentido la STS de 28 de octubre de 2014 (RJ 5848) hizo responder en un supuesto en que una franja de terreno se desplazó al autor del proyecto de ejecución que había renunciado al de estructura y cimentación, que fue redactado por otro arquitecto. Tanto en primera instancia como en apelación se condenó con fundamento en el art. 1.902 CC, pero ante el recurso de casación del proyectista principal que defendía la aplicación del art. 10.1 de la LOE que conlleva que cada uno asuma la titularidad de su proyecto, el TS invocó que este precepto le hace responder de tales de defectos de coordinación. No obstante, también se basó su



proyectista asumirá la titularidad de su proyecto, el principal sólo responderá de los proyectos parciales en caso de que sean redactados por dependientes suyos o por elegidos y contratados por él<sup>2393</sup>.

En cualquier caso, el proyectista principal podrá repetir frente al autor del proyecto parcial, y éste igualmente responderá en vía de regreso frente a los demás agentes de acuerdo con el art. 18.2 de la LOE<sup>2394</sup>.

La responsabilidad del proyectista se complementa con el establecimiento por el art. 17.5 de la responsabilidad solidaria cuando se haya contratado la elaboración del proyecto conjuntamente con más de un proyectista<sup>2395</sup>.

Por último, en caso de que el proyectista, como permite el art. 10.2 a) de la LOE, sea una persona jurídica que designe a un técnico para la redacción del proyecto, responderá no sólo el técnico, sino también la persona jurídica, sin que sea preciso que aquél sea dependiente porque la norma no distingue, y por razones de mayor garantía de los adquirentes<sup>2396</sup>.

---

responsabilidad en que el desplazamiento del terreno tuvo como una de sus causas aquel proyecto de ejecución.

<sup>2393</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 391-392, y la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 441.

En cambio, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 212-213, sostiene que no responderá el proyectista si hay consentimiento a tal contratación por parte el promotor. Se basa la autora en la interpretación taxativa de los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno establecidos en la LOE.

<sup>2394</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 392. Esta autora se refiere como fundamento de la repetición del proyectista principal al art. 17.5 que contempla este derecho de regreso para el caso de que el proyectista haya encargado cálculos, estudios, dictámenes e informes. Consideramos por nuestra parte que el fundamento es el art. 18.2 que contempla con carácter general la acción de repetición, precepto que sí invoca la autora al referirse a la repetición del resto de agentes frente al proyectista parcial.

<sup>2395</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 350; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 945; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 200, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 211.

<sup>2396</sup> Exige relación de dependencia, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 391. En cambio, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 204, no la requiere expresamente.

### 2.2.3.2 La responsabilidad del director de la obra

#### 2.2.3.2.1 Obligaciones del director de la obra

El art. 12.1 de la LOE define al director de la obra como “*el agente que, formando parte de la dirección facultativa*<sup>2397</sup>, *dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto*”.

De esta definición se extrae como función del director de la obra la de su dirección conforme al proyecto, que contará con las correspondientes autorizaciones, y conforme al contrato.

Pero por su condición de perito no cumplirá sólo con adecuarse al proyecto, que puede ser erróneo. Por ello la LOE establece una serie de obligaciones que podríamos denominar *críticas* con el proyecto, y que pueden enlazarse con su obligación de sujetarse al contrato dentro del cual tiene cabida la *lex artis* por *more* del art. 1.258 CC<sup>2398</sup>.

A este agente el apartado segundo del art. 12 de la LOE le impone contar con la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico según corresponda; verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno, y resolver las

<sup>2397</sup> De la que, como establece el art. 13, también forma parte el director de ejecución de la obra. Ello no significa, no obstante, que siempre que responda uno deba responder el otro, porque sus funciones son diferentes (cfr. arts. 12 y 13). En esta misma tónica GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 431, destaca que la ley no ha configurado una responsabilidad de la dirección facultativa, ni una responsabilidad solidaria de ambos agentes con carácter general.

<sup>2398</sup> Esto lo observamos en ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 716, cuando para justificar la responsabilidad del director de la obra por los errores del proyecto que haya redactado otro técnico (art. 17.7 LOE) se refiere a que la *lex artis* le exige modificar el proyecto corrigiendo sus imperfecciones; en SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 224, quienes afirman que “*Una adecuada dirección supone en términos constructivos una obra acomodada al proyecto y a las reglas de la buena construcción*”, o en la STS de 28 de enero de 1994 (RJ 575), al señalar que “*en la fase de ejecución de la obra le corresponde la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización ajustada al proyecto según la lex artis*”.

contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto<sup>2399</sup>.

También deberá elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto<sup>2400</sup>; suscribir el acta de replanteo y el certificado final de obra así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas<sup>2401</sup> y, por último, elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor<sup>2402</sup>.

---

<sup>2399</sup> Cfr. art. 12.3 apartados a), b) y c). Al respecto de este último se ha destacado su oportunidad a pesar de que tal obligación de consignar las instrucciones en el Libro de Órdenes ya estaba prevista con anterioridad en otras normas como el art. 4 del Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se dictan normas sobre la redacción de proyectos y la dirección de obras de edificación. Nos referimos a CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 319-320, y a MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 215. También se contempla tal obligación en el anejo II del CTE (apartado II.1).

<sup>2400</sup> Cfr. art. 12.3 d). Con este precepto no se obliga al director de la obra a realizar cualquier modificación del proyecto como se puede observar a la vista de su tenor, sino que se limita a las modificaciones que sean necesarias para corregir la eventual inviabilidad del proyecto, por razones técnicas, urbanísticas y otras análogas como destaca CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 323. En análogo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 216, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 221.

<sup>2401</sup> Cfr. art. 12.3 e). Esta obligación de suscribir el certificado final también se le impone en el apartado II.3 del anejo II del CTE, que además añade unos anexos a aquél: *“...2 El director de la obra certificará que la edificación ha sido realizada bajo su dirección, de conformidad con el proyecto objeto de licencia y la documentación técnica que lo complementa, hallándose dispuesta para su adecuada utilización con arreglo a las instrucciones de uso y mantenimiento. 3 Al certificado final de obra se le unirán como anejos los siguientes documentos: a) descripción de las modificaciones que, con la conformidad del promotor, se hubiesen introducido durante la obra, haciendo constar su compatibilidad con las condiciones de la licencia; y b) relación de los controles realizados durante la ejecución de la obra y sus resultados”*.

<sup>2402</sup> Cfr. art. 12.3 f). El promotor, a su vez, como hemos visto (véase epígrafe 2.2.1.2.3) tiene la obligación de hacer lo propio [(cfr. art. 9.2 e)] con los adquirentes de lo edificado. Además también vimos (*ibídem*) que los técnicos, de acuerdo con el anejo II del CTE, tendrán la obligación de depositar tal documentación.

Además, en caso de que el director de la obra sea a la vez director de ejecución de la obra, de acuerdo con el art. 12.3 g) de la LOE, tendrá también las obligaciones que para éste fija el art. 13.

#### **2.2.3.2.2 La responsabilidad del director de la obra**

No todas las obligaciones que el art. 12 de la LOE atribuye al director de la obra generarán la responsabilidad prevista en esta norma, ni tampoco serán la causa única de ella<sup>2403</sup>. Entre ellas destaca como posible causa de responsabilidad, la de consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto, porque en él se dejará constancia del cumplimiento de las funciones del director de la obra y, por tanto, constituirá un medio de prueba de gran trascendencia para juzgar su responsabilidad<sup>2404</sup>. No obstante, veremos que tal constancia no le exonerará de responsabilidad, y el art. 17.7 de la LOE le hace responsable junto con el director de ejecución de la obra de la veracidad y exactitud del certificado final de obra.

Este precepto le atribuye la responsabilidad de los errores, imperfecciones y omisiones del proyecto, como ya hacía la jurisprudencia en aplicación del art. 1.591 CC<sup>2405</sup>. Esta responsabilidad obedece a que el director de la obra ha de comprobar la corrección y subsanar las deficiencias del proyecto, porque su labor no se limita a dirigir las obras

---

<sup>2403</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 214. V.g. conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas. En otro sentido, veremos que responderá de los defectos de los materiales respecto de los que no figura ninguna obligación en la LOE del director de la obra.

<sup>2404</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 220; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 225; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 215, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1172.

<sup>2405</sup> Véase p. 42. Destacan también esta continuidad, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 395; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 218, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 717-719.

según el que puede haber redactado otro técnico<sup>2406</sup>. Manifestaciones concretas de que su cometido va más allá de dirigir según proyecto, son su obligación de comprobar que la cimentación y estructura proyectadas se adecúan al terreno<sup>2407</sup>, la de resolver las contingencias que se produzcan en la obra<sup>2408</sup>, y la de realizar las modificaciones del proyecto que vengan exigidas por la marcha de las obras<sup>2409</sup>. En cambio, cuando las modificaciones no tengan como razón la marcha de las obras el director de la obra deberá oponerse a ellas si considera que puede conllevar un defecto de la edificación<sup>2410</sup>.

---

<sup>2406</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 341, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 214-215. En esta tónica, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 222-223, observan que por vicios de la dirección no sólo se entenderán los que tengan que ver con las instrucciones dadas, sino también los derivados de no revisar o rectificar el proyecto, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 223, quienes señalan que *“La dirección de la obra constituye la fase del trabajo en la que se lleva a cabo la verificación del replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectada. Supone, además, la correcta realización del proyecto, su interpretación, modificación y adición, si cabe...”*. También puede verse ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1171-1172.

<sup>2407</sup> Cfr. art. 12.3 b). También destacan esta manifestación de la intervención del director de la obra como agente que debe verificar el proyecto y subsanarlo si es necesario, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 214-215; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 114; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 221, y SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 341.

<sup>2408</sup> Cfr. art. 12.3 c).

<sup>2409</sup> Cfr. art. 12.3 d).

<sup>2410</sup> Cfr. STSS de 3 de enero de 1990 (RJ 4) que consideró que el arquitecto debía oponerse a la modificación del proyecto porque afecta a la estructura del edificio; 26 de octubre de 1984 (RJ 5072) sobre la responsabilidad por autorizar sustitución de material previsto en proyecto; 1 de febrero de 2002 (RJ 2100), también aplica el art. 1.591 CC, pero apoyándose en la LOE, señala que el director de la obra debe oponerse a la modificación que causó los vicios constructivos o apartarse de la obra. Sostiene la aplicación de tal jurisprudencia a la LOE, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 216. Se refieren con carácter general a esta responsabilidad del director de la obra por modificaciones del proyecto, MUÑOZ CASTILLO y COSME DE MAZARREDO Y PAMPLÓ, o.c. nota 1063, p. 77, y SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 340.

Esta responsabilidad guarda una evidente relación con la responsabilidad del director de la obra por los errores u omisiones del proyecto, porque si el art. 17.7 le hace responder de los errores del proyecto no redactado por él, con mayor razón responderá de las modificaciones de él que sean causa de los defectos constructivos.

La responsabilidad del director de la obra por las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto que haya elaborado otro profesional consideramos que es una responsabilidad en parte por hecho ajeno del proyectista, pero también del director de la obra que, como perito, no advirtió los errores<sup>2411</sup>.

También el director de la obra que asuma la dirección de una obra ejecutada parcialmente responderá de lo realizado con anterioridad, puesto que si existen vicios previos debe solventarlos lo cual se enlaza con la responsabilidad del art. 17.7 de la LOE por la aceptación de proyecto<sup>2412</sup>.

Por otro lado, el último párrafo de tal precepto hace responsable al director de la obra junto con el director de su ejecución de la veracidad y exactitud del certificado final de obra, precepto sobre el que existe división de opiniones. Ello viene motivado en buena medida porque la jurisprudencia unas veces ha considerado a este agente responsable de cualquier defecto ruinógeno por la firma del certificado final de obra y su condición de vigilante supremo, y otras veces lo ha absuelto cuando el defecto tuviera origen en la esfera de otra agente<sup>2413</sup>.

---

<sup>2411</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 217; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 716, quien se refiere a imperfecciones evidentes del proyecto. En esta línea, aunque formalmente la califica como una responsabilidad por hecho propio al asumir el proyecto como propio, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 341, no le priva de su derecho de repetición, pero aclara que no podrá repetir por el todo.

Sin embargo, para otros es una responsabilidad por hecho ajeno. Es el caso de CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 443; ARNAU MOYA, o.c. p. 259, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1172. No obstante todo lo anterior, sostenemos que estarán legitimados pasivamente frente al adquirente tanto el director de la obra como el proyectista (véase epígrafe anterior).

<sup>2412</sup> Cfr. STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2592), que señaló en aplicación del art. 1.591 CC: *"Este criterio de responsabilizar al arquitecto de obras realizadas por otro arquitecto y aceptadas sin protesta es el que ha recogido posteriormente la nueva Ley de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre en cuyo art. 17, apartado 7, se preceptúa en el párrafo segundo..."*. Se refieren a esta sentencia, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 357; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, pp. 928-929; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 502, y CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 398.

<sup>2413</sup> Referencias de la primera línea son las son las SSTs de 9 de marzo de 1988 (RJ 1609) que señaló *"no sólo cumple tal supremo responsable como superior técnico profesional, con apuntar en el Libro de órdenes los defectos sino comprobar su*

Algún autor sostiene que la emisión del certificado final de obra no hace responsable en todo caso a su director porque puede que la obra no se haya ejecutado correctamente por la actuación de otro agente de la edificación, como el constructor o el director de ejecución de la obra, por lo que se apartan de la primera línea<sup>2414</sup>. Otros en cambio derivan de la suscripción del certificado final su responsabilidad por defectos de ejecución<sup>2415</sup>, o del art. 12.1 que le atribuye el control de la obra en prácticamente todos los aspectos y su adecuación al fin propuesto, y de la obligación prevista en el art. 12.3 c) de resolver sus contingencias e impartir las debidas instrucciones<sup>2416</sup>.

En este punto ha de tenerse en cuenta que el director de la obra no sólo ha de impartir las instrucciones precisas [(art. 12.3 c)] sino además

---

*subsanación y a tenor de sus mandatos para llevarlo a cabo, antes de emitir la certificación final o definitiva de la conclusión de la obra, como único medio de que los dueños de la obra o posteriores adquirentes no se vean sorprendidos ni defraudados en sus derechos contractuales”; 3 de abril de 2000 (RJ 2342), 12 de noviembre de 2003 (RJ 8296), 25 de octubre de 2004 (RJ 6587), y 26 de mayo de 2005 (RJ 6300). Pueden verse exponentes de la jurisprudencia que no lo considera supremo responsable en nota 775.*

Sobre estas dos líneas, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 393, para quien no existen criterios jurisprudenciales que permitan saber cuándo se aplica una u otra, sino que el TS viene haciendo responder al director de la obra cuando los defectos sean graves y diversos (véase sobre esta idea p. 712). También observan dos líneas, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 111-112, y BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 84.

<sup>2414</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 393, para la que “...la sola emisión del certificado final de obra o el solo hecho de dirigir una obra de edificación no pueden servir como criterios de imputación.”

<sup>2415</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 502, y SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 340, la cual señala que “Será igualmente responsable el director de la obra cuando suscriba el certificado final de una obra que en rigor no puede considerarse terminada debido a la existencia de defectos...”. En parecido sentido, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 113, quien a pesar de observar que la LOE se aparta de la línea jurisprudencial que calificaba al director de supremo responsable al consagrarse en el art. 17.2 la responsabilidad individualizada, observa que el art. 17.7 puede conllevar en la práctica tal responsabilidad.

<sup>2416</sup> GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, pp. 162-166 y 170-171, quien además observa que tal vez puede haberse agravado esta situación con la LOE al aplicarse a los técnicos la presunción de nexo causal que conlleva con carácter general y por haber desaparecido los criterios de imputación tradicionales de los vicios del suelo y de dirección que permitían distinguir la responsabilidad de los técnicos de la del constructor. No obstante, la autora no deja de reconocer que era habitual que los daños se debieran a diferentes clases de vicios.

comprobar su cumplimiento, lo que se deduce del art. 17.7 que le hace responsable de la veracidad del certificado final de obra y de la Orden de 28 de enero de 1972 del Ministerio de la Vivienda <sup>2417</sup>. Además, el Tribunal Supremo ya había considerado insuficiente que el director hiciera constar en el Libro de Órdenes las irregularidades dado que debía proceder a comprobar su corrección<sup>2418</sup>. Sin embargo, algunos niegan tal responsabilidad si se hicieron constar en Libro de Órdenes las instrucciones correspondientes<sup>2419</sup>.

Por nuestra parte consideramos que el art. 17.7 no tiene como única finalidad hacer responder al director de la obra de la autenticidad formal

---

<sup>2417</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 218. Efectivamente, de acuerdo con la Orden de 28 de enero de 1972 del Ministerio de la Vivienda que aprueba el modelo de certificado final de obra en él se hará constar que la obra *“ha sido terminada según el proyecto aprobado y la documentación técnica que lo desarrolla”*. En parecido sentido, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 224, quienes sostienen que debido a que en el momento de la conclusión debe verificar el director de la obra su adecuación a sus especificaciones comunicando los vicios o defectos que aprecie, es por lo que el art. 17.7 le impone tal responsabilidad.

<sup>2418</sup> Cfr. SSTs de 9 de marzo de 1988 (RJ 1609), 27 de junio de 1994 (RJ 6505), 19 de noviembre de 1996 (RJ 8276), 3 de abril de 2000 (RJ 2342), 25 de julio de 2000 (RJ 6475), 12 de noviembre de 2003 (RJ 8296), 25 de octubre de 2004 (RJ 6587), y 26 de mayo de 2005 (RJ 6300). Se refieren a esta jurisprudencia, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 393 (nota 104); CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 442-443; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 225, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 218-219.

<sup>2419</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 394-395. No obstante, esta autora reconoce que con anterioridad a la LOE era más clara en la normativa la falta de la condición de supremo responsable, puesto que el art. 3 del Decreto 462/1971 ni tan siquiera hablaba de seguimiento de la ejecución de la obra, sino sólo de comprobación del proyecto y adecuación del mismo; mientras que en la LOE las funciones no son sólo la de impartir instrucciones sino resolver las contingencias que se produzcan en la obra, y en el art. 17.7 se hace responder no sólo de que la obra se ha terminado, sino que se ha terminado correctamente, esto es, sin vicios o defectos. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 442-443, quienes señalan que para que los directores de la obra respondieran de cualquier clase de defecto lo debería haber previsto la LOE lo que observan acertado porque en caso contrario se harían responsables de lo hecho por terceros que no son dependientes suyos ni han sido ocupados por ellos. También considera que la constancia en el Libro de Órdenes de las correspondientes instrucciones deriva la responsabilidad a los otros agentes que las incumplen, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1172.



del certificado final de obra<sup>2420</sup>. Nos apoyamos no sólo en la jurisprudencia preexistente, sino en la propia ubicación de la norma como cabecera del art. 17.7 en el que se regula la responsabilidad de la dirección facultativa, y en el que no existe otra regla general de responsabilidad.

No obstante, la interpretación de la norma debe atemperarse con las funciones propias del director de la obra, sin que sea incompatible lo anterior con que deba además de impartir las instrucciones comprobar su cumplimiento<sup>2421</sup>. Así, se defiende que sólo surgirá esta responsabilidad por falta de veracidad del certificado final de obra en la medida en la inexactitud de la obra con el proyecto se refiera a extremos en los que alcancen sus funciones, de tal manera que la inexactitud se deba a que no impartió las instrucciones precisas o no comprobó su cumplimiento<sup>2422</sup>.

En este sentido algunos pronunciamientos en aplicación del art. 1.591 CC exoneraron al arquitecto si los defectos no tenían cierta importancia porque en estos casos no eran susceptibles de ser corregidos mediante la

---

<sup>2420</sup> Nos referimos a GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, p. 165, para quien la razón de ser de la norma es la de evitar que se adelante fraudulentamente la fecha de terminación a los efectos de hacer que premuera el plazo de garantía, sin que la firma del certificado final de obra implique la asunción de los defectos de los que pueda adolecer la misma.

En el mismo sentido que nosotros, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1171, señala *“resulta absurdo pensar que se limiten a responder de que la obra se ha terminado”*.

<sup>2421</sup> Esto lo aclaramos porque observamos que algunos consideran que el hecho de que el TS haga responder aunque se plasmen en el Libro de Órdenes las instrucciones sin comprobarse su cumplimiento es parte de la línea jurisprudencial que lo considera supremo responsable de todo defecto constructivo. Cfr. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 442-443. Por ello, consideramos compatible que no se le haga responder de los defectos tengan origen en la esfera de otros agentes, con la exigencia de compruebe el cumplimiento de las instrucciones que imparte, porque tal comprobación no le es ajena sus funciones aunque guarde relación con la labor de los otros agentes implicados en su cumplimiento.

<sup>2422</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 219. En este sentido ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 257, considera que el director de la obra ya no responderá como garante supremo sino según su concreta esfera de actuación.

función de dirección<sup>2423</sup>. En la misma tónica algunos defienden que la regla general es que responderá si los defectos son generalizados y afectantes a elementos fundamentales de la obra<sup>2424</sup>.

No obstante todo lo anterior, al director de la obra siempre le quedará la posibilidad de exonerarse no suscribiendo el certificado final de obra<sup>2425</sup>.

Además, puesto que de la veracidad y exactitud también responderá, de acuerdo con el art. 17.7 renombrado, el director de la ejecución de la

---

<sup>2423</sup> Cfr. STS de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007/399) que estimó por tal razón el recurso del arquitecto superior que había sido condenado por defectos de poca importancia como la carpintería de ventanas y armarios, y desplazamientos de pulsador de timbre. Señaló: *“En los casos de abandono o defectuosa realización de la función de vigilancia de la obra, únicamente cabe eximir al arquitecto de las meras imperfecciones de la obra, por referirse a defectos poco importantes de ejecución o a defectos de materiales que no afectan a los elementos estructurales, pero no de los defectos que tienen trascendencia suficiente para ser considerados como susceptibles de ser corregidos mediante la función de dirección por implicar una defectuosa ejecución del proyecto o tener la magnitud suficiente para afectar al conjunto de la obra”*. También pueden verse la SSTS de 19 de mayo de 2006 (RJ 2371) que alude igualmente a que la labor de la dirección de obra está enfocada a que no se produzcan defectos de magnitud, y de 15 de junio de 1990 (RJ 4761) que condenó por la gran variedad de defectos existentes en el edificio (tuberías, colocación de bañeras, filtraciones) que era demostrativa de que el arquitecto no llevó a cabo adecuadamente su labor de dirección

A esta jurisprudencia se refiere SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 339-340, También destacan estos pronunciamientos que condenan en atención a que son defectos de ejecución que afectan a elementos estructurales o son generalizados, patentes o groseros, ALMENAR BELENGUER, JIMÉNEZ LÓPEZ y PÉREZ PAZ, o.c. nota 307, p. 94

<sup>2424</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 224, quienes se refieren al supuesto en que no se caen cuatro placas de la fachada sino todo el aplacado. GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1177, p. 263 y ss., quien además de sostener la aplicación de la referida jurisprudencia, advierte que el problema más importante que se plantea en relación con la responsabilidad del director de la obra es la extensión de su deber de vigilancia, lo que también hace BADIOLA DÍEZ, o.c. nota 269, p. 86.

Por ello, no apreciamos que la aplicación de la presunción de nexo causal a los técnicos no pueda modularse en cierta medida en función de la esfera de competencias que asuman. No coincidimos con GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, p. 163, para el cual con la LOE ya no podrán los técnicos exonerarse demostrando que los daños se hayan producido fuera de la órbita que la ley les asigna.

<sup>2425</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 395; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 225, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 219 y 234, a quien además le parece acertada la SAP de Asturias de 13 de junio de 2005 (JUR 199683) que no consideró como causa justificada para el impago de honorarios la negativa a certificar el final de la obra.

obra, y las funciones de ambos no coinciden (arts. 12 y 13), habrá que estar a ellas para determinar la responsabilidad de uno u otro<sup>2426</sup>. Como veremos en el epígrafe siguiente, tradicionalmente el director de la obra asume la vigilancia mediata de la obra, mientras que el director de ejecución la inmediata. Por ello, la responsabilidad no será solidaria sino que vendrá determinada por las respectivas funciones de cada agente, aunque serán frecuentes las condenas solidarias porque en la práctica resulta difícil delimitarlas<sup>2427</sup>. Las diferentes funciones de estos agentes se aprecian en sus definiciones, porque mientras que la del director de la obra apunta a dirigir la obra en sus aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, la del director de la ejecución de la obra lo hace a la dirección de su ejecución material, cuya obligación además asume<sup>2428</sup>.

Por otro lado, la LOE a quien atribuye el control de los materiales es al director de ejecución de la obra [(art. 13.2 b)], y en esta línea el CTE le encomienda el control de recepción en obra de productos, equipos y sistemas<sup>2429</sup>. Sin embargo, el CTE imputa el control de calidad de productos mediante ensayos a ambos técnicos de un modo general y algo

---

<sup>2426</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 219-220.

<sup>2427</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 220, 222 y 229. En sentido análogo, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 155, quienes consideran dudoso que esta responsabilidad sea solidaria porque la solidaridad no se presume y la LOE no la establece en este caso.

En sentido contrario, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 149, con fundamento en que es la regla general la de la solidaridad en caso de actuaciones conjuntas, de lo que discrepamos porque son agentes con funciones diferentes por lo que no estamos ante una actuación de ese tipo.

<sup>2428</sup> Sobre las diferentes funciones que se aprecian en las definiciones de estos agentes, véase PAREJO ALFONSO, o.c. nota 267, p. 237. Sobre la obligación de dirigir la ejecución material de la obra, cfr. art. 13.2 c) de la LOE, obligación que resalta SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 340, para distinguir a este agente del director de la obra.

<sup>2429</sup> Cfr. arts. 7.2.1 y 7.2.2 que atribuyen al director de ejecución como parte de este control de la recepción de productos, el control sobre la documentación de los suministros y el control de recepción mediante distintivos de calidad y evaluaciones de idoneidad técnica.

contrario a la LOE, porque ésta establece en su art. 13.2 b) que la ordenación de aquéllos es obligación del director de la ejecución<sup>2430</sup>.

Lo cierto es que en aplicación del art. 1.591 CC el Tribunal Supremo ha condenado al director de la obra por defectos de los materiales<sup>2431</sup>, y en las ocasiones que lo ha absuelto observamos que aquéllos obedecían a una falta de control sobre las mezclas y dosificaciones, función esta que se le atribuye al aparejador por el art. 1 del Decreto 462/1971<sup>2432</sup>. Por ello coincidimos con aquellos que sostienen la responsabilidad del director de

---

<sup>2430</sup> Cfr. art. 7.2.3 del CTE que viene a admitir la posibilidad de que el control de recepción de los materiales mediante ensayos sea realizado a instancias también del director de la obra, dado que se refiere en general a la dirección facultativa, y además se remite a los criterios que pueda tener el proyecto sobre los ensayos. También entiende este precepto así y la consecuente responsabilidad, REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, p. 40. En cambio, ALMENAR BELENGUER, JIMÉNEZ LÓPEZ y PÉREZ PAZ, o.c. nota 307, p. 93, consideran que será responsable el director de ejecución puesto que relacionan aquel precepto con el art. 13.2 b) de la LOE.

<sup>2431</sup> Cfr. SSTs de 26 de noviembre de 1984 (RJ 5661) sobre mala calidad de áridos empleados para elaboración del hormigón; de 5 de junio de 1986 (RJ 3289) sobre el empleo de un árido inadecuado que contenía pirita de hierro, que al oxidarse por la humedad o lluvia y aumentar de volumen produce la destrucción de la obra; 25 de julio de 2000 (RJ 6475) porque el canalón causante de humedades y filtraciones previsto en el proyecto incumplía la normativa técnica correspondiente.

Al margen de esta última sentencia cuya fundamentación en el incumplimiento de la normativa técnica es diáfana, la primera viene a considerar que el hecho de que el Decreto 265/1971, de 19 de febrero atribuya a los arquitectos técnicos el cometido de exigir los análisis necesarios para comprobar la idoneidad de los materiales a emplear, no excluye, como dice la sentencia *“la que, en el mismo orden y con mucha mayor razón, dado su cometido, ha de considerarse tienen los Arquitectos superiores, como directores de las obras...”*; y la segunda sentencia recurre al mismo fundamento de la responsabilidad al que une el de su caracterización como supremo responsable.

<sup>2432</sup> Cfr. STS 15 de octubre de 1991 (RJ 7449) sobre mala calidad de hormigón con resistencia inferior a la exigible como consecuencia de la falta de vigilancia de las amasadas de hormigón; STS de 3 de julio de 2000 (RJ 6877) al señalar: *“La adecuada dosificación de los materiales y su correcta colocación, son funciones que no entran dentro de las atribuidas al arquitecto director de la obra, sino que competen al arquitecto técnico, de acuerdo con el Decreto de 16 de julio de 1935 y del de 19 de febrero de 1971, según los cuales le corresponde la dirección de la ejecución material de la obra, así como la comprobación de los materiales y mezclas, teniendo, además, esos defectos el carácter de constructivos imputables, en su caso, al constructor, nunca al arquitecto director de la obra.”*; STS de 7 de mayo de 2001 (RJ 6897) también por baja calidad del hormigón elaborado por el contratista en la obra, pero en este caso se tuvo en cuenta más que la atribución del control de las mezclas al arquitecto técnico, la paralización de la obra desde que se tuvo conocimiento de los resultados de las pruebas practicadas sobre la resistencia de aquel material.

la obra por la deficiente calidad de los materiales que figuren en el proyecto, aunque ésta no se contemple expresamente en la LOE<sup>2433</sup>.

En cuanto al incumplimiento de la obligación de elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor [(art. 12.3 f)], si resultan condenados los agentes a pesar del incorrecto uso o falta de mantenimiento sobre la base de que no se les facilitó por el promotor las instrucciones de uso y mantenimiento porque no las recibió del director de la obra, consideramos que también deberá responder éste.

Por último, el art. 17.7 de la LOE establece la responsabilidad solidaria de los directores de obra que hayan asumido la dirección de una obra conjuntamente<sup>2434</sup>. Diferente es el supuesto de la dirección de proyectos parciales al que no se refiere este precepto, pero que permite el art. 12.2 de la LOE al señalar que podrán dirigir las obras de los proyectos parciales otros técnicos bajo la coordinación del director de la obra. En tal caso resultan aplicables las mismas reglas de responsabilidad establecidas para los defectos de los proyectos parciales<sup>2435</sup>.

---

<sup>2433</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 443, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.172.

En sentido contrario, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 340, quien sólo concibe esta responsabilidad en caso de que el director de la obra sustituya los materiales proyectados por otros inadecuados, y resalta que el art. 13.2 b) a quien atribuye el control de los materiales es al director de la ejecución. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 225-226, quien limita su responsabilidad a los casos en que el director de ejecución de la obra le advierta de la inadecuación de los materiales.

<sup>2434</sup> DÍEZ-PICAZO, o.c. nota 4, p. 397. No obstante, SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 946, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 220, observan que puede que no se dé solidaridad si a cada técnico se le asigna la dirección de una parte de la obra.

<sup>2435</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 394; la autora junto con CARRASCO PERERA, y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 444; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 221. Véase tales reglas en epígrafe anterior (p. 703) concretamente la limitación de la responsabilidad a los defectos de coordinación. Por el contrario, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 114, también considera responsable al director del proyecto principal de los defectos de dirección de los proyectos parciales que pudiera advertir.

### 2.2.3.3 La responsabilidad del director de ejecución de la obra

#### 2.2.3.3.1 Las obligaciones del director de ejecución de la obra

El art. 13 de la LOE define al director de la ejecución de la obra como *“el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado”*.

De esta definición se deriva que el director de la ejecución de la obra tiene como función principal la de dirigir su ejecución material<sup>2436</sup>, con lo que se marca la diferencia con el objeto de la función de dirección del director de la obra, y que vimos en el epígrafe anterior.

El apartado segundo del art. 13 impone a este agente la obligación de poseer la titulación académica y profesional correspondiente<sup>2437</sup>; verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas<sup>2438</sup>, y 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<sup>2439</sup>.

---

<sup>2436</sup> También se contemplaba con anterioridad en el art. 1 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero (véase nota 138). La inclusión de tal obligación en la definición, aunque criticada técnicamente, se fundamenta en su fuerza caracterizadora por MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 222. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 365, señala que *“La ejecución material de la obra es el objeto de la dirección de este agente”*.

<sup>2437</sup> Cfr. art. 13.2 a). Además, este precepto, del mismo modo que hace el art. 12.3 a) para el caso del director de la obra, exige que en el supuesto de recaer la dirección de la ejecución de la obra sobre personas jurídicas se designe al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante.

<sup>2438</sup> Cfr. art. 13.2 b).

<sup>2439</sup> Cfr. art. 13.2 c).

También deberá consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas<sup>2440</sup>; suscribir el acta de replanteo y el certificado final de obra, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas<sup>2441</sup>, y colaborar con los restantes agentes en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control realizado<sup>2442</sup>. Además, el art. 13.1 de la LOE al definirlo le atribuye el control cualitativo y cuantitativo de la construcción y la calidad de lo edificado, como también hace el CTE<sup>2443</sup>.

---

<sup>2440</sup> Cfr. art. 13.2 d). Sobre la valoración positiva de esta norma y la contemplación de la misma obligación en el CTE, véase nota 2399.

<sup>2441</sup> Cfr. art. 13.2 e). Esta obligación de suscribir el certificado final de obra también se le impone en el apartado II.3 del anejo II del CTE, que señala: *“1 En el certificado final de obra, el director de la ejecución de la obra certificará haber dirigido la ejecución material de las obras y controlado cuantitativa y cualitativamente la construcción y la calidad de lo edificado de acuerdo con el proyecto, la documentación técnica que lo desarrolla y las normas de la buena construcción”*. Véase nota 2401 sobre los anexos que se añaden al certificado final de obra según el referido anejo II del CTE.

<sup>2442</sup> Cfr. art. 13.2 f). El promotor, a su vez, como hemos visto (véase epígrafe 2.2.1.2.3) tiene la obligación de hacer lo propio [(cfr. art. 9.2 e)] con los adquirentes de lo edificado. Además, también vimos (*ibídem*) que los técnicos, de acuerdo con el anejo II del CTE, tendrán la obligación de depositar tal documentación.

<sup>2443</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 320, quien señala que a pesar de que el CTE establece en su art. 7.1.2 el control de calidad sin determinar que corresponde al director de la ejecución, se deduce del anejo II en su apartado II. 2 a): *“El control de calidad de las obras realizado incluirá el control de recepción de productos, los controles de la ejecución y de la obra terminada. Para ello: a. el director de la ejecución de la obra recopilará la documentación del control realizado, verificando que es conforme con lo establecido en el proyecto, sus anejos y modificaciones”*. También sobre la atribución del control de calidad a este agente, OTERO CERREZO, o.c. nota 426, p. 67, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 226.

### 2.2.3.3.2 La responsabilidad del director de ejecución de la obra

No todas las obligaciones que impone el art. 13 de la LOE al director de ejecución de la obra generarán la responsabilidad prevista en tal norma para este agente<sup>2444</sup>.

Entre las referidas obligaciones destacan como posible causa de responsabilidad de este agente la dirección de la ejecución material de la obra y la verificación de la recepción en obra de los productos de la construcción<sup>2445</sup>. Dichas obligaciones estaban establecidas antes de la LOE a través de las normas reguladoras de la profesión del arquitecto técnico las cuales fundaban su responsabilidad en aplicación del art. 1.591 CC<sup>2446</sup>. Por tanto, tal jurisprudencia resulta aplicable, máxime cuando tales normas subsisten<sup>2447</sup>.

---

<sup>2444</sup> V.g. conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, así como suscribir el acta de replanteo. En tal sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 227. Esta autora también destaca que el control cuantitativo al que alude el art. 13.1 dará lugar más a responsabilidad contractual por no ajustarse el edificio a las dimensiones pactadas, que a responsabilidad por defectos constructivos, salvo el supuesto de que el incumplimiento de las dimensiones pactadas genere la responsabilidad decenal del art. 17.1.

<sup>2445</sup> Cfr. art. 13.2, letras b) y c), que las establecen en clara continuidad con la definición del art. 13.1 que contempla las funciones de dirigir la ejecución material y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.

<sup>2446</sup> Cfr. STS de 31 de mayo de 2007 (RJ 3429) que tras referirse *grosso modo* a la jurisprudencia que impone la responsabilidad al director de la ejecución de la obra por defectos de ejecución material, señala: *“Tal jurisprudencia trae causa de las previsiones normativas que, ya desde el año 1935, han venido regulando las facultades y competencias de los aparejadores. Así, ya por Decreto de fecha 18 de julio de 1935 se preveía como misión del aparejador «inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas y ordenar la ejecución material de la obra; siendo responsable de que ésta se efectúe con sujeción al proyecto, a las buenas prácticas de la construcción y con exacta observancia de las órdenes e instrucciones del Arquitecto Director»(artículo 2º ). De mayor precisión fue el Decreto posterior de fecha 19 de febrero de 1971, que enuncia, en el ámbito de la dirección de obras, las diversas atribuciones conferidas a los Arquitectos Técnicos, señalando, en primer lugar y en términos similares a la de la anterior normativa, la de «ordenar y dirigir la ejecución material de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando los trabajos de acuerdo con el proyecto que las define, con las normas y reglas de la buena construcción y con las instrucciones del Arquitecto superior, director de las obras» Tal delimitación de competencias, que se ha venido gestando a lo largo de*



También destaca la obligación de consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas, porque en él se dejará constancia del cumplimiento de sus funciones y, por tanto, constituirá un medio de prueba de gran trascendencia para juzgar su responsabilidad<sup>2448</sup>, aunque veremos que tal constancia no le eximirá de responsabilidad.

La obligación de dirigir la ejecución material de la obra tiene varios contenidos que se observan en el art. 13.2 c) de la LOE: por un lado, se realiza de acuerdo con el proyecto e instrucciones dadas por el director de la obra; y por otro, no basta con dar las debidas instrucciones, sino que además resulta preciso comprobar su cumplimiento.

En relación con la obligación de sujetarse a las instrucciones del director de obra, su cumplimiento, en caso de ser incorrectas, puede conllevar la responsabilidad del director de ejecución de la obra si por su condición de profesional debiera advertir su incorrección<sup>2449</sup>. Así, se le ha

---

*nuestra legislación anterior, conecta con la previsión contenida en la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que atribuye con carácter genérico en su artículo 13 a este agente del proceso constructivo, en cuanto «director de la ejecución de la obra», la «función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado».*

Cfr. Decreto de 16 de julio de 1935 del Ministerio de Instrucción pública y Bellas artes, de regulación de las atribuciones de la carrera de aparejador (Gaceta de Madrid, de 19 de julio de 1935) que señala en su art. 2: *“La misión del Aparejador consiste en inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas y ordenar la ejecución material de la obra; siendo responsable de que ésta se efectúe con sujeción al proyecto, a las buenas prácticas de la construcción y con exacta observancia de las órdenes o instrucciones del Arquitecto Director”*. Igualmente cfr. art. 1 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero (véase nota 138).

En esta línea, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 431, en referencia a tales Decretos, señala que las obligaciones que establece la LOE vienen a coincidir con las responsabilidades que impone el Tribunal Supremo en aplicación de tal normativa. Véase tales correspondencias en nota 2436 y en la STS que acabamos de extractar que aprecia la continuidad de tal normativa con la LOE.

<sup>2447</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1177, p. 268.

<sup>2448</sup> Cfr. art. 13.2 d). Véase nota 2404 autores que destacan tal utilidad. Como señala PAREJO ALFONSO, o.c. nota 267, p. 257, se trata de una obligación instrumental de las anteriores.

<sup>2449</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 395; en el mismo sentido la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 444; ÁLVAREZ

condenado por errores del proyecto al deber advertirlos<sup>2450</sup>. Y es que la obligación de dirigir la ejecución material de la obra, aunque no lo diga la LOE, debe ajustarse también a la *lex artis*, lo que ya se contemplaba con anterioridad en otras normas<sup>2451</sup>. En este sentido, se incide en que no es un mero ayudante del director de obra<sup>2452</sup>.

---

OLALLA, o.c. nota 4, p. 117; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 261, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 228-229.

<sup>2450</sup> Cfr. SSTs de 27 de junio de 2002 (RJ 5505) sobre humedades causadas por no haberse proyectado drenaje perimetral del edificio, y que hizo con cita de la de 5 de octubre de 1990 (RJ 7472) señala: *“como técnico que es debe conocer las normas tecnológicas de la edificación, advertir al Arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a su lex artis, que en modo alguno le es ajena”*; 27 de junio de 2003 (RJ 4314) por tener pleno conocimiento de que el arquitecto director no había realizado un estudio previo del suelo y que la cimentación no era adecuada; 10 de marzo de 2004 (RJ 898) sobre falta de previsión de la necesaria impermeabilización de un muro la cual *“va implícita en su construcción y no puede pasar desapercibida a la persona que realiza la edificación, la que debe advertir su falta y cualquier técnico de la construcción conoce, por ser elemental, que cuando un muro no se impermeabiliza adecuadamente permite siempre goteras y humedades...”*, añadiendo que *“Entre otras funciones de los Arquitectos Técnicos está la de llevar a cabo las correcciones necesarias para evitar daños (sentencia de 15-5-1995), a fin de conseguir la finalidad del contrato, que no es otra que se alcance la ejecución de una obra bien hecha y segura”*; 23 de febrero de 2010 (RJ 4342) resolvió en un supuesto de solado inadecuado que *“Según reiterada jurisprudencia de esta Sala los arquitectos técnicos no deben limitarse a una ejecución incondicional del proyecto de construcción, sino que las facultades de dirección de la ejecución de la obra que les otorga el ordenamiento jurídico comportan la necesidad de advertir a la arquitecta de la existencia de dificultades u obstáculos imprevistos en dicha ejecución”*. También puede verse la STS de 20 de diciembre de 2004 (RJ 8131): *“..aún cuando es cierto que dichos profesionales de la construcción no tienen facultades en orden a la realización del proyecto de obra o su modificación, sin embargo, como técnico que conoce las normas tecnológicas de la edificación, debe advertir al Arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a la “lex artis”, que en modo alguno le es ajena, como viene reiterando la doctrina de esta Sala”*.

Sin embargo, se le ha absuelto de la modificación del proyecto. Cfr. STS de 14 de marzo de 2008 (RJ 4053) que sobre la sentencia de apelación, que mantiene, señala: *“sitúa el origen del daño en la tabiquería y piscina en el cambio del proyecto y en el incumplimiento de la función superior de dirección y vigilancia para comprobar que la obra ejecutada se ajustaba al proyecto, y esta valoración probatoria, y la consiguiente imputación, no puede ser eliminada, para ofrecer una calificación jurídica distinta, en la que sea posible integrar en la condena a los Arquitectos Técnicos, tratándose de funciones propias de aquellos y no de las que a los mismos compete”*.

<sup>2451</sup> Cfr. art. 2 del Decreto de 16 de julio de 1935 (véase nota 2446). Cfr. apartado II.3 del anejo II del CTE que contempla la certificación de la construcción conforme a las reglas de la buena construcción. Cfr. fragmento extractado (véase nota anterior) de la STS de 20 de diciembre de 2004 (RJ 8131) que sienta que la *lex artis* le exige advertir los errores del proyecto. Observamos esta sujeción en CORDERO LOBATO,

A pesar de lo anterior, algún autor ha negado su responsabilidad por defectos de proyecto con fundamento en que para él no hay un precepto como el art. 17.7 de la LOE que establece la responsabilidad del director de la obra por los errores u omisiones del proyecto<sup>2453</sup>. No obstante, en el caso particular de defectos del proyecto relacionados con la cimentación han existido pronunciamientos dispares<sup>2454</sup>.

Antes de adentrarnos en la segunda faceta que observamos en la función de dirección material (la de comprobar el cumplimiento de las instrucciones) debemos señalar que su función de vigilancia alcanza a cada una de las unidades de obra<sup>2455</sup>.

---

o.c. nota 1, p. 395, quien para fundamentar la responsabilidad por al incorrección manifiesta de las instrucciones del director de la obra se refiere a que *“es un profesional cualificado que está obligado a aplicar toda su pericia, el mismo responderá cuando obre imprudentemente o contrarie su «lex artis», aunque lo haga siguiendo las instrucciones del director de obra”*.

<sup>2452</sup> Cfr. SSTs de 28 de mayo de 2001 (RJ 3437); 10 de marzo de 2004 (RJ 898); 27 de junio de 2003 (RJ 4314) que señala: *“La doctrina jurisprudencial ha recogido que no puede proteger a estos profesionales la excusa que frecuentemente se aduce, relativa a que se limitaron a realizar la obra tal y como aparecía planteada por el Arquitecto Director, porque su actuación y cometido no es meramente automático y de ciega subordinación y permanece o debe permanecer abierto al margen de no realizar lo que no sea correcto, pues en otro caso quedaría vacío de contenido para ellos el art. 1591 del Código Civil - sentencias de 22 de septiembre de 1988, 8 de febrero de 1994 y 15 de mayo de 1995-”*.

<sup>2453</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 229.

<sup>2454</sup> Cfr. STS de 28 de mayo de 2001 (RJ 3437) que absolvió al arquitecto técnico porque el conocimiento del defecto no conlleva su responsabilidad por exceder el defecto de la fase de ejecución, expresando: *“en el caso, la imprevisión afecta a una solución constructiva que excede de la estricta fase de ejecución competencia del Aparejador, sin que un hipotético conocimiento del problema se pueda traducir en una específica exigencia de responsabilidad, dado que el mismo no era desconocido, o no debía serlo, por quienes tenían la obligación concreta de ponerle remedio”*. En esta sentencia se fundamenta ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 706, para sostener su falta de responsabilidad en estos casos de defectos de cimentación.

En cambio, la STS de 27 de junio de 2003 (RJ 4314) condenó por un defecto de cimentación por falta de estudio del suelo, señalando *“si bien se trataba de un vicio del suelo, los otros demandados y entre ellos el propio recurrente, conocían sobradamente la existencia de tal vicio”*.

<sup>2455</sup> Cfr. art. 1 a) apartado 4 de Decreto 265/1971 (véase nota 138). Cfr. art. 7.3 del CTE: *“Durante la construcción, el director de la ejecución de la obra controlará la ejecución de cada unidad de obra verificando su replanteo, los materiales que se*

Dicho esto, al director de ejecución de la obra no le bastará con dar las instrucciones adecuadas, sino que deberá comprobar su cumplimiento, lo que se observa en el art. 13.2 c) de la LOE y en otras normas<sup>2456</sup>.

Por ello, al igual que ocurría con el art. 1.591 CC, el director de ejecución de la obra responderá de los daños ocasionados por los defectos de ejecución material del constructor<sup>2457</sup>. Efectivamente, tras la LOE el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1.591 CC los condena por defectos de ejecución del constructor, lo que seguirá ocurriendo en atención a las obligaciones que les impone aquella<sup>2458</sup>.

---

*utilicen, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones”.*

Por ello se han dictado pronunciamientos que condenan por defectos de ejecución bastante singulares. Cfr. STS de 31 de mayo de 2007 (RJ 3429) sobre incorrecta disposición de la rejilla de desagüe de los garajes y funcionamiento defectuoso de la puerta de acceso.

<sup>2456</sup> Efectivamente este precepto señala que dirigirá la ejecución material *“comprobando la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones”*. También puede verse el art. 1 a) apartado cuatro del Decreto 265/1971, de 19 de febrero. Derivan del art. 13.2 c) este deber de comprobar las instrucciones, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 331-332, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 223.

Este deber se desarrolla el art. 7.3 del CTE que además de en su apartado primero ya extractado (véase nota anterior) dispone en los siguientes: *“2. Se comprobará que se han adoptado las medidas necesarias para asegurar la compatibilidad entre los diferentes productos, elementos y sistemas constructivos. 3. En el control de ejecución de la obra se adoptarán los métodos y procedimientos que se contemplen en las evaluaciones técnicas de idoneidad para el uso previsto de productos, equipos y sistemas innovadores, previstas en el artículo 5.2.5”*.

<sup>2457</sup> En aplicación del art. 1.591 CC vimos que los vicios de la construcción podrían ser demostrativos de un vicio de la dirección (véase pp. 41-42).

<sup>2458</sup> Cfr. SSTS de 6 de junio de 2002 (RJ 5254) que condena al director de ejecución a la reparación de los defectos de desprendimiento del aplacado de la fachada por deficiente anclaje del mismo que resolvió: *“tan mala instalación fue por negligencia de la empresa constructora, como realizadora de la obra física y la correlativa de los aparejadores, con funciones propias y características en la ejecución material”*; de 24 de mayo de 2007 (RJ 3124): *“Estamos ante un fracaso casi generalizado de la construcción, de la que ha sido absuelto el Arquitecto y condenados el Aparejador y la constructora de la obra en pronunciamiento que, respecto del primero de ellos, recurrente en casación, debe mantenerse ya que dentro de las responsabilidades atribuibles al Aparejador o Arquitecto Técnico, están las de dirigir la ejecución material de la obra y controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado, como ahora dice el artículo 13 de la LOE, cumpliendo las órdenes recibidas, ejecutando materialmente el proyecto, calculando la adecuación de*

Por otro lado, la función de dirección de la ejecución material no alcanza únicamente a la comprobación de las labores de ejecución sino también a los materiales, dado que la LOE le atribuye verificar la recepción en obra de los productos de la construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas y la comprobación de los materiales<sup>2459</sup>. En esta línea el CTE le atribuye el control de la recepción en obra de productos, equipos y sistemas<sup>2460</sup>, y la realización de ensayos<sup>2461</sup>.

En este sentido, tradicionalmente el Tribunal Supremo les ha imputado tal responsabilidad por defectos de los materiales, doctrina que en atención a las funciones que les impone la LOE seguirá vigente<sup>2462</sup>.

---

*los materiales en su aplicación a la obra, inspeccionar ésta, y en lo demás, cumplir con las buenas prácticas de la construcción; obligaciones que desatendió hasta provocar los graves defectos que sufre la vivienda propiedad del actor y de cuyo incumplimiento responde solidariamente con la constructora al no haberse podido deslindar o individualizar las respectivas responsabilidades”.*

Observa que esta jurisprudencia seguirá siendo de aplicación a la LOE por las mismas funciones que ahora le impone ésta, CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, p. 29, quien se refiere concretamente a los arts. 13.1 y 13.2 c). Confirma lo anterior la remisión que hace la STS de 24 de mayo de 2007 (RJ 3124) al art. 13 de la LOE.

<sup>2459</sup> Cfr. art. 13.2 b) y c).

<sup>2460</sup> Cfr. arts. 7.2.1 y 7.2.2 del CTE que le atribuyen respectivamente como parte de este control de la recepción de productos el control sobre la documentación de los suministros y el control de recepción mediante distintivos de calidad y evaluaciones de idoneidad técnica (véase el contenido del control de la documentación de los suministros en nota 2344 donde extractamos el primer precepto) En cuanto al control de la recepción mediante distintos de calidad y evaluaciones de idoneidad técnica, se refiere a distintivos no obligatorios, lo que se observa en el tenor de los arts. 5.2.3 y 5.2.5 del CTE.

<sup>2461</sup> Cfr. art. 7.2.3 del CTE. No obstante, también parece atribuirse tal control al director de la obra (véase nota 2430).

<sup>2462</sup> Cfr. STS de 15 de octubre de 1991 (RJ 7449) sobre un defecto de baja calidad del hormigón con origen en las mezclas que señaló: “...si se parte de la consideración de que, como hace constar la resolución recurrida, los defectos ruinógenos se concretan en la mala calidad del hormigón en algunos elementos estructurales, que atribuye poca fiabilidad a la estructura del edificio, y, asimismo, que ello es consecuencia de una falta de vigilancia permanente y pormenorizada sobre las amasadas del hormigón, resulta claro que, dado que la normativa vigente al tiempo de ejecución de la obra, y concretamente el artículo 2.º del Decreto de 16-7-1935, delineaba la función del Aparejador como consistente en inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas -regulación esta que reproduce la normativa vigente, al

No obstante, los autores no se ponen de acuerdo sobre si concurrirá o no en caso de que los materiales sean defectuosos a pesar de haberse rellenado los requisitos de control documental o incluso contar con análisis favorable por laboratorio. Así, unos señalan que si el producto empleado posee los distintivos de calidad correspondientes responderá el suministrador, o la entidad encargada de su análisis<sup>2463</sup>, y el director de ejecución de la obra se limitará en tales casos a juzgar la adecuación de de aquél a la concreta obra<sup>2464</sup>. Otro autor, en cambio, niega incidencia alguna a las declaraciones de conformidad que realicen los fabricantes, a las certificaciones de calidad otorgadas por organismos autorizados, evaluaciones técnicas de idoneidad (previstas en el art. 5.2.5 del CTE) para el uso previsto de productos, equipos y sistemas innovadores, y a los análisis favorables de laboratorios de control<sup>2465</sup>.

---

*atribuir el artículo 1.º del Decreto de 19-2-1971, a los Aparejadores la función de inspeccionar los materiales a emplear, dosificación y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación-, la resolución recurrida, al limitar la responsabilidad decenal al contratista, excluyendo de ella al Aparejador, infringió el artículo 1591...”*. También pueden verse SSTs de 7 de mayo de 2001 (RJ 6897) sobre baja calidad del hormigón elaborado por el contratista en la obra; 18 de diciembre de 2001 (RJ 9494) sobre inadecuación del material de pavimentación de las terrazas exteriores; 16 de diciembre de 2002 (RJ 10748) sobre la inaptitud de unos elementos prefabricados de hormigón para la zona próxima al mar en que se emplearon, reprochando además la sentencia que no fueron tratados convenientemente para soslayar los efectos de su ubicación y de sus características. También sobre la inadecuación de los materiales a la zona, en este caso unos vierteaguas, la STS de 10 de junio de 2005 (RJ 5836). Con mayor razón en la STS de 29 de julio de 2005 (RJ 6560) se le condena porque fue el que eligió el material inadecuado para impermeabilizar el cerramiento del edificio.

Sostiene la vigencia en la LOE de tal doctrina, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1177, pp. 266 y ss.

<sup>2463</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 226. Se argumenta además que dados los controles a los que se someten los materiales durante la fabricación no se les puede exigir a los directores de la ejecución que realicen nuevos ensayos a los que se refiere el art. 13.2 b) que además paralizarán la ejecución de la obra. Nos referimos a SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 818, pp. 135-136, al que sigue MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 225.

<sup>2464</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 225.

<sup>2465</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 130 y 191-193. Aunque consciente de que el art. 140 del TRLCU contempla el estado de los conocimientos como causa de irresponsabilidad, razona que su aplicación conllevaría la limitación de los

Nosotros nos alineamos en torno a la primera postura. Observamos una importante diferencia con respecto a la responsabilidad del constructor el cual respondía por los defectos de los materiales aunque ignorase su deficiente. Ello tiene su justificación en que el constructor responde por los defectos de los materiales de acuerdo con el art. 17.6 de la LOE al ser adquiridos o aceptados por él, sin mayor precisión, y ello de acuerdo con el criterio de atribución del riesgo de pérdida de la obra<sup>2466</sup>. Por el contrario, no se ha previsto para el director de ejecución de la obra un precepto específico en sede de responsabilidad que contemple la suya de forma análoga a la del constructor<sup>2467</sup>, y su obligación de dirección no es de resultado<sup>2468</sup>.

Por otro lado, el art. 17.7 de la LOE hace responsable al director de ejecución de la obra junto con el director de la obra de la veracidad y exactitud del certificado final de obra. Del mismo modo que vimos ocurría con el director de la obra, unos sostienen que la emisión del certificado final no hace por sí sola responsable al director de ejecución porque puede que la obra no se haya ejecutado correctamente por la actuación de otro agente de la edificación, como el constructor o el director de la obra<sup>2469</sup>. En esta línea, unos defienden que el director de ejecución no

---

responsables al promotor cuando los adquirentes no han podido decidir nada sobre la utilización o no de esos productos innovadores, y además el uso de estos productos con estricta sujeción a lo que indiquen las entidades de evaluación no se contempla como causa de exoneración en el art. 19.9 de la LOE. Sobre esta cuestión del estado de los conocimientos como límite de la responsabilidad nos remitimos al epígrafe 2.3.5 de capítulo V, donde nos posicionamos en contra de su aplicación a nuestra materia.

<sup>2466</sup> Véase epígrafe 2.2.2.2.3, especialmente nota 2348 en la que algunos autores señalaban su responsabilidad a pesar de contarse con los ensayos favorables.

<sup>2467</sup> Esto es, en el art. 17 sólo se contempla, en su apartado séptimo, su responsabilidad general la veracidad y exactitud del certificado final de obra. Podría argumentarse que el director de ejecución de la obra debe ordenar la realización de ensayos y pruebas precisas, pero con ello no se le exige que los deba encargar para todos los materiales, ni además se determina si concurre la responsabilidad a pesar del resultado favorable de tales pruebas.

<sup>2468</sup> Por todos DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 7, y GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, p. 173.

<sup>2469</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 393.

responderá si hizo constar en Libro de Órdenes las instrucciones correspondientes<sup>2470</sup>. Sin embargo, otros se oponen a lo anterior y sostienen la responsabilidad del director de ejecución de la obra si, a pesar de impartir las instrucciones, se producen daños materiales<sup>2471</sup>.

Por nuestra parte, vemos bastante clara la responsabilidad del director de ejecución de la obra por sus defectos de ejecución material, por el tenor del art. 17.7 de la LOE; por la claridad de sus arts. 13.1 y 13.2 c) al atribuirle el control cualitativo y cuantitativo de la construcción y de su calidad, y comprobar la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, y por el art. 7.3 del CTE que le exige comprobar la conformidad de lo ejecutado con las reglas de la buena

---

<sup>2470</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 394-395, quien no obstante reconoce que con la LOE es menos clara la falta de responsabilidad por hechos imputables a otro agente, porque en aquélla el art. 13.1 le impone controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado, el art. 13.2 c) dirigir la ejecución materiales de la obra comprobando, entre otros extremos, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y las instalaciones, y en el art. 17.7 se hace responder no sólo de que la obra se ha terminado, sino que se ha terminado correctamente, esto es, sin vicios o defectos. En el mismo sentido CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 442-443, quienes añaden que para que respondiera de lo ejecutado por otros agentes debería haberlo previsto. También considera que la constancia en el Libro de Órdenes de las correspondientes instrucciones deriva la responsabilidad a los otros agentes que las incumplen, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1172, aunque también sostiene que a la vista del tenor del art. 13.2 c) que le hace responder, nada más y nada menos (destaca) que de la ejecución material, *“en la práctica...su responsabilidad va a concurrir frecuentemente con el constructor”*.

<sup>2471</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 228, para quien en caso de que se haya ordenado la subsanación de un defecto por el constructor y éste no lo haya verificado, responderá el director de ejecución por el tratado precepto; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 340, quien hace extensivo lo afirmado sobre el director de la obra (véase nota 2415) al director de ejecución de la obra; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 502, el cual deriva del precepto analizado que responderá de los vicios de dirección y de ejecución de la obra. También puede verse SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 224, para los que dado que en el momento de la conclusión de la obra el director de la ejecución deberá comprobar que la obra se ajusta a sus especificaciones comunicando los defectos o vicios que aprecie, es por lo que el art. 17.7 le hace responsable de la veracidad y exactitud del certificado final de obra. En análogo sentido, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 117-118, quien destaca estas comprobaciones antes de emitir el certificado final de obra como causa de una responsabilidad de los técnicos que es difícil que no se dé en casos de defectos de ejecución, especialmente en el supuesto del director de ejecución de la obra dadas sus funciones de comprobar la correcta ejecución y disposición de elementos constructivos.



práctica constructiva. También por la propia literalidad del certificado final de obra, dado que en él se certificará que la obra ha sido construida conforme a las reglas de la buena construcción<sup>2472</sup>. En este sentido el Tribunal Supremo ha expresado que es el principal encargado de que se ejecute la obra conforme a las reglas de la buena construcción<sup>2473</sup>.

Por último, en lo referente a la delimitación de la responsabilidad de este agente de la del director de la obra, aunque serán frecuentes las condenas solidarias de ambos<sup>2474</sup>, se pueden marcar unas pautas generales para individualizar sus responsabilidades. Concretamente, en cuanto a la obligación de impartir las instrucciones adecuadas y vigilar su cumplimiento, ya vimos comentando el art. 1.591 CC que al arquitecto superior le correspondía la función de vigilancia general de la obra mientras que al arquitecto técnico la inmediata<sup>2475</sup>, distinción que resulta aplicable a la LOE<sup>2476</sup>. En cuanto a la suscripción del certificado final de obra, ya hemos señalado que la responsabilidad por la veracidad y

---

<sup>2472</sup> Véase anejo II del CTE en nota 2441. Esto es, el director de ejecución de la obra certificará que el constructor ha ejecutado la obra nada más y nada menos que conforme a las reglas de la buena construcción, cuya amplitud conceptual de cara a incluir en ella supuestos de responsabilidad es notoria.

<sup>2473</sup> Cfr. STS de 27 de junio de 2002 (RJ 5505) que expresivamente deriva que la función de dirección de la ejecución material *“la responsabilidad...cuando los defectos se refieren a vicios de la construcción por ellos ordenada y dirigida, que no se atuvieron a las normas de buena construcción, de cuya observancia, eran los primeros encargados, y por consiguiente, responsables de las consecuencias que tales faltas acarrearían al resultado final de las obras”*. En general sobre la labor de verificación de la ejecución de la obra conforme a las reglas de la buena práctica constructiva puede verse la STS de 10 de junio de 2005 (RJ 5836).

Ya desde el Decreto de 16 de julio de 1935, se le atribuía esta función (véase nota 2446).

<sup>2474</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 229.

<sup>2475</sup> Véase p. 41. Cfr. SSTs de 2 de abril de 2003 (RJ 3001) que señala: *“es el profesional que debe mantener más contactos directos con el proceso constructivo”*, y 10 de marzo de 2004 (RJ 898) que expresa que *“asumen la importante función de llevar a cabo actividades de inspeccionar, constatar y ordenar la correcta ejecución de la obra, lo que les impone por Ley mantener contactos directos, asiduos e inmediatos con la misma...”*. También pueden verse las SSTs de 14 de marzo de 2008 (RJ 4053), 28 de mayo de 2001 (RJ 3437), y 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233).

<sup>2476</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 227; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 228, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 697.

exactitud del mismo por principio no puede ser solidaria, sino que dependerá de las funciones de cada agente<sup>2477</sup>.

Por último, consideramos la aplicación del último párrafo del art. 17.7 de la LOE al supuesto de dirección de ejecución de la obra de forma conjunta por varios técnicos y, por tanto, su responsabilidad solidaria<sup>2478</sup>.

### **3. El carácter individualizado o solidario de la responsabilidad de los agentes intervinientes en el proceso de la edificación**

#### **3.1 La responsabilidad individualizada o solidaria en el art. 1591.1º CC**

##### **3.1.1 El carácter individualizado de la responsabilidad como principio**

En la construcción intervienen un gran número de agentes de la edificación con obligaciones interrelacionadas<sup>2479</sup>, de ahí que ante la obligación de reparar surja la necesidad de articular la responsabilidad de ellos, esto es, determinar quién o quiénes responden y, en caso de ser varios, cómo responden.

Como vimos, el art. 1591.1º CC fija la responsabilidad del contratista si la ruina provenía de vicios de la construcción, y la del arquitecto si era

---

<sup>2477</sup> Véase pp. 713-714.

<sup>2478</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 397; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 432, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 229.

<sup>2479</sup> DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 12, quien incluye las obligaciones de los agentes dentro de aquellas calificadas como “*subjetivamente complejas con pluralidad de prestaciones, en las que la satisfacción del interés perseguido se logra mediante el cumplimiento de distintas prestaciones que, siendo autónomas entre sí, presentan un cierto grado de conexión...*”. Resalta el autor como una de ellas el contrato de obra, en que cada contrato debe coordinarse con los demás para la obtención de un fin único.

debida a vicios del suelo o dirección, con lo que se atiende a la causa generadora de la ruina, y el vicio funciona como criterio de imputación<sup>2480</sup>.

En consecuencia, la responsabilidad prevista en el art. 1591.1º CC es en principio individualizada, personal y privativa acorde con la diferenciación de tareas profesionales, y distingue la doble hipótesis de ruina por vicios de la construcción y ruina por vicios de suelo o de la dirección<sup>2481</sup>. Por ello, existen pronunciamientos que han apreciado responsabilidad de uno solo de los agentes de la construcción y, en consecuencia, han exonerado al resto<sup>2482</sup>.

---

<sup>2480</sup> Véase pp. 36-37.

<sup>2481</sup> Cfr. SSTS de 29 de noviembre de 1993 (RJ 9183), y 28 de abril de 2008 (RJ 2681) que dice claramente: *“el sistema tiene como uno de sus principios básicos la responsabilidad personal e individualizada, según la culpa propia de cada profesional en cumplimiento de su respectiva titulación habilitante, tal y como había reiterado la jurisprudencia de esta Sala”*. En igual sentido, entre otras, SSTS de 3 de abril de 1995 (RJ 2930), 3 de octubre de 1996 (RJ 7006), 22 de marzo de 1997 (RJ 2191), 9 de marzo de 2000 (RJ 1515), y 10 de junio de 2011 (RJ 4520). En otras ocasiones se ha hecho eco de la aplicación del principio de personalidad de la responsabilidad, el *“suum cuique”*, que exige que cada uno no responda más que de su propia culpa. En tal sentido, SSTS de 30 de julio de 2008 (RJ 4639) y 27 de abril de 2009 (RJ 2899). Análogamente, la STS de 22 de noviembre de 1997 (RJ 8097) resalta que *“lo más adecuado a derecho e incluso lo más aproximado al ideal de justicia es que se determine la cuota de responsabilidad que corresponde a cada uno de los causantes, y ello exige individualizar y fijar las distintas responsabilidades convergentes”*.

También sobre que el art. 1.591 CC parte del carácter individualizado de la responsabilidad, por todos, GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.099; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 253, y *En torno a la condena in solidum de los responsables ex artículo 1.591 del Código Civil*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, coord. por J. L. Iglesias Prada, IV, *Derecho Civil y Derecho Público*, ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 4.856; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.195. En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 453, observa que este sistema de responsabilidad: *“suponía la constatación legal de la diferenciación entre los distintos profesionales que en la construcción intervienen, así como también entre las distintas funciones que integran el hecho constructivo”*, y LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 263, señala que es claro y meridiano un ámbito propio de responsabilidad de constructor y arquitecto.

<sup>2482</sup> Cfr. SSTS de 8 de junio de 1984 (RJ 3222), 31 de octubre de 1990 (RJ 8276), 26 de septiembre de 1997 (RJ 6823), 3 de octubre de 2002 (RJ 9787) que condenan exclusivamente al arquitecto, y de 5 de octubre de 1999 (RJ 7014) al ingeniero industrial.

Dado el carácter individualizado de la responsabilidad, surge la necesidad de probar la causa o causas de la ruina<sup>2483</sup>. Se trata de comprobar si se encuentra en una clase de vicio o en otra, y si los vicios son atribuibles a varios sujetos, determinar la proporción de su contribución al daño<sup>2484</sup>. Y derivado de tal necesidad, surge el problema de su insatisfacción o frustración, esto es, las consecuencias de la falta de prueba de la causa de la ruina o, en el supuesto de ser varias, del grado de influencia de cada una.

Como vimos, a pesar de que los agentes respondían de diferentes clases de vicios, ello nunca conllevó, por la propia naturaleza de las cosas, que la responsabilidad de uno liberara al otro, porque un daño podría provenir a la vez de varios tipos de vicios<sup>2485</sup>. Precisamente lo normal es que la ruina se deba a varias causas, por lo que es difícil encontrar

---

<sup>2483</sup> Claramente se afirma en STS de 30 de julio de 2008 (RJ 4639) que es “*menester tratar de indagar siempre cuál es el factor desencadenante de la deficiencia constructiva, a fin de someter a la consiguiente responsabilidad exclusivamente a aquel de los sujetos intervinientes en la construcción a quien deban ser imputados, al pertenecer este factor a la esfera de su singularizado contenido profesional*”. En el mismo sentido, entre otras, SSTS de 22 de marzo de 1986 (RJ 1468), 29 de noviembre de 1993 (RJ 9183) y 3 de abril de 1995 (RJ 2930).

Sobre esta necesidad de probar el origen de la ruina, TRAVIESAS, o.c. nota 178, p. 45; TORRALBA SORIANO, o.c. nota 159, pp. 126-127; SANTOS BRIZ, o.c. nota 10, p. 415; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 360. Así, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 133, resaltaba que “*la responsabilidad sólo podrá dirigirse contra aquel interviniente en el proceso edificatorio que con su inadecuado obrar profesional dio lugar al vicio desencadenante de la ruina*”, y LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 321, que la elección del responsable no puede hacerse caprichosamente, más aún, ni tan siquiera hay elección; si acaso, búsqueda, averiguación o determinación del mismo, porque, decía el autor, la responsabilidad por ruina la fija la Ley en atención a su causa.

<sup>2484</sup> Cfr. SSTS de 30 de julio de 2008 (RJ 4639) y de 27 de abril de 2009 (RJ 2899) que señalan que si la causa de la ruina está perfectamente delimitada, no surge problema, ni tampoco cuando siendo varias las causas se encuentra igualmente concretado el grado de causalidad de cada una de ellas en la producción de la ruina.

<sup>2485</sup> Véase p. 41.

supuestos de único responsable; como igualmente lo usual es que no pueda determinarse el grado de participación de tales causas<sup>2486</sup>.

Por tanto, la insatisfacción antes aludida es harto frecuente por la propia naturaleza del proceso constructivo, por la variedad de agentes intervinientes en él y la interrelación de su funciones<sup>2487</sup>. En este sentido, existe una íntima trabazón entre las funciones técnicas y constructivas, y se entremezclan por las funciones de vigilancia y control que los técnicos asumen frente a los constructores<sup>2488</sup>. No se trata sólo de que todos los agentes tiendan a la consecución del resultado final de forma algo

---

<sup>2486</sup> RUBIO SAN ROMÁN, o.c. nota 10, p. 253, quien señalaba gráficamente: *“dada la realidad actual del mundo de la construcción-multiplicidad de intervinientes, avances tecnológicos, etc.- es muy difícil, nos atreveríamos a decir que casi imposible, que en un supuesto de ruina haya un solo interviniente responsable obligado a la reparación de daños y perjuicios. Lo habitual es que sean varios lo que, con sus conductas negligentes o culposas, hayan contribuido a ese resultado dañoso”*.

Observan que lo normal es la imposibilidad de determinación del grado de participación de cada causa en la ruina, entre otros, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 309; SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.195; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 75, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 266-267, quien señala que *“en la mayoría de las ocasiones, ni aun de modo aproximado, se podrá establecer dicha proporción”*.

<sup>2487</sup> MUCIUS SCAEVOLA, o.c. nota 11, p. 115, ya aludía a que *“En el enlace de unas y otras funciones hay una vaga penumbra que impide delimitar con precisión su términos..., muy difíciles de clasificar y valorar en el orden de las responsabilidades económicas”*; TORRALBA SORIANO, o.c. nota 159, pp. 594 y ss.; HERRERA CATENA, o.c. nota 19, pp. 132 y 134; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 1, p. 363, y o.c. nota 27, p. 453, señala que el sistema *“era tan claro en su enunciado, como confuso se volvía en el momento de contrastarlo con las situaciones realmente conflictivas que se pretendía resolver en base al mismo”*. También pueden verse SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.191; LUCAS FERNÁNDEZ, o.c. nota 1, p. 350, quien observaba que la exigencia de la prueba cuantitativa del daño de cada uno de los partícipes habría constituido en la mayoría de los casos una *probatio diabólica*; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 75, el cual resalta que *“la complejidad de las funciones de quienes intervienen en la construcción, así como su interrelación hace que en la práctica sea muy difícil individualizar, con el necesario rigor...”*, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 266.

Cfr. SSTs 22 de noviembre de 1997 (RJ 8097) en la que dice: *“Sucede que el proceso constructivo no sólo resulta dificultoso, sino imposible en la mayoría de las veces”*, y de 27 de junio de 2002 (RJ 5505): *“pero en la práctica suele ocurrir que la ruina se deba a diversas causas que conducen al resultado final de la ruina, y que hace imposible la individualización de la responsabilidad de cada uno de los participantes en la actividad constructiva”*.

<sup>2488</sup> Respectivamente, HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 134, y LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 69. CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 453, va más allá cuando señala que un *“incesante proceso de división del trabajo y especialización que ha llevado a la sustitución del individuo por el equipo”*.

paralela o distanciada, sino que además existe una auténtica superposición de las funciones (ejecución-dirección) de tal manera que un vicio de ejecución puede ser demostrativo de un vicio de dirección, e incluso un vicio de dirección puede no exonerar un vicio de ejecución.

### **3.1.2 La solidaridad como salida a la imposibilidad de determinación del agente responsable del defecto constructivo y a la indeterminación del grado de participación de los responsables**

Constatado el problema que representa la imposibilidad de determinación del agente responsable de la ruina o del grado de participación de los varios agentes responsables, el Código civil nada dice acerca de que el daño sea imputable a varios agentes ni tampoco qué ocurre en caso de que no se sepa la causa, por lo que fue la jurisprudencia la que tuvo que resolver dichas cuestiones.

Pues bien, las consecuencias de la falta de la prueba aludida no recaen sobre el demandante, al que le basta con demostrar que la ruina existe y que se produjo, sino sobre los demandados<sup>2489</sup>. En este sentido hemos visto que por dificultad probatoria de los adquirentes se presumía la responsabilidad de los agentes, y que tras LOE siguen vigentes tales reglas, de tal forma que una vez se pruebe el daño, se presume “*iuris tantum*” que es debido a causa imputable a los demandados<sup>2490</sup>.

Particularmente, lo cierto es que resultaría demasiado gravoso para el perjudicado probar el grado en que cada uno de los causantes había contribuido a la ruina, y de exigirse así se permitiría una vía de escape a los responsables<sup>2491</sup>. Pero con lo anterior no tenemos resuelto totalmente

---

<sup>2489</sup> Cfr. STS de 30 de julio de 2008 (RJ 4639).

<sup>2490</sup> Véase epígrafes 1.1.2 de capítulo I, y 3.1 de capítulo IV.

<sup>2491</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 68. En esta línea, la STS de 4 de marzo de 1998 (RJ 1039) señala: “*en cuanto a la solidaridad, el principio que sigue invariablemente la jurisprudencia es que si hay varias personas responsables, en esta responsabilidad decenal, lo son solidariamente siempre que no sea posible determinar*

el problema porque las consecuencias no sólo son relativas al éxito o no de la demanda, esto es, a la condena o no de los demandados. Establecida la responsabilidad de los agentes resta por distribuirla entre ellos, por organizar esta obligación de reparar con pluralidad de responsables que, como toda obligación, nos conduce a los modos previstos en el Código civil, mancomunidad<sup>2492</sup> o solidaridad.

En principio, conforme a las reglas generales de las obligaciones (arts. 1.137 y ss. CC) deberían los condenados responder por partes iguales de forma mancomunada, por la presunción *iuris tantum* de mancomunidad que establece el art. 1.138 CC<sup>2493</sup>.

---

*la proporción o el grado en que cada una de aquéllas ha participado en la causación del mismo. Es decir, no puede cargarse a la víctima de la ruina... la prueba de cuál ha sido la intervención y la participación de los distintos agentes de la construcción ruinosa”.*

<sup>2492</sup> Utilizamos este término usual que se aprecia en los autores para referirse a las obligaciones que están en el art. 1.138 CC. Sin embargo, las obligaciones que están en dicho precepto son las parciarias, mientras que las mancomunadas son en rigor las que se originan cuando el crédito o la deuda están en mano común (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, pp. 125-126, para los que están en el art. 1.139 CC). En el mismo sentido, LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, pp. 27-28, para quien la calificación legal de mancomunidad no trae consigo la idea de una obligación conjunta o de una relación obligatoria en mano común, por lo que propone hablar de manera precisa de obligación dividida, pero advertido ello, el autor utiliza la contemplación y terminología clásica en la materia. LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, pp. 27-28, también se refiere a las mancomunadas como aquellas a las que se les ha denominado conjuntivas, unitarias o en mano común, y que a las que el Código civil llama mancomunadas son las llamadas parciarias, pro parte o pro rata. Y es que a las parciarias se les suele denominar mancomunadas simples o a prorrata (entre otros, DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, pp. 12 y 16) mientras que la mancomunidad con el significado del texto legal se aleja de su significación etimológica, más propia para designar a las obligaciones conjuntas o en mano común, que son aquellas en las que el deber de prestación ha de ser cumplido por la pluralidad de deudores de modo conjunto.

<sup>2493</sup> El artículo 1.138 CC establece una presunción de división por partes iguales. Por todos, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 125; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 28-29, quien observa en dicha norma de carácter supletorio una previsión del legislador encomiable, pues en el supuesto de que no logre probarse la cuota de participación de las personas implicadas en cualquier relación jurídica, el establecimiento de un criterio resolutivo -que, por lo demás, es prudente y adecuado a la mayor parte de supuestos prácticos- evita disputas y litigios estériles, dada la dificultad de prueba. Como expone, CAFFARENA LAPORTA, J., en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P. Salvador Coderch, II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 121,

Sin embargo, tanto la jurisprudencia como los autores aplican el principio de la solidaridad, y se han establecido dos reglas de solidaridad: una cuando no puede determinarse la causa del vicio, y otra cuando hay concurrencia de causa pero resulta imposible determinar con exactitud el grado de participación de los agentes de la edificación<sup>2494</sup>.

---

en realidad se establece una doble presunción, de mancomunidad y de igualdad de partes. También DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 62.

Esta presunción se basa en el principio "*favor debitoris*" como expone, entre otros, SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, p. 299, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 1.563. A favor de dicha presunción de mancomunidad se pronuncian la mayoría de autores, como son LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 29; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 229; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 29, aunque el autor ve discutible si hay una presunción de mancomunidad o un principio de mancomunidad.

En cambio, en otros instrumentos europeos el principio es el contrario. Así, en los PECL, en el art. 10:102 se establece una presunción de solidaridad en el caso de que varias personas se encuentren obligadas a cumplir una misma prestación en virtud de un mismo contrato, salvo que la ley o el contrato dispongan lo contrario (solidaridad que también se establece para la responsabilidad derivada del daño) y también en el DCFR, en su art. III 4:103 (2), como de modo análogo hace el CEC en su art. 88.1. Idéntica presunción de solidaridad pasiva establece la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos en su art. 1.122, salvo para el caso de que el deudor sea un consumidor que haya contratado con un profesional. En estos cuatro preceptos observa la tendencia a favorecer la solidaridad pasiva OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *Pluralidad de partes en la contratación: especial referencia a la solidaridad*, en *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, editado por L. Sixto Sánchez, ed. Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 496-497.

<sup>2494</sup> Cfr. SSTs de 30 de julio de 2008 (RJ 4639) y de 27 de abril de 2009 (RJ 2899). Esta última expresa: "*Sin embargo, sí cuando concurren varios sujetos responsables, no es posible concretar la participación de cada uno de ellos en la efectividad de la consecuencia final, las doctrinas científica y jurisprudencial se inclinan por aplicar el principio de solidaridad, con la tendencia a apreciar con mayor rigor la responsabilidad de los profesionales de la construcción y de conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado*".

Se apunta como precursora la STS de 5 de mayo de 1961 (RJ 2310), entre otros, por DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 75; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 128, nota 272; LÓPEZ SÁNCHEZ, o.c. nota 19, p. 401; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 89; RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 194, la cual además apunta que quizás se consolidó la solidaridad por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 5/1965, de 1 de diciembre, que contemplando la situación generalizada y grave en que se encontraba el sector en aquel momento, recomendó la máxima protección del modesto adquirente de su vivienda. Con anterioridad el criterio era, por tanto, el de la mancomunidad, del que es muestra la sentencia de 19 de febrero de 1959 (RJ 486) como pone de manifiesto, entre otros, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 305.



Dado que la insatisfacción de probar las causas o el grado de participación de las concurrentes es bastante usual, la solidaridad se ha convertido en la regla general<sup>2495</sup>. Por ello, se aprecian pocos pronunciamientos en que se distribuya la responsabilidad entre los agentes<sup>2496</sup>.

---

Sobre las dos referidas reglas de solidaridad, por todos ALMAGRO NOSETE, J., *Los arts. 13 y 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el art. 17 y la disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la edificación*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, ed. CGPJ, Madrid, 2008, pp. 96 y 97.

<sup>2495</sup> Cfr., entre otras muchas, SSTs de 17 de mayo de 1967 (RJ 2423), 10 de noviembre de 1970 (RJ 5100), 1 de febrero de 1975 (RJ 323), 31 de octubre de 1979 (RJ 3462), 9 de octubre de 1981 (RJ 3590), 5 de marzo de 1984 (RJ 1200), 12 de julio de 1987 (RJ 4296), 10 de noviembre de 1988 (RJ 8430), 2 de diciembre de 1989 (RJ 8790), 28 de octubre de 1991 (RJ 7242), 4 de junio de 1992 (RJ 4997), 29 de noviembre de 1993 (RJ 9183), 2 de febrero de 1994 (RJ 859), 17 de marzo de 1995 (RJ 7787) [comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., CCJC 39 (1995), pp. 925 y ss.], 27 de septiembre de 1995 (RJ 6452), 24 de septiembre de 1996 (RJ 6653), y 2 de junio de 1998 (RJ 3754).

Se refieren a esta regla general de la solidaridad, entre otros, DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 75; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.311; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 128, nota 272; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 278; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 190; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 86. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 145; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 36; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 92-93, para quien el hecho de que la solidaridad se haya convertido en la regla general no es una contradicción porque lo que puede ser desde un punto de vista dogmático una excepción, en la práctica puede ser la situación habitual.

<sup>2496</sup> Cfr. SSTs de 30 de abril de 1982 (RJ 1969) y de 17 de diciembre de 1997 (RJ 9099) que condenó al arquitecto y constructora al 10% y 90% respectivamente; también distribuyó por porcentajes la STS de 10 de diciembre de 1990 (RJ 9092). En este sentido, observa que en la jurisprudencia la mancomunidad es la excepción, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 281.

Incluso en algunos pronunciamientos se ha deslizado el reconocimiento de la solidaridad como regla general. Cfr. STS de 30 de septiembre de 1991 (RJ 6075): “*Si bien es regla general aplicable a estas situaciones la institución de la solidaridad...*”. También la STS de 24 de noviembre de 2003 (RJ 8088) señala: “*Como establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1996...al predominar el principio de responsabilidad solidaria*”. En el mismo sentido, la STS de 27 de octubre de 1987 (RJ 7476) señala: “*la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha decantado favorable a la exigencia de una responsabilidad solidaria, a excepción de los casos concretos que permitan la fijación de responsabilidades individualizadas*”.

Esta solidaridad al no tener origen legal ni convencional, sino jurisprudencial, es calificada como impropia<sup>2497</sup>, expresión que es utilizada para aquellos casos en que existe el derecho a percibir todo el crédito sin que se den los efectos secundarios de la solidaridad<sup>2498</sup>. Dicha solidaridad impropia u obligación o condena *in solidum*, como también se le conoce<sup>2499</sup>, es aplicada tradicionalmente en los supuestos de culpa

---

<sup>2497</sup> Reconoce su origen jurisprudencial, entre otras, la STS de 30 de septiembre de 1991 (RJ 6075). Sobre su calificación como impropia por dicho motivo, cfr. SSTs de 5 de octubre de 1990 (RJ 7472): *“se da la solidaridad impropia, por salvaguardar el interés social, aun en los casos de responsabilidad contractual y concretamente en el de obra, cuando la responsabilidad de promotor, constructor, arquitectos y aparejadores no es posible determinarla en su ámbito respectivo... y, por citar alguna sentencia más reciente, la de 19 de junio de 1989 (RJ 1989\4697) establece que cuando se reconoce la responsabilidad de la entidad constructora en concurrencia con la atribuida a los Arquitectos, Aparejadores y Promotor, sin individualización del grado cualitativo y cuantitativo asignable a cada uno, genera un módulo de responsabilidad solidaria entre todos ellos, cuya solidaridad denominada impropia o por necesidad”*; 16 de junio de 1991 (RJ 4464), 10 de noviembre de 1995 (RJ 8254), 21 de marzo de 1996 (RJ 2233), 30 de enero de 2008 (RJ 230), 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011/144). También puede verse la STS de 7 de junio de 1989 (RJ 3398) al decir: *“... la llamada solidaridad impropia, o por necesidad de salvaguardarse del interés social, tanto en los casos de responsabilidad extracontractual, como en el contrato de obra, sólo es admisible cuando la responsabilidad del arquitecto, aparejador, constructor, promotor, etc., no es posible determinarla en su ámbito respectivo”*.

<sup>2498</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 236, con el que coincide GÓMEZ CALLE, o.c. nota 2037, p. 977, y ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 2494, pp. 67 y 68. También sobre la falta de los efectos secundarios de la solidaridad, CADARSO PALAU, o.c. nota 2481, p. 4.855; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, pp. 108-109; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o.c. nota 2493, p. 1.372, que destaca la no aplicación de todas las reglas de la solidaridad, a la impropia. Entre tales efectos secundarios se halla la interrupción colectiva de la solidaridad. Sobre esta cuestión véase epígrafe 4.2 de capítulo VII.

<sup>2499</sup> Identifican ambas CADARSO PALAU, o.c. nota 2481, p. 4.855; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o.c. nota 2493, p. 1.372, y OLIVA BLÁZQUEZ, F., en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1.264. También la STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 3645).

La formación de las obligaciones *in solidum* se encuentra en Francia. En tal sentido, pueden verse CADARSO PALAU, o.c. nota 2481, p. 4.855, quien señala que la doctrina y la jurisprudencia de tal país acuñaron tal expresión para referirse a aquellos supuestos en que por razones prácticas como son la dificultad de determinación del responsable y el aseguramiento de la indemnización se justifica la condena por el todo al margen de que el texto legal lo establezca; DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, pp. 108-109, destaca su origen en el Derecho romano y también en la práctica del Derecho francés. Observa LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 38-39, que con tal nomenclatura se huía de la calificación como solidaridad, por resultar infundados los argumentos utilizados por la Corte de Casación francesa.

extracontractual<sup>2500</sup>. Precisamente el origen de la doctrina del Tribunal Supremo en la materia objeto de nuestro trabajo se ha visto en la consideración de los principios de responsabilidad extracontractual y en parte de la regla de la responsabilidad en los daños ocasionados por los miembros de un grupo<sup>2501</sup>.

El llamado daño por miembro indeterminado del grupo concurre cuando se sabe que procede con seguridad de uno de los miembros de una colectividad, pero se ignora cuál de esos miembros ha sido el autor del resultado lesivo<sup>2502</sup>. Ante ello cabían dos posibilidades teóricas: absolver a todos por falta de prueba del nexo causal, quedando el daño sin reparar, pero sin condenar a nadie que no lo haya ocasionado; o bien establecerse la responsabilidad de todos, con la posibilidad de que cualquiera acredite no ser responsable, protegiéndose así a la víctima a costa de obligar a responder a quien puede no haber sido responsable, opción esta última por la que se inclina la mayoría<sup>2503</sup>.

---

<sup>2500</sup> Cfr. STS de 7 de septiembre de 2006 (RJ 6521): *“Como es bien sabido, la denominada solidaridad impropia ha sido aplicada tradicionalmente, y de forma casi general, en tres ámbitos: la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, la fianza mercantil y la responsabilidad civil extracontractual”*. Sobre la aplicación de la solidaridad a los causantes del hecho dañoso, por todos, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 236, y OLIVA BLÁZQUEZ, o.c. nota 2499, p. 1.264. Destacan la coincidencia entre la solidaridad de los agentes de la edificación y la solidaridad por culpa extracontractual, entre otros, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 114, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 271 (nota 619). En este punto, como observa DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, pp. 124 y ss., desde los sesenta hubo, en el ámbito extracontractual, una decantación por la solidaridad por parte de nuestro Tribunal Supremo.

<sup>2501</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 17, y o.c. nota 4, pp. 394 y 395.

<sup>2502</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, IX, ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 464. En nuestro ordenamiento no se halla regulado con carácter general, a diferencia de otros países como Alemania (cfr. parágrafo 830 de BGB).

<sup>2503</sup> Apuntaba las dos opciones, PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario a la STS de 8 de febrero de 1983*, CCJC 2 (1983), pp. 411 y ss., quien se decantaba por la primera salvo para los casos en que se imponga un seguro obligatorio, porque entonces ya desaparece el conflicto de equidad entre reparar a la víctima y condenar a quienes no causaron el daño. Sostienen la segunda, entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, o.c. nota 2502, p. 464; PASCUAL ESTEVILL, L., *Derecho de daños*, II, ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 956; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Tirant lo

En este sentido, el Tribunal Supremo imputa la ruina con causa desconocida a todos los agentes<sup>2504</sup>. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto típico de daño por miembro indeterminado del grupo, en nuestra materia no puede sostenerse la seguridad de la autoría en el grupo porque en la edificación juega una presunción de culpa de los agentes, y además de causalidad<sup>2505</sup>. Además, en nuestro ámbito no se trata de un grupo cualquiera porque tiene una unidad de fin, sus funciones se superponen, y la configuración de él no es accidental, ni mucho menos, como lo puede ser en la responsabilidad extracontractual<sup>2506</sup>.

---

Blanch, Valencia, 2011, p. 179. Refiriéndose a esta mayoría GÓMEZ CALLE, o.c. nota 2037, p. 1.001.

<sup>2504</sup> Cfr. SSTS de 13 de julio de 1995 (RJ 6002) que señala: *“la indeterminación de la causa generadora de los daños no puede actuar como eximente de responsabilidades de aquellos implicados en el proceso de construcción, las que deben imputarse en vía de solidaridad”*; 19 de octubre de 1998 (RJ 7440) que resuelve: *“también la doctrina consolidada de la Sala se muestra partidaria de la misma cuando no sea factible individualizar la responsabilidad correspondiente a cada profesional interviniente en la construcción, y en el ámbito probatorio en este orden de cosas, no cabe duda, de acuerdo, asimismo la doctrina jurisprudencial de bastar al dueño de la obra probar la característica ruinosa de los desperfectos o vicios constructivos, para hacer recaer en aquellos profesionales la probanza de no corresponderles ninguna responsabilidad en el campo de sus respectivas funciones y obligaciones”*. También puede verse la STS de 5 de julio de 1997 (RJ 5507).

<sup>2505</sup> Nos referimos al supuesto del art. 33.5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza, que impone la condena solidariamente al grupo de cazadores porque una bala disparada por alguno de ellos, no se sabe cuál, alcanza a un tercero. Sin embargo, no puede sostenerse en el ámbito de la edificación que siempre que resulten condenados los agentes es porque con certeza alguno de ellos ha sido el causante, porque puede haber, por ejemplo, un problema de falta de mantenimiento no probado y, que en consecuencia, no destruyó las referidas presunciones.

<sup>2506</sup> Tampoco consideramos que la imputación de responsabilidad al grupo de agentes se base simplemente en el riesgo creado por el colectivo, como sostiene que ocurre en el ámbito extracontractual, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, o.c. nota 2502, pp. 464-465, para quien por ello cabría la condena de todos los que simplemente generen el riesgo, aunque también reconoce que podría excluirse al no responsable en razón al principio de personalidad de la pena traslada al campo del Derecho civil. La razón es que ya hemos señalado que lo que ocurre en nuestra opinión, es que, como se parte del daño y luego se presume el incumplimiento, hay una aparente similitud de nuestra materia con una responsabilidad extracontractual típica (véase pp. 206-207).

Con todo, la solidaridad estudiada no es una solidaridad automática, sino que, como dijimos, debe indagarse antes la responsabilidad de los agentes y su grado concreto<sup>2507</sup>.

Por último, en Francia también se impuso la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación a pesar de que no estaba reconocida con carácter general en el *Code*<sup>2508</sup>.

### **3.1.3 La justificación del establecimiento de la solidaridad por imposibilidad de determinación del causante del defecto constructivo y del grado de participación de los responsables**

Las razones por la que se acude a la solidaridad y no a la mancomunidad en los supuestos de ser imposible la determinación de la causa de la ruina o del grado de participación de las causas concurrentes, son la tendencia a aplicar con mayor rigor la responsabilidad de los

---

<sup>2507</sup> Cfr. STS de 21 de marzo de 1996 (RJ 2233) que señala: *“la solidaridad que se trata, establecida como impropia, lo es en beneficio de los perjudicados para cuando no resulta posible individualizar responsabilidades concretas, lo que no quiere decir que automáticamente hayan de reputarse responsables aquellos a los que teóricamente cabe englobar en el concepto de solidaridad”*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o.c. nota 2199, p. 1.852, señala: *“esa doctrina implica lógicamente que la solidaridad no se aplica cuando se pudo determinar quién tuvo la culpa o quién no la tuvo”*; ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 2494, p. 68, expresa: *“Nace como consecuencia de un fracaso probatorio, ante la imposibilidad o dificultad no vencida de establecer con claridad la naturaleza del vicio, causada de la ruina, y del grado de participación en el mismo de los agentes de la construcción.”*, y LÓPEZ SÁNCHEZ, o.c. nota 986, p. 646, que habla de *“esta salida a una aporía probatoria”*.

<sup>2508</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 462, quien señala que, con la salvedad del fabricante, respecto del cual el artículo 1.792-4 del *Code* establece su responsabilidad solidaria, no se fijaba el modo en el que los demás agentes debían responder y, por otro lado, el art. 1.202 del *Code* dispone que *“la solidaridad no se presume; es preciso que sea estipulada expresamente”*, y también parte de la no presunción de solidaridad el art. 1.382 al señalar que *“todo hecho del hombre que cause a otro un daño obliga a repararlo a aquel por cuya culpa ha sucedido”*. Sin embargo, señala el autor que la doctrina y jurisprudencia francesas con fundamento en que recae sobre todos los constructores (en sentido amplio que se les considera por el art. 1.792-1) la misma presunción de responsabilidad, les hace responder *in solidum* cuando son coautores de un daño único, sin perjuicio de que cada uno de ellos demuestre una causa ajena.

profesionales de la construcción, y el propósito conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado<sup>2509</sup>.

En algunas ocasiones, en contra del parecer general, se ha señalado que los arts. 1.137 y 1.138 CC, con su regla de no presunción de solidaridad, se refieren sólo a las obligaciones nacidas de los contratos, sin ser de aplicación a la responsabilidad legal del art. 1.591 CC<sup>2510</sup>.

---

<sup>2509</sup> Cfr. SSTs de 30 de julio de 2008 (RJ 4639) y 27 de abril de 2009 (RJ 2899) señalando esta última: *"Sin embargo, si cuando concurren varios sujetos responsables, no es posible concretar la participación de cada uno de ellos en la efectividad de la consecuencia final, las doctrinas científica y jurisprudencial se inclinan por aplicar el principio de solidaridad, con la tendencia a apreciar con mayor rigor la responsabilidad de los profesionales de la construcción y de conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado"*. Se refieren de una u otra forma a la protección de los adquirentes, las SSTs de 12 de diciembre de 1985 (RJ 6525): *"con la finalidad pragmática de no dejar inermes los intereses en pugna"*; 17 de febrero de 1986 (RJ 683): *"la solidaridad se ajusta más al fin perseguido, que es el asegurar al máximo la protección del interés más digno de ello"*; 24 de enero de 1989 (RJ 120): *"haciéndose necesario que aquella solidaridad se declare para protección de la confianza de los adquirentes de los pisos"*; 25 de junio de 1999 (RJ 4560): *"dicha solidaridad...lo es en beneficio de los perjudicados"*, y 24 de enero de 2001 (RJ 999): *"el aseguramiento de interés socialmente relevante constituye la base y el fundamento de la solidaridad pasiva"*.

Así, DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 41, identifica la solidaridad impropia como la motivada por salvaguarda del interés social, de igual forma que hace el TS entre otras, en sentencia de 5 de octubre de 1990 (RJ 7472). Destacan las razones de protección, entre muchos, CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 309; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 13; ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 2494, p. 96, quien se refiere además a la dificultad probatoria; ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 80, p. 130, para quien son fundamentalmente dos los argumentos jurisprudenciales empleados: la necesidad de salvaguardar el interés social y la protección de la confianza de los adquirentes; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 108, quien se refiere corrientes socializadoras que invaden en nuestros días el Derecho civil. Así, DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 41, identifica la solidaridad impropia como la motivada por salvaguarda del interés social, de igual forma que hace el TS entre otras, en sentencia de 5 de octubre de 1990 (RJ 7472).

<sup>2510</sup> Cfr. STS de 10 de noviembre de 1981 (RJ 4471) que dice: *"el principio de no presunción de solidaridad del artículo 1.137 del Cc sólo opera en el campo de las obligaciones surgidas de negocio jurídico... y no en la esfera del arrendamiento de obra para las obligaciones de contratistas y arquitecto ex artículo 1.591 del CC"*, y STS de 14 de abril de 2001 (RJ 3640).

Ello ha sido criticado por LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, pp. 29-31, quien ve otra manifestación del disfavor con que la jurisprudencia contempla la regla de mancomunidad y se manifiesta a favor de la aplicación general de dichas reglas. Como señala DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 111, tales reglas debido a su ubicación sistemática son de aplicación a todas las clases de obligaciones, dado que están comprendidas en el título I del libro IV que lleva la rúbrica *"De las obligaciones"*,

Sin embargo, en otras con aplicación de tales preceptos al art. 1.591 CC, se acude a que éste expresa de forma igualitaria las responsabilidades por ruina del contratista y del arquitecto, que éstas tienen un mismo origen, y a la indivisibilidad de la obligación<sup>2511</sup>. Por este camino, ha dicho directamente el Alto Tribunal que *“la solidaridad dimana ex lege respecto de los ejecutores de la obra cuando no se puede perfilar la identidad individualizada de alguno de ellos dentro de cada sector”*<sup>2512</sup>.

---

mientras que los títulos siguientes se ocupan de las diversas fuentes de las obligaciones.

<sup>2511</sup> Cfr. SSTs de 5 de mayo de 1961 (RJ 2310); 31 de octubre de 1979 (RJ 3462) que, con cita de otras de la década anterior, señala: *“Que respecto a la solidaridad que, en cuanto a la responsabilidad del arquitecto y constructor de la obra, establece la sentencia recurrida, ha de tenerse en cuenta que, aparte de lo que el art. 1137 del C. Civ., establece en orden a la necesidad de que aquélla se determine expresamente en la obligación, el art. 1138 del mismo Cuerpo legal permite la solidaridad cuando del texto de la obligación resulte su existencia, lo que es válido tanto para las obligaciones contractuales como para las que nacen por disposición legal, como lo es la que establece el art. 1591 de dicho Código sustantivo, pues ésta no tiene su origen en la convención de las partes sino que deriva de un precepto legal y el contenido del mismo expresa la igualdad de las responsabilidades del contratista y arquitecto por la ruina del edificio, según la causa que la origine, es decir, vicio de la construcción o del suelo y de dirección, por lo que cuando concurren varias de ellas, y no sea posible discernir la proporción en que cada una haya influido en la realidad de la ruina producida, debe apreciarse que, dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que el precepto contiene, con la identidad de origen de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de la obligación hace nacer la solidaridad que se deduce del art. 1591, según declaró la sentencia de esta Sala de 5 mayo 1961 y que han reiterado las de 17 mayo 1967 ( RJ 1967\2423), 1 febrero y 18 noviembre 1975 ( RJ 1975\323 y RJ 1975\4141)”*.

Han señalado los argumentos apuntados en la jurisprudencia, entre otros, TORRALBA SORIANO, o.c. nota 159, p. 127, y CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 306 y ss. y o.c. nota 2481, pp. 4.857-4.858.

<sup>2512</sup> Cfr. SSTs de 3 de febrero de 1995 (RJ 734) y 22 de marzo de 1997 (RJ 2191). La STS de 19 de junio de 1990 (RJ 4793) señala, refiriéndose a la solidaridad, *“bastando que de su contexto se deduzca su existencia, que es lo que sucede con el art. 1591”*. También se aprecia en STS de 5 de marzo de 1984 (RJ 1200) en la que se enlaza la protección de los adquirentes con que la solidaridad deriva del precepto, con lo que se estaría ante el supuesto del art. 1.138 CC que señala la regla de la mancomunidad si del texto de las obligaciones no resulta otra cosa.

Sin embargo, antes de iniciarse esta doctrina, en STS de 19 de febrero de 1959 (RJ 486) para negar la solidaridad se dijo: *“el legislador cuando desea que el juez se desvincule de las normas rígidas de sus textos legales para dar paso a decisiones....así se manifiesta sin ambages, autorizándolo...”*.

Con todas estas razones que se han utilizado para sostener la solidaridad, resulta que no se mantiene un criterio uniforme<sup>2513</sup>.

El Tribunal Supremo ha apreciado que cuando no se pueden delimitar las responsabilidades resulta debida una prestación indivisible que se integra en una relación obligatoria de orden superior por estar destinadas en común las obligaciones de los agentes a la satisfacción de los compradores, con independencia de que no sean responsables de los contratos suscritos por el resto<sup>2514</sup>. Esta argumentación ya era sostenida por algún autor para quien lo que fundamentaba la condena por el todo era que las faltas contractuales de los agentes, aunque derivan de

---

<sup>2513</sup> DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, pp. 62 y ss. Efectivamente, como expone el autor hay pronunciamientos que parecen equiparar el supuesto analizado a los casos de responsabilidad extracontractual refiriéndose a SSTS de 7 de junio (RJ 4347) y 28 de octubre de 1989 (RJ 6969); otras directamente, como hemos visto, la conciben como impropia que tiende a salvaguardar el interés social para no dejar inermes los intereses en pugna; otras al considerarla como una responsabilidad legal, la consideran impuesta como una sanción legal, entre otras, la sentencia de 17 de febrero de 1986 (RJ 683). Además, como también hemos analizado, en unas ocasiones se considera una responsabilidad legal a la que no es de aplicación la presunción de mancomunidad, y en otras se parte de todo lo contrario para sostener que la solidaridad se deriva del texto del precepto.

<sup>2514</sup> Cfr. SSTS de 10 de noviembre de 1981 (RJ 4471) que alude a situaciones en que los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes con una misma causa de tal manera que se da una comunidad de intereses entre todos; 24 de enero de 1989 (RJ 120) que señala: “*en defecto de deslinde de actuaciones, hay que estimar debida una prestación indivisible integrada en una relación obligatoria unitaria comprensiva del acreedor y de todos los deudores solidarios; relación obligatoria que se nos presenta como de orden superior, superpuesta a las vinculaciones obligacionales particulares de cada uno de los implicados, ciertamente aptas para ser de distinta naturaleza, pero unidas permanentemente entre sí como destinadas en común a la satisfacción en el supuesto debatido de los compradores de las viviendas, que forman la comunidad de propietarios actora y ahora recurrida. Debiendo observarse también que no se está ante una obligación solidaria propiamente dicha, por no basarse la de cada uno de los deudores solidarios en el mismo fundamento jurídico (pues unos son responsables del cumplimiento del llamado contrato de arquitecto y otros del contrato de asistencia técnica o de construcción de la obra)*”.

Esto es criticado por LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 46, quien aprecia que el razonamiento del Tribunal Supremo parece asentarse en una evidente petición de principio. Se pregunta retóricamente el autor: “*¿no es precisamente la unidad de fin de las prestaciones, el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, la consecuencia más destacada del régimen de la solidaridad pasiva?*”.



diferentes contratos, se penetran y complementan en cuanto a sus consecuencias de tal manera que forman un todo indivisible<sup>2515</sup>.

No obstante, debemos señalar que la indivisibilidad no termina en solidaridad puesto que el art. 1.139 CC impone a las obligaciones indivisibles la regla de mancomunidad en sentido propio debiendo todos los deudores cumplir conjuntamente<sup>2516</sup>, y el propio Tribunal Supremo en ocasiones ha señalado que la indivisibilidad no supone solidaridad<sup>2517</sup>.

---

<sup>2515</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 309. Le sigue, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 266-267. Este planteamiento se observa en algunas SSTs posteriores a la obra citada en primer lugar. Nos referimos a SSTs de 24 de enero de 1989 (RJ 120) (véase nota 2513); 4 de junio de 1992 (4997) en la que se dice: *"la identidad de origen del deber de indemnizar, el resultado de la obra identificada como un todo..."*, y 10 de noviembre de 1981 (RJ 4471) (véase nota 2513).

<sup>2516</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 130, quien además señala que cada agente está obligado a un hacer distinto. Dice la autora, *"que todos los responsables han de ser demandados y deben cumplir su deber de prestación conjuntamente, ni por partes, ni solidariamente"*. En análogo sentido, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 98.

Con carácter general señala DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 627, p. 154, señala que el art. 1.139 CC se refiere a las obligaciones mancomunadas o conjuntas y que hace que no rija la presunción de parciariedad del art. 1.138 al no ser divisible la deuda, y que no existe paralelismo entre indivisibilidad y solidaridad en el Derecho español. También puede verse BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o.c. nota 2493, p. 1.373, quien señala que el art. 1.139 CC se ocupa de las obligaciones mancomunadas indivisibles. En cambio en el CEC se establece en el art. 88.3 el mismo régimen para unas obligaciones y otras.

<sup>2517</sup> Cfr. STS de 19 de febrero de 1959 (RJ 486) (comentada por ALBALADEJO GARCÍA, M., *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, ADC 2 (1963), pp. 345 y ss.) en la que se decía, en referencia no ya a la obligación originaria de ejecutar el contrato de obra, sino a la de reparar, que la *"ejecución de tales obras envuelve una obligación indivisible por el contenido de la prestación que es un todo resultante de una actividad conjunta de ambos obligados, sin que por ello pierda el propio carácter de mancomunidad, de tal suerte que llegado el caso del incumplimiento por parte de los, la indemnización subsiguiente correspondería dividirla por mitad"...* *"pues la obligación indivisible mancomunada se resuelve en la anormal de indemnizar desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso, y conserva su divisibilidad potencial llegado el supuesto de su incumplimiento in natura"*. Más claramente, la sentencia de 20 de mayo de 1959 (RJ 3018) señala: *"la solidaridad existe independientemente de la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación, no en función de ella"*. En sentencia de 24 de mayo de 1980 (RJ 1965) en un supuesto de reclamación de cantidad declaró claramente que la indivisibilidad no conlleva solidaridad diciendo: *"la hipotética indivisibilidad y la unicidad no justificarían que la obligación dejase de ser mancomunada, según el art. 1139 del CC"*.

Al margen de lo anterior, observamos en nuestra materia que las diferentes obligaciones de los agentes se aglutinan en una relación obligatoria tendente a satisfacer al acreedor<sup>2518</sup>. Desde esta perspectiva debemos recordar el estímulo al cumplimiento que supone la solidaridad<sup>2519</sup>, el cual vemos particularmente presente en la construcción dada la superposición de las funciones de los agentes<sup>2520</sup>. Lo anterior marca la diferencia con el supuesto de responsabilidad derivada de daño en el que no hay esa complementación de funciones y la generalización de la solidaridad puede tener un efecto negativo en la prevención de accidentes, en tanto que los diligentes y solventes se deben hacer cargo de los daños ocasionados por los negligentes e insolventes, y éstos sabrán que la víctima se dirigirá frente a los primeros<sup>2521</sup>. Efectivamente,

---

<sup>2518</sup> Sostiene esta idea con carácter general, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 205, quien señala que aunque haya pluralidad de obligaciones o vínculos, *“la relación obligatoria en cuanto relación jurídica posee un evidente grado de unidad”*. En esta línea en nuestra materia, GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 233, quien observa que en caso de ruina habría un solo negocio o vínculo que sería el fenómeno constructivo.

<sup>2519</sup> CAFFARENA LAPORTA, J., *La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen*. Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2011, p. 18, quien observa que la solidaridad comercial cabe incluso mediante la integración de criterios como el hecho de contratar conjuntamente, la naturaleza del contrato, o la identidad del fin de las prestaciones que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando hay una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diferentes deudores, como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos. También destacan este estímulo, SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, p. 299, y DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 31, quien señala que la jurisprudencia *“ha limitado cada vez más el ámbito de vigencia del principio de no presunción de solidaridad... tanto para el reforzamiento y estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, como para garantía de los perjudicados”*. En el mismo sentido, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 55.

<sup>2520</sup> Basta con hacernos la siguiente pregunta: ¿acaso no se beneficia de una buena dirección el constructor, y los técnicos de una buena ejecución? A nadie se le escapa que un arquitecto o un constructor ante una posible condena solidaria por el todo (que puede incluso no ser imputable a él en el caso de que se desconozca la causa del daño) velará más aún porque el constructor ejecute bien, o por someter a crítica el proyecto o las órdenes del arquitecto, respectivamente. Lo que estamos apuntando no debe confundirse con supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, sino que estamos hablando de los propios deberes de los agentes cuyo cumplimiento, repetimos, ciertamente se ve estimulado. Este estímulo se refleja en STS de 10 de noviembre de 1981 (RJ 4471) (véase nota 2513).

<sup>2521</sup> GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 198, 202, 221 y 304.

en nuestra materia se encargará el agente más solvente de que el insolvente actúe diligentemente, lo cual no deja de ser sino el cumplimiento de su cometido que en el ámbito de la construcción se proyecta sobre el otro insolvente.

De esta forma se distancia nuestro supuesto de aquellos en que previamente no existen vínculos que justifiquen la solidaridad y en los que es necesario para justificarla acudir al daño, aunque también algunos acuden a él para justificar la solidaridad en nuestra materia<sup>2522</sup>.

### **3.1.4 Valoración de la solidaridad por imposibilidad de determinación del responsable del defecto constructivo y de la determinación del grado de participación de los varios responsables**

La solidaridad tratada ha sido acogida favorablemente por la garantía que representa del perjudicado frente a los problemas de prueba de la causa de la ruina<sup>2523</sup>. A pesar de ello, algunos son contrarios a la

---

<sup>2522</sup> DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Prólogo*, en LEÓN ALONSO, J. R., *La categoría de la obligación «in solidum»*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, pp. 9-10, quien se refería a que la pluralidad de deudores no siempre ha de derivar en mancomunidad o solidaridad sino que aparecen más bien formas de corresponsabilidad, que a priori no suponen ningún vínculo personal entre los distintos sujetos que concurren en una obligación única, por títulos diferentes, siendo el daño, y no un título anterior, el que genera la responsabilidad. Sobre este autor, tal vez explique su opinión el hecho de que el mismo fuera partidario de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del art. 1591.1º CC (véase p. 5); GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 242, quien traslada ello al ámbito de la edificación diciendo que lo importante no es ser agente de la edificación sino causante del daño.

<sup>2523</sup> GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1.101, la veía justificada en la naturaleza de las cosas; CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 309, exponía en torno a la imposibilidad de determinar el grado de participación que dicha circunstancia “no parece admisible que deba implicar una disminución de las posibilidades de reparación para el perjudicado”; LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 222, p. 23; DÍEZ-PICAZO, o.c. nota 4, pp. 394 y 395, se muestra favorable a esta solidaridad en el ámbito de la edificación y en referencia a los casos en que es imposible establecer la causa real de la ruina la ve como una “consecuencia de un sistema de atribución de la carga de la prueba, por poseer los demandados una información mayor o una mayor capacidad de obtener la información, porque la información debe ser facilitada y por otro vía no lo será nunca”; LÓPEZ SÁNCHEZ, o.c. nota 19, p. 402, la califica como “una solución provisional y adecuada...pues la ficción de una mancomunidad ...conduciría a resultados

solidaridad fuera de los supuestos legalmente previstos o convencionales<sup>2524</sup>.

Hemos señalado en el epígrafe anterior que en nuestra materia las diferentes obligaciones de los agentes se aglutinan en una relación obligatoria tendente a satisfacer al acreedor lo que conlleva la solidaridad, la cual además de acuerdo con el art. 1.140 CC puede existir aunque cada deudor solidario esté obligado por causa distinta<sup>2525</sup>. A lo anterior se oponen expresamente algunos que defienden la identidad de la prestación en las obligaciones solidarias<sup>2526</sup>. En esta línea, Díaz de Lezcano expone que conforme al art. 1.137 CC se requiere de la unidad e identidad de prestación, lo que no se cumple en el caso del art. 1591.1º CC toda vez que el contratista responde cuando la ruina provenga de

---

*inaceptables desde el punto de vista de la justicia material, partiendo el autor de que si el peso de la insuficiencia probatoria se carga en los demandados, no parece adecuado que se resuelva en la imposición de cuotas de responsabilidad".* Igualmente la justifican por razones de protección, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 509; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 268-269; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 36, y LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 102.

<sup>2524</sup> Nos referimos a ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 627, pp. 276-277, quien era partidario de la condena por partes iguales en caso de no poderse fijar judicialmente la cuantía en la que intervinieron los causantes, opinión que defendió en o.c. nota 2517, pp. 345 y ss., aunque terminó aceptando la solidaridad a la vista de la jurisprudencia y doctrina que se decantan por ella; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 363 y ss., quien se basaba en la presunción de mancomunidad y en que los agentes son totalmente independientes y no participan en los contratos de los otros. Sólo admitía la solidaridad entre contratista y arquitecto si la conducta de uno por sí sola hubiera sido apta para generar el daño.

<sup>2525</sup> Díez-PICAZO L., o.c. nota 745, pp. 235-236.

<sup>2526</sup> RUBIO GARRIDO, T., *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza (en el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, ed. Comares, Granada, 2002, pp. 104-107 y 127 y 128, quien se refiere a la dicción del art. 1.137 CC, entre otros, que contempla una sola obligación. Para este autor es elemento estructural de la solidaridad pasiva la existencia de una prestación unitaria o única, y contestando a Díez-Picazo considera que el admitir que cada deudor solidario esté obligado por una causa distinta es una inferencia extraída del ordenamiento alemán, donde se admite en apariencia, pero que ello obliga a fabricar, dice el autor, una supercausa común o someter la causa de cada deudor a una comunidad de fin superior. Otros autores que sostienen esta unidad de la prestación, son SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, p. 299, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 129,

vicios de la construcción, mientras que la responsabilidad del arquitecto proviene de los vicios de suelo o de dirección<sup>2527</sup>.

Por otro lado, también se ha reprochado los problemas de justicia material que genera en los condenados puesto que termina pagando el más solvente<sup>2528</sup>.

Sin embargo, las mayores críticas han sido vertidas en el orden técnico, porque en nuestro ordenamiento para el caso de pluralidad de deudores la solidaridad es la excepción puesto que exige que la obligación expresamente determine que cada deudor deba prestar íntegramente su objeto, y se presume la mancomunidad de acuerdo con los arts. 1.137 y 1.138 CC. En este sentido se advierte que el Tribunal Supremo ha realizado algo más que una interpretación de tales preceptos<sup>2529</sup>.

---

<sup>2527</sup> DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 66. Prosigue el autor señalando: *“se trata de dos prestaciones, que si bien las dos son de hacer, son distintas y por ello contratista y arquitecto resultan aquí desigualmente obligados”*. Sigue este autor a LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, pp. 30-31, para quien la solidaridad exige que se determine expresamente o que se constituya como tal, esto es, dice el autor, la solidaridad está en la constitución del vínculo.

<sup>2528</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 193, quien además señalaba que después será muy difícil repetir contra los otros partícipes; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 364, quien destacaba en este sentido que el arquitecto como persona física respondería de diferente forma al contratista que podría ser una persona jurídica, lo que también señalan RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, pp. 194 y 195, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 284. LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 94 y 99, observa además que para proteger al adquirente la solidaridad hacía responder incluso a quienes habían cumplido escrupulosamente, y se decanta por la división en partes iguales por acomodarse mejor al principio de la responsabilidad singularizada.

<sup>2529</sup> SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, p. 299, reconoce *“una interpretación correctora (y en cierto modo contra legem)”*; también LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 30, quien pone de manifiesto que se ha hecho una interpretación del segundo inciso del art. 1.137 que puede resultar excesiva; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 30, sostiene que más que una interpretación correctora lo que se hace es una corrección del Código civil; en igual sentido DÍAZ DE LEZCANO, o.c. nota 1, p. 44; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 13, señala que no había base legal alguna para postular un criterio de solidaridad.

Además, en caso de que no se pruebe la contribución de cada uno, deberían responder por partes iguales al presumirse la división en tal proporción en virtud del art. 1.138 CC. En tal sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la STS de 9 de mayo de 1983*, CCJC 2 (1983), pp. 598-599; LOBATO GÓMEZ, o.c. nota 222, p. 23, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 261 y ss.

Particularmente se reprocha que el Tribunal Supremo, como vimos en epígrafe anterior, afirme en varios pronunciamientos que la solidaridad deriva del propio texto del art. 1.591 CC, porque en tal caso no haría falta el argumento de la imposibilidad de individualización y se condenaría siempre solidariamente<sup>2530</sup>.

También se critica que la solidaridad se establece para proteger a los adquirentes por lo que debería imponerse en todo caso y no mezclarse con un problema de individualización de la causa del daño<sup>2531</sup>. Precisamente para evitar la consecuencia anterior algunos argumentan que la condena solidaria es un efecto natural del régimen presuntivo que se deriva del art. 1.591 CC, y no el resultado de un trato de favor adicional al adquirente<sup>2532</sup>.

Sin embargo, nosotros apreciamos que lo que se deriva del art. 1.591 CC por la dificultad probatoria de la causa de la ruina es la responsabilidad de todos los agentes, pero no su distribución en forma solidaria<sup>2533</sup>. Y es que no se puede sostener esta solidaridad como salida

---

<sup>2530</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 306-307, quien se refiere concretamente a la STS de 5 de mayo de 1961 (RJ 2310) y niega que se pudiera ver en este precepto que el legislador estableció una responsabilidad solidaria, y considera (desde el punto de vista teórico) el razonamiento de la sentencia *“forzado y arbitrario”* y que *“sólo se explica por el prurito de no violentar el principio enunciado en los artículos 1.137 y 1.138”*. ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 273-274, quien hace la crítica desde la base de que la solidaridad no deja de ser un modo de organizar la pluralidad de deudores en el aspecto externo, y que en consecuencia no afecta a la relación interna. Para LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 98, sostener que la solidaridad se deriva del art. 1591 es simple y llanamente una interpretación libre de dicho precepto.

<sup>2531</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 129-130, quien argumenta que la solidaridad nada tiene que ver con el reparto interno, y LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 100. Véase nota anterior ESTRUCH ESTRUCH.

<sup>2532</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 2481, pp. 4.858-4.859. En parecido sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, o.c. nota 19, pp. 402 y 405, ve que esta solidaridad *“se configura no tanto como una medida de garantía del crédito..., sino como un remedio a la dificultad que el actor puede tener en la determinación de los responsables”, “como ventaja... un complemento más a la que ya le proporcionó la posibilidad de instar la condena de ambos despreocupándose de la prueba de la medida de las respectivas responsabilidad de los demandados”,* pareciéndole más razonable que en caso de indeterminación se condene al demandado por el todo y que éste pueda repetir.

<sup>2533</sup> Tal vez a esto se refiera ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.142, al apreciar además de una presunción de responsabilidad plural por razones de dificultad probatoria, una responsabilidad solidaria. Más claramente LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 97,

a la exoneración de los agentes por tales dificultades probatorias como ha hecho el Tribunal Supremo, porque a falta de prueba bien podrían responder todos por partes iguales de acuerdo con el art. 1.138 CC<sup>2534</sup>.

Por ello, al margen del *ius electionis* que no deja de ser un derecho a elegir a qué deudor reclamar, lo que en mayor medida justifica esta solidaridad es la suplencia de la insolvencia que no se da en la obligación mancomunada conforme al art. 1.139 CC<sup>2535</sup>.

Como razón de esta solidaridad existe algo más que la falta de individualización, y en este sentido algunos pronunciamientos minoritarios condenan solidariamente y a la vez han distribuido internamente las cuotas de la condena entre los agentes de la construcción<sup>2536</sup>. Estas

---

critica que la indeterminación de la causa sirva por sí sola para justificar que todos deban responder solidariamente.

<sup>2534</sup> Cfr. SSTS de 13 de julio de 1995 (RJ 6002) que señala: *“la indeterminación de la causa generadora de los daños no puede actuar como eximente de responsabilidades de aquellos implicados en el proceso de construcción, las que deben imputarse en vía de solidaridad”*; 21 de marzo de 1996 (RJ 2233) argumenta: *“instrumento apto para evitar que los acreditados como implicados responsables no eludan sus obligaciones provocando violentar el art. 1.591”*, y 13 de octubre de 1999 (RJ 7426) que habla de *“medio para evitar que los implicados responsables, debidamente acreditados como tales, puedan eludir sus obligaciones...”*.

Se opone a estos pronunciamientos por razón del art. 1.138 CC, entre otros, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 99.

<sup>2535</sup> Con carácter general, como señala DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 238, con la solidaridad pasiva *“se trata, fundamentalmente, de conseguir un refuerzo de la posición del acreedor”*. Igualmente de forma gráfica, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, pp. 142-143, quien resalta en cuanto al *ius variandi* (que lo ve para evitar molestias y minorar gastos de reclamación): *“pero si se tratara sólo de eso... no se alcanzaría a comprender la razón de la existencia de un buen número de pleitos en los que se debate sobre la solidaridad o parciariedad de la obligación”*. *“Ese algo más existe y es, como hemos adelantado, la insolvencia...y la razón de ser que en última instancia subyace al citado criterio jurisprudencial es que son los deudores- y no el acreedor- quienes deben soportar la eventual insolvencia de cualquiera de los coobligados...”*. También puede verse LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 30, quien califica el *ius electiones* como una comodidad. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 161, p. 1.736, quien se refiere en particular como fundamento de la solidaridad estudiada a *“las dificultades de solvencia de las empresas constructoras y, en contraste con estas carencias, las garantías de cobro que ofrecían los seguros de responsabilidad civil de arquitectos superiores y técnicos”*.

<sup>2536</sup> Cfr. SSTS de 8 de octubre de 1990 (RJ 7585) que confirmó el pronunciamiento de la audiencia provincial que a pesar de distribuir internamente la condena (dos tercios al arquitecto y un tercio a la promotora y constructora) condenó

sentencias han sido criticadas por los autores que estiman como razón de esta solidaridad la imposibilidad de individualización, al apreciar que se convierte en un puro instrumento para garantizar el cobro<sup>2537</sup>. Y es que al margen de tales pronunciamientos siempre queda abierta dicha posibilidad de liquidación o repetición entre los codeudores solidarios en un ulterior procedimiento. Lo que ocurre es que en estos supuestos particulares al manifestarse en el mismo fallo la solidaridad y la distribución interna, el fenómeno es más llamativo.

También refuerza lo anterior que al promotor se le impone reiteradamente la responsabilidad solidaria<sup>2538</sup>, pero ésta no deriva de la falta de individualización, sino de su condición de garante del buen hacer del resto de los agentes, por lo que procede aunque estén delimitadas las responsabilidades de éstos, lo que también acontece con el régimen de la LOE<sup>2539</sup>.

---

solidariamente; 8 de junio de 1998 (RJ 4125) en la que condena solidariamente, después de que la audiencia hubiera determinado las diferentes responsabilidades, y 31 de octubre de 1979 (RJ 3462).

<sup>2537</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 2481, p. 4.861. También pueden verse reprochando que si es posible la individualización en el plano interno también debe serlo en el externo, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 134, y GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 231.

Sin embargo, los ve con buenos ojos en nuestro ámbito, LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 193, y en el extracontractual, PANTALEÓN PRIETO, F., en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P. Salvador Coderch, II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2.001.

<sup>2538</sup> Cfr. STS de 20 de junio de 1995 (RJ 4934) que con abundante cita de otras señala: “que es doctrina jurisprudencial (*Sentencias de 6 [RJ 1992, 7527] y 10 de octubre de 1992 [RJ 1992, 7545], 29 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6659] y 2 de febrero [RJ 1994, 859] y 25 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7682]*), la expresiva de que no obsta a la responsabilidad del promotor que también pudiera ser imputada a los técnicos intervinientes en la obra, pues la responsabilidad de que se trata nace del incumplimiento contractual al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para su finalidad y la solidaridad en estos casos ha sido reiteradamente reclamada por la jurisprudencia, sin perjuicio de que el promotor podrá repetir, en su caso, contra los demás eventualmente responsables”. En el mismo sentido, entre otras, SSTS de 12 de febrero de 2000 (RJ 821); 29 de noviembre de 2004 (RJ 7562) y 6 de mayo de 2004 (RJ 2098).

<sup>2539</sup> Véase p. 658.



### 3.1.5 La falta de litisconsorcio pasivo necesario en los procedimientos en que se ejercita la acción del art. 1.591.1º CC

Al tratarse éste de un trabajo dedicado al derecho sustantivo, nos ocuparemos en unas pocas páginas a la consecuencia procesal de la solidaridad estudiada, esto es, la posibilidad del actor según le convenga de demandar a todos o sólo a alguno de los que aparezcan como posibles responsables de la ruina, a lo cual se le denomina inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.

El litisconsorcio pasivo necesario es una figura de creación jurisprudencial que exige la presencia de todos a los que pueda afectar el fallo por el principio de audiencia y con el fin de evitar sentencias contradictorias sobre el mismo asunto<sup>2540</sup>, todo ello por la configuración del derecho material<sup>2541</sup>.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre la inexistencia de litisconsorcio pasivo en el caso de acciones dimanantes del art. 1591.1º CC, por tratarse de una consecuencia procesal de la

---

<sup>2540</sup> Cfr. SSTS de 10 de marzo de 1986 (RJ 1169), y de 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011/144) que es clara al señalar que el litisconsorcio pasivo necesario es “una exigencia procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de indefensión y que robustece la eficacia del proceso evitando resultados procesales inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio, o impidiendo sentencias contradictorias”.

<sup>2541</sup> Cfr. SSTS de 28 de marzo y 18 de septiembre de 1996 (RJ 2201 y 6726) y de 10 de febrero de 2000 (RJ 845). Sobre tal fundamento también pueden verse LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 187-188, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 278-279, quien se apoya en el actual art. 12.2 de la LEC que se refiere a que la relación jurídica debatida alcance a una pluralidad de sujetos ligados a ella en condiciones de igualdad y de forma inescindible.

responsabilidad solidaria<sup>2542</sup>. El actor, por tanto, puede dirigirse contra todos o alguno de los responsables, lo que resulta del art. 1.144 CC<sup>2543</sup>.

Por lo anterior, si se demuestra en el procedimiento que no es imputable la ruina a ninguno de los demandados, la consecuencia será la absolución; y en el caso de que se pruebe que también es debida a la actuación del otro u otros agentes no demandados, el único demandado será condenado a todos los daños si no se pueden determinar los derivados de su conducta, conforme hemos visto en los epígrafes anteriores<sup>2544</sup>. El Tribunal Supremo ha señalado, con gran efecto ilustrativo, que en estos procedimientos no se trata de averiguar quién o quiénes fueron los causantes de los vicios ruinógenos, sino si lo son los demandados a los que el actor ha traído al proceso por el principio dispositivo<sup>2545</sup>.

---

<sup>2542</sup> Cfr. SSTs de 4 de marzo de 1998 (RJ 1039) que señala con total claridad: “... todos ellos responden solidariamente. Lo cual lleva como consecuencia procesal que no sea admisible la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en relación al total de personas que intervienen en una construcción”, y de 16 de noviembre de 2001 (RJ 9459) con abundante cita de otras.

<sup>2543</sup> Sobre la posibilidad de dirigirse de tal forma frente a los agentes, cfr. SSTs de 6 de junio de 1986 (RJ 3294), 27 de octubre de 1987 (RJ 7476), 13 de octubre de 1994 (RJ 7547), 20 de junio de 1995 (RJ 4934), 17 de octubre de 1995 (RJ 7541), 24 de septiembre de 1996 (RJ 6653), 22 de marzo de 1997 (RJ 2191), 5 de julio de 1997 (RJ 5507), 20 de noviembre de 1998 (RJ 8413), y 22 de julio de 2009 (RJ 6485).

En cuanto a la aplicación del art. 1.144 CC, cfr. SSTs de 8 de febrero de 2001 (RJ 2047), y de 11 de febrero de 2008 (RJ 1697). Y es que ya la sentencia de 5 de mayo de 1961 (RJ 2310) declaró: “procede conectar el artículo 1591 con el artículo 1144 del Código Civil”. Señala el mentado precepto: “El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no será obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”. Sobre esta derivación del art. 1.144 CC, véase por todos DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 261.

<sup>2544</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 384.

<sup>2545</sup> Cfr. SSTs de 17 de marzo de 1993 (RJ 2018), 27 de junio de 1994 (RJ 6505), 11 de febrero de 2008 (RJ 1697), y de 3 de diciembre de 2007 (RJ 8657). Para defender también la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ha distinguido entre la legitimación pasiva de los no demandados como posibles autores y el litisconsorcio, sin que conlleve la primera el segundo [cfr. SSTs de 19 de julio de 2010 (RJ 6659), y 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011/144)].

Desde el lado pasivo, la sentencia no puede prejuzgar las responsabilidades de los no demandados, las cuales serán dilucidadas por los autores de los daños entre sí mediante las correspondientes acciones de repetición<sup>2546</sup>. Por tanto, no se aplicaba el hoy derogado art. 1.252 CC que otorgaba efectos de cosa juzgada respecto a personas unidas por vínculos solidarios aunque no fueran parte del procedimiento, con lo que se marca la diferencia con la solidaridad propia<sup>2547</sup>.

La inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario fue objeto de críticas porque el Tribunal Supremo reconocía la solidaridad por no poderse determinar el responsable o el grado de participación, lo que no se sabía

---

<sup>2546</sup> Cfr. STS de 22 de julio de 2009 (RJ 6485) (que cita las SSTS de 22 de marzo de 1997 (RJ 2191), 29 de noviembre de 2002 (R 10399) y 31 de marzo de 2005): *“esta responsabilidad solidaria faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o alguno de los responsables y ello sin perjuicio de que, al permanecer preexistentes las relaciones internas, se pueden utilizar las acciones de repetición que en su caso procedan por los que se declaren responsables y resultan condenados respecto a los demás intervinientes de la obra...”*. También pueden verse, entre otras, SSTS de 2 de diciembre de 1989 (RJ 8790), 27 de junio de 1994 (RJ 6505), 13 de octubre de 1994 (RJ 7547) y 24 de septiembre de 1996 (6653).

<sup>2547</sup> Dicho precepto fue derogado por la disposición derogatoria única de la LEC, apartado 2, 1º. Actualmente el art. 222.3 de la LEC no extiende la eficacia de la cosa juzgada a los deudores solidarios no demandados.

En tal sentido la STS de 29 de diciembre de 2006 (RJ 2007/553) señala: *“La producción completa de los efectos de la «cosa juzgada» material, del art. 1252 CC, no se da formalmente entre los dos procesos traídos a examen, pues en unos se ejercita la acción de la responsabilidad por ruina, en el contrato de ejecución de obra, conforme al art. 1591 CC, y se resuelve conforme a ella, y en el actual se hace, entre codeudores solidarios, de la acción de repetición del art. 1145 CC...”*. De modo análogo, la STS de 8 de mayo de 1991 (RJ 3585) señala expresamente: *“La condena solidaria derivada del art. 1591 ...o tiene origen convencional, es creación jurisprudencial para hacer posible la tutela efectiva de los derechos conculcados. Se diferencia también en que una vez declarada no impide que los condenados -cualquiera que sea el grado de dificultad que comporte- puedan tratar de resolver en un nuevo litigio los problemas de la determinación, cuantificación o, incluso, la exención de responsabilidad, pues entre los codemandados ni hubo anteriormente litisconsorcio pasivo necesario, ni después de la sentencia hay cosa juzgada”*. También pueden verse las SSTS de 10 marzo de 1993 (RJ 1829) y 21 de marzo de 1996 (RJ 2233).

hasta la sentencia<sup>2548</sup> y, en cambio, la inexistencia de litisconsorcio se apreciaba desde el inicio del procedimiento<sup>2549</sup>.

Además, se apunta que provoca indefensión en el demandado que para no ser condenado por falta de determinación de la causa del defecto deberá probarse no solo que la ruina no le es atribuible sino que tampoco lo es al resto de agentes<sup>2550</sup>.

También se ha reprochado que existe el riesgo de sentencias contradictorias. Efectivamente, el agente condenado inicialmente puede demostrar en el segundo procedimiento su falta de responsabilidad o su

---

<sup>2548</sup> Entre otras, reconoce este nacimiento en la sentencia, la STS de 3 de noviembre de 1999 (RJ 9043) (Comentada por CORDERO LOBATO, E., CCJC 52 (2000), pp. 375 y ss.).

<sup>2549</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 308, señalaba que *“no se trata de exigir una obligación a priori solidaria... sino que es la misma naturaleza solidaria o mancomunada de la obligación exigida, lo que se discute en el pleito...”*; DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p.17, y o.c. nota 4, p. 395, quien considera que antes de la sentencia no se deben aplicar las reglas de la solidaridad pasiva ya que se trata de una solidaridad que sólo lo es *ex post*, y por tanto es contrario a que se aplique el *ius variandi* del acreedor consagrado en el art. 1.144 CC para evitar el litisconsorcio pasivo necesario; análogamente, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o.c. nota 2493, p. 1.377, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 153-154; RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 195, expone que le resulta preferible la presencia de cuantos, en principio, puedan resultar alcanzados por la responsabilidad; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 130-131, para quien en realidad se está presumiendo la responsabilidad, dado que el agente responde solidariamente salvo que pruebe su parte de culpa, destacando la autora que de este modo *“el TS elimina a priori la necesidad de litisconsorcio pasivo necesario”*. También pueden verse, GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 269; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 70-71, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 311.

No obstante, la idea de que la responsabilidad solidaria ha pasado a ser la regla general en nuestra materia y que, por tanto, pareciera hacer innecesaria su apreciación en la sentencia, es la que lleva a fundamentar la falta de litisconsorcio a BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 38.

<sup>2550</sup> Nos referimos a CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 400-401, autora que además de destacar que se aprecia inexistente el litisconsorcio sin haberse declarado la solidaridad previamente, considera que se vulnera la tutela judicial del condenado, ya que hace recaer sobre él la carga de probar que la ruina no le es imputable al mismo ni a ninguno de los coparticipes, pruebas no estará en condiciones de aportar en la generalidad de los casos, como también destaca la autora junto con CARRASCO PERERA, y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 448-449. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 70, expone que el único demandado no podía desplegar la actividad probatoria suficiente para esclarecer la causa de la ruina o la proporción en que cada uno ha contribuido a su producción, pues para ello deberían estar presentes todos los sujetos que intervinieron en la edificación.

concreto grado de participación<sup>2551</sup>. No obstante, aisladamente se ha admitido la existencia del litisconsorcio pasivo en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1999 con planteamientos de base opuestos a la doctrina general, puesto que partió de la eficacia de la sentencia frente a los no demandados<sup>2552</sup>.

Debemos tener en cuenta que el Tribunal Supremo a la hora de reconocer la solidaridad como presupuesto de esta falta de litisconsorcio pasivo necesario, ha situado la imposibilidad de individualización como eje que sostiene la solidaridad<sup>2553</sup>. Sin embargo, también hemos visto en el epígrafe anterior que en algunas ocasiones se condenó de forma solidaria a la vez que se distribuyó internamente la responsabilidad, en lo que se aprecia un afán de proteger a los adquirentes. Por lo anterior, consideramos que el Tribunal Supremo, consciente de una realidad, cual es la imposibilidad de individualizar la responsabilidad en la inmensa mayoría de las veces, y movido por un intento de garantizar la reparación a los perjudicados, se ha fundamentado en aquella. Ello le ha permitido

---

<sup>2551</sup> Cfr. SSTs de 8 de mayo de 1991 (RJ 3585) (véase nota 2547) y 6 de octubre de 1992 (RJ 7527) en el mismo sentido. SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 238-239, critican duramente esto porque se destruye la cosa juzgada. Ocurrió sin embargo lo inverso en STS 27 de febrero de 2004 (RJ 1648) que consideró que la sentencia del primer procedimiento que había señalado la falta de responsabilidad de demandado tenía fuerza de cosa juzgada.

Además, como destacan CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 402, y la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 448-449, en el segundo procedimiento el no demandado en el primero puede ser absuelto a pesar de haberse considerado inicialmente como responsable solidario, dado que podrá discutir que la ruina no tiene causa desconocida o que está indeterminado el grado de participación.

<sup>2552</sup> RJ 9043. Se trataba de una reclamación dirigida por una comunidad de propietarios contra una constructora. Al considerarse probado que las deficiencias eran además imputables a los arquitectos no demandados se condenó solidariamente a todos ellos. El Tribunal Supremo exigió que se declaren responsables con su presencia en el procedimiento los agentes de la edificación, puesto que de lo contrario se vulneraría el art. 24.1 de la CE porque tal sentencia tendrá sus efectos en las acciones de repetición y el sujeto frente al que se repite no podrá exigir que se demuestre su culpabilidad.

Esta sentencia ha sido alabada por autores contrarios a la doctrina general como son CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 449.

<sup>2553</sup> Véase epígrafes 3.1.2 y 3.1.3.

sostener una presunción de solidaridad desde el inicio del procedimiento y no exigir al adquirente un procedimiento frente a todos los agentes que supondría una mayor carga económica y el riesgo de una eventual exoneración de alguno<sup>2554</sup>.

### 3.2 La responsabilidad individualizada o solidaria en la LOE

#### 3.2.1 El carácter individualizado como principio

La Ley de Ordenación de la Edificación fija en su art. 17.2 como principio el carácter personal e individualizada de la responsabilidad de los agentes de la edificación al señalar que *“será exigible en forma personal e individualizada”*<sup>2555</sup>.

Por tanto, si concurre la responsabilidad de varios agentes y se prueba el grado de participación de cada uno, responderán mancomunadamente<sup>2556</sup>.

Se marca una continuidad con el régimen del art. 1.591.1º CC cuya responsabilidad también era por principio individualizada<sup>2557</sup>. Por ello,

---

<sup>2554</sup> A ello parece apuntar MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, pp. 2.311-2.312, cuando señala que *“Prueba de que la solidaridad ha pasado a ser la regla general...es...la doctrina sentada respecto de la inexistencia del litisconsorcio pasivo necesario...pues de no «presumirse» la solidaridad de todos los implicados en el proceso constructivo dicha solución sería imposible...”*.

<sup>2555</sup> Dispone dicho precepto: *“La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por la que, con arreglo a esta Ley, se deba responder”*. Observan este carácter de la responsabilidad, entre otros, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 155; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 193; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 6; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 350; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 507; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 69-70; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 272; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 205; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 673, y SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 857.

<sup>2556</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 397, la autora junto con CARRASCO PERERA, y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 447; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 350; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, pp. 222-223, y RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.120.

<sup>2557</sup> Cfr. SSTS de 19 de julio de 2010 (RJ 6559) que señala *“La responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo es, en principio, y como regla*

resulta de aplicación la jurisprudencia que se ha dictado en aplicación de tal precepto y que insiste en tal carácter individualizado y en la necesidad de acreditar quién es el responsable del defecto constructivo<sup>2558</sup>.

En esta tarea desempeñarán un papel fundamental que las pruebas periciales puesto que tendrán por objeto determinar la causa del defecto constructivo y el responsable. No obstante, también es cierto que serán contradictorias en tanto que se orientarán a los intereses de quienes las aportan lo que generará una confusión que favorecerá la solidaridad<sup>2559</sup>.

Igualmente se ha destacado que el CTE permitirá individualizar las responsabilidades por el rastro documental que deja en manos de los operadores jurídicos<sup>2560</sup>, como también el Libro del Edificio al contener el proyecto y sus modificaciones<sup>2561</sup>, y el Libro de Órdenes y Asistencias<sup>2562</sup>.

---

*general, individualizada, personal y privativa...Lo dice ahora el art. 17.2 de la LOE y lo reitera la jurisprudencia en aplicación del artículo 1.591 CC..."; 10 de junio de 2011 (RJ 4520): "Tanto ahora con la LOE -artículo 17.2-, como antes con el artículo 1591 CC, la responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen. Cada uno asume el cumplimiento de sus funciones y, en determinadas ocasiones, las ajenas, como ocurre en la LOE...". También puede verse la STS de 15 de febrero de 2011 (RJ 446).*

Igualmente destacan esta continuidad, CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 6; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 447; ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 251, p. 545, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 673.

<sup>2558</sup> Sobre tal jurisprudencia véase epígrafe 3.1.1. Destacan su aplicación, por todos, SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, p. 25, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 673.

<sup>2559</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 275. SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 206-207, sostienen que las periciales no ayudarán en la tarea de la individualización si están guiadas por los intereses de las partes, dado que se limitarán a "echar humo" para conseguir una condena solidaria.

<sup>2560</sup> REQUENA PAREDES, o.c. nota 1040, p. 45. A lo largo del epígrafe 2.2 hemos realizado diferentes referencias a la documentación de la obra ejecutada y de su seguimiento que se encuentran reguladas en el Anejo II del CTE.

<sup>2561</sup> DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 189. Con carácter general también destaca la utilidad del Libro del Edificio, RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 196. En cuanto al contenido aludido del Libro del Edificio, cfr. art. 7 LOE.

<sup>2562</sup> Sobre su trascendencia, véase epígrafes 2.2.3.2.2 y 2.2.3.3.2.

No obstante, no será necesario demostrar la causa concreta del defecto constructivo cuando el propietario dirija su acción únicamente contra el promotor porque éste responde en todo caso solidariamente ex art. 17.3 de la LOE. Tampoco se dará cuando se esté ante un supuesto de responsabilidad solidaria por actuación conjunta de varios proyectistas y varios directores de obra, porque se trata de una solidaridad que existe desde el inicio del procedimiento<sup>2563</sup>, solidaridad que además es extensible a otros supuestos de actuación conjunta de varios agentes de la edificación<sup>2564</sup>. Por último, no será preciso individualizar la responsabilidad en el supuesto de responsabilidad del director de la obra por la parte dirigida por otro director anterior de ella<sup>2565</sup>.

### **3.2.2 La solidaridad por imposibilidad de determinación del responsable del defecto constructivo o del grado de participación de los responsables**

Al margen de los supuestos de responsabilidad solidaria señalados en el epígrafe anterior, la LOE establece expresamente la exigencia de la responsabilidad solidaria para el caso de que se dé una falta de determinación del responsable del defecto constructivo o del grado de participación de los varios declarados responsable en él. Concretamente, su art. 17.3 dispone tal solidaridad cuando *“no pueda individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la*

---

<sup>2563</sup> Cfr. apartados 5 y 7 del artículo 17 de la LOE. Sobre tal entendimiento de esta solidaridad que se aplica independientemente de que se pueda determinar el grado de participación, por todos, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 130-131.

<sup>2564</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 398, quien se refiere al supuesto de varios constructores; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 448; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 432; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 146 y 147; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 86; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 285; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.120.

<sup>2565</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 398, quien se basa en que el TS considera que el nuevo director de la obra asume lo realizado por el anterior. Además, en STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2592) se considera que tal planteamiento está en el art. 17.7 LOE que en su párrafo segundo hace responsable al director de la obra de los errores del proyecto.



*conurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño”.*

Como se puede observar, son los mismos supuestos de responsabilidad solidaria que había establecido el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1.591.1º CC, por lo que resulta aplicable a la LOE tal jurisprudencia<sup>2566</sup>. Resulta plausible que se hayan positivado tales reglas jurisprudenciales porque se supera la crítica que se les hacía por ir en contra del criterio de mancomunidad del art. 1.137 CC<sup>2567</sup>. No obstante lo anterior, se resalta que el establecerse legalmente estos supuestos de solidaridad no cambia que sea una solidaridad prevista ante la imposibilidad de determinación, una solidaridad impropia, al igual que ocurría en aplicación del art. 1.591.1º CC<sup>2568</sup>.

Dado que la realidad subyacente de superposición de funciones de los agentes no ha variado con la consiguiente enorme dificultad probar las causas del defecto constructivo y el grado de participación de los agentes

---

<sup>2566</sup> Observan la identidad de supuestos, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.312; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 398; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 447; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, pp. 447-448; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 436; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 327; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 509; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 89; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 205; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.120, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 728. Señala en general que en esta materia la LOE se acomoda a la doctrina del TS, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 462.

Se refieren en particular a la vigencia de dichas reglas jurisprudenciales, entre otros, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 382; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 955, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 728.

<sup>2567</sup> LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 103, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 269 y 273. Análogamente, GÁLVEZ CRIADO, o.c. nota 1180, pp. 118-119.

Algo parecido se contemplaba en el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “*por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra*”. Concretamente, su art. 1.600 establecía la responsabilidad solidaria en el supuesto de que no fuese posible individualizar la causa de la ruina. No obstante, a la vez este precepto señalaba que “*En las relaciones internas de los responsables solidarios la obligación se distribuirá en la medida en que cada uno hubiera contribuido a causar la ruina, y, si esta distribución no fuere posible, en la medida en que sea objetivamente imputable a las respectivas intervenciones*”.

<sup>2568</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 279. En parecido sentido, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 208.

de la edificación, tales supuestos de responsabilidad solidaria, de igual forma que ocurría bajo el art. 1.591.1º CC, seguirán siendo frecuentes<sup>2569</sup>.

Puesto que esta solidaridad, de la misma forma acontecía con el art. 1.591.1º CC, no es automática porque la responsabilidad es por principio individualizada, resulta conveniente que el informe pericial que se acompañe exprese la imposibilidad de averiguar la causa del defecto constructivo o del grado de participación de los varios responsables<sup>2570</sup>.

Por otro lado, también puede darse la imposibilidad de individualización en caso de sucesión temporal de varios agentes<sup>2571</sup>. Particularmente problemático de cara a la distribución de las responsabilidad pueden ser las intervenciones sobre edificios preexistentes. En tales supuestos consideramos que si no se demuestra la causa del daño deberán responder ambos agentes de la edificación siempre que la responsabilidad de los primeros esté viva temporalmente hablando<sup>2572</sup>.

---

<sup>2569</sup> LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 75; RAYÓN BALLESTEROSA, o.c. nota 270, p. 1.608. En este sentido, se refieren como razones a que las funciones de los agentes no son compartimentos estancos y a su interrelación, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 275, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 734. Y análogamente, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, pp. 139-140, alude a las “muchas obligaciones de control de unos sobre otros”.

<sup>2570</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 729-730.

<sup>2571</sup> Cfr. STS de 24 de noviembre de 2005 (RJ 7644) sobre un edificio realizado en estructura por primeros constructores que venden a segundos el cuarenta y cinco por ciento, que terminan el porcentaje restante.

<sup>2572</sup> Esto es, opinamos que si en el procedimiento no se demuestra la causa del defecto estructural deberán responder solidariamente ambos agentes si están dentro de plazo de garantía también las partes originarias.

En sentido contrario, CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 346, p. 37, quienes sostienen que en caso de elevación del número de plantas de un edificio preexistente deberían responder como regla los nuevos agentes porque los primeros hicieron sus cálculos sobre la base de una construcción más simple, y son los segundos quienes debían comprobar la resistencia y posibles repercusiones de un aumento de plantas. Disentimos de lo anterior porque entendemos que supone dar por hecho que el daño se debe a la elevación y que no encuentra su razón en la obra originaria que, según nuestra posición, debe estar todavía en plazo de garantía.

Sin embargo, la solidaridad por falta de individualización no concurrirá en el caso de la responsabilidad por defectos de terminación o acabado porque de ellos sólo responden el constructor y el promotor<sup>2573</sup>.

Estas reglas de solidaridad se justifican en razones de protección de los adquirentes<sup>2574</sup> que además son declaradas en la parte programática de la LOE, y que también se invocaban por el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1.591.1º CC<sup>2575</sup>. No obstante, a pesar de las motivaciones proteccionistas, al haberse establecido expresamente la solidaridad como una salida a los problemas de prueba que plantea nuestra materia, no puede imponerse externamente como garantía del perjudicado a la vez que se determine la cuota de responsabilidad de los agentes como llegó a hacer el Tribunal Supremo en alguna ocasión<sup>2576</sup>.

Sentado lo anterior, debemos recordar que el Tribunal Supremo ha declarado que tras LOE continúa presumiéndose “*iuris tantum*” que el daño es debido a causa imputable a los demandados de tal forma que al adquirente le basta con demostrar que el daño existe, y que las consecuencias de la falta de prueba de su origen recaen sobre los demandados como también las derivadas de la imposibilidad de determinar su grado de participación<sup>2577</sup>. En esta línea el art. 17.3 de la LOE al atribuir a los agentes de la edificación los daños materiales respecto de los que no se pueda probar la causa, presume la relación de

---

<sup>2573</sup> LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 112, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 271. Véase epígrafe 2.2.2.2.4.

<sup>2574</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 17; FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 455; GÁLVEZ CRIADO, o.c. nota 1180, p. 118, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 270-271.

<sup>2575</sup> Véase pronunciamientos en p. 740.

<sup>2576</sup> Véase SSTs en pp. 748-749. Se considera en referencia a esta línea jurisprudencial que puede haberse quedado sin contenido por SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 206. En contra, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 217.

<sup>2577</sup> Véase epígrafe 3.1 de capítulo IV. Cfr. particularmente SSTs de 30 de julio de 2008 (RJ 4639), y de 4 de marzo de 1998 (RJ 1039) sobre la determinación de quién carga con las consecuencias, respectivamente, de la falta de prueba del origen del daño y del grado de participación de los agentes.

causalidad por lo que basta a los adquirentes probar la existencia de daños materiales en el edificio<sup>2578</sup>.

Lo anterior ya era criticado por algunos autores en aplicación del art. 1.591 CC porque se va más allá de una responsabilidad objetiva en la que sólo se presume la culpa, lo que ahora se reproduce<sup>2579</sup>. No obstante, lo alabamos por la mayor proximidad a la prueba que tienen los agentes de la edificación para demostrar su falta de responsabilidad<sup>2580</sup>.

Sí vemos más secundable que se haya reproducido la crítica de que si la solidaridad se establece por razones de protección, no se debería confundir con el problema de la individualización<sup>2581</sup>. En este sentido, algunos autores son partidarios de que respondan por partes iguales si no se puede probar el grado de participación de los agentes en el daño<sup>2582</sup>.

Con todo, la consecuencia del art. 17.3 de la LOE es que el agente para evitar su condena solidaria deberá demostrar su falta de responsabilidad en la causa de los daños materiales o el concreto grado de responsabilidad que ha tenido en ellos, de ahí que para algunos el

---

<sup>2578</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 740. O de otra forma, se dice que se responde por hecho desconocido por CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 433-434; o que no se exige probar *“las culpas, concurrentes o no”*, porque las causas de exoneración deben probarse por los agentes, cual es la opinión de CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 6. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 272 y 278; RÍOS DÁVILA, o.c. nota 269, p. 344, quien se refiere a que basta probar la existencia del vicio, debiendo los demandados probar la falta de relación de causalidad con su intervención, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1168, para quien *“el perjudicado no tiene que aportar prueba de imputación y tendrá que ser cada agente el que, para exonerarse, aporte la prueba contraria”*.

<sup>2579</sup> CORDERO LOBATO, E., *Comentario a la STS 16 de diciembre de 1991*, CCJC 28 (1992), p. 160. Después de la LOE sigue esta argumentación ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 743. Véase pp. 204-205, donde señalamos que estamos ante una responsabilidad objetiva que además se presume

<sup>2580</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.168.

<sup>2581</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 136. Véase la referida crítica en p. 748.

<sup>2582</sup> REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, pp. 349 y 350; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 273, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 733.

principio de la norma es el de la responsabilidad solidaria y el criterio de imputación es la participación en el proceso constructivo<sup>2583</sup>.

Por último, dado que hemos sostenido que la responsabilidad por hecho ajeno que prevé en diferentes preceptos la LOE no borra la legitimación pasiva del causante directo del daño <sup>2584</sup>, debemos preguntarnos cómo se articula esta responsabilidad colectiva. Pues bien, sostenemos que responderán solidariamente sin atender a que sea posible o no individualizar sus responsabilidades<sup>2585</sup>.

### **3.3 La inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario en la acción de responsabilidad por defectos constructivos prevista en el art. 17 de la LOE**

Como hemos visto, el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1.591.1º CC negaba la existencia litisconsorcio pasivo necesario en la acción de responsabilidad por ruina con lo que el actor podía demandar a quien o quienes estimase, lo cual era consecuencia procesal de la responsabilidad solidaria por ruina.

Tampoco en aplicación de la LOE se aprecia un litisconsorcio pasivo necesario entre los agentes de la edificación puesto que la solidaridad que contempla su art. 17.3 por falta de individualización de la

---

<sup>2583</sup> GÁLVEZ CRIADO, o.c. nota 1180, pp. 116 y ss. También FEMENÍA LÓPEZ, P., en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 254.

<sup>2584</sup> Véase p. 642.

<sup>2585</sup> Sostienen esta solidaridad sin someterla expresamente a condiciones, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 433; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 135, aunque sólo se refiere expresamente a los supuestos de responsabilidad del constructor por hecho ajeno, y O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 503.

En sentido contrario, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 127-128, para quien en realidad se responde por hecho propio y, por tanto, existe una concurrencia de responsabilidades, por lo que sostiene la solidaridad de los responsables en atención a la dificultad sino imposibilidad de individualizar el grado de participación. Se refiere el autor a deberes que ciertamente tienen los agentes sobre otros, pero que nosotros consideramos que no operan en la relación externa. Se refiere al director de la obra que tiene el deber de revisar el proyecto, como también lo tiene respecto de los materiales el constructor.

responsabilidad o del grado de participación constituye como también se ha señalado, una positivación de la que establecía el Tribunal Supremo<sup>2586</sup>.

Para justificar la inexistencia de litisconsorcio pasivo se argumenta, como se hacía en aplicación del art. 1.591 CC, que no se causa indefensión porque esta solidaridad no prejuzga la responsabilidad de los no demandados que se dilucidará mediante las correspondientes acciones de repetición<sup>2587</sup>. Y precisamente el art. 18 de la LOE contempla la ulterior acción de repetición del agente o agentes que hayan resultado condenados en el primer procedimiento frente a aquel o aquellos que se consideren responsables<sup>2588</sup>. Igualmente se ha argumentado que no concurre el requisito previsto en el art. 12.2 de la LEC para el litisconsorcio necesario, que consiste en que la tutela jurisdiccional sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente<sup>2589</sup>.

También fundamenta la inexistencia de litisconsorcio necesario que la disposición adicional séptima de la LOE reconoce al agente de la edificación que resulte demandado la posibilidad de solicitar que la demanda se notifique a otro u otros agentes que considere

---

<sup>2586</sup> Consideran que no concurre este necesario litisconsorcio, entre otros, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 437; GÁLVEZ CRIADO, o.c. nota 1180, pp. 118-119 (nota 48); O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 504, quien señala que es una proyección procesal de la solidaridad que ahora contiene la LOE; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 384, quien sostiene que la jurisprudencia recaída sobre este particular en aplicación del art. 1.591 del CC es "*de perfecta aplicación al art. 17 LOE*"; en idéntico sentido SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 958; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 749; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.121; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 348, p. 1.537, y ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 251, p. 547. Cfr. SAP de Baleares de 19 de abril de 2005 (JUR 143444) y SAP de Valladolid de 5 de noviembre de 2010 (JUR 2011/ 22058).

<sup>2587</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 8; SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 818, pp. 116-117; CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, p. 21, y GÓMEZ MARTÍNEZ, o.c. nota 2041, p. 101.

<sup>2588</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 8.

<sup>2589</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 278. En modo análogo, GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 274, quien considera como justificación que la relación jurídica no es inescindible.

responsables<sup>2590</sup>. La sentencia sea oponible y ejecutable frente a los llamados con independencia de que comparezcan<sup>2591</sup>, pero siempre que el actor no se oponga a tal llamada y dirija la demanda frente a ellos<sup>2592</sup>.

Por tanto, esta previsión impide por sí misma el planteamiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario<sup>2593</sup>.

Además, se mitigan algunos de los problemas que vimos planteaba la inexistencia de litisconsorcio pasivo en la acción del art. 1.591.1º CC<sup>2594</sup>,

---

<sup>2590</sup> Señala dicha disposición en su párrafo primero: *“Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso”*.

<sup>2591</sup> Cfr. párrafo segundo de la disposición adicional séptima que establece: *“La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos”*.

Sobre tal entendimiento, por todos GARCÍA LARAÑA, o.c. nota 2349, p. 29; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 438; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, p. 393 SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 351; REVILLA GONZÁLEZ, J. A., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 455; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 173-174; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 281; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 451; ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 251, p. 550, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 827.

<sup>2592</sup> Cfr. STS de 26 de septiembre de 2012 (RJ 9337) sentencia que refiere las distintas posiciones mantenidas sobre la cuestión por las AAPP, decantándose por la señalada. También pueden verse las SSTs de 28 junio de 2012 (RJ 8602) y de 24 de octubre de 2013 (JUR 331146).

<sup>2593</sup> HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, p. 391; GÁLVEZ CRIADO, o.c. nota 1180, pp. 126-127; LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 208-209; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 278-279; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 205, señalan que *“Su correcta aplicación impedirá que pueda invocar una posible falta de litisconsorcio pasivo necesario, cuando a su instancia se pudieron incorporar al pleito aquellos agente que no fueron inicialmente demandados”*, y CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 8, para quien se refuerza con la contemplación de esta llamada refuerza la idea que existe en la jurisprudencia contraria al litisconsorcio pasivo necesario. Algo parecido a efectos prácticos sostiene MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 158, porque para ella el motivo de la disposición adicional séptima es que el nacimiento de la solidaridad en la sentencia no encaja con la inexistencia del litisconsorcio pasivo necesario desde el inicio del procedimiento.

porque al permitirse llamar al procedimiento a los agentes que se consideren responsables y juzgarse sus responsabilidades en él, se evita el riesgo de fallos contradictorios dado que los agentes demandados o llamados no podrán en un ulterior procedimiento discutir su responsabilidad<sup>2595</sup>. No obstante, hay que tener en cuenta que estamos ante una facultad del demandado<sup>2596</sup>, y que para ejercitarse la acción de repetición no es imprescindible que se haya llamado previamente al agente frente al cual se repite<sup>2597</sup>.

Esta disposición adicional en caso de ser utilizada favorecerá la individualización de responsabilidades<sup>2598</sup>, y de no ser posible y haber sido llamados todos los agentes implicados, puede establecerse internamente el reparto igualitario de conformidad con el art. 1.138 CC<sup>2599</sup>.

---

<sup>2594</sup> En aplicación del cual no se permite tal llamada porque el art. 14 LEC exige que un precepto establezca tal posibilidad. Cfr. STS de 22 de julio de 2009 (RJ 6485) sobre la imposibilidad de aplicación retroactiva de la disposición adicional séptima de la LOE.

<sup>2595</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 750-752. También puede verse GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 571; GÁLVEZ CRIADO, o.c. nota 1180, p. 125, y LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, pp. 219-220. Véase pp. 754-755, sobre los supuestos de fallos contradictorios a que podía dar lugar la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.

<sup>2596</sup> Cfr. disposición adicional séptima de la LOE. Por todos, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, p. 391; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 321; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 280.

<sup>2597</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 405, la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 451; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 438; ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.248, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 289.

<sup>2598</sup> Con carácter general refiriéndose a que la llamada permitirá individualizar las responsabilidades de los agentes pueden verse GARCÍA LARAÑA, o.c. nota 2349, p. 29; MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, p. 478 (nota 20); SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.609, motivación que ya se adujo en sede parlamentaria (cfr. Diario de sesiones. Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999, p. 6667). También puede verse con carácter general CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 465, destacando la conveniencia del derecho a llamar a otros agentes para distribuir las responsabilidades internamente.

<sup>2599</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 752-753, autor que señala que en este primer procedimiento en caso de que se realice la llamada de otros agentes que se consideren responsables se anticipará el resultado que obtenía el condenado a la hora de ejercitar la acción de repetición puesto que en el mismo, si es posible, se



Particularmente se ha señalado que resultará beneficiosa para el promotor y otros agentes que deben responder por hecho ajeno<sup>2600</sup>. No obstante, debemos advertir que tendrá el beneficio de facilitar la acción de regreso porque se fijará, si es posible, la responsabilidad del agente llamado, pero no supondrá una menor responsabilidad frente al adquirente porque el promotor responde como garante, ni tampoco del agente que responde por hecho ajeno porque lo hará solidariamente<sup>2601</sup>.

También se ha destacado que fomentará la reparación *in natura*<sup>2602</sup>, con lo que coincidimos porque mientras más agentes estén presentes, más fácil será conseguirla.

Sin embargo, algunos autores reprochan, de igual modo que hacían al comentar el art. 1.591.1º CC, la indefensión del demandado que para no ser condenado por falta de determinación de la causa del defecto deberá probarse no solo su falta de responsabilidad sino también la de los no demandados. Por ello, son partidarios de la presencia de todos los agentes en el procedimiento, aunque reconocen la virtualidad de la disposición adicional comentada porque permitirá lo anterior<sup>2603</sup>.

---

podrá determinar la cuota de responsabilidad de cada agente, o en su defecto establecer internamente el reparto igualitario de conformidad con el art. 1.138 CC.

Sin embargo, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 281-282, limita los efectos de la llamada a que se determine la cuota de responsabilidad de cada agente o, en su defecto, a imponerse la condena solidaria sin contemplar expresamente la posibilidad de este reparto igualitario.

<sup>2600</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 282.

<sup>2601</sup> En este sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 172, señala sobre los efectos que puede tener la llamada de otros agentes: *“como la solidaridad del promotor está impuesta con función de garantía significa que aunque quepa la individualización no afectará a la relación externa, pero sí permitirá la reclamación en el futuro por parte del promotor a los agentes que resulten responsables”*.

Estos limitados efectos observamos que es lo que en el fondo lleva a algunos autores a desechar la admisión de que el promotor realice tal llamamiento. Nos referimos a SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 249.

<sup>2602</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 282.

<sup>2603</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 401-402; y la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 449-451. Véase p. 754, la crítica que hacían los autores al respecto. Estos autores excluyen de su afirmación al promotor porque responde por el solo hecho de serlo, cuando lo cierto es que para exonerarse también debe demostrar que el defecto no es atribuible al resto de

Nosotros no apreciamos en los supuestos estudiados un litisconsorcio pasivo necesario además de por razón de la disposición adicional séptima, que ahora permitirá subsanar su falta por el único demandado, por la mayor carga económica que conllevaría la desestimación de su demanda frente a algunos de los demandados.

### 3.4 La acción de repetición entre los agentes de la edificación

Aunque al tratar las responsabilidades de los agentes de la edificación nos hemos referido a sus acciones de repetición, conviene dedicar este epígrafe a sus supuestos, su régimen sustantivo, cuantía por la que se puede repetir y su plazo de prescripción.

Pues bien, el art. 18.2 de la LOE se refiere tangencialmente a la acción de repetición que pueda corresponder al agente condenado frente al resto de agentes, puesto que lo hace en este precepto dedicado a regular el régimen prescriptivo de aquélla sin especificar los supuestos en los que cabe<sup>2604</sup>.

La LOE en líneas generales reconoce el derecho de repetición al regular los casos de responsabilidad por hecho ajeno (arts. 17.5, 17.6<sup>2605</sup> y 17.7) y de actuaciones conjuntas (arts. 17.5 y 17.7<sup>2606</sup>).

---

agentes no demandados. Igualmente exige la presencia de todos para declarar la responsabilidad por imposibilidad de individualización, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 433, salvo los agentes por los que deban responder otros.

<sup>2604</sup> Efectivamente, dispone en este sentido tal precepto: *“La acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial”*.

<sup>2605</sup> Ya hemos señalado sobre este precepto que, a pesar de no contemplar en su primer párrafo el derecho de repetición del constructor frente a sus dependientes, el se reconoce por la doctrina (véase p. 690).

<sup>2606</sup> Aunque en el primero de estos preceptos, referido a la proyección conjunta de una edificación, no se refiera a este derecho de repetición, sí lo hace el segundo referido a la dirección conjunta, razón por la que concibe el derecho de repetición en ambos supuestos, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 757, como también hace SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 359.

Sin embargo, la LOE no reconoce de manera expresa el derecho a repetir del promotor, a pesar de lo cual no se duda dado al responder como garante de acuerdo con su art. 17.3<sup>2607</sup>. Igualmente, aunque este precepto no lo contempla, se coincide en que podrá repetir frente a los agentes que considere responsables el condenado por falta de individualización del responsable o de la cuota de responsabilidad<sup>2608</sup>.

Por tanto, la LOE no menciona expresamente todos los supuestos en que procede la repetición, aunque tal silencio se suple porque se trata del derecho de repetición que reconoce el art. 1.145 CC a todo codeudor solidario que realiza el pago<sup>2609</sup>, y además se deduce del art. 18.2 de la LOE<sup>2610</sup>.

En lo referente a la cuantía de este derecho de repetición, esto es, si el accionante puede reclamar la totalidad de la condena impuesta o sólo parte, con remisión a lo visto sobre el derecho de repetición del promotor<sup>2611</sup>, nos referiremos al contenido del derecho de repetición en el resto de los supuestos en los que cabe.

En primer lugar, en los casos de responsabilidad por hecho ajeno consideramos que es posible que concurra una responsabilidad entre ambos sujetos, y por tanto no se pueda repetir por el todo<sup>2612</sup>. Sin

---

<sup>2607</sup> Véase pp. 666-667.

<sup>2608</sup> Entre otros, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 403, la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 450; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 752, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 286.

<sup>2609</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 403; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 259, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 286-287.

<sup>2610</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 403, la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 450, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 515. También puede verse CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 51, quien señala que *“Con carácter general, la presupone el artículo 18...”*; y REGLERO CAMPOS, o.c. nota 42, p. 354.

<sup>2611</sup> Véase epígrafes 2.2.1.2.2 y 2.2.1.2.3,

<sup>2612</sup> LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 129, quien se refiere concretamente a la responsabilidad por materiales del constructor y el derecho de repetición frente al suministrador de ellos; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 287; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 138, aunque está a favor de que así no sea en los casos de responsabilidad por materiales y por subcontratación porque considera el autor que

embargo, otros sostienen que se puede repetir por el todo porque no se es responsable en la relación interna<sup>2613</sup>. En este sentido negamos que el constructor pueda repetir contra el suministrador si adquirió el producto a sabiendas de que era defectuoso<sup>2614</sup>, máxime cuando esta responsabilidad en el plano interno favorecerá la calidad de la edificación.

Igualmente cabe la posibilidad de una distribución interna de la responsabilidad en los casos de actuaciones conjuntas, como reconoce la LOE para el supuesto concreto de la dirección conjunta de la obra<sup>2615</sup>.

En todos estos supuestos en que los daños sean imputables parcialmente al que ejercita la acción de regreso, si persiste la imposibilidad de determinar responsabilidades se repartirán por partes iguales de acuerdo con el art. 1.138 CC<sup>2616</sup>.

---

*“nos hallamos ante una esfera o ámbito de control específico, al que normalmente no alcanza la supervisión del constructor, quien ha confiado en la profesionalidad y buen hacer de aquéllos...”*. En línea con lo que sostenemos, los supuestos de responsabilidad del proyectista por errores de los cálculos, informes y dictámenes encargados a otros profesionales (art. 17.5) del director de la obra por defectos del proyecto (art. 17.7), y del constructor respecto de los materiales (art. 17.6) son calificados como casos de responsabilidad por hecho propio, por DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, pp. 18-19.

Véase p. 708 a propósito de la responsabilidad del director de la obra por las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto que haya elaborado otro profesional.

<sup>2613</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 404, quien observa una aplicación analógica el art. 1.904 CC que reconoce tal derecho de repetición frente a los dependientes. También considera que se puede repetir por el todo SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, pp. 143-144, argumentando que se trata de profesionales con titulación y cualificación reguladas. Igualmente RIERA I BARNIOL, o.c. nota 269, p. 49.

<sup>2614</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 344-345.

<sup>2615</sup> Cfr. art. 17.7 que dispone: *“responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda”*.

<sup>2616</sup> Cfr. STS de 25 de enero de 1993 (RJ 356). También pueden verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 287; GÓMEZ MARTÍNEZ, o.c. nota 2041, pp. 111-112, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 752. Este criterio también puede verse en los PECL, art. 10:105, a menos que el contrato o la ley dispongan lo contrario; y en el art. 4:106 del libro III del DCFR.

Ello se hará entre el número de agentes de la edificación. Esto es, si existen, por ejemplo, dos directores de obra, se les asignará una única cuota de responsabilidad a ambos, como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 287. En sentido inverso, si una misma persona asume las funciones de dos agentes de la edificación, por

En referencia a la solidaridad impuesta por falta de individualización no dudamos de que se puede discutir en el ulterior procedimiento la cuota de responsabilidad de los agentes de la edificación<sup>2617</sup>. Es más, el Alto Tribunal ha permitido que el condenado solidariamente por imposibilidad de individualización reclame la totalidad e intente probar su falta de responsabilidad en el segundo procedimiento, a lo que no obstante se oponen algunos<sup>2618</sup>. Ahora bien, en caso de que la condena solidaria tenga su causa en no haberse podido determinar la cuota de responsabilidad de los demandados, en el ulterior procedimiento deberá realizarse el reparto igualitario previsto en el art. 1.138 CC<sup>2619</sup>.

Sin embargo, este supuesto de falta de determinación de la cuota de los responsables habrá de distinguirse del relativo a la falta de determinación del responsable del daño. En este último caso cabría que el condenado solidariamente pretenda exonerarse, puesto que no se le habrá condenado solidariamente porque se le considere responsable (sin cuota determinada) sino como una salida a un problema de prueba de imputación del daño con causa desconocida.

---

ejemplo, a la vez director de la obra y director de ejecución, asumirá el doble de cuota, como destaca esta autora y SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 818, p. 120.

<sup>2617</sup> GARCÍA LARAÑA, o.c. nota 2349, pp. 26 y 29; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 173, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 242.

<sup>2618</sup> Cfr. SSTS de 8 de mayo de 1991 (RJ 3585) (véase nota 2547) y 6 de octubre de 1992 (RJ 7527) en el mismo sentido. CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 403 y 408, señala que si todos los agentes han sido condenados solidariamente esta responsabilidad no puede ser alterada al ejercitar la acción de regreso, y que el agente condenado solidariamente no puede discutir posteriormente tal condición, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 242, se oponen frontalmente a que se pueda pretender la exoneración.

<sup>2619</sup> Cfr. STS de 13 de marzo de 2007 (RJ 1787). Dictada en aplicación del art. 1.591 CC, resuelve una acción de repetición de la compañía de seguros del arquitecto condenado solidariamente por falta de individualización mediante la que se pretendía que se establecieran nuevas cuotas frente a los agentes que intervinieron en el primer procedimiento *“sin respetar el criterio de partes iguales, inherente a la condena previa”*, como dijo el TS, razón por la que se desestimó el recurso. Como señala la sentencia *“En puridad el establecimiento de cuotas en este pleito significaría que no tenía razón de ser la condena solidaria recaída con anterioridad”*.

Secundan esta sentencia ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 251, p. 555, y ABRIL CAMPOY, o.c. nota 196, p. 1.248.

En el ejercicio de la acción de regreso el demandante ya no contará con los beneficios probatorios que hemos visto dispone el adquirente, puesto que habrá de demostrar la responsabilidad del o los demandados en el daño por el que él ha respondido<sup>2620</sup>. Concretamente no regirá la inversión de la carga de prueba que se deriva del art. 17.8 de la LOE y que impone a los agentes demostrar la causa de exoneración para no responder, porque este precepto se refiere a las acciones de los propietarios y terceros adquirentes contempladas en el art. 17, y no a las acciones de repetición<sup>2621</sup>.

En cuanto al régimen sustantivo aplicable a esta acción de repetición, se podrá recurrir a los vínculos contractuales y también a las obligaciones contempladas en los arts. 8 y ss. de la LOE<sup>2622</sup>.

---

<sup>2620</sup> Cfr. STS de 11 de junio de 2002 (RJ 5219) en la que una promotora condenada en un pleito anterior en el que se había absuelto a los técnicos, repitió frente a la constructora. Se estimó la demanda parcialmente en primera instancia y se absolvió a la constructora tras la interposición de recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación por la promotora con base en que al declararse en la sentencia de la audiencia que la ruina no procedía de vicios del suelo o de dirección, era forzosa su imputación a la constructora. Tal argumentación fue rechazada por el TS porque es: *“imprescindible que se acredite con claridad que fue la negligente actuación de quien de hecho llevó a cabo”*. En el mismo sentido, SSTs de 11 de junio de 2002 (RJ 5129); 22 de mayo de 2009 (RJ 3034), y 29 de octubre de 2012 (RJ 2013\2272).

Secundan estas argumentaciones, LÓPEZ RICHART, J., en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 240, y CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 403, destaca que *“El regreso no es solidario, y el responsable inicial carga con el riesgo de que la causa del defecto siga resultando desconocida”*. También pueden verse, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 315; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 109; GÓMEZ MARTÍNEZ, o.c. nota 2041, p. 111; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 244, y SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 858.

Además, ya dejará de ser solidaria la deuda en las relaciones internas, como señala la STS de 5 de mayo de 2010 (RJ 5025) con cita de otras.

<sup>2621</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 243.

<sup>2622</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 110. En este sentido, hemos visto a lo largo de este trabajo que algunas de las obligaciones que impone la LOE a los agentes de la edificación pueden tener trascendencia en su responsabilidad. V.g. la impuesta al constructor en el art. 11.2 a) que precisamente se ha destacado que constituye su prestación contractual (véase nota 2310). También se refiere al fundamento de las acciones de repetición en las reglas generales del CC, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 357. En línea con ello, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 811, señala que el promotor ejercitará la acción con fundamento en la responsabilidad contractual, y SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 344 y 360, se refiere a las acciones del

Tal fundamento contractual permite que el promotor, que puede haber respondido también como vendedor y, por tanto, sin limitarse a los daños materiales previstos en la LOE, pueda repetir por todos ellos<sup>2623</sup>. Y someter las acciones de repetición a las obligaciones de los arts. 8 y ss. de la LOE tiene la utilidad de sustentar la acción de repetición entre agentes no vinculados contractualmente<sup>2624</sup>.

Por otro lado, consideramos que en el plano interno también juegan las reglas de responsabilidad por hecho ajeno<sup>2625</sup>. Pero esto no conlleva limitar el derecho de repetición a los agentes que responden por hecho ajeno según el art. 17 de la LOE<sup>2626</sup>, puesto que no vemos inconveniente a que se pueda repetir frente al agente causante del daño en línea con lo sustentado en otro lugar acerca de que la responsabilidad por hecho ajeno no limita los legitimados pasivos<sup>2627</sup>.

---

constructor frente al suministrador, y del proyectista que encarga a otro profesional la realización de cálculos, estudios, dictámenes o informes a que se refiere el art. 17.5.

<sup>2623</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 812. Algo parecido ocurrió en STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 4051) en la que se resolvió una acción de repetición ejercitada por el promotor frente al constructor que había sido absuelto en el primer procedimiento porque los defectos de acabado no encontraban cabida dentro de la acción por ruina ejercitada por los adquirentes, pero sí en cambio en la acción de repetición que ejercitaba la promotora que había sido condenada.

<sup>2624</sup> En este sentido la exigencia de vínculo contractual conllevaría, por ejemplo, que el constructor condenado por materiales *aceptados por él* (art. 17.6 LOE) no adquiridos, no pudiera repetir frente al suministrador, dado que no adquirió de él, ello a pesar de que el suministrador responde de los materiales de acuerdo con el art. 15.3 a). Otro tanto cabe decir sobre el director de la obra que responde de los defectos del proyecto elaborado por otro técnico con el que no tiene tampoco ligamen contractual (art. 17.7) a pesar de la responsabilidad del proyectista que se establece en el art. 10.2 b) por defectos del proyecto.

<sup>2625</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 388, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 288. En contra, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 137.

<sup>2626</sup> En contra, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 288, quien sostiene que sólo cabe frente a ellos *“pues es con estos agentes con los que el promotor mantiene un vínculo de solidaridad”*.

<sup>2627</sup> Además, lo contrario obligaría a sucesivas acciones de repetición hasta llegar al responsable en última instancia con el riesgo de que escape su responsabilidad en contra la calidad que persigue la LOE.

El plazo de prescripción de esta acción de repetición se ha fijado por el art. 18.2 de la LOE en dos años contados desde la firmeza de la resolución judicial que condene a la indemnización o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial.

El plazo de prescripción de esta acción se ha reducido notablemente respecto al previgente que a falta de disposición especial era quincenal (art. 1.964 CC), aunque resulta suficiente sobre todo si el agente frente al que se repite ha sido llamado al procedimiento<sup>2628</sup>, y es que no debemos olvidar que la acción del adquirente está sujeta a idéntico plazo (art. 18.1 LOE).

En caso de acuerdo extrajudicial el plazo se computará desde el pago y no desde la suscripción de aquél<sup>2629</sup>. Resulta llamativo que en el supuesto de procedimiento judicial el art. 18.2 compute el plazo desde la firmeza de la resolución, y no desde el pago como hace el art. 1.145 CC<sup>2630</sup>. Se ha buscado explicación a lo anterior en que la ley pretende estimular la agilidad del pago voluntario por el condenado, quien de no verificarlo podrá ver prescrito su derecho a regresar que comenzó a

---

<sup>2628</sup> Sobre el plazo quincenal, cfr. STS de 29 de diciembre de 1998 (RJ 10140). También pueden verse, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.319; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 288, y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, p. 1.778. Se pronuncian sobre la suficiencia del plazo bienal, MORERA I PÉREZ, o.c. nota 1178, p. 2126; LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.625. Se refiere a la particular amplitud en caso de que haya sido llamado el agente frente al que se va a repetir MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 288-289, aunque considera que puede resultar reducido en el supuesto de que se deba investigar frente a quién repetir.

<sup>2629</sup> Además de la claridad del art. 18.1, por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 475, y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 445.

<sup>2630</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 422; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 128; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 426, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 289. En esta línea, muchos autores han señalado que lo anterior conlleva que comience a prescribir el derecho antes de su nacimiento, lo que tiene lugar con el pago. Nos referimos a MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.319; TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 49; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 358; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 259; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 289, y GÓMEZ MARTÍNEZ, o.c. nota 2041, p. 113.



prescribir desde la firmeza de la resolución <sup>2631</sup>. No obstante, consideramos que no podrá repetirse hasta acreditarse el pago porque de lo contrario se habrá cobrado anticipadamente <sup>2632</sup>

#### 4. Las causas de exoneración de los agentes de la edificación

##### 4.1 Introducción

El art. 17.8 de la LOE regula las causas de exoneración de los agentes de la edificación al disponer que la responsabilidad de éstos por los daños materiales que cubre no será exigible “*si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño*”. Estas causas se reiteran en el art. 19.9 h) de la LOE como motivos de exclusión de la cobertura de los seguros.

El art. 17.8 no altera la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1.591 CC <sup>2633</sup>, como iremos viendo. Además, estas causas de exoneración también operan en el derecho francés puesto que el art. 1.792 del *Code* establece que la responsabilidad del constructor <sup>2634</sup>, “*no tendrá lugar si...prueba que los daños provienen de una causa ajena*”.

Las causas de exoneración deben ser probadas por los agentes de la edificación porque de lo contrario responderán del daño aparecido en plazo <sup>2635</sup>. En este sentido hemos visto que, como ocurría en aplicación del

---

<sup>2631</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.320; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 128; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 260-261; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 358; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 289; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, p. 1.778, nota 24.

<sup>2632</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 263-264. También ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 251, p. 558, considera que no podrá repetirse hasta acreditar el pago.

<sup>2633</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 414; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 225; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 816.

<sup>2634</sup> En el sentido amplio del art. 1.792-1 del *Code*.

<sup>2635</sup> Cfr. SSTS de 11 de noviembre de 1982 (RJ 6538) y 6 de junio de 2002 (RJ 5254).

En la doctrina, entre otros, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 107; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 351; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 921; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 321 y 825; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 262; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.141.

art. 1.591.1º CC, se presume que los daños aparecidos dentro del plazo de garantía son imputables a los agentes, y además que dicha presunción se aprecia en el art. 17.8 de la LOE al imponerles la carga de la prueba de que fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado<sup>2636</sup>.

Estas causas de exoneración operan para todos los agentes de la edificación, incluido el promotor, porque la responsabilidad que se le impone “*en todo caso*” en el art. 17.3 presupone la de alguno del resto de los agentes de los que responde por su condición de garante<sup>2637</sup>.

Al tratar la naturaleza de la responsabilidad señalamos que debido a que la *lex artis* del constructor por lo general permite evitar la producción del vicio constructivo, y los arts. 1.589 y 1.590 CC le atribuyen los riesgos derivados del contrato de obra, las causas de exoneración no provocarán una liberación del vicio constructivo propiamente dicho. Sostuvimos por ello que las causas de exoneración no se interpondrán entre la intervención del agente y el vicio constructivo, sino entre aquélla y el daño que presenta el edificio con ruptura de la relación de causalidad<sup>2638</sup>.

Igualmente señalamos que si el constructor incumple con su obligación de ejecutar sin vicios y el técnico con su obligación de dirigir la obra correctamente, no se exonerarán aunque no hubiera sido previsible que su actuación pudiera causar un vicio constructivo, dado que el resultado a obtener por el constructor es una edificación sin vicios y la obligación de

---

<sup>2636</sup> Véase p. 275.

<sup>2637</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 182; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 93.

<sup>2638</sup> Véase p. 226. Citábamos a ORTI VALLEJO para el que el sistema de riesgos del contrato de obra conlleva que se responde del vicio aunque se debiese a caso fortuito, siempre y cuando ya existiera cuando se produjo la recepción, y no de los defectos provocados posteriormente que es cuando el autor observa que operan las causas de exoneración. Igualmente señalamos (véase pp. 210 y 211) que debido a la atribución de los riesgos de pérdida de la obra que hace el CC, las causas de exoneración que señala la LOE no operan con anterioridad a la recepción de la obra porque, siguiendo al mencionado autor, ello significaría la modificación del sistema de los riesgos del CC.

los técnicos es impartir las instrucciones precisas para que ello no ocurra, con lo que ya no es necesaria la culpa.

Ahora bien, aunque la interposición de los eventos previstos como causas de exoneración entre el vicio constructivo y el daño que sufre el edificio no dará lugar a la liberación de los agentes, sí podrá dar lugar a la minoración de la indemnización como veremos en los epígrafes siguientes.

## 4.2 El caso fortuito y la fuerza mayor

### 4.2.1 Determinación del caso fortuito y de la fuerza mayor

El art. 17.8 de la LOE contempla como causas de exoneración de los agentes de la edificación el caso fortuito y la fuerza mayor, supuestos que tienen su correspondencia en el art. 1.105 CC que aunque no menciona tales términos contiene tales causas<sup>2639</sup>.

Se ha llamado la atención sobre la inclusión de ambos términos porque la opinión dominante los identifica<sup>2640</sup>. No obstante, también se ha intentado distinguirlos bien considerando que el caso fortuito es un suceso

---

<sup>2639</sup> LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 135, se refiere a que es pacífico entender que la perífrasis de tal precepto exonera al deudor de la responsabilidad por caso fortuito y fuerza mayor, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 262, señala, al comentar nuestra materia, que hay que acudir a tal precepto porque aunque no menciona tales figuras alude a las ideas fundamentales de imprevisibilidad e inevitabilidad que permiten la exoneración.

<sup>2640</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 107, y GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 350. La STS de 30 de septiembre de 1983 (RJ 4688) es esclarecedora al señalar: *“Que en orden a la apreciación de la fuerza mayor en el ámbito jurídico, es de tener en cuenta que... en el terreno doctrinal es opinión dominante, con proyección al campo jurisprudencial, la que viene a identificar las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor...”*. En esta línea, señalan que la mayoría de sentencias no distinguen, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 205, p. 205; REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ, o.c. nota 724, pp. 850 y 856-857, quienes además señalan que la distinción desde una perspectiva general carece de utilidad porque el CC como regla general parte de la responsabilidad por culpa, y puede afirmarse que ambas figuras equivalen a la no culpa; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 175; LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 136, en la misma línea resalta la dificultad histórica de distinguir ambas figuras que conllevó prescindir de dichos términos en el art. 1.105, por lo que dado el mismo papel que se les atribuye concluye que pueden considerarse sinónimos, y SANTOS BRIZ, o.c. nota 767, pp. 174-175, quien señala que la distinción entre ambas figuras no deriva del art. 1.105 CC.

imprevisible, pero evitable, y la fuerza mayor en cualquier caso es inevitable; o bien desde la base de que sólo hay fuerza mayor cuando el acontecimiento imprevisible e inevitable se encuentra fuera de la esfera de control del deudor<sup>2641</sup>.

En epígrafe anterior recordamos la operativa sostenida de las causas de exoneración, que se interpondrán entre la intervención de los agentes y el daño que sufre el edificio. En consonancia con ello, los que hacen equivalentes el caso fortuito y la fuerza mayor se basan en que el término suceso del art. 1.105 CC evoca un hecho fuera del ámbito de control del deudor que rompe la relación de causalidad, con lo que en nuestra materia sólo exonerarán eventos extraños a la esfera de organización y control de los agentes<sup>2642</sup>. Secundan, por tanto, a autores generalistas

---

<sup>2641</sup> Cfr. STS de 30 de septiembre de 1983 (RJ 4688) que tras el párrafo extractado en nota anterior continúa diciendo: *“algún otro sector de la doctrina civilista entiende, que existen diferencias entre uno y otra, consistentes en que los casos de fuerza mayor no sólo son imprevisibles, sino además inevitables o irresistibles (vis cui resisti non potest) manteniendo teorías subjetiva y objetiva, apreciando en la primera, que mientras el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haber sido evitado, la fuerza mayor es el acontecimiento que aun cuando se hubiera previsto, habría sido inevitable, en cambio la segunda, atendiendo a la procedencia interna o externa del obstáculo impeditivo del cumplimiento de la obligación, configura al caso fortuito como acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, y a la fuerza mayor como el acaecimiento que se origina fuera de la empresa o círculo del deudor, con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario y normal de la vida..”*.

<sup>2642</sup> Es el caso de SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 351, quien aprecia que es aplicación de lo anterior los supuestos de responsabilidad del director de la obra por errores del proyecto (art. 17.5) o del constructor por actos de sus dependientes, subcontratistas o defectos de los materiales (art. 17.6). La autora reconoce en este sentido que aplica una concepción objetiva del caso fortuito. Sobre esta concepción del caso fortuito que conlleva la ruptura de la relación de causalidad, véase p. 210. También exige que se trate de un acontecimiento externo al círculo de actuación del agente MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 180.

Así, con intención de simplificar estas causas de exoneración de caso fortuito y fuerza mayor se las viene a considerar como de procedencia ajena y externas al proceso de la edificación, por FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 456, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, pp. 107-108.

que son partidarios de este planteamiento que conlleva la eliminación de la diferencia entre ambas causas de exoneración<sup>2643</sup>.

Coincidimos con lo anterior. En este sentido ya vimos que se responde por la producción del defecto en la esfera de funciones del agente<sup>2644</sup>, y además se aprecia en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo la descripción de la operativa del caso fortuito rompiendo la relación causal entre la intervención de los agentes y el daño, y la exigencia de ajenidad del evento a la actuación de éstos<sup>2645</sup>. Además, ello se compadece con los PECL y el DCFR en los que se exonera al deudor del incumplimiento provocado por causas que se hallan más allá de su esfera de control<sup>2646</sup>.

También apoya lo sostenido que la generalidad de autores califique esta responsabilidad de objetiva en la que no exonera haber empleado la

---

<sup>2643</sup> Nos referimos a DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 727, para el cual la concepción de las causas de exoneración como determinantes de la ruptura de la relación de causalidad y como externas al ámbito de control del deudor elimina la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor.

<sup>2644</sup> Véase p. 206.

<sup>2645</sup> Cfr. SSTS de 28 de abril de 2008 (RJ 2681): *“El caso fortuito, que también recoge el artículo 17.8 de la LOE, es todo suceso imposible de prever, o que previsto, sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa del agente, de tal forma que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente”,* y de 21 de febrero de 2003 (RJ 2135): *“El vicio fue causado, efectivamente por fuerza mayor, no por la incorrecta actuación profesional del ingeniero proyectista demandado. Ciertamente, el artículo 1591 del Código Civil impone la responsabilidad al arquitecto –y por extensión jurisprudencial, al ingeniero– si se debe la ruina a vicio del suelo, pero ni tal responsabilidad alcanza un grado de absoluta objetividad, ni puede llegarse a una imputación de responsabilidad cuando este vicio viene de fuerza mayor, imprevisible y ajeno a la actuación profesional del ingeniero, que es el caso presente. Por ello, no aparece infracción del artículo 1105 del Código Civil, sino que se ha aplicado correctamente al caso de ruina de unas naves producida por fuerza mayor, caso inevitable e imprevisible, en que no hubo nexo causal, por acción u omisión, por parte del técnico, ingeniero, demandado...”*. No obstante, como se puede observar en este último párrafo, se mezclan las argumentaciones que resaltamos nosotros con las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad.

<sup>2646</sup> Cfr. art. 8:108 de los PECL y art. III-3:104 del DCFR. Comentando el primer precepto DÍEZ-PICAZO, MORALES MORENO y ROCA TRÍAS, o.c. nota 754, p. 380, aplauden que se haya *“sustituido la idea de conducta exigible, en el prevenir y evitar, propia de la culpabilidad, por la delimitación de un espacio objetivo o círculo de atribución de riesgos, lo que puede servir para aportar mayor certeza al sistema”*.

En cambio, la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, en su art. 1.209, prevé ambos criterios.

diligencia y las causas de exoneración incidirán en el nexo causal, así como la concepción objetiva del caso fortuito que no lo identifica con la no culpa, sino con la ruptura de aquel nexo<sup>2647</sup>.

Al mismo resultado consideramos que llega algún autor que sostiene que el caso fortuito no exonera porque observa la naturaleza objetiva de la responsabilidad e identifica el caso con la no culpa. Ello se debe a que para él lo que marcará la responsabilidad es la existencia del defecto con anterioridad a la recepción que es cuando se transfieren los riesgos, de tal forma que las causas de exoneración operan con posterioridad a tal momento sin responderse de los defectos causados tras él<sup>2648</sup>. Con ello, en el fondo, consideramos que se confirma la idea general de que las causas de exoneración se interponen entre la actividad de los agentes y el daño causado al edificio<sup>2649</sup>.

#### 4.2.2 Alcance práctico del caso fortuito y de la fuerza mayor

En cualquier caso, al margen de la naturaleza de esta responsabilidad, dada la condición de profesionales de los agentes de la edificación, el nivel de diligencia exigible conlleva la dificultad de exonerarse mediante la acreditación de su diligencia lo que se observa en la jurisprudencia producida en torno al art. 1.591 CC<sup>2650</sup>. O visto desde la perspectiva de su

---

<sup>2647</sup> Véase pp. 203 y 210.

<sup>2648</sup> Nos referimos a ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.140-1.141, y 1.161-1.162. Aporta como ejemplo al terremoto que exonerará de responsabilidad siempre que se cumplan los requisitos exigibles contra sismos, porque de lo contrario existirá un defecto originario.

<sup>2649</sup> Véase epígrafe anterior sobre tal operativa. Además, apreciamos que esta operativa de las causas de exoneración permite superar la crítica que hace ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.162, consistente en que las causas de exoneración llevadas hasta sus últimas consecuencias pueden provocar la exoneración por eventos que se produzcan antes de la recepción.

<sup>2650</sup> Véase pp. 219 y ss. En este sentido, con carácter general, se refieren a que los parámetros de imprevisibilidad e inevitabilidad deben medirse de acuerdo con el grado de diligencia exigible al deudor, Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, pp. 204-205; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, p. 175, y LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, pp. 1.215-1.216.

esfera de control, se ha destacado la práctica imposibilidad del deudor de probar que lo producido en ella no ha sido provocado o favorecido por él<sup>2651</sup>. Así, por ejemplo, el técnico proyectista hemos visto que responde por no adoptar las precauciones que exigen las características del suelo, y por ello se ha rechazado su exoneración<sup>2652</sup>.

Lo anterior no ha variado con la LOE porque la realidad subyacente es la misma, de ahí que a los agentes de la edificación les siga resultando difícil exonerarse dados sus conocimientos especializados<sup>2653</sup>.

---

<sup>2651</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 987. Y es que se ha señalado que el ámbito de control guarda relación con el tipo de diligencia exigible por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 28, p. 205.

<sup>2652</sup> Véase p. 700. Cfr., entre otras, SSTs de 10 mayo y 27 de junio de 1986 (RJ 2677 y RJ 4401); 6 de noviembre de 2003 (RJ 8265) que señala: *“No puede invocar el vicio del suelo como imprevisible”*. Análogamente, la STS de 28 de abril de 2008 (RJ 2681) expresa que es *“previsible un hecho de la construcción en el que intervienen personas específicamente expertas en el estudio y valoración de las condiciones del suelo, de la resistencia y de las previsiones de seguridad y funcionamiento de las edificaciones, máxime cuando el estado de la ciencia y de la técnica en estas materias, hacían posible calcular o prever la aparición de las grietas y su posterior reparación y evitación”*.

Sin embargo, aisladamente la STS de 21 de febrero de 2003 (RJ 2135) le exoneró al calificar el vicio del suelo como una causa de fuerza mayor. Dicha sentencia consideró en un supuesto en que las naves presentaban fisuras y grietas similares a las de otras edificaciones colindantes, que el ingeniero que proyectó las naves objeto del procedimiento observó las recomendaciones técnicas, hizo los cálculos y diseños correctos, por lo que el vicio del suelo era imprevisible. Señalar que en este supuesto el ingeniero no encargó el estudio geotécnico, sino que realizó catas en los solares a construir, y tuvo en cuenta las recomendaciones sobre la cimentación que fueron realizadas por una empresa especializada que había llevado a cabo un estudio geológico del suelo de una edificación colindante.

<sup>2653</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 414, quien señala: *“el agente responde de todo lo que fuera previsible para un perito”*; en el mismo sentido la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 452-453, refiriéndose como ejemplo a la responsabilidad del director de la obra por defectos de proyecto prevista en el art. 17.7 LOE; siguen a la primera, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 181, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 537. También puede verse MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 262, quien señala que los conocimientos especializados *“permiten prever o evitar sucesos que otra persona no podía haber previsto ni evitado”*, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 318, y 816-817, quien se refiere al estado de desarrollo de las técnicas constructivas como razón por la que *“los casos en los que verdaderamente se produzca un evento totalmente imprevisible o inevitable que cause daños son anecdóticos”*. Véase esta idea en STS de 28 de abril de 2008 (RJ 2681) extractada en nota anterior.

Lo anterior se aplica a los fenómenos atmosféricos que suelen ser alegados por los agentes de la edificación como causa de los daños materiales que sufre el edificio, los cuales deberán presentar para ello un carácter extraordinario<sup>2654</sup>. Por tanto, se tendrá en cuenta que en determinadas zonas son previsibles lluvias torrenciales, vientos con gran potencia e incluso movimientos sísmicos, y además que con las técnicas actuales son evitables sus consecuencias<sup>2655</sup>.

Pero es que incluso el Tribunal Supremo ha apreciado la responsabilidad de los agentes de la edificación en un supuesto en el que el daño se produjo por caso fortuito pero se había agravado por causa de una deficiente cimentación<sup>2656</sup>.

Por otra parte, nos remitimos al estudio que hemos realizado sobre la incidencia del CTE en la responsabilidad de los agentes de la edificación. Allí señalamos a propósito de algunos que ven en el CTE el límite de lo

---

<sup>2654</sup> Cfr. SSTs de 8 de junio de 1984 (3222) en la que se alegaba como causa de exoneración la existencia de filtraciones de agua procedente de un edificio colindante y las lluvias caídas en la época de asentamiento, frente a lo que se resolvió que no se podía calificar como fuerza mayor o caso fortuito *“un meteoro ordinario como es la lluvia”*; 6 de junio de 2002 (RJ 5254) en la que se pretendía por los demandados su exoneración argumentándose que la caída de las placas de la fachada se debía a unas fuertes rachas de viento, lo que el TS desestimó porque *“ni era imprevisible y siempre podía preverse y menos era inevitable, pues con una adecuada realización se hubiera evitado el resultado dañoso”*. Se refieren a este carácter extraordinario, FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, pp. 346-347; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 458; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 352; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 182-183; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 536, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 318 y 817.

<sup>2655</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 817. Refiriéndose a los movimientos sísmicos previsibles en la zona, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, p. 100; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 352, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 108. El apartado 3 del Documento Básico SE-C Cimientos del CTE impone que en el estudio geotécnico conste la sismicidad del lugar donde se asienta el edificio.

Con carácter general, SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.511; Díez-PICAZO L., o.c. nota 745, pp. 733-734, alude a los *“márgenes estadísticos o de la frecuencia de tales hechos”*; CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 985, a que *“Un hecho que aisladamente pudiera considerarse caso fortuito pierde esta calificación si, por más que irresistible, su frecuencia obliga al deudor a elevar su rango de previsibilidad exigible...”*. Igualmente alude a la mayor o menor probabilidad estadística, LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, pp. 1.215-1.216.

<sup>2656</sup> Cfr. STS de 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862) (véase nota 994).



exigible según el estado de los conocimientos, que éste como límite de la responsabilidad no se encuentra reconocido con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico<sup>2657</sup>. No obstante, otros confieren al estado de los conocimientos distinta función puesto que lo anudan a las causas de exoneración para sostener que puede hacer imprevisibles, por ejemplo, los daños derivados de un determinado material o técnica constructiva comúnmente admitida y en este sentido han recaído algunos pronunciamientos, aunque en supuestos bastantes específicos<sup>2658</sup>.

Por último, en cuanto al supuesto habitual de las grietas o fisuras por asentamiento del edificio, consideramos en contra de algunas opiniones que, al margen de que puedan llegar a resultar inevitables<sup>2659</sup>, deberán ser soportadas por los agentes de la edificación habida cuenta de que derivan del proceso constructivo de un edificio recién construido<sup>2660</sup>.

---

<sup>2657</sup> Véase epígrafe 2.3.5.3 de capítulo V.

<sup>2658</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 456, aunque el autor con base en los supuestos de responsabilidad del art. 17 de la LOE señala con carácter general “*que no parece probable la excepción de caso fortuito*”; en el mismo sentido DE LA ROCHA GARCÍA y DEL ARCO TORRES, o.c. nota 328, p. 77, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 108. Cfr. SSTs de 14 de febrero de 2007 (RJ 1378); 1 de octubre de 2008 (RJ 7076), en las que el TS ha exonerado de responsabilidad derivada de la aluminosis por considerar la misma como una causa de fuerza mayor si el uso de cemento aluminoso se encontraba permitido en la fecha de construcción del edificio concreto.

<sup>2659</sup> Eso sí, en una magnitud moderada, porque el estado de la técnica constructiva permite evitar los supuestos más gravosos. MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 108-109, considera que las fisuras no siempre son consecuencia de defectos constructivos, sino que son inevitables. Igualmente DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 492, se refieren a las fisuras como uno de los síntomas más elementales de las enfermedades del hormigón armado, pero aclaran que no siempre serán patológicas sino que las hay que son inevitables.

<sup>2660</sup> Además, apoyan razones de justicia material con las que choca que un inmueble al poco de adquirirse deba ser objeto de reparación por parte del adquirente.

### 4.3 Acto de tercero

El art. 17.8 de la LOE contempla esta causa de exoneración porque si el daño material no es causado por intervención de los agentes no existe relación causal entre aquél y ésta<sup>2661</sup>.

No obstante, no serán terceros aquellas personas por las que el agente deba responder de conformidad con los apartados 5, 6 y 7 del art. 17 de la LOE, esto es, los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno<sup>2662</sup>. Tampoco, obviamente, podrá alegar el promotor que el defecto es imputable a otro agente, porque él responde en todo caso (art. 17.3).

Por lo anterior, acto de tercero es la actuación de una persona sobre el edificio que genere vicios productores de daños desarrollada libremente y al margen de la actividad de los agentes de la edificación<sup>2663</sup>.

No obstante, estos supuestos también pueden provocar una concurrencia de culpas si la intervención que se realiza al edificio es concausa con la actuación de los agentes en la construcción originaria, o ha contribuido a la extensión del daño<sup>2664</sup>.

---

<sup>2661</sup> Por todos, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 109.

<sup>2662</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 414; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 453; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 352; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 101; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 127, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 262-263.

<sup>2663</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 263. Como ejemplos de estos terceros cabe, siguiendo a ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 110, y a RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 108, referirse a las empresas que construyen en solar adyacente; profesionales que acometen alguna obra de remodelación o reforma; propietarios anteriores al actual perjudicado, o usuarios del edificio. Sin embargo, en nuestra opinión el supuesto de los profesionales aludido se resolverá por la vía de la culpa del perjudicado que los contrata que analizaremos en epígrafe siguiente, aunque sin resultados prácticos.

En la jurisprudencia puede verse la STS de 20 de julio de 2001 (8400) que exoneró al proyectista de la red de saneamiento porque los daños tenían causa en vertidos procedentes de un pabellón industrial.

<sup>2664</sup> Se refieren a esta posible concurrencia de causas, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 539; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 440, y GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 458.

#### **4.4 Acto del propio perjudicado. Especial referencia al deber de uso y mantenimiento adecuados del edificio**

##### **4.4.1 Introducción**

El art. 17.8 de la LOE regula la causa de exoneración de los agentes de la edificación por el daño producido por el propio perjudicado. Por perjudicado debemos entender a los propietarios del edificio o partes en que se divida, a los que el art. 17.1 otorga legitimación activa. El mero usuario encaja mejor dentro del tercero al que se refiere el art. 17.8 como otro de los posibles causantes del daño material<sup>2665</sup>.

En caso de que el vicio o defecto se deba exclusivamente a acciones u omisiones del propietario se romperá la relación de causalidad<sup>2666</sup>. Pero precisamos que lo que provocará el propio perjudicado es el daño material y no el vicio constructivo que, como tal, se produjo durante la ejecución de la obra a lo que además apunta el tenor del art. 17.8.

Este precepto al expresar la causa de exoneración tratada se refiere con carácter general a acto del propio perjudicado, con lo que se da cabida no sólo al uso y mantenimiento inadecuados [a que alude el art. 16 y el apartado e) del art. 19.9 al tratar la cobertura de los seguros], sino también a las intervenciones en el edificio por parte del propietario que pueden haber causado daños o contribuido a su producción. La realización de estas intervenciones ya fue contemplada por el Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos<sup>2667</sup>.

---

<sup>2665</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 263, y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 108.

<sup>2666</sup> Destaca la ruptura de la relación de causalidad en este supuesto, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 415; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 453; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 109; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 352; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 229.

<sup>2667</sup> Cfr. STS de 8 de julio de 1993 (RJ 6327) sobre realización de cerramientos de balcones y terrazas por parte de los propietarios que habían producido falta de ventilación y ayudado a la producción de humedades, por lo que se consideró que debían asumir una parte de la responsabilidad. GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 310, cita modificaciones de paredes maestras, techos y pilares o edificación en la

Esta causa de exoneración, aunque no lo diga el art. 17.8 ni tampoco el art. 19.9 h), puede operar como causas de limitación de la responsabilidad en caso de que concurran junto con otras imputables a los agentes, o se hayan agravado los daños por actuaciones de los propietarios<sup>2668</sup>.

Ahora bien, esta concurrencia de causas es más improbable que se dé en el supuesto de daños estructurales porque es difícil que los adquirentes puedan provocar el compromiso de la resistencia mecánica y estabilidad del edificio que exige el art. 17.1 a) para la responsabilidad estructural<sup>2669</sup>. Tampoco será probable en el supuesto de la responsabilidad anual por la propia naturaleza de los defectos de terminación o acabado.

#### 4.4.2 El deber de uso y mantenimiento adecuados del edificio

El art. 16 de la LOE regula a los propietarios y usuarios dentro del capítulo III como si fueran un agente de la edificación más, a pesar de no

---

azotea, reforma de baños y cocinas alterando los desagües, y cambio de instalación eléctrica sin el asesoramiento de un instalador autorizado.

<sup>2668</sup> Cfr. STS de 24 de noviembre de 1988 (RJ 9040) en la que se consideró que las causas de las humedades y manchas fueron la deficiente conexión de las cazoletas con los sumideros de las aguas pluviales y el incorrecto sellado de las juntas de éstos, así como el atasco de las tuberías debido a un defectuoso mantenimiento de los propietarios, por lo que desestimó el recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios frente a la sentencia de la audiencia que había considera imputable a ésta el setenta y cinco por ciento de los daños. También SSTs de 8 de julio de 1993 (RJ 6327) (véase nota anterior *supra*), 29 de noviembre de 1990 (RJ 9059), 20 de marzo de 1992 (RJ 2216), y 29 de noviembre de 1993 (RJ 9145).

Permitiendo la limitación de la responsabilidad de los agentes, SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.193, quien señalaba que *“probado el mal uso...cabe apreciarse como concausa de los daños y moderar la responsabilidad del demandado”*; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 415; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 453; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, p. 440; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 352; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 100; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 95; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 264; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 351; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 922; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 517, p. 28; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 820-821, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 118.

<sup>2669</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 351, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 922.

serlo. Pero ello es a los fines de imponer a los primeros la obligación de conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, y a los segundos (que pueden ser a la vez propietarios o no, como reconoce el precepto) la obligación de su utilización adecuada de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento<sup>2670</sup>.

Como supuestos de inadecuado uso se pueden citar muchos, entre los que destaca la utilización para una finalidad que no prevista<sup>2671</sup>.

Obviamente este deber de mantenimiento como causa de exoneración ya se sostenía<sup>2672</sup>, aunque resulta novedosa la imposición a los propietarios de sujetarse a las instrucciones de uso y mantenimiento<sup>2673</sup>, así como la mención expresa de la falta de mantenimiento como causa de exoneración en el art. 19.9 e) que permitirá concienciar sobre su necesidad<sup>2674</sup>. Además, tradicionalmente ha sido harto difícil apreciar

---

<sup>2670</sup> Sobre la anterior motivación de este precepto véase p. 643.

Sorprende que este precepto cuando establece la obligación del propietario no mencione expresamente las instrucciones de uso y mantenimiento, como hace al regular la del usuario, aunque obviamente también debe considerarse obligado su seguimiento por parte del primero.

<sup>2671</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 310, quien se refiere concretamente a la conversión en habitables de espacios destinados a otras funciones, como los sótanos o espacios bajo cubierta; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 352, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 263.

Además, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 311 y 316, destaca como causa principal de la avería de la red de saneamiento su mal uso, que las humedades por condensación tienen como una de sus causas la inadecuada ventilación, o que el desconchado de las pinturas puede deberse a pintar encima de otras capas.

<sup>2672</sup> Cfr. STSS de 24 de noviembre de 1988 (RJ 9040) (véase nota 2668), y de 7 de abril de 2003 (RJ 1895) que confirma la de instancia que había fallado la exoneración de los agentes de la edificación porque concurría una falta de mantenimiento del propietario. HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 106, y SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, p. 1.193.

<sup>2673</sup> DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 247, y MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, p. 493.

<sup>2674</sup> DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, pp. 94-95. Además, en general ha habido se ha hablado una falta de cultura de mantenimiento como señalan LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.623, y JIMÉNEZ MORAGO, o.c. nota 211, p. 1.442.

falta de mantenimiento, lo que resultaba gravoso con la amplitud de los plazos de garantía y de prescripción que conllevaba el art. 1.591.1º CC<sup>2675</sup>.

Las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y de sus instalaciones deben adjuntarse al proyecto de acuerdo con el art. 7 de la LOE, formando parte del Libro del Edificio que se entregará a los adquirentes<sup>2676</sup>.

El mantenimiento del edificio en buen estado al que alude el art. 16 de la LOE se conecta con los requisitos básicos de la edificación regulados en su art. 3, de tal forma que permitirá que el edificio siga cumpliéndolos<sup>2677</sup>.

El CTE impone a los propietarios y usuarios el uso del edificio e instalaciones conforme a sus instrucciones y de forma compatible con el uso previsto, y además les obliga a poner en conocimiento del responsable de mantenimiento cualquier anomalía que observen en su funcionamiento, llevar a cabo un plan de mantenimiento, realizar las inspecciones reglamentariamente establecidas, y documentar en Libro del

---

<sup>2675</sup> LLEDÓ MELÉNDEZ, L. C., *Conservación de los edificios. La inspección técnica de edificaciones y responsabilidades que de ella dimanar*, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, dir. por C. Hernández Pezzi, ed. CGPJ, Madrid, 2007, pp. 47-48. DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 94, se refiere en este punto a “una política blanda llevada cabo por los tribunales en aras de protección del más débil”.

<sup>2676</sup> En la misma línea el art. 6.1 del CTE impone que se incorporen al proyecto las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio terminado, de conformidad con lo previsto en él y demás normativa que sea de aplicación. Además, de acuerdo con el anejo II del CTE, apartado II.2 b), el constructor recabará de los suministradores de productos y facilitará al director de obra y al director de la ejecución de la obra las instrucciones de uso y mantenimiento de los productos.

<sup>2677</sup> Ello se observa en el apartado primero del art. 3 que establece en lo que aquí nos interesa: “los edificios deberán....mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes...”. También en el CTE que define el término mantenimiento como “Conjunto de trabajos y obras a efectuar periódicamente para prevenir el deterioro de un edificio o reparaciones puntuales que se realicen en el mismo, con el objeto mantenerlo en buen estado para que, con una fiabilidad adecuada, cumpla con los requisitos básicos de la edificación establecidos”. Cfr. anejo III del CTE en su redacción dada por el apartado primero cuatro de la disposición final undécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Edificio las intervenciones que se hagan<sup>2678</sup>. A lo anterior se une que el CTE establece obligaciones de mantenimiento en diferentes DB.

Por lo expuesto no es de extrañar que se considere que el CTE ha concretado el genérico deber de mantenimiento del art. 16 de la LOE<sup>2679</sup>. No obstante, igualmente ha de tenerse en cuenta que la normativa específica de determinadas instalaciones del edificio establece obligaciones de conservación<sup>2680</sup>.

De acuerdo con el CTE, el Libro del Edificio contendrá un plan de mantenimiento con la programación de operaciones para el mantenimiento del edificio y de sus instalaciones<sup>2681</sup>. Por tanto, el Libro del Edificio facilita el mantenimiento, máxime cuando los que no hayan adquirido del promotor una vivienda no entrarán dentro del ámbito del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-

---

<sup>2678</sup> Cfr. art. 8.2: “Uso y conservación del edificio 1. El edificio y sus instalaciones se utilizarán adecuadamente de conformidad con las instrucciones de uso, absteniéndose de hacer un uso incompatible con el previsto. Los propietarios y los usuarios pondrán en conocimiento de los responsables del mantenimiento cualquier anomalía que se observe en el funcionamiento normal del edificio. 2. El edificio debe conservarse en buen estado mediante un adecuado mantenimiento. Esto supondrá la realización de las siguientes acciones: a) llevar a cabo el plan de mantenimiento del edificio, encargando a técnico competente las operaciones programadas para el mantenimiento del mismo y de sus instalaciones; b) realizar las inspecciones reglamentariamente establecidas y conservar su correspondiente documentación; y c) documentar a lo largo de la vida útil del edificio todas las intervenciones, ya sean de reparación, reforma o rehabilitación realizadas sobre el mismo, consignándolas en el Libro del Edificio”.

<sup>2679</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 454. En análogo sentido SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 186, señalan que compromete a los usuarios con el mantenimiento, y OTERO CEREZO, o.c. nota 426, p. 55, destaca la novedad importante que supone que se exija el cumplimiento del plan de mantenimiento contratándose a técnico competente. En esta línea, CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, p. 84, destacan las obligaciones que impone en relación con el mantenimiento del edificio como las más importantes novedades que conlleva el CTE en relación con el Libro del Edificio.

<sup>2680</sup> V.g. art. 19 del Reglamento de instalaciones de protección contra incendios aprobado por Decreto 1942/1993, de 5 de noviembre, reglamento este al que se remite el CTE, por ejemplo, en la Sección SI 4 del DB correspondiente a instalaciones de protección contra incendios.

<sup>2681</sup> Cfr. art. 8.1, apartado 3.

venta y arrendamiento de viviendas, que impone la obligación de entregar las instrucciones de uso y mantenimiento<sup>2682</sup>. En este sentido el art. 16.1 de la LOE exige a los propietarios transmitir la documentación de la obra ejecutada a los sucesivos adquirentes con la finalidad de que éstos puedan realizar un uso y mantenimiento adecuados del edificio<sup>2683</sup>.

Al margen de que el contenido general del Libro del Edificio protege a los intereses de los propietarios<sup>2684</sup>, proporciona a los agentes un medio de prueba para acreditar su exoneración por uso inadecuado del edificio o su falta de mantenimiento, de acuerdo con el art. 17.8 de la LOE<sup>2685</sup>.

Por otro lado, ya hemos apuntado que en caso de que no se entreguen por el promotor las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio, y tampoco se depositen por él ni por la dirección facultativa como parte del Libro del Edificio, pueden responder los agentes de la edificación a pesar de que se demuestre que el daño tiene su causa en la falta de

---

<sup>2682</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, pp. 244 y 247. Cfr. arts. 1 y 4 de tal norma. Igualmente el art. 64 del TRLGDCU se limita a primera transmisión de viviendas: *“En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta norma, se facilitará además la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación”*.

<sup>2683</sup> Destaca tal finalidad, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 352, y la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 517-518.

En caso de arrendamiento, consideramos que también debe entregarse al usuario para que cumpla con su obligación de utilización adecuada prevista en el art. 16.2, como sostienen DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 247.

Además, la entrega de toda la documentación relativa al edificio deriva del art. 1.097 CC y del deber de buena fe consagrado en el art. 1.258 CC. Cfr. STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2848).

<sup>2684</sup> Véase nota 2279 donde señalamos que por su contenido permite ejercer las correspondientes reclamaciones frente a los responsables.

<sup>2685</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 247. En análogo sentido, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 355, y VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 143, quien expone que no sólo se trata de un recordatorio de estos deberes, sino que en caso de incumplimiento cabe la posibilidad de la exoneración de los agentes de la edificación.



mantenimiento<sup>2686</sup>. No obstante, puede que el mantenimiento sea tan básico que no precise de advertencia<sup>2687</sup>.

Por otro lado, las instrucciones de mantenimiento redactadas unilateralmente por los facultativos que intervienen en la construcción pueden ser exageradas en su coste y excesivas en cuanto a la consecución de objetivos, en cuyo caso su incumplimiento no conllevará la exoneración o limitación de responsabilidad de los agentes<sup>2688</sup>. Además, aunque a la hora de redactar las instrucciones de uso y mantenimiento se debe tener en cuenta que el propietario del edificio no tiene conocimientos en la materia<sup>2689</sup>, el art. 8.2.2 a) del CTE impone la contratación de técnicos.

La letra c) del anterior precepto CTE impone a los propietarios documentar las intervenciones que realicen en el edificio, pero consideramos que tal constancia no es el único medio por el que se

---

<sup>2686</sup> Véase pp. 674-675.

<sup>2687</sup> A esta idea parecen apuntar SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 229, cuando señalan: *“Sin información sobre la necesidad y forma de llevar a cabo el mantenimiento, más allá de la simple limpieza de determinados elementos, difícilmente puede hablarse de culpa en la actuación de los propietarios o usuarios, ni por ende de responsabilidad”*, y LLEDÓ MELÉNDEZ, o.c. nota 2675, p. 49, más claramente contempla la salvedad de *“operaciones o actividades comunes y conocidas de la generalidad de los ciudadanos no técnicos”*.

<sup>2688</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 822-823. También puede verse ALMENAR BELENGUER, JIMÉNEZ LÓPEZ y PÉREZ PAZ, o.c. nota 307, p. 99. En tal sentido la SAP de Audiencia Provincial de Guadalajara de 15 julio de 2004 (AC 1552) consideró la responsabilidad de los demandados por la colocación de ladrillo como cerramiento visto de fachada que implicaba un mantenimiento calificado como excepcional, al exigir la impermeabilización frecuente de la fachada.

Lógicamente tampoco conllevará exoneración incumplir unas instrucciones erróneas o insuficientes, como señala GARCÍA ALGUACIL, o.c. nota 2149, p. 179. Así VILLAGÓMEZ RODIL, o.c. nota 211, p. 144, señala que *“deben ser precisas, y no resultan eficaces si se trata de recomendaciones generales y no debidamente especificadas, pues han de contener indicaciones suficientes sobre tejados, azoteas, cubiertas, fachadas, estructuras, portales, instalaciones...con indicación de su periodicidad y tiempos en los que se debe proceder a su revisión y control”*. También puede verse LLEDÓ MELÉNDEZ, o.c. nota 2675, p. 49.

<sup>2689</sup> LLEDÓ MELÉNDEZ, o.c. nota 2675, p. 48.

puede acreditar el mantenimiento, y además su falta no conlleva que se invierta la carga de la prueba del daño en perjuicio del adquirente<sup>2690</sup>.

Pero debemos plantearnos qué ocurre si no consta la realización de un mantenimiento adecuado ni en el Libro del Edificio ni a través de otra prueba, y el mantenimiento omitido puede haber sido la causa de los daños, pero los agentes no consiguen demostrarlo plenamente. Aunque pudiera sostenerse que es el propietario quien debería probar que el daño no se debe a falta de mantenimiento, en nuestra materia rige una presunción de causalidad de aquél con la intervención de los agentes que deben éstos destruir<sup>2691</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo parece apuntar todo lo contrario en aplicación del art. 1.591 CC<sup>2692</sup>, no obstante lo cual defendemos que al haberse reducido los plazos de garantía por la LOE debería fortalecerse la presunción de responsabilidad que conllevan<sup>2693</sup>.

#### 4.4.3 Los deberes de los propietarios como asegurados

Se ha planteado las repercusiones que tendrá el incumplimiento de los deberes que la LCS impone a los adquirentes en tanto asegurados en sus arts. 11, 12, 16 y 17, referidos los dos primeros a la agravación del riesgo, y los dos últimos, respectivamente, a la comunicación tempestiva del

---

<sup>2690</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 245, p. 258. En sentido contrario, LLEDÓ MELÉNDEZ, o.c. nota 2675, p. 49, quien señala que en tal caso se eximirá a los agentes *“salvo que se pruebe que el daño o vicio surgido nada tenga que ver con la conservación y sí con una defectuosa proyección, ejecución o instalación...”*, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 1224.

<sup>2691</sup> En responsabilidad extracontractual la concurrencia de una causa que potencialmente puede haber generado el daño obliga a la víctima a probar su falta de incidencia, como señala SANTOS BRIZ, o.c. nota 993, p. 597. Pero en ella no rige la presunción de causalidad que opera en nuestra materia.

<sup>2692</sup> Cfr. STS de 20 de marzo de 1992 (RJ 2216) que desestimó un recurso de casación interpuesto por una propietaria de una comunidad de propietarios que actuaba como tal y en nombre de la comunidad, frente a la sentencia de la audiencia que había estimado parcialmente la demanda porque no podía determinar si los daños que sufrían las terrazas fueron debidos a defectos constructivos o a omisión de la comunidad.

<sup>2693</sup> Esto es, ya no estamos ante un plazo decenal único en el que, por ejemplo, se podía reclamar un defecto de pintura bastante avanzado aquél.

siniestro y al deber de salvamento. Se podría sostener que tales incumplimientos conllevarán no sólo la exoneración de las compañías aseguradoras, sino también la de los agentes de la edificación que podrán oponer como “*exceptio doli*” que el adquirente ha perdido la posibilidad de reclamar a la compañía. No obstante, dado que las compañías pueden, salvo renuncia, repetir lo abonado a los agentes (art. 43 de la LCS) se descarta lo anterior<sup>2694</sup>. Además, al adquirente no se le impone reclamar a la compañía de seguro puesto que puede dirigirse a los agentes de la edificación.

Sin perjuicio de lo anterior, el incumplimiento de dichos deberes tendrá su repercusión en la extensión del daño resarcible<sup>2695</sup>. Concretamente, la falta de comunicación tempestiva del siniestro, aunque se produzca dentro del plazo de prescripción, conllevará la reducción de la indemnización que deban afrontar los agentes de la edificación (art. 16 LCS) si se agrava el daño como consecuencia de tal retraso, como se sostuvo desde hace tiempo<sup>2696</sup>.

Por otro lado, de la misma forma que incluíamos dentro del daño resarcible los costes invertidos por los adquirentes en el cumplimiento del deber de la minoración del daño (art. 17 LCS), inversamente el incumplimiento de este deber conllevará la reducción de la indemnización en la proporción a él imputable<sup>2697</sup>. No obstante, ello debe ser siempre

---

<sup>2694</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, pp. 471-472.

<sup>2695</sup> Lo hemos apuntado a lo largo de este trabajo con remisiones a este epígrafe en notas 1630, 1637 y 1859.

<sup>2696</sup> A esta causa de limitación de la responsabilidad, entre otros, ya se refería HERRERA CATENA, o.c. nota 19, p. 106. Tras la LOE, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 100. En esta línea, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 230, señalan con carácter general que el adquirente tiene el deber de colaborar con los agentes de la edificación comunicándoles inmediatamente los defectos que observen para que éstos puedan hacer las reparaciones si lo estiman y evitarse el daño o su agravación.

<sup>2697</sup> A lo anterior no empece que no haya entrado en vigor la obligatoriedad de la totalidad de los seguros que impone la LOE (cfr. disposición adicional segunda) puesto que los anteriores deberes derivan del principio de buena fe (véase p. 266). En este punto los PECL en su arts. 9:504 y 9:505, primer párrafo, y el DCFR en los arts. equivalentes III-3:704 y 3:705, primer párrafo, contemplan respectivamente que no se responde en la medida en que el daño haya sido causado por el acreedor,

aplicado con cautela porque de otro modo se exigiría al adquirente la reparación anticipada del defecto que puede además no estar en condiciones económicas de realizar<sup>2698</sup>.

Sin embargo, el incumplimiento del deber de comunicar la agravación del riesgo no será trascendente para los adquirentes ya que en el momento en el que adquieren se habrá regularizado la prima según el riesgo agravado, y lo que ocurrirá a partir de ahí será en su caso realización del siniestro en sí<sup>2699</sup>.

## 5. La reparación del daño material causado al edificio

### 5.1 La forma de reparación

#### 5.1.1 La jurisprudencia tradicional sobre la preferencia de la reparación *in natura*

En este epígrafe estudiaremos la determinación de la forma de reparación de la ruina prevista en el art. 1.591.1º CC. Esto es, si es *in natura* con la realización por los agentes de la edificación de las obras necesarias para la subsanación de los defectos constructivos, o por equivalente mediante el abono del coste de reparación de éstos.

---

ni tampoco en la parte en la que el daño podía haberse reducido por él tomando las medidas razonables. En la misma tónica la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos en su art. 1.211 establece: *"No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe..."*.

<sup>2698</sup> Refiriéndose a que el acreedor no puede verse perjudicado por su incapacidad financiera para hacer frente a los costes de prefinanciación de la reparación CARRASCO PERERA, A., *Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina*, Indret 1 (2006), pp. 20-21. Además, como destaca este autor, normalmente la urgencia de reparar no llegará hasta el extremo de hacer un imposible requerir a los agentes de la edificación. Con ello estamos apuntando al otro deber de la comunicación tempestiva del daño.

<sup>2699</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 591, pp. 472, 475 y 477.

El art. 1591.1º CC nada dice sobre la forma de reparar la ruina, simplemente señala “*responde*”, pero no dice cómo<sup>2700</sup>, ni concede un derecho de optar por la forma de reparación. Lo mismo cabe predicar del ordenamiento jurídico en general, puesto que no regula la forma de cumplimiento de la obligación, ni establece tampoco cuál es la forma preferente de reparación del daño<sup>2701</sup>.

Ante lo anterior, en materia de responsabilidad contractual se sostiene la necesidad de que, en cuanto sea posible, el acreedor sea satisfecho con la prestación debida, esto es, *in natura*, por lo que la indemnización equivalente es un último recurso para cuando la primera no pueda obtenerse<sup>2702</sup>. En cambio, para las obligaciones derivadas de

---

<sup>2700</sup> Cfr. STS de 3 de febrero de 1995 (RJ 734) que señala: “*la literalidad de los artículos 1101 y 1591 del Código Civil no es lo suficientemente especificatoria de la prioridad de la reparación in natura o in genere*”.

<sup>2701</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 660, p. 209, quienes señalan que en el Código no se especifica claramente si el acreedor puede optar por la forma de cumplimiento, y los mismos autores, o.c. nota 28, p. 213, que la transformación de la obligación en el equivalente no se contempla en aquél, porque “*sólo impone al deudor que incumpla la obligación de responder de daños y perjuicios (art. 1.101)*”. También se refiere al silencio sobre la posibilidad de optar por la forma de cumplimiento CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1.070.

Sin embargo, el anteproyecto de Ley del Código Mercantil, su art. 417-2, párrafo primero, dispone que en caso de que el incumplimiento, en las diferentes formas que puede darse, no suponga un incumplimiento esencial, la parte incumplidora podrá subsanarlo en un plazo razonable.

En cuanto al silencio del CC sobre la forma de reparar el daño, LLAMAS POMBO, o.c. nota 934, pp. 9-10.

<sup>2702</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, II-1, ed. José María Bosch, Barcelona, 2002, p. 200; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 660, p. 209, quienes señalan esa inclinación de la doctrina hacia la subsidiariedad del cumplimiento por equivalente, y que otra cosa significaría introducir en todas las obligaciones un carácter facultativo; LLAMAS POMBO, o.c. nota 934, p. 9; FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2583, p. 246; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 441 (nota 1005), y PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 365.

En cambio en los PECL, su art. 9:102, previsto para las obligaciones no monetarias, contempla el cumplimiento en forma específica como un derecho del acreedor, que además se excluye en ciertos supuestos que veremos (véase nota 2722). Sobre las motivaciones de tal solución basadas en las diferencias entre el “*civil law*” y el “*common law*”, FENOY PICÓN, o.c. nota 1001, pp. 1.503-1.504. De modo análogo, el art. III.-3:302 (1) del DCFR. En el art. 1.192 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos también se contempla el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento. Véase nota 2722, sobre

responsabilidad extracontractual, sede normativa en la que tampoco se establece expresamente la forma en la que se ha de responder<sup>2703</sup>, no se discute si el perjudicado puede optar o no por la forma de reparación<sup>2704</sup>.

Pues bien, en nuestra materia se ha defendido la subsidiariedad del cumplimiento por equivalente, tanto por la generalidad de autores<sup>2705</sup> como tradicionalmente por el Tribunal Supremo<sup>2706</sup>.

---

los supuestos en que se excluye el cumplimiento en forma específica en tales instrumentos.

<sup>2703</sup> FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2583, p. 246; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, o.c. nota 2502, p. 391; SANTOS BRIZ, J., *La reparación del daño (I)*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 609, y LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 328. En cambio, LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 484, y ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 2702, p. 972, deducen la preferencia de la reparación *in natura* de la expresión “reparar el daño causado” del art. 1.902 CC.

<sup>2704</sup> Consideran que el responsable no podrá elegir la forma de reparación salvo que la reparación *in natura* sea imposible o conlleve gastos desproporcionados, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 337; PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 2537, p. 2.001; PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 366, y LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 661, p. 328, análogamente concede el derecho de optar al perjudicado. Los PETL también contemplan la posibilidad de optar del perjudicado en sus arts. 10:101 y 10:104, porque el primero contiene como regla general la indemnización y el segundo confiere la opción por la reparación *in natura*, salvo que sea imposible o excesivamente gravosa.

En cambio, otorgan preferencia a la reparación *in natura*, SANTOS BRIZ, o.c. nota 2703, p. 610; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, o.c. nota 2502, p. 391, quien señala que “*es la forma natural y primera de indemnización, entendido este concepto, como acción de dejar indemne a la víctima.*”; VICENTE DOMINGO, o.c. nota 882, p. 392; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 143-144; ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 2702, p. 972, y LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 484.

<sup>2705</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 509, quien expone que no hay duda de que en nuestro Derecho la regla del cumplimiento en forma específica es la general; GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 1109, quien sólo admite la reparación equivalente en caso de imposibilidad de la reparación *in natura*; ALBALADEJO GARCÍA, o.c. nota 2702, p. 743; FERNÁNDEZ COSTALES, o.c. nota 13, p. 342; PASTOR VITA, o.c. nota 198, pp. 369-370. ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 441, quien deduce de los arts. 1.091, 1.098 y 1.256, que no está clara la posibilidad de opción, sino más bien lo contrario, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 550, quienes sólo admiten la reparación por equivalente cuando se imposible o sea niega a cumplir el deudor. En este sentido debe recordarse el criterio mayoritario sobre el carácter contractual de la responsabilidad por ruina (véase epígrafe 1.1.1 de capítulo I)

Sin embargo, admitían la opción del perjudicado por la forma de reparación, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 266-267; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos de responsabilidad por vicios de la construcción*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la*

Esta jurisprudencia se basa en que el art. 1.098 CC sólo autoriza a la reparación por equivalente en caso de que se incumpla la sentencia que condena a reparar o se repare indebidamente, pero sin que sea suficiente el incumplimiento originario del contrato de obra<sup>2707</sup>. También se

---

LOE, dir. por A. Merino Gutiérrez, ed. CGPJ, Madrid, 2008, pp. 200-201, para el que la norma del art. 1.591 parece ser por su literalidad una norma resarcitoria o indemnizatoria. A favor de la petición de indemnización también están SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 203, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 263-264, quienes la motivan en evitar tensiones entre las partes.

<sup>2706</sup> Entre otras: SSTS de 31 de octubre de 1980 (RJ 3646), 22 de febrero de 1988 (RJ 1271), 3 de julio de 1989 (RJ 5281) en la que ante la pretensión del actor del pago de una suma en lugar de la reparación se señaló: *En las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica o acción de cumplimiento, siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento... Tan sólo en caso en que no pueda conseguir el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego "Nemo Factum cogi potest" y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la indemnizar...*. STS de 21 de noviembre de 1990 (RJ 9012) y de 12 de diciembre de 1990 (RJ 9999) en la que incluso se llegó a casar la sentencia que condenaba a la indemnización, como pone de manifiesto PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 368. También acogiendo la preferencia estudiada SSTS de 25 de enero de 1993 (RJ 356), 17 de marzo de 1995 (RJ 7787), 13 de mayo de 1996 (RJ 3876) entre otras muchas.

Este es su criterio tradicional, como señalan, entre otros, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 423; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 457; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 440-441. BLASCO GASCÓ, o.c. nota 2705, p. 204; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 203, y LLAMAS POMBO, o.c. nota 934, p. 20.

<sup>2707</sup> Dispone tal precepto: *"Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará a ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho"*. Cfr. STS de 17 de marzo de 1995 (RJ 7787) que señala que el *"artículo 1591 del Código Civil impone primordialmente al contratista y a los técnicos una obligación de hacer, un facere, consistente en reparar los daños derivados de la ruina, y sólo en el caso de que no lo hagan en el plazo que se les señale y lo realicen defectuosamente es cuando se mandará ejecutar a su costa, con la correspondiente indemnización del importe de lo ejecutado, conforme establecen los artículos 1098 del Código Civil y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"*. También pueden verse, las SSTS de 31 de octubre de 1980 (RJ 3646), 3 de julio de 1989 (RJ 5281), 21 de noviembre de 1990 (RJ 9012), 12 de diciembre de 1990 (RJ 9999) y 17 de marzo 1995 (RJ 7787).

CARRASCO PERERA, o.c. nota 2698, p. 3, destaca en referencia a esta línea jurisprudencial que *"De los arts. 1098 CC y 706 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ... se desprendería con claridad que la ejecución «a costa del deudor» y, más aún, la indemnización pura de los daños, es una solución jerárquicamente subordinada a que el deudor no cumpla con la obligación establecida en la sentencia de condena, o lo haga indebidamente (de nuevo), sin que baste haber incumplido antes del proceso la obligación material de entregar un inmueble idóneo"*. Igualmente se refieren a esta línea jurisprudencial que requería que la negativa del

fundamentaba esta doctrina jurisprudencial en que dicho precepto sólo permite pretender la indemnización al margen del procedimiento judicial en caso de que el deudor se haya negado a reparar a pesar de haber sido requerido para ello<sup>2708</sup>.

Del mismo modo los autores consideran que el art. 1.098 CC no autoriza sin más la petición de la reparación por equivalente<sup>2709</sup>, aunque también se ha señalado que esta norma sólo trata de resolver cómo se ejecutan las sentencias de condena de hacer pero sin imponer una opción al acreedor sobre el cumplimiento o el resarcimiento<sup>2710</sup>.

En relación con lo anterior debe tenerse en cuenta que una cosa es el cumplimiento forzoso de la obligación contractual, y otra distinta la reparación del daño causado en la que sí cabe la opción<sup>2711</sup>. Pues bien, cuando se solicita la reparación del daño material que sufre el edificio consideramos que en puridad no estamos, aunque el lenguaje podía llevarnos a equívoco, ante una pretensión de reparar, sino ante una pretensión de cumplimiento<sup>2712</sup>. A ello apunta la Propuesta de

---

condenado o la reparación defectuosa, SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 203, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 440-441. Análogamente SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.494, se refiere a que la pretensión precisa de su articulación judicial debido a la expresión se “mandará ejecutar a su costa”.

<sup>2708</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, pp. 1.094-1.095, refiriéndose a las SSTs de 30 de septiembre de 1983 (RJ 4690), 13 de julio de 2005 (RJ 5098) y 10 de octubre de 2005 (RJ 8577).

<sup>2709</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 441 (nota 1005) quien además señala que también se deriva de los arts. 1.091 y 1.256 del CC que no hay posibilidad de opción y que lo contrario supondría alterar el programa de la prestación. Análogamente SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.494, señala que con carácter general “*el acreedor de una obligación de hacer...no puede pretender procurarse extrajudicialmente la prestación del servicio o actividad en que la obligación consistiese, y repercutir sin más su coste al deudor*”. Señala que el parecer mayoritario observa en el art. 1.098 CC un cumplimiento y no una indemnización, FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 730, pp. 1.246.

<sup>2710</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, pp. 1.078-1.079.

<sup>2711</sup> LLAMAS POMBO, o.c. nota 934, p. 9. En este sentido también puede verse LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 660, pp. 161-162, distinguiendo la reparación del daño del cumplimiento en forma específica. Aplica todo lo anterior a la LOE, PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 371.

<sup>2712</sup> No obstante, hemos señalado (véase pp. 264-265) que la LOE tutela no sólo el incumplimiento, entendiendo como tal el vicio o defecto constructivo que se produjo



Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos y el anteproyecto de Ley del Código mercantil<sup>2713</sup>, y la opinión de que, con carácter general, en caso de cumplimiento defectuoso la tutela se consigue por medio de una acción de cumplimiento<sup>2714</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha utilizado indistintamente las expresiones de cumplimiento en forma específica y reparación en forma específica<sup>2715</sup>.

A nadie se le escapa que el cumplimiento en forma específica mediante la reparación de la ruina coloca al perjudicado en la situación anterior a la de su manifestación, de ahí que se le vea como la genuina forma de reparación. No obstante, ello parte de que el agente que causó la ruina, esto es, aquel que construyó mal, ahora repare bien. Aludimos a la desconfianza legítima que puede tener el adquirente en los agentes, sin contar con que hayan concurrido múltiples requerimientos de reparación

---

en ejecución de la obra y que en sí mismo es dañoso, sino además unas determinadas consecuencias de él, los daños materiales que cause.

<sup>2713</sup> Cfr. art. 1.193 del CC en la redacción dada por esta propuesta, el cual contempla como contenido del derecho del acreedor al cumplimiento, la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada; cfr. art. 511-17 del anteproyecto citado que dentro del remedio del cumplimiento del contrato contempla la pretensión de reparar los bienes.

<sup>2714</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 190, pp. 704 y 775.

<sup>2715</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 2698, p. 5, quien añade: *“hasta tal punto que algunas veces los arts. 1098, 1101 y 1124 CC se aportan como el pendant en sede de cumplimiento de lo que el art. 1591 CC lo sería en el terreno de la responsabilidad (así, por ejemplo, SSTS 30.9.1983, Ar. 4690; 2.10.2003, Ar. 6451), mientras que otras veces se mantiene que la responsabilidad por ruina «es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato» (así, SSTS 12.12.1990, Ar. 9999; 8.11.2002, Ar. 9833)”*. En la misma línea, LLAMAS POMBO, o.c. nota 934, p. 20, pone de manifiesto que el TS en ocasiones en nuestra materia confunde la ejecución forzosa de la obligación de hacer defectuosamente cumplida (art. 1.098) con una verdadera reparación de daños en forma específica. Cita el autor la STS de 20 de junio de 2007 (RJ 456) que efectivamente señala: *“No cabe cuestionar, en primer lugar, que el principio indemnizatorio está presente en el artículo 1591 del Código Civil -sentencias de 7 de mayo de 2002 y 27 de septiembre de 2005, entre otras-, o, en otros términos, que el resarcimiento económico del daño causado en concepto de responsabilidad civil es coherente con el efecto jurídico normativo del artículo 1591 del Código Civil. La dicción literal del referido precepto habla, en efecto, de «responder de los daños y perjuicios»”*.

desatendidos que justifiquen la petición de la indemnización<sup>2716</sup>, sobre lo que entraremos en el siguiente epígrafe.

Obviamente la preferencia por la reparación *in natura* que se observaba en esta jurisprudencia tradicional no quitaba que pudiera obtenerse la indemnización si el demandado no se oponía<sup>2717</sup>.

### **5.1.2 La excepciones a la jurisprudencia tradicional sobre la preferencia de la reparación *in natura***

A pesar de la regla general de la preferencia por la reparación *in natura*, la jurisprudencia tradicional admitía la reparación por equivalente en determinados casos. Además de en el supuesto lógico de que el condenado a reparar *in natura* no lo verificara en plazo<sup>2718</sup>, cuando se había requerido a los agentes la reparación sin resultado alguno y concurría la necesidad de realizar las obras, así como cuando la reparación *in natura* fuera imposible, difícil o especialmente gravosa.

En cuanto a estos últimos supuestos, se permite la reparación por equivalente en caso de imposibilidad o dificultad de reparar *in natura*<sup>2719</sup>, que puede ser material o jurídica<sup>2720</sup>.

---

<sup>2716</sup> Véase nota 2726, SSTS de 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011/144) y 15 de febrero de 2011 (RJ 446).

<sup>2717</sup> Cfr. SSTS de 10 de diciembre de 1990 (RJ 9902) y 27 de junio de 1994 (RJ 6505).

<sup>2718</sup> Véase epígrafe anterior.

<sup>2719</sup> Cfr. SSTS de 27 de octubre de 1987 (RJ 7476) que señaló claramente que “la pretensión dirigida a obtener la reparación o sustitución de los vicios y defectos en la construcción dentro del marco de la responsabilidad instituida en el art. 1591, no deviene incompatible con el resultado de una indemnización sustitutoria para aquellos de difícil o imposible recomposición...”. Esta sentencia resolvía un supuesto de defectuosa colocación de ladrillos en un patio que era de imposible reparación. Sigue la doctrina de la anterior la STS de 22 de febrero de 1988 (RJ 1271) aunque en ella no se entró en el fondo del asunto porque se trataba de una cuestión nueva planteada por el recurrente, y además también se le había condenado con fundamento en el art. 1.902 del CC.

Se refieren a este supuesto de la imposibilidad de reparar *in natura*, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 271-273; SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 203; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 457 y ss., y FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2583, p.

Igualmente puede ocurrir que la reparación *in natura* sea especialmente gravosa u onerosa para los agentes de la edificación en cuyo caso procede la reparación por equivalente<sup>2721</sup>. Ello se encuentra en consonancia con los PECL, DCFR, PETL, CEC, y la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos<sup>2722</sup>.

---

250. Véase nota 2722 sobre el reconocimiento de este supuesto en normas dictadas a nivel europeo.

<sup>2720</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 271, apunta como ejemplo de imposibilidad material la inexistencia de materiales o elementos necesarios para reconstruir el edificio, reconociendo la improbabilidad de tal supuesto en la práctica; y como ejemplo de imposibilidad legal el cambio de régimen urbanístico del suelo del edificio arruinado totalmente que deja de ser edificable y pasa a ser zona verde. En parecido sentido PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 383, aportando como ejemplo de inexistencia de materiales la imposibilidad de reponer azulejos artesanales por fallecimiento del artesano que los elaboró. Facilita como supuesto de imposibilidad legal la demolición del edificio por el Ayuntamiento por causa de ruina, de lo que disentimos porque la reconstrucción del edificio observamos que constituirá una reparación *in natura*. Además, debe tenerse en cuenta que en muchos casos de desprendimientos de pavimentos resulta imposible obtener la misma tonalidad de los que se emplearon en la obra dado que se dejan de fabricar pasado poco tiempo.

Con carácter general estas imposibilidades material y jurídica se apuntan como límite del cumplimiento *in natura* por DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 745, p. 776.

<sup>2721</sup> Cfr. SSTs 26 de mayo de 2003 (RJ 7154) y 2 de octubre de 2003 (RJ 6451) en las que se optó por la reparación por equivalente porque la reparación en especie exigiría la demolición del edificio. En el primera sentencia se argumentó: *“Ha de tenerse en cuenta todo lo ya razonado respecto a la imposibilidad de proceder a posteriori al macizado de los muros de carga...y a la desproporción de llevar a cabo la demolición que exigiría la asignación a las dependencias de la vivienda de las alturas interiores previstas en el proyecto”*. La segunda sentencia se trataba de un supuesto de dimensiones inadmisibles de plazas de garaje y rampa que conllevaba una gran dificultad de utilización.

Sobre la procedencia de tal forma de reparación en estos supuestos de especial onerosidad, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 272 y 273, quien señala que *“se justificaría tanto en los principios de equidad (art. 3.2º), y de no tutela del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7º.2), como en la doctrina general de la «prestación exorbitante»”*; le sigue al anterior PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 384, y BECH SERRAT, J. M., en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 311.; en análogo sentido puede verse FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2583, p. 250.

Con carácter general sobre el fundamento de estas limitaciones en la exigencia de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho, CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1.073.

<sup>2722</sup> El art. 9:102 de los PECL señala que la pretensión de cumplimiento queda impedida cuando el acreedor pueda razonablemente obtener satisfacción de su interés por otra fuente, y se refiere a la ilicitud del cumplimiento y a su

También se admitía la reparación por equivalente en los casos en que el perjudicado había requerido sin resultado alguno a los agentes de la edificación para proceder a la reparación, y ésta no se podía demorar<sup>2723</sup>.

Algún autor ha señalado que no es incongruente negarse a reparar extrajudicialmente y luego pretender reparar por sus medios del modo más barato<sup>2724</sup>, con lo que no coincidimos porque la sentencia lo condenó a reparar y no se puede dudar como regla de su corrección, por lo que nunca tuvo el agente motivo para negarse a reparar.

### 5.1.3 El cambio de la jurisprudencia: la posibilidad de opción del perjudicado. Su aplicación a la LOE

A partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2004 se admite nítidamente la posibilidad del actor de pedir directamente, y no de forma subsidiaria a la reparación *in natura*, la indemnización para

---

imposibilidad material. El art. III-3:302 (3) del DCFR señala que el cumplimiento específico no puede ser exigido cuando sea irrazonablemente gravoso u oneroso. Los PETL contemplan la posibilidad de optar del perjudicado en sus arts. 10:101 y 10:104, y este último que no se podrá optar por la reparación *in natura* cuando sea imposible o excesivamente gravosa, como también el art. 166.2 del CEC. La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos establece, en interpretación coordinada de los arts. 1.192 y 1.193, que la pretensión de reparar o rectificar los defectos de la prestación ejecutada no concurrirá en los casos de imposibilidad jurídica o física, en caso de excesiva onerosidad o será contraria a la buena fe.

<sup>2723</sup> Cfr. STS de 27 de diciembre de 1983 (RJ 7006). La comunidad actora había reparado ante los requerimientos desatendidos en los que advirtió que en caso de que no lo hicieran los agentes lo haría ella, y ante la proximidad del invierno. Igualmente la STS de 21 de octubre de 1987 (RJ 7308) ciertamente es clara al exigir tal requisito del carácter urgente de las obras: “*no resultando ajustado a derecho, salvo coyunturas de emergencia, que el propio comitente determine, por su exclusiva y libre voluntad, llevar a efecto la realización de las obras, sin someterse a mecanismo alguno de control*”. Sobre la necesidad de requerimiento puede verse además la STS de 21 de octubre de 1987 (RJ 7308) que desestima el recurso interpuesto por el propietario que había ejecutado la reparación sin previo requerimiento.

Observan la exigencia de tales requisitos, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 455-456, y PASTOR VITA, o.c. nota 198, pp. 380-381. Sin embargo, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 271, al comentar la primera sentencia se refería sólo al requerimiento desatendido.

<sup>2724</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1097.

reparar por su cuenta el inmueble<sup>2725</sup>. Al efecto señaló que el art. 1.591 CC autoriza como “*actividades reparadoras de los vicios ruinógenos*” además de la reparación *in natura*, la reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas y de las cantidades necesarias para realizar los trabajos de reparación.

Dicha jurisprudencia puede considerarse hoy consolidada a la vista del número de pronunciamientos<sup>2726</sup>.

---

<sup>2725</sup> RJ 898. Comentada por FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 730, pp. 1.239-1.256. Dicho pronunciamiento es criticado por el autor porque se apoya en SSTs de 10 de marzo (RJ 5966) y 18 de diciembre de 2001 (RJ 9494). Efectivamente, realmente la primera condena al pago de cantidad en primera instancia (pronunciamiento mantenido en la Audiencia y en el TS) porque se encontraba en proceso de liquidación la entidad promotora-constructora demandada junto a los técnicos. Y la segunda mantuvo la condena subsidiaria al cumplimiento por equivalente para el caso de que no realizaran las obras de reparación en plazo. Por lo anterior, FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 730, p. 1.245, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 543, observan en esta sentencia de 2004 el inicio de la doctrina.

Sin embargo, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 262, se refieren además a la STS de 7 de mayo de 2002 (RJ 3678), que ciertamente acogió la petición de indemnización, desestimando el recurso de casación del condenado a satisfacerla, pero en ella se observa el peso que adquirió la negativa extrajudicial del demandado a reparar: “*El hecho de que el actor haya invocado el artículo 1591 del Código Civil no puede entenderse que conceda a la recurrente el privilegio de llevar a cabo por sus propios medios unos importantes trabajos de reparación los cuales aparentemente sobrepasan la mitad del precio de venta de la vivienda dado que dicha entidad se había abstenido de realizarlos eficazmente en los tres años transcurridos hasta la interposición de la demanda pese a los compromisos manifestados y a los repasos efectuados..., así como a las reclamaciones administrativas formuladas.*”

<sup>2726</sup> Cfr., entre otras, SSTs de 20 de diciembre de 2004 (RJ 8131) referida a una acción de repetición ejercitada por una compañía de seguros que tuvo que hacer frente a un siniestro y que no había requerido con anterioridad a los agentes la reparación señala: “*...sin que, según la más reciente doctrina jurisprudencial..., la norma del párrafo primero del art. 1.591 CC exija necesariamente la petición del cumplimiento «in natura» -obligación de hacer-, pues, con independencia de si el precepto establece una responsabilidad de naturaleza contractual..., o «ex lege» ..., lo cierto es que se refiere a «responder de los daños y perjuicios», tenor literal resarcitorio que no cabe supeditar, cual se pretende en el motivo, a la existencia de una negativa del agente de la construcción responsable del vicio constructivo de llevar a cabo la reparación «in natura», pues ello supondría atribuir a la acción un carácter subsidiario, y no principal, que el texto legal no impone, ni consiente...”; 27 de noviembre de 2007 (RJ 8425) (aunque se basa en la existencia de previo requerimiento y el carácter urgente de la reparación para estimar el recurso de casación del propietario) señala: “*la norma legal no exige que se solicite un cumplimiento en forma específica*”; 29 de mayo de 2008 (RJ 3182) (aunque también se fundamenta en el carácter urgente de la reparación para desestimar la alegación del recurrente) señala con claridad meridiana que “*...la STS de 20 de diciembre 2004**

Con posterioridad a 2004 algunos pronunciamientos exigen previo requerimiento de reparación no atendido por los demandados<sup>2727</sup>, pero ello no quita el carácter consolidado de la nueva línea jurisprudencial porque han recaído con posterioridad fallos representativos de ella y el propio Tribunal Supremo reconoce tal consolidación<sup>2728</sup>.

---

*ha sentado la posibilidad de solicitar, sin subsidiariedad de ninguna clase, de acuerdo con el artículo 1591, de manera directa, la indemnización correspondiente...”; 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011/144) (aunque había mediado previo requerimiento, a pesar de lo que el recurrente condenado sostenía que en base al art. 1.591 CC no se puede solicitar la condena al pago de cantidad porque dicha norma contiene una acción de cumplimiento) señala: “La clara dicción tanto del artículo 1591 («responder de los daños y perjuicios»), como del artículo 17 de la LOE, limitado a señalar que los responsables del daño «responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes», no invitan a plantear problemas de interpretación sobre lo que debe ser el resultado de la obligación incumplida, y ni uno ni otro justifican la incertidumbre que tanto ha preocupado a la doctrina y la jurisprudencia en relación a si estamos ante una obligación de hacer o simplemente indemnizatoria, cuyo importe se adecue al coste de las reparaciones que hayan de efectuarse para remediar los males constructivos, puesto que caben las dos soluciones, como incluso de una forma expresa dispone el artículo 19.6 de la LOE...”; STS de 15 de febrero de 2011 (RJ 446) extrajo el párrafo precedente, pero desestimó el recurso de casación de la actora que había solicitado la condena al pago de las cantidades invertidas en las reparaciones realizadas y las necesarias para ejecutar otras que no había ejecutado aún. Se mantuvo la sentencia de la audiencia que había condenado a reparar *in natura* algunos defectos porque no habían sido reparados por los adquirentes, apreciando el TS que lo que prevé el art. 1.591 CC es una reparación *in natura*.*

<sup>2727</sup> Cfr. SSTS de 13 de julio de 2005 (RJ 5098), y de 10 de octubre de 2005 (RJ 8577). Ésta incluso llegó a decir: “En nuestro sistema el cumplimiento de la obligación por equivalente es subsidiaria de la satisfacción del acreedor en forma específica”. Aunque aclara la sentencia que ello no impide “que, en determinadas circunstancias, el acreedor, sin esperar a dicha condena (y su ineficacia), pueda realizar por sí o por otro la reparación de lo mal ejecutado por el deudor y reclamar al mismo el coste de tal prestación”.

Tal vez estos pronunciamientos sean los que llevan a algunos autores a sostener que el criterio del TS sigue siendo el de la preferencia por la reparación específica. A pesar de la fecha relativamente reciente de sus obras, lo sostienen ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.173, para quien el TS sólo admite la reparación por equivalente en casos de reiterados requerimientos desatendidos, urgencia en la realización de las obras y supuestos claros de pérdida de confianza en la profesionalidad del agente, y CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, pp. 1.093-1.094, señala, sin olvidarse de la otra línea jurisprudencial que permite la opción, que “la jurisprudencia mayoritaria parece optar por una primacía de la reparación en forma específica...”. No obstante, después de la fecha de estas obras, hay que decir que han recaído muchos más pronunciamientos que inciden en el carácter consolidado de la nueva línea.

<sup>2728</sup> Véase nota 2726. Además, la STS de 10 de octubre de 2012 (RJ 2013/1537) estimando el recurso de casación de los actores frente a la sentencia de la audiencia que había rechazado la condena al coste de reparación de determinados vicios

Para acogerse la reparación por equivalente el Tribunal Supremo ha acudido a la equiparación entre los arts. 1.098 y el 1.591, utilizando como puente de unión el art. 1.101, todos ellos del CC<sup>2729</sup>. Se reprocha la utilización del art. 1.098 CC debido a que la expresión “se mandará a hacer a su costa” parte de la previa existencia de una sentencia no cumplida<sup>2730</sup>.

Pero lo verdaderamente importante es que, a pesar de que en alguna ocasión se ha destacado por el Tribunal Supremo el silencio del art. 1.591

---

constructivos que sólo se habían presupuestado documentalmente en la demanda, señala, después de invocar como fundamento el art. 1.101 CC, que: *“Pero además, esta idéntica solución se alcanza con la doctrina de esta Sala acerca del carácter no subsidiario del cumplimiento por equivalente en materia de daños indemnizables derivados de vicios de la construcción ...debe señalarse que en la actualidad la interpretación del artículo 1591 del Código Civil no comporta la preferencia de la condena a la reparación «in natura» , pues el tenor resarcitorio que informa al precepto no puede reconducirse a su mera caracterización subsidiaria y no principal, de forma que la satisfacción del derecho a la reparación que ostenta el dueño de la obra puede realizarse, a su elección, mediante las siguientes vías de reclamación: obras de subsanación -y reparación «in natura», reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas y, como ocurre en el presente caso, mediante la reclamación de una cantidad, determinada documentalmente en la demanda, para afrontar y atender el propietario de la vivienda el coste de los trabajos de reparación del daño ocasionado”*..

<sup>2729</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 262, citando la STS de 7 de mayo de 2002 (RJ 3678) que señaló en lo que aquí interesa: *“Ha de recordarse que el artículo 1.098 del Código Civil...establece que si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Algo semejante cabe entender cuando la cosa se hiciere incorrecta o defectuosamente por negligencia del deudor, pues en tal caso el artículo 1101 sujeta al obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados y esta idea o principio indemnizatorio está también presente en el artículo 1591, al que pretende acogerse la recurrente”*.

<sup>2730</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 2698, pp. 6 y 11, quien concluye que el precepto *“Se limita a establecer cómo se ejecuta determinado tipo de sentencias”*. Análogamente, SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.494.

Además, se considera que tal significado lo aclaran los arts. 705 y 706 de la LEC, por CARRASCO PERERA, o.c. nota 2698, p. 12, y o.c. nota 766, p. 1.071, quien destaca que la LEC contempla la ejecución dineraria de condenas de hacer de forma subsidiaria. Sin embargo, como bien señala FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2583, pp. 247-248, el problema será previo, concretamente el relativo a conseguir un título judicial que habilite a conseguir directamente la indemnización, sin que autorice el art. 706 a ello porque está previsto para la falta de cumplimiento de sentencias de hacer contemplada en el art. 705; o como señala ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.173, *“La LECiv parte ya de una sentencia de condena en un sentido u otro, que es precisamente el dilema que aquí tenemos”*.

CC en cuanto a la forma reparación, ahora se argumenta que autoriza a la reparación por equivalente por verse en él un tenor resarcitorio<sup>2731</sup>, con lo que supera la preferencia del cumplimiento en forma específica que rige en materia contractual.

Agregadamente se ha acudido a evitar las tensiones que surgen entre las partes con motivo de la reparación *in natura*<sup>2732</sup>.

Pues bien, LOE no se dice cómo deben reparar los agentes el daño material que cubre<sup>2733</sup>. Tan solo se refiere en su art. 19.6 a que la compañía aseguradora podrá optar entre el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o su reparación<sup>2734</sup>.

Sin embargo, coincidimos con la generalidad de autores que se muestra partidaria a que el adquirente elija la forma de reparación del daño que sufre el edificio cuando se dirija frente a los agentes de la

---

<sup>2731</sup> Cfr. SSTs de 29 de mayo de 2008 (RJ 3182) que dice en referencia al precepto: “cuyo tenor literal resarcitorio no cabe supeditar a la existencia de una negativa del agente de la construcción responsable del vicio constructivo de llevar cabo la reparación....”; 20 de diciembre de 2004 (RJ 8131) (véase nota 2726). Sobre ello hay que apuntar que tal vez explique dicha literalidad el hecho de que el art. 1.591 está pensando en la ruina física, entendida como destrucción del edificio. Aunque también es cierto que para este caso no se puede descartar sin más la reparación *in natura* mediante la reconstrucción, la cual no contempla el precepto expresamente.

<sup>2732</sup> Cfr. STS de 15 de febrero de 2011 (RJ 446) señala, tras reconocer la posibilidad de las dos formas de reparación: “aunque posiblemente la solución indemnizatoria sea más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo a resultas de una condena de hacer a costa de quien causó el daño”. De esta sentencia fue ponente SEIJAS QUINTANA que también alude a estos motivos en su faceta doctrinal (véase nota 2705).

<sup>2733</sup> Por todos, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 423, y FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2583, p. 251.

Sin embargo, sí lo señalaba el art. 1.594 del CC en la redacción del Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 “por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”. Establecía: “De existir vicios o defectos de los que deba responder el contratista, el comitente podrá optar entre rebajar una cantidad proporcional del precio o exigir que aquéllos sean corregidos por el contratista; en este caso y si no los corrige en plazo prudencial, después de haber sido requerido, o si la reparación no permite demora, podrá hacerlo el comitente con cargo al contratista”.

<sup>2734</sup> Dispone: “El asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos”.



edificación. Se han utilizado diferentes argumentaciones unas más acertadas que otras en nuestra opinión.

Unos se basan en que la regla tanto en responsabilidad contractual como extracontractual es que la opción corresponde al perjudicado, salvo en caso de que se reclame a la aseguradora porque el art. 19.6 permite a ella optar<sup>2735</sup>. Otros en análogo sentido parten de que tal precepto contempla tanto la reparación como la indemnización, y señalan que el adquirente puede optar salvo en el caso de dirigirse a la compañía<sup>2736</sup>. Sin embargo, algún autor parece otorgar efectos más generales al art. 19.6 al defender, erróneamente en nuestra opinión, que conlleva la imposibilidad de opción en caso de que se reclamen daños cubiertos por los seguros de la LOE, y con la salvedad de lo anterior permite optar al perjudicado como defensor de la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad<sup>2737</sup>.

También se ha fundamentado la opción en la desconfianza que pueda tener el adquirente en los agentes de la edificación a la hora de encargarles la reparación de lo construido defectuosamente por ellos<sup>2738</sup>.

---

<sup>2735</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 423 y 424. En el mismo sentido la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 456.

Se basa la autora en cuanto a la responsabilidad contractual en que el art. 1.486 CC autoriza tal opción, cuando lo cierto es que al regular la responsabilidad por vicios ocultos de la cosa vendida no se refiere a la opción entre el cumplimiento *in natura* y la indemnización, sino a la de desistir del contrato o pedir una rebaja del precio; y en cuanto a la responsabilidad extrancontractual, ya hemos visto que la doctrina se encuentra dividida.

<sup>2736</sup> SEIJAS QUINTANA, o.c. nota 42, pp. 40-41, quien añade que con ello se pone fin a la discusión sobre la forma de reparación; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 550-551, para quien tal precepto “*recoge la doctrina jurisprudencial que venía permitiendo la opción...*”.

<sup>2737</sup> PASTOR VITA, o.c. nota 198, pp. 366 y 367 y 370-372. Lógicamente el autor excluye de su opinión los seguros cuya obligatoriedad no ha entrado en vigor todavía. Esto es, el autor, al menos expresamente, no se limita a que la reclamación se dirija contra la compañía de seguros, sino que niega la posibilidad de opción por el mero hecho de que el daño esté cubierto por el seguro, con lo que no coincidimos porque la cobertura no impone que el adquirente deba reclamar a la compañía de seguros. Destaca que en la LOE normalmente no existirán vínculos contractuales por lo que el deber de reparar tiene naturaleza resarcitoria y no de cumplimiento.

<sup>2738</sup> BLASCO GASCÓ, o.c. nota 2705, p. 225, se refiere a lo doloroso que puede resultar “*soportar que haga la reparación de lo mal hecho precisamente aquella persona que lo ha hecho mal*”. También puede verse PASTOR VITA, o.c. nota 198, p.

A los mismos efectos se argumenta que el art. 19.6 de la LOE otorga la opción a la aseguradora pero no a los agentes, salvo en caso de que no dispongan de medios para reparar, así como que el tenor indemnizatorio del art. 18.2 de la LOE<sup>2739</sup>.

No obstante, algunos son contrarios a la opción del adquirente, ya sea por razón del acogimiento de la naturaleza contractual de la responsabilidad que les hace sostener que al estar ante una prestación de hacer debe mantenerse la jurisprudencia tradicional<sup>2740</sup> o porque se extiende a los agentes el beneficio que dispensa el art. 19.6 a las aseguradoras.

Dentro de estos últimos se considera que, dada la solidaridad existente entre aseguradora y los agentes, en caso de que se imponga la reparación en forma específica a los últimos si su coste es superior a la indemnización quedará descubierto el agente asegurado<sup>2741</sup>. Discrepamos de ello porque al margen de que el art. 19.6 limita la opción por la forma de reparar a las compañías aseguradoras, y normalmente los agentes han tenido la posibilidad de reparar extrajudicialmente<sup>2742</sup>.

Algo más sostenible es la posibilidad de optar por el demandado en los casos de condenas solidarias de varios agentes en los que puede ser dificultosa la reparación *in natura*<sup>2743</sup>.

---

372. El art. 637 del BGB contempla tal posibilidad en caso de que se haya reparado previamente de forma defectuosa.

<sup>2739</sup> SALINERO ROMÁN, o.c. nota 391, p. 204.

<sup>2740</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.173 (véase nota 2727). Aunque también hay autores con igual tesis que la consideran legal como O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 503, quién sólo admite la reparación por equivalente por razones de urgencia.

<sup>2741</sup> CASTRO BOBILLO, J. C., *El cumplimiento forzoso de la obligación de reparar las deficiencias de un inmueble*, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, dir. por C. Hernández Pezzi, ed. CGPJ, Madrid, 2007, pp. 205-206.

<sup>2742</sup> Señala estos argumentos, además del art. 1.140 CC que permite que los deudores solidarios no estén ligados del propio modo, y por unos mismos plazos y condiciones, BLASCO GASCÓ, o.c. nota 2705, p. 270.

<sup>2743</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 146-147, quien por ello sostiene que en tales casos es aconsejable que se mande hacer a su costa o que abonen el coste de

Nosotros consideramos que debe tenerse en cuenta que la LOE no se ha olvidado de la forma de la reparación puesto que la ha regulado en su art. 19.6 al concederle el derecho de opción a la compañía, pero sin otorgárselo a los agentes por lo que la omisión no puede considerarse un olvido ni por ello extenderse analógicamente tal opción a los agentes<sup>2744</sup>. Además, aunque reconocemos las evidentes ventajas de costes que tiene para los agentes la ejecución de la reparación, en algunos casos la indemnización puede ser más beneficiosa puesto que al no reparar *in natura* no tendrán que responder de la corrección de la reparación.

Pero lo más importante es que el Tribunal Supremo ha reconocido que la línea jurisprudencial que hemos estudiado en este epígrafe es aplicable a la LOE<sup>2745</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la opción del adquirente por la reparación por parte de los propios agentes puede resultar problemática si no se ha condenado al constructor que es el agente clave en la ejecución de la reparación<sup>2746</sup>. No obstante también puede plantearse este problema aunque estuviera presente el constructor dado que a nadie se puede obligar a reparar, y tanto este supuesto como el anterior se resolverán en

---

reparación directamente. No obstante la autora duda de alguna forma del reconocimiento general de la posibilidad de optar al señalar después de enunciar su opinión: *"Ello es así al menos en caso de resulte condenada la compañía aseguradora, tal y como establece el art. 19.6"*. En el mismo sentido, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, pp. 311-312.

<sup>2744</sup> Tal vez a ello quieran apuntar las SSTS de 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011/144) y de 15 de febrero de 2011 (RJ 446) (véase nota 2726) que para fundamentar la posibilidad de opción del adquirente citan el art. 19.6 de la LOE.

<sup>2745</sup> Cfr. SSTS de 29 de mayo de 2008 (RJ 3182) cuando señala *"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"*, y 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011/144) (véase nota 2726).

Secunda esta jurisprudencia, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 546, nota 1173.

<sup>2746</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 4, quien se refiere a la problemática del caso de las condenas solidarias de varios agentes diferentes al constructor. BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 310, está a favor de la reparación por equivalente cuando estemos ante el caso de promotor o técnicos.

última instancia mediante el encargo del hacer a un tercero a costa del ejecutado o vía la indemnización del coste de la reparación como medios para vencer la resistencia del condenado<sup>2747</sup>.

Además, en caso de que se solicite la reparación en forma específica deberá darse al agente la posibilidad de reparar por sus propios medios porque siempre le resultará más económico para lo que bastará con requerirle extrajudicialmente<sup>2748</sup>.

Por la misma razón, se señala como regla general que el adquirente no podrá reparar por sí y luego reclamar el coste de la reparación tal y como ha considerado el Tribunal Supremo<sup>2749</sup>.

En este punto, debemos recordar que la reclamación del coste de reparación ya era admitida por el Tribunal Supremo en casos en que por razones de urgencia los adquirentes hubieran tenido que reparar debido a los requerimientos desatendidos<sup>2750</sup>. Ahora bien, dado que los requisitos anteriores partían de que la regla general era la preferencia del cumplimiento *in natura*, y ahora, como hemos visto, se permite optar,

---

<sup>2747</sup> Cfr. art. 706 de la LEC. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta resistencia puede ser justificada en el supuesto estudiado de inexistencia de constructor, ello a los efectos de no imponer al agente costas derivadas de la ejecución forzosa de la sentencia.

<sup>2748</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 424; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 456-547. Es en este punto donde las autoras le dan juego al art. 1.098, puesto que sólo después de tal requerimiento podrá reclamarse judicialmente la reparación a su costa.

Como señala CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, pp. 1.095-1.096, es lógico que se presuma que el agente pueda ejecutar la reparación por menos coste, y el mismo no debe cubrir los mayores costes de la reparación realizada por un tercero cuando de haber sido requerido hubiera reparado más económicamente. Además, como observa el autor con ello se evita que el acreedor con el pretexto de realizar reparaciones necesarias destruya pruebas sobre el origen de los defectos, en cuyo sentido la STS de 21 de octubre de 1987 (RJ 7308) señaló: *“no resultando ajustado a derecho, salvo coyunturas de emergencia, que el propio comitente determine, por su exclusiva y libre voluntad, llevar a efecto la realización de las obras, sin someterse a mecanismo alguno de control...”*.

<sup>2749</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 424; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 457. Análogamente, SÁNCHEZ ARISTI (véase nota 2709). Los tres primeros autores citan en tal sentido las SSTs de 3 de julio de 1989 (RJ 5281) y de 8 de febrero de 1994 (RJ 836).

<sup>2750</sup> Véase p. 802.

consideramos posible la previa reparación sin necesidad de la urgencia y requerimiento referidos. Además, observamos los mismos inconvenientes para los agentes en caso de que se pretenda directamente la indemnización sin haber previamente reparado<sup>2751</sup>.

En el supuesto de que se pretenda recuperar el coste de la reparación realizada por los propietarios, dado que no podrá practicarse pericial sobre unos daños que ya no existen, deberán preconstituir la prueba correspondiente de su realidad y cuantía para que los agentes no las puedan discutir<sup>2752</sup>. En relación con ello, y sin perjuicio de que admitamos la reclamación del coste de la reparación realizada, somos conscientes de que reparar sin previo requerimiento hará que se miren las cosas con más suspicacia por parte de los juzgados y se aprecie más rígidamente la prueba de la realidad de los daños en contra del adquirente, por lo que no aconsejamos forzar las cosas<sup>2753</sup>.

Por otro lado, deberá mantenerse la jurisprudencia vista sobre los límites de la reparación *in natura* consistentes en su carácter imposible o especialmente gravoso<sup>2754</sup>.

---

<sup>2751</sup> En ambos supuestos el agente podrá discutir el coste de la reparación (ya efectivamente realizada, ya presupuestada) sin que advirtamos diferencias en cuanto al mayor coste que pueden suponer ambos supuestos para el agente condenado porque siempre se incluirán como partidas los gastos generales y beneficio industrial que en caso de reparación *in natura* por él se hubieran interiorizado. Ciertamente en caso de que se hubiera requerido al agente extrajudicialmente éste podría haber reparado por menor coste, pero ello parte del carácter necesario del requerimiento para proceder a la reparación el adquirente, y según nuestro planteamiento ello se deriva a su vez del carácter prevalente del cumplimiento *in natura* que el TS ya no observa en nuestra materia.

<sup>2752</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 271; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.321; CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, pp. 1.098-1.099; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 456, y PASTOR VITA, o.c. nota 198, pp. 381-383. Advertía también este problema probatorio, FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 15, pp. 140-141.

<sup>2753</sup> Así, la STS de 20 de noviembre de 1959 (RJ 4452) señaló que la falta de requerimiento previo dificulta el juicio pericial de los daños.

<sup>2754</sup> Véase sobre ella p. 801. Así también lo sostiene PASTOR VITA, o.c. nota 198, pp. 374 y 384, quien se refiere concretamente a que el vicio fuera incorregible o el gasto a realizar desproporcionado en relación al valor de la obra. Apunta el autor como ejemplo el caso de la reparación de un edificio afectado por defectos estructurales

## 5.2 La cuantificación de la reparación

En primer lugar, la reparación del daño material causado al edificio comprenderá el coste de la misma en sí, así como otros costes necesarios para realizarla, como son eventuales costes de demolición, de proyecto, tasas por licencias, etc.<sup>2755</sup>.

No consideramos que sean resarcibles los costes financieros en que haya tenido que incurrir el adquirente si reparó por su cuenta el daño material porque ello choca seriamente con la limitación del art. 17.1 de la LOE a los daños materiales causados al propio edificio<sup>2756</sup>.

En caso de que el adquirente opte por la reparación por equivalente deberá cuantificar desde el inicio el coste de ella o fijar las bases por la que pueda ser calculado mediante una simple operación aritmética, ello de acuerdo con el art. 219 de la LEC<sup>2757</sup>.

---

cuyo coste sea superior a la reconstrucción de un nuevo edificio análogo. No obstante, observamos que la reconstrucción también es reparación *in natura*.

<sup>2755</sup> Cfr. SSTs de 18 de junio de 1998 (RJ 5064). Dentro de este largo etc., pueden incluirse las tasas por el servicio de tratamiento de residuos de la obra. Además, de acuerdo con STS de 26 de junio de 2014 (RJ 4389) en caso de que la reparación se encargue a tercero, al coste de ejecución se añadirá el importe correspondiente por IVA (en el caso de Canarias por IGIC, apuntamos nosotros) porque de lo contrario no se obtendrá el resarcimiento íntegro que exigen el art. 1.101 y concordantes del CC. También incluye el IVA, además del beneficio industrial, la STS de 21 de octubre de 2014 (RJ 5623), porque en análogo sentido señala que el perjudicado tendría que invertir esas cantidades en caso de que decida reparar, con independencia de que finalmente lo haga.

<sup>2756</sup> En sentido contrario, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 424, quien cita en apoyo la STS de 26 de noviembre de 1984 (RJ 5659) [recaída en aplicación del art. 1.591 CC] en la que la demandada se oponía a la reclamación del coste financiero que supuso para la demandante la ejecución de las obras de reparación porque se consideraban “*independientes... de la acción de los demandados, asumidos, en su caso, por decisión unilateral del demandante y sin relación alguna objetiva con la ruina*”. Tal argumentación no sería acogida por el TS porque la causa de la reparación fueron los requerimientos desatendidos por los demandados. En idéntico sentido la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 457, y PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 367.

<sup>2757</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 424, y la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 457.

Señalar que se ha propuesto el establecimiento de baremos que objetiven los costes de reparación<sup>2758</sup>, lo que vemos verdaderamente complejo, tanto en su elaboración que deberá tener en cuenta las peculiares características de cada edificio, como en su aplicación a cada reparación en concreto. A ello se une el constante cambio de las técnicas constructivas y costes de materiales.

Por otro lado, en caso de pretenderse la reparación por equivalente existe el riesgo de que la cantidad obtenida no resulte suficiente para cubrir el coste de la reparación por razones inflacionistas y por el aumento de costes<sup>2759</sup>.

Para solucionar este problema se ha sostenido que estamos ante una deuda de valor, cuyo objeto lo constituye el coste de la reparación del edificio que puede no coincidir con el expresado en los informes periciales iniciales, lo que el juez deberá tener en cuenta<sup>2760</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado que cuando se reclama el pago de una cantidad de dinero no estamos ante una deuda de valor sino ante una deuda dineraria por lo que no cabe reajustar la cantidad dineraria a la valoración del daño en el momento en que se produce el pago<sup>2761</sup>. Además, el referido art. 219 de la LEC proscribía las sentencias con

---

<sup>2758</sup> VV.AA., *Conclusiones*, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, dir. por C. Hernández Pezzi, ed. CGPJ, Madrid, 2007, p. 254.

<sup>2759</sup> Advierten los riesgos referidos, GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 274; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.321; PASTOR VITA, o.c. nota 198, pp. 385-386, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 469, quien acertadamente señala que ello no ocurrirá si el adquirente ha reparado previamente y reclama el importe de lo invertido.

<sup>2760</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, p. 274.

<sup>2761</sup> Cfr. STS de 15 de abril de 1991 (RJ 2691). En dicha sentencia los actores pretendían que las cantidades cuyo pago reclamaban fueran actualizadas conforme al IPC, lo que fue rechazado por el TS que confirmó la sentencia de apelación. También puede verse la STS de 10 de mayo de 1986 (RJ 2678) sobre un supuesto de daños por obra colindante.

En la misma línea, PASTOR VITA, o.c. nota 198, pp. 386-387, quien señala que el juez en caso de pedirse una cantidad concreta no podrá condenar a más por razones de congruencia procesal.

reserva de liquidación en caso de que se reclame una cantidad de dinero, y exige como hemos visto cuantificar o fijar las correspondientes bases<sup>2762</sup>.

En cambio, a lo que sí accede el Tribunal Supremo es al pago de los intereses moratorios devengados desde la fecha de la demanda de acuerdo con el art. 1.108 CC<sup>2763</sup>.

Por otro lado, cabe que el tiempo transcurrido desde la terminación del edificio y la reparación conlleve la sustitución de elementos bastantes usados por unos nuevos. En tal caso esta diferencia de valor no será compensada a los agentes de la edificación sin que se produzca un enriquecimiento injustificado del adquirente porque normalmente el valor venal del edificio antes de sufrir el daño será mayor que el coste de la reparación debido al valor de repercusión del suelo, y porque los inmuebles poseen plazos de amortización largos<sup>2764</sup>. Además, el Tribunal Supremo ha descartado esta deducción en un caso de destrucción total del edificio por obras en otro colindante<sup>2765</sup>. Juega a favor de lo sostenido que en estos supuestos no hay una causa originaria del derrumbe como ocurre en nuestro caso en el que está latente desde la construcción; y además se pueden producir después de bastantes años desde la construcción mientras en nuestra materia rigen plazos de garantía. También debería planear la idea de que el adquirente tiene derecho a una prestación perfecta desde el momento de la adquisición del inmueble,

---

<sup>2762</sup> Cuestión aparte será la de la aparición de nuevos daños que puede articularse por vía de la alegación de hechos nuevos en el mismo proceso (cfr. art. 426 LEC).

<sup>2763</sup> Cfr. STS de 15 de abril de 1991 (RJ 2691). Con ello se soluciona el retraso entre la fecha del inicio del procedimiento y la del pago, como señala PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 387.

<sup>2764</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 451-452, siguiendo a CARRASCO PERERA, o.c. nota 766, p. 1.086, quien apunta estos motivos como razones por las que en general los tribunales rechazan su aplicación en el caso de inmuebles, a diferencia del caso de daños a los vehículos.

<sup>2765</sup> Cfr. STS de 21 de mayo de 2004 (RJ 3533) (Comentada por BECH SERRAT, o.c. nota 2721, pp. 309 y ss.) en que se pretendía por el recurrente que se redujera en atención a la antigüedad del edificio una cantidad o porcentaje del valor del edificio nuevo. Esta sentencia para descartar la deducción de viejo a nuevo invoca el carácter de deuda de valor de la indemnización, que conlleva que se valore al momento del pago. Es decir, como señala el autor no rechaza la deducción para realizar una compensación íntegra de los daños, sino por la referida razón.



aunque igualmente cabe que haya pasado un cierto tiempo sin que se exteriorice el defecto constructivo y sin que, por tanto, le afecte.

No obstante lo anterior, sí supondrá un enriquecimiento injusto del adquirente que la reparación suponga la realización de una mejora<sup>2766</sup>.

Por último, somos contrarios a que se aplique a nuestro campo la moderación de la responsabilidad prevista en el art. 1.103 CC porque ésta se enlaza con el grado de culpa del deudor, y estamos ante una responsabilidad objetiva en la que no opera esta facultad<sup>2767</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo, salvo en alguna ocasión, no ha desechado el juego de tal precepto en nuestra materia<sup>2768</sup>.

Al margen de lo anterior, hay que tener en cuenta que este precepto se ha utilizado con carácter general en los casos de concurrencia de culpas

---

<sup>2766</sup> Cfr. STS de 28 de abril de 1993 (RJ 2953) que casa la sentencia de la audiencia que había condenado a los agentes a ejecutar unas fachadas distintas a las que figuraban en proyecto por considerarse que ello supondría un enriquecimiento injusto para la Comunidad de Propietarios actora porque ella, como dice la sentencia, a lo que tiene derecho, *“es a que las fachadas del proyecto sirvan para cumplir su destino, no otras...”*.

<sup>2767</sup> LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, p. 1211, quien sostiene la no aplicación de este precepto en tal clase de responsabilidad porque la facultad que contiene está *“estrechamente ligada al concepto de culpa”*. Excluye tal precepto de nuestra materia por tal razón, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 384.

<sup>2768</sup> Cfr. STS de 20 de diciembre de 1993 (RJ 10100) que versaba sobre un supuesto en que los demandados habían conseguido por medio del recurso de apelación la moderación de la indemnización en un 25% concedida en primera instancia al propietario-promotor demandante. El recurso de la parte actora alegaba la indebida aplicación de tal precepto porque consideraba que se estaba ante un caso de culpa grave, lo que sería desestimado por el TS que resolvió que el art. 1.103 excluye únicamente la moderación en caso de dolo. Tampoco descarta *a priori* la aplicación del precepto las SSTS de 28 de febrero de 2011 (RJ 455), aunque no lo hizo por las circunstancias del caso al no se apreciarse, como alegaba la parte recurrente, que la promotora actora hubiera intervenido con actuaciones en la ejecución de la obra decisivas en el proceso constructivo; 19 de junio de 1990 (RJ 4793) aunque no la aplica porque no se pudieron individualizar las responsabilidades.

En cambio, no lo aplica la STS de 11 de julio de 1992 (RJ 6281) que parte de que la responsabilidad es de naturaleza legal, y de que el ámbito del art. 1.103 CC es la responsabilidad contractual y extracontractual

con el acreedor o un tercero, uso que, por considerarse indebido, es reprochado<sup>2769</sup>.

## IX.- LA COORDINACIÓN DE LA LOE CON EL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO

### 1. La Ley de Ordenación de la Edificación y el Código civil

#### 1.1 Introducción

Como hemos visto bastante extendida ha sido la crítica que se ha hecho a la Ley de Ordenación de la Edificación por la inseguridad jurídica generada por la descodificación del Ordenamiento Jurídico privado, que provoca problemas de coordinación y de determinación de la norma aplicable<sup>2770</sup>, particularmente por la limitación de la LOE a los daños materiales causados al edificio.

Así, se ha visto la coordinación de la LOE con el resto del ordenamiento como el verdadero debate que plantea, o al menos como un problema<sup>2771</sup>, y se ha propuesto la modificación del Código civil por los inconvenientes que plantea la gran variedad de acciones que pueden derivarse de un mismo hecho<sup>2772</sup>.

Y es que, como hemos tenido ocasión de analizar a lo largo de este trabajo, la Ley de Ordenación de la Edificación no cubre toda construcción

---

<sup>2769</sup> Cfr. SSTs de 16 de abril de 2001 (RJ 5278) y 28 de febrero de 2011 (RJ 455). Reprochan tal uso, LLAMAS POMBO, o.c. nota 703, p. 1212, y SÁNCHEZ ARISTI, o.c. nota 745, p. 1.507.

<sup>2770</sup> Véase epígrafe 5 de capítulo III.

<sup>2771</sup> En el primer sentido, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.202. Como un problema lo ve, Díez-Picazo L., o.c. nota 1, p. 5. De rompecabezas habla MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 303, lo que confirmamos. También puede verse CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 54.

<sup>2772</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, pp. 193-194. También proponen tal modificación para adecuarlo a la LOE, VV.AA., o.c. nota 2758, p. 509, y en parecido sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 783, apunta como razón de los problemas la falta de reforma del CC.

ni toda intervención sobre edificios preexistentes<sup>2773</sup>; tampoco ampara a los edificios e intervenciones que regula de todo defecto constructivo, sino que es necesario que se incluya en alguna de las categorías de su art. 17.1<sup>2774</sup>; no cubre todo daño derivado de los defectos constructivos<sup>2775</sup>, sino sólo los daños materiales causados al edificio; y resulta criticable la duración de los plazos de garantía, fundamentalmente del plazo trienal, así como su cómputo desde la recepción de la obra<sup>2776</sup>. También hemos visto que no cubre los daños manifestados durante la ejecución de la obra, porque con anterioridad a la recepción de la obra habrá otra responsabilidad diferente a la prevista en la LOE<sup>2777</sup>.

Por lo anterior se pueden provocar supuestos en los que no alcance la responsabilidad prevista en la LOE, que plantean la duda de qué régimen aplicar, lo que resulta confuso por ser distintos los regímenes jurídicos en cuanto a legitimación, criterios de imputación y plazos para la reclamación<sup>2778</sup>.

Ahora bien no sólo se trata de determinar el régimen a aplicar a las obras, defectos constructivos y daños excluidos de la LOE, sino también de decidir si en el ámbito de esta norma pueden operar otros regímenes. Esto adquiere singular importancia debido a la limitación que conllevan los plazos de garantía y de prescripción de la LOE que son inferiores a los de las acciones contractuales, y que se computan desde la recepción de la obra<sup>2779</sup>.

---

<sup>2773</sup> Véase epígrafe 7 de capítulo II.

<sup>2774</sup> Véase epígrafe 1 de capítulo IV y p. 340, sobre la idea de que no todos los requisitos básicos dan lugar a la responsabilidad prevista en la LOE.

<sup>2775</sup> Véase epígrafe 2.1 de capítulo IV.

<sup>2776</sup> Véase epígrafe 1.3 de capítulo VI.

<sup>2777</sup> Véase epígrafe 2.1.2 de capítulo VI.

<sup>2778</sup> Cfr. STS de 15 de julio de 2011 (RJ 5123) que se refiere concretamente a la reclamación de los daños diferentes a los materiales causados al edificio por medio de las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual.

<sup>2779</sup> A esta cuestión de la posible aplicación no solo alternativa de otros regímenes sino también concurrente se refiere CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 54.

## **1.2 La Ley de Ordenación de la Edificación y las acciones derivadas del contrato de compraventa**

### **1.2.1 La acumulación de las acciones derivadas del contrato de compraventa a las acciones reconocidas en el art. 17 de la LOE, y el ámbito de la primeras**

#### **1.2.1.1 La acumulación de las acciones derivadas del contrato de compraventa**

El art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación salva en varias ocasiones la vigencia de las acciones contractuales. Su primer párrafo antes de detallar las responsabilidades de los agentes de la edificación por los daños que constituyen el objeto de las responsabilidades decenal, trienal y anual, señala que ello es *“Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...”*. A lo anterior se une que su apartado noveno y último señala para el caso particular del vendedor que *“Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa”*.

Y por último, el art. 8 de la LOE también se refiere a la responsabilidad contractual como un añadido a la prevista en ella<sup>2780</sup>.

A la vista de lo anterior no se duda de la posibilidad de que los adquirentes del edificio ejerciten las acciones derivadas de la compraventa frente al promotor-vendedor<sup>2781</sup>, y no sólo las acciones

---

<sup>2780</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 83. Efectivamente, este precepto señala que las obligaciones de los agentes *“vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención”*.

<sup>2781</sup> Destacar, como así lo hace CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 425, y la autora junto CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 409, que obviamente también caben las acciones contractuales frente al vendedor no promotor. Además de los que se irán citando, se refieren a la posibilidad de ejercitar las acciones derivadas del contrato de compraventa, DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 395; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 360; LLAMAS POMBO, o.c. nota 681, p. 49, y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 262.

derivadas de la LOE. Igual planteamiento es el del Tribunal Supremo que ha reconocido que la limitación del art. 17 de la LOE a los daños materiales no impide que el resto de daños sean resarcibles conforme a las reglas generales sobre incumplimiento contractual<sup>2782</sup>.

Con la admisión por la LOE de la subsistencia de las acciones contractuales se marca un paralelismo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que permitió acumular a la acción derivada del art. 1.591.1º CC las acciones contractuales del comprador y las del régimen general por incumplimiento contractual<sup>2783</sup>. En este punto conviene recordar que precisamente la condición de vendedor del promotor ha sido utilizada al estar obligado a entregar la cosa vendida en condiciones útiles para su

---

<sup>2782</sup> Cfr. SSTS de 15 de julio de 2011 (RJ 5123) aunque se trataba de un *obiter dicta* porque era un supuesto en que se aplicó el art. 1.591 CC por razones temporales, y de 13 de abril de 2012 (RJ 5902) que versaba sobre una demanda interpuesta por una comunidad de propietarios en la que se reclamaba de varios agentes de la edificación, en base a la LOE y al art. 1.101 CC, además del coste de reparación de los defectos, una cantidad por daños morales. Se desestimó el recurso de casación interpuesto por uno de los agentes porque aunque el art. 17 de la LOE se limita a los daños materiales ocasionados al edificio, ello no impide que los daños morales se puedan reclamar en base a la responsabilidad contractual.

<sup>2783</sup> Cfr. SSTS de 8 de octubre de 1990 (RJ 7585), 28 de enero de 1994 (RJ 575), 27 de junio de 1994 (RJ 6505), 25 de octubre de 1994 (RJ 7682), 21 de marzo de 1996 (RJ 2233), 10 de noviembre de 1999 (RJ 8862). Particularmente esclarecedoras son las SSTS de 28 de enero de 1994 (RJ 575) que señala en cuanto a la responsabilidad del promotor: *“ha dicho esta Sala en Sentencia de 13 julio 1987 (RJ 1987\5461) que la responsabilidad del promotor «viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el art. 1591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponden»*”; 27 de junio de 1994 (RJ 6505) que vino a decir que *“el demandante puede elegir la acción que crea que mejor protege sus intereses”*; y de 21 de marzo de 1996 (RJ 2233) cuando señala: *“Al margen de la responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil, puede producirse responsabilidad por incumplimiento contractual, cuya acción está sometida directamente al plazo prescriptivo de quince años del artículo 1964 del Código Civil. Afecta exclusivamente al vendedor y que puede resultar compatible con el art. 1591, por referirse a que la cosa enajenada debe ser apta para la finalidad con que es adquirida”*.

Tal continuidad se ha reconocido en SSTS de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012/1122), 2 de marzo de 2012 (RJ 4635), 10 de octubre de 2012 (RJ 2013/1537), y de 22 de octubre de 2012 (RJ 11064). En estas sentencias con carácter general se viene a señalar que de igual forma que el art. 1.591 CC es compatible con las acciones contractuales, también lo es la LOE.

aprovechamiento<sup>2784</sup>. No obstante, en algunos pronunciamientos claramente minoritarios se negó la aplicación del art. 1.101 CC cuando los defectos fueran constitutivos de ruina<sup>2785</sup>.

Sin embargo, alguna autora niega la posibilidad de ejercitar las acciones derivadas de los arts. 1.101 y ss. CC y la acción de resolución prevista en su art. 1.124, desde la base de que el vendedor de cosa específica (como se considera que es el de inmueble) cumple con entregar la cosa en el estado en que se encontraba en el momento de la venta (arts. 1.445 y 1.468 CC). Se defiende que los defectos constructivos no constituyen un incumplimiento por lo que se derivan a las acciones edilicias si son ocultos, y de lo contrario se aceptan por el comprador, lo cual observamos que cocha con la jurisprudencia que no ha exigido al promotor su condición de profesional<sup>2786</sup>. En caso de vendedor profesional

---

<sup>2784</sup> Véase p. 648. A las SSTs allí citadas cabe añadir las de 2 de marzo de 2012 (RJ 4635), 11 de octubre de 2012 (RJ 2013/2270), 22 de octubre de 2012 (RJ 11064) que señala: *“El promotor, en el supuesto que se enjuicia, es vendedor, y como tal está obligado, en virtud del contrato, a entregar la cosa en condiciones de servir para el uso que se la destina, conforme al mismo. Si la edificación padece vicios ruinógenos que la hacen inidónea, es responsable de estos vicios frente al comprador”*.

<sup>2785</sup> Cfr. SSTs de 25 de octubre de 1988 (RJ 7640), 29 de enero de 1991 (RJ 345) y 27 de enero de 1999 (RJ 7). No obstante, la primera sentencia versaba sobre que los recurrentes agentes de la edificación no vinculados contractualmente con el demandante pretendían la aplicación excluyente del art. 1.101 CC para evitar su condena por medio del art. 1.591 CC. En la segunda también se pretendía por el agente recurrente evitar la aplicación del art. 1.591 CC y conseguir que se aplicara la teoría de la anulación del contrato de obra al considerar concurrente un error del comitente en el proceso de recepción de la obra, cuyo vicio de la voluntad estaría incurrido en el art. 1.301 CC, con la consiguiente caducidad de la acción a los cuatro años de la consumación contractual. Sobre la tercera de las sentencias véase nota 2817.

<sup>2786</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 314-316, 319 y 322. Se basa la autora en que el TS no permitió salvo en la STS de 1 de diciembre de 1997 (RJ 8693) que el comprador reclamara al vendedor ocasional con fundamento en el art. 1.101 CC. Sin embargo, además de dicha sentencia que estimó la resolución del contrato pretendida por los compradores contra los vendedores, ya hemos visto (véase p. 653) que el TS en algunas ocasiones no exigió la profesionalidad del promotor.

Además, debe tenerse en cuenta que el art. art. 511-7 del anteproyecto de Ley del Código mercantil regula la obligación del vendedor de entregar el bien conforme al contrato, conformidad que se determina atendiendo a que sea apto para los usos a que ordinariamente va destinado y presente la calidad y proporcione las prestaciones habituales que queda esperar de él. En este sentido la Exposición de Motivos (punto VI-35) señala: *“La obligación de entrega es ahora una obligación de*

sí defiende responderá de entregar unos inmuebles aptos pero por medio de la legislación de protección de los consumidores<sup>2787</sup>.

### **1.2.1.2 El ámbito de las acciones derivadas del contrato de compraventa**

#### **1.2.1.2.1 Introducción**

Se ha discutido si las acciones contractuales pueden ejercitarse para el ámbito propio de la LOE o, por el contrario, sólo para los supuestos excluidos de ella, estos es, las obras, defectos constructivos y daños no regulados por la misma. Esta cuestión adquiere una gran importancia debido a la limitación que conllevan los plazos de garantía y de prescripción, lo que no ocurría en aplicación del art. 1.591.1º CC. Efectivamente su plazo decenal con la extensión de la ruina funcional, el plazo quincenal de prescripción que se le aplicaba y el principio de reparación integral que se veía en él, no hacían necesarias las acciones contractuales<sup>2788</sup> salvo para el supuesto en que no se hubiera podido demostrar la producción de la ruina en el amplio plazo decenal.

---

*entregar un bien conforme a las exigencias del contrato. Es este sin duda uno de los cambios más relevantes de la disciplina puesto que supone la supresión de la tradicional obligación de saneamiento por defectos y vicios del bien". En esta misma línea se hace responder al vendedor de las faltas de conformidad con el contrato que se reconoce que pueden haber pasado desapercibidas al comprador o manifestarse con posterioridad a la celebración del mismo (cfr. art. 511-9, párrafo primero).*

<sup>2787</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 316-317 y 320-321. Sostiene su opinión general en que sería absurdo que el vendedor no profesional se viera obligado a responder de unos defectos frente al adquirente con los que nada tiene que ver y que además puede que no respondan los agentes de la edificación por transcurso de los plazos legales y no poderse demostrar el carácter originario. Además, observa que ya no es necesario acudir a las acciones contractuales porque la legislación de los consumidores ha colmado la laguna al establecer la obligación del vendedor profesional de responder de la idoneidad de los productos no sólo frente al comprador sino frente a los sucesivos adquirentes. Se refiere la autora al art. 27.1 a) de la refundida LGDCU. En el mismo sentido, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, véase nota 2828.

<sup>2788</sup> En este sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 368, señala que la responsabilidad del vendedor "se veía eclipsada en la mayoría de los casos por el artículo 1591 del Cc en los desmedidos términos en que se venía aplicando". También apunta esta cuestión ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.144.

### 1.2.1.2.2 La postura limitadora de las acciones contractuales al ámbito negativo de la LOE

Un grupo de autores ha limitado la responsabilidad contractual al ámbito negativo de la LOE. Así, se remite a esta responsabilidad contractual los daños diferentes a los materiales, los defectos constructivos no incluidos en el art. 17.1 de la LOE, y los incluidos pero que afecten a obras no sujetas a ella de acuerdo con su art. 2.2<sup>2789</sup>. Análogamente se ha observado que la LOE ha deslegitimado la jurisprudencia que permitía acumular las reglas generales del incumplimiento de las obligaciones, salvo que se esté ante incumplimientos de lo específicamente pactado, la carencia de alguno de los requisitos básicos de la edificación del art. 3 de la LOE sin que concurren defectos, o ante la acción de resolución del contrato de compraventa<sup>2790</sup>.

Se niega que las acciones contractuales permitan reclamar los daños materiales propios de la LOE después de transcurrir el plazo de prescripción de su art. 18, a pesar de que éste señale que tal plazo se entiende sin perjuicio de las acciones contractuales, porque de lo contrario no tendría sentido su fijación<sup>2791</sup>. Sin embargo, nosotros

---

<sup>2789</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 425; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 408-409. También limita las acciones contractuales a los daños no cubiertos por la LOE, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, pp. 141 y 147.

<sup>2790</sup> ORTI VALLEJO, nota 4, pp. 1.174, y 1.179-1.180. Recordar que hemos incluido en la responsabilidad trienal los incumplimientos de los requisitos básicos de la edificación que los consideramos en sí mismos dañosos (véase epígrafe 2.3.2 de capítulo V) sin requerir un daño adicional como parece hacer el autor.

<sup>2791</sup> DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 1, pp. 20-21, quien reserva estas acciones a los daños no materiales que resulten de un incumplimiento contractual o a cualquiera de los daños que derivados de un incumplimiento contractual diferente a los que regula la LOE. Además argumenta que la expresión “sin perjuicio” de la parte final del art. 18.1 sería redundante respecto de su inciso inicial en el que ya se había hecho una delimitación al hablar de “acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por los daños materiales dimanantes de vicios o defectos”; en el mismo sentido en cuanto a argumentos y conclusiones, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.204. Igualmente reduce las acciones contractuales a los daños excluidos de la LOE y a otros incumplimientos contractuales no contemplados en ella, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 542. También el



opinamos que si se salva de un plazo de prescripción de una norma la subsistencia de una acción prevista en otra con plazo de prescripción mayor es porque ambas tienen, al menos, una coincidencia parcial en cuanto a su ámbito. Si no la tuvieran sería innecesaria la salvedad porque el plazo de prescripción del otro régimen no se vería afectado.

También se ha argumentado que la LOE al salvar las acciones contractuales pretende dejar claro que la responsabilidad que establece aunque tenga fuente contractual prescribirá a los dos años<sup>2792</sup>, con lo que no coincidimos por lo que acabamos de decir, y por razón de la tramitación parlamentaria sobre la que entraremos en siguiente epígrafe.

Por otro lado, se ha negado las acciones contractuales para reclamar defectos manifestados más allá de los plazos de garantía de la LOE. Ello se ha sostenido en la suficiencia de los plazos anuales y trienal<sup>2793</sup>, con los que no coincidimos porque ya hemos señalado insuficiencia del último, y además se computan desde la recepción de la obra con lo que pueden haber transcurrido en el momento de la compra.

También se ha argumentado que los defectos exteriorizados tras dichos plazos o son fortuitos o imputables a los adquirentes<sup>2794</sup>. Esta opinión ya era mantenida por algunos comentaristas de la jurisprudencia dictada sobre el art. 1.591.1º CC, los cuales sostenían que tras el plazo de garantía no podía solicitarse la responsabilidad por defectos constitutivos de ruina, porque de lo contrario se alargaría excesivamente

---

primer autor junto con GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 161, p. 154, niega la posibilidad de ejercitar las acciones contractuales para los daños materiales cubiertos por la LOE más allá del plazo bienal de prescripción.

<sup>2792</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6.

<sup>2793</sup> RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO, o.c. nota 599, p. 1.478, notas 3 y 4, quienes sostienen que los defectos de terminación o acabado han sido excluidos implícitamente de la posibilidad de reclamarlos por medio de la responsabilidad contractual; y en cuanto a los defectos de habitabilidad que debido a que son los que impiden la normal utilización del inmueble si se reclaman más allá del plazo de garantía es porque la vivienda ha podido ser habitada normalmente. Obviamente disentimos de este último argumento porque no es necesario que los defectos de habitabilidad conlleven que el adquirente tenga irremediamente que abandonar su vivienda como parece desprenderse de la opinión de estos autores.

<sup>2794</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 4.616.

la responsabilidad y ello no se compadecía con la probabilidad real y efectiva de que después del plazo decenal el edificio presentare defectos imputables a los agentes<sup>2795</sup>. Además de que algunos se oponían a lo anterior<sup>2796</sup>, debemos tener en cuenta que la LOE ha limitado el plazo decenal a la ruina física y ahora los defectos constitutivos de la ruina funcional se sujetan a un plazo trienal.

Los autores que limitan las acciones contractuales a los daños no cubiertos por la LOE observan la gran contradicción que provoca que éstos, que pueden ser menos importantes que los daños materiales causados al edificio, dispongan de un plazo de prescripción quincenal<sup>2797</sup>.

Obviamente este sector que limita las acciones contractuales a lo excluido de la LOE permite reclamar por medio de ellas los daños producidos con anterioridad a la recepción de la obra<sup>2798</sup>.

Por último algún autor de un modo ecléctico permite las acciones contractuales para los daños que experimente el edificio que no se puedan incluir en las responsabilidades anual, trienal y decenal, y también para los que sí, pero siempre que se manifiesten dentro de los plazos de garantía de la LOE<sup>2799</sup>. Para defender esta postura se basa en lo

---

<sup>2795</sup> Nos referimos a GÓMEZ DE LA ESCALERA, o.c. nota 13, pp. 180-181.

<sup>2796</sup> SALVADOR CODERCH, o.c. nota 13, pp. 1.192-1.193, señalando que *“la garantía legal no desplaza a la contractual sino que se superpone a ella reforzándola”*; y CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 108, para quien el plazo decenal *“no puede significar una presunción absoluta de caso fortuito si la ruina se produce después”*. Después de la LOE también admite lo tratado, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 85, y PANTALEÓN PRIETO (véase nota 2831).

<sup>2797</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 425-426, la autora junto CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 409.

<sup>2798</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 51. Sobre la exclusión de estos daños de la LOE véase epígrafe 1.1. Aunque partidaria de la otra postura que veremos en siguiente epígrafe, FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 266.

<sup>2799</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 502-504. Parece buscar apoyo el autor en SSTs que cita que han aplicado el art. 1.124 CC en caso de defectos constructivos manifestados durante el plazo de garantía, cuando ello no quita que también pueda hacerse si la manifestación se produce pasado el décimo año pero antes del decimoquinto de prescripción general. También alega otras SSTs que derivaban las imperfecciones corrientes a las acciones contractuales, sobre lo que análogamente

contradictorio que sería que a los daños que afectaran a la seguridad del edificio se aplicara un plazo de garantía decenal, y que los daños menos graves no se encuentren limitados a plazos de garantía.

#### **1.2.1.2.3 La postura extensiva de las acciones contractuales al ámbito cubierto por la LOE y su admisión por el Tribunal Supremo**

Estos autores sostienen que el adquirente puede ejercitar las acciones derivadas del contrato de compraventa frente al promotor-vendedor también en lo referente al ámbito de la LOE, esto es, no sólo para las obras, defectos constructivos y daños excluidos de ella<sup>2800</sup>. Por tanto, se podrán ejercitar estas acciones contractuales para defectos manifestados transcurrido el plazo de prescripción del art. 18 de la LOE<sup>2801</sup>, o los plazos

---

debemos señalar que ello no quita que a los defectos constitutivos de ruina igualmente el TS les aplicara las acciones contractuales.

<sup>2800</sup> Se refieren a la posibilidad de reclamar todos los daños por medio de las acciones contractuales, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, pp. 121-122; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 84; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 93; COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 620; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 333; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 903. Sin embargo, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1177, p. 243, había señalado con rotundidad anteriormente que las acciones contractuales sólo cabían para daños diferentes de los cubiertos por la LOE. Se basaba el autor en la sentencia de 27 de enero de 1999 (RJ 7). Sin embargo, dicha sentencia, como veremos véase nota 2817 parte de que no se pudo considerar responsable de la acción por ruina al agente. También contemplan la posibilidad de reclamar los daños materiales por medio de las acciones contractuales, VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.395; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 189, y O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, pp. 495-496, al señalar que cabrán por entregar una cosa inadecuada para el fin que le es propio.

<sup>2801</sup> Además de los que iremos refiriendo, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, pp. 2.309-2.310; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 93 (aunque últimamente junto con CASADO CASADO, o.c. nota 599, p. 1.478, nota 4, se muestra contrario a la duración del plazo de prescripción de las acciones contractuales); NIETO ALONSO, A., *La responsabilidad por vicios o defectos ocultos en las ventas. La superación de la rígida normativa del Código civil como medio de defensa de los consumidores y usuarios*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por A. Cabanillas Sánchez, II, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 2.709-2.710, y GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 359.

de garantía de su art. 17<sup>2802</sup>. Estos supuestos obviamente son los más problemáticos por la actual crisis que conlleva un gran número de viviendas en stock<sup>2803</sup>.

Esta posición se sustenta en que sería absurdo que no se pudiera exigir responsabilidad al vendedor por obras sujetas a la LOE pasados los plazos de garantía, y sí por obras excluidas de ésta que pueden ser de mera reparación<sup>2804</sup>.

Igualmente alegan que limitar las acciones contractuales a los daños excluidos de la LOE cocha con el propósito del legislador de proteger los daños cubiertos por ella de manera reforzada, o de modo análogo que se protegería a los agentes en vez de a los adquirentes en contra de la pretensión declarada en la Exposición de Motivos de defensa de los consumidores y usuarios<sup>2805</sup>. Particularmente se puede pensar en el supuesto de una vivienda adquirida al cuarto año de su construcción, lo que conllevaría que el adquirente no pudiera reclamar por el régimen general los defectos de acabado y los defectos objeto de la

---

<sup>2802</sup> Al margen de los que iremos citando, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 121; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, p. 405; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 335; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 904, y GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 183. También puede verse FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 97, y LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, pp. 265-266, en los que apreciamos la admisión de las acciones contractuales para los mismos daños.

<sup>2803</sup> Ello se puso de manifiesto durante la tramitación parlamentaria (véase nota 2811).

<sup>2804</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 941-942, quien destaca el contrasentido que constituye que no se pueda exigir responsabilidad al vendedor por defectos de acabado de un edificio sometido a la LOE si la venta se produjo pasado el año de la recepción, y sí en caso de que se trate de una obra sobre un edificio de una antigüedad bastante notoria que no se encontrara dentro del ámbito de aquélla. Pone el ejemplo de que por defectos de terminación o acabado empiecen a gotear los grifos, saltar interruptores, a no cerrar bien las puertas, destacando que no se tendría acción ni tan siquiera contra el vendedor. Por contraste, se refiere a unas obras en la fachada de un edificio de veinte años que no reúnan los requisitos para someterse a la LOE cuyos defectos de pintura serían resarcibles por el vendedor, así como los defectos de una mera reforma del cuarto de baño.

<sup>2805</sup> Respectivamente, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 365, y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, pp. 265 y 267.

responsabilidad trienal de no admitirse esta compatibilidad, pero sí daños no cubiertos por la LOE<sup>2806</sup>.

Además, resultaría contradictorio que los daños excluidos de la LOE fueran resarcibles transcurridos los plazos de garantía cuando puede que deriven de los cubiertos por aquélla, que en cambio no lo serían<sup>2807</sup>.

Por otro lado, este planteamiento permitirá que los incumplimientos de los requisitos básicos del art. 3 de la LOE a los que no se anuda responsabilidad del art. 17, no dispongan de mayor plazo por medio de las acciones contractuales que los que sí dan lugar a aquélla<sup>2808</sup>.

También apoya esta postura la literalidad de la LOE, puesto que en los apartados primero y noveno de su art. 17 cuando se refiere a las responsabilidades contractuales o a las acciones de la compraventa, señala “*sin perjuicio*”. Por tanto, no las limita, y si lo hubiera querido hacer debería haberlo indicado de forma expresa<sup>2809</sup>.

A lo anterior hay que añadir que el art. 18.1 cuando fija el plazo de prescripción bienal señala que ello es sin perjuicio de las acciones que pudieran subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual. Ello supone la admisión de la responsabilidad contractual en

---

<sup>2806</sup> FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 267. No obstante, existe la posibilidad de que el adquirente demuestre a través de la pericial correspondiente que el defecto en cuestión, a la vista de su evolución, se ha manifestado desde el plazo de garantía. Véase sobre esta cuestión epígrafe 4 de capítulo VI.

<sup>2807</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 942, quien en alusión al ejemplo de los grifos apuntado (véase nota anterior) señala que sería absurdo que pasado el plazo de garantía anual sólo se pudiera reclamar frente al vendedor los daños que se hayan causado a la alfombra, y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, pp. 264-265.

<sup>2808</sup> Véase sobre los requisitos básicos excluidos de la responsabilidad del art. 17 epígrafe 2.1.2 de capítulo V.

<sup>2809</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 936-937. También se apoyan en tal precepto, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, pp. 121-122; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 371, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 195.

En este sentido, debemos recalcar que si se excluye de la responsabilidad derivada del contrato de compraventa los daños cubiertos por la LOE se estaría reformando la responsabilidad contractual al limitarse su alcance.

el mismo ámbito de la LOE más allá del plazo de prescripción bienal<sup>2810</sup>, porque si no coincidieran parcialmente los ámbitos de ambas acciones no tendría sentido declarar su subsistencia, como dijimos en epígrafe anterior.

Pero lo más importante es que a esta postura apoya la tramitación parlamentaria de la LOE porque su art. 17.9 fue introducido por una enmienda con la intención de proteger al comprador que adquiere pasado un tiempo desde la finalización de la construcción<sup>2811</sup>. Es más, aunque este precepto fue considerado una innecesario porque la normativa de la compraventa siempre sería aplicable aunque no lo dijese<sup>2812</sup>, se insistió en la posibilidad de una época de crisis en que existirían gran número de viviendas en *stock*<sup>2813</sup>, lo que se ha confirmado.

---

<sup>2810</sup> Deriva la posibilidad de acudir al plazo de prescripción quincenal del art. referido NIETO ALONSO, o.c. nota 2801, pp. 2.709-2.710.

<sup>2811</sup> Cfr. enmienda núm. 156 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia y Unión) (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999) que tenía como justificación la de *“Incorporar los mecanismos jurídicos precisos para proteger los derechos del comprador del inmueble que lo compra al cabo de un tiempo de finalizada su construcción evitando alargar excesivamente las responsabilidades de los agentes intervinientes en el proceso de la construcción”*. En la defensa de esta enmienda por el representante de este Grupo (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Infraestructuras, núm. 709, de 15 de junio de 1999, p. 20.359) se decía en referencia a la venta tardía de inmuebles que conlleva que parte de los plazos de garantía puedan transcurrir sin aprovechar al adquirente: *“Ello plantea un problema de difícil solución, y es lo que puede suceder en aquellas viviendas que se vendan después de permanecer un cierto tiempo en manos del promotor que, por las razones que sea, principalmente de mercado, no las ha podido vender con anterioridad. Esto puede llevarnos —y lleva en la práctica— a que el comprador de la vivienda se encuentre con unos plazos notablemente disminuidos porque una parte del plazo de garantía ya ha ido corriendo mientras la vivienda estaba en manos del promotor. Para intentar corregir en parte este defecto proponemos una enmienda que, a su vez, supone una remisión a otras normas básicamente civiles que ya existen en nuestro ordenamiento”*. Se apoya en ella ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 937-939.

<sup>2812</sup> Cfr. intervención del Grupo Parlamentario Popular (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Infraestructuras, núm. 709, de 15 de junio de 1999, p. 20.365) señalando: *“Nos parece obvia, pero no tiene ningún riesgo, la enmienda 156, que se remite a la normativa de compraventa del Código Civil. Lo digamos o no, en la ley de edificación, esta normativa será aplicable”*. Destaca que aunque no lo dijese la LOE serían de aplicación las acciones contractuales, CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 499, pero añade que no sobra el art. 17.9. No obstante, ya veremos la opinión de este autor.

<sup>2813</sup> Cfr. intervención del Grupo Parlamentario Catalán (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Infraestructuras, núm. 709, de 15 de junio

Conforme a lo dicho coincidimos en que la LOE establece un régimen particular que se superpone a la responsabilidad contractual a los efectos de reforzar la posición del comprador que puede dirigirse frente a otros sujetos no vinculados contractualmente y además en forma solidaria y con disposición de unos seguros, pero sin que le reste posibilidades a aquélla<sup>2814</sup>. Con ello no se deja sin efecto la LOE porque en los plazos de garantía de ésta se ofrece una protección reforzada por el carácter objetivo de la responsabilidad, su solidaridad por indeterminación y los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno<sup>2815</sup>, y además las acciones contractuales requerirán un vínculo de tal clase<sup>2816</sup>.

También fundamenta esta postura que el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1.591.1º CC ha permitido acumular las acciones contractuales del comprador y las del régimen general por incumplimiento contractual<sup>2817</sup>.

---

de 1999, p. 20.366): *“No creo que sea tan obvio porque son referencias claras, que refuerzan a su vez esos casos que le planteaba que se pueden dar. Yo le he dado muchas vueltas al problema del inicio del plazo de garantía, de esos diez, tres o un año, y no veo alternativa a la fecha de la recepción de la obra. Ahora estamos en una época de bonanza económica y parece que las viviendas se venden sobre plano, pero ya llegará el día en el que las constructoras y los promotores tendrán viviendas en stock y una vivienda que tarda tres años en llegar a su destinatario final, al comprador, quiere decir que la mayor garantía de la ley, la de diez años, ya ha quedado en siete nada más”*. Se apoyan en este argumento, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 80, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 937-938.

<sup>2814</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 931-932. También señala que la garantía de la LOE no desplaza a la contractual, sino que la refuerza, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 84; FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 266, quien que la clave se encuentra en determinar *“si la LOE constituye una directiva de mínimos...”*, y RODRÍGUEZ GUITIÁN y LÓPEZ FERNÁNDEZ, o.c. nota 614, p. 940, nota 123, quienes contemplan la posibilidad de reclamar los mismos daños tras los plazos de garantía porque consideran que son una garantía mínima. En parecido sentido, HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 189, considera que la responsabilidad de la LOE conlleva una presunción absoluta de culpa durante sus plazos de garantía mientras que la contractual se basa en la culpa.

<sup>2815</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 376.

<sup>2816</sup> Véase epígrafe 1.2.2.

<sup>2817</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 941; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 84; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 365; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, pp. 334-335, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 19, p. 904-905; También puede verse análogamente, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 93.

Pero lo más importante es que el tiempo ha dado la razón a estos autores porque además de que en tales sentencias se ha declarado que es compatible el art. 17 de la LOE con las acciones contractuales, recientemente el Tribunal Supremo ha admitido la reclamación por medio de éstas de los daños cubiertos por la LOE más allá de la pervivencia de la acción que confiere<sup>2818</sup>.

Por último, debemos tener en cuenta que la aplicación de la responsabilidad contractual a los daños incluidos en el ámbito de la LOE no conlleva en puridad que se aplique un régimen más beneficioso a éstos porque al margen de los mayores plazos, el adquirente ya no dispondrá de las presunciones de la LOE. A ello se une que con ésta, a diferencia de lo que acontecía con el plazo decenal único del art. 1.591.1º CC, la brevedad del plazo trienal conlleva el riesgo de que tras él aparezcan defectos imputables a los agentes.

### 1.2.2 Las concretas acciones derivadas del contrato de compraventa

A pesar de que el art. 17.9 de la LOE solo se refiere expresamente a las acciones edilicias de los arts. 1.484 y ss. del CC, también se

---

Véase SSTs en p. 819. No obstante, en STS de 27 de enero de 1999 (RJ 7) se señaló que cuando se ejercita la acción de cumplimiento defectuoso junto con la derivada del art. 1.591 CC, ésta inutiliza necesariamente a la acción contractual. Sin embargo, dicha sentencia además de sentar que *"En principio las dos acciones (arts. 1101 y 1591) son compatibles y por tanto acumulables en su ejercicio"*, ponía la atención en que si no hay ruina no se le puede condenar por incumplimiento contractual al agente. Al respecto añadió que *"Si la promotora ha sido absuelta de la responsabilidad ex art. 1.591, su condena por cumplimiento defectuoso de su prestación de dar no tiene ninguna base racional de sustentación, es incoherente que se le absuelva por haber obrado diligentemente y a renglón seguido se la condene por un genérico incumplimiento contractual, que no puede ser otro que los vicios ruinosos"*.

<sup>2818</sup> Véase en nota 2783 SSTs que en aplicación del art. 1.591 CC señalaban que es compatible con las acciones contractuales como también lo es el art. 17 de la LOE. En aplicación de la LOE, cfr. STS de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014/1021) que versaba sobre un recurso interpuesto por unos agentes que habían sido condenados a reparar unos defectos de insonorización de un hotel. Dicha sentencia desestimó el recurso de casación de algunos de los agentes recurrentes porque a pesar de haber prescrito la acción de la LOE, estaban unidos por medio de contrato con el actor lo que les hacía responsables de los defectos.



consideran aplicables las derivadas de sus arts. 1.098, 1.101 y concordantes, y la acción de resolución del contrato prevista en el art. 1.124<sup>2819</sup>. A ello apoya la coletilla del art. 17.9 “*y demás legislación aplicable a la compraventa*”<sup>2820</sup>. También caben las acciones derivadas de la diferencia de cabida o calidad en la venta de previstas en los arts. 1.469 y ss. del CC<sup>2821</sup>.

En virtud de las acciones edilicias si el inmueble posee vicios ocultos que lo hagan impropio para su destino o disminuyan de tal modo su uso que, de haberlos conocido el comprador, no lo habría adquirido o hubiera pagado menos, de acuerdo con el art. 1.486 CC podrá desistir del contrato y reclamar además los gastos que pagó (acción redhibitoria) o exigir una rebaja proporcional del precio (acción estimatoria o *quantum minoris*).

Por medio de las acciones generales derivadas del incumplimiento contractual el comprador podrá reclamar el cumplimiento exacto del contrato, entendido como la reparación de los defectos constructivos, y los demás daños derivados del incumplimiento contractual<sup>2822</sup>.

Si el incumplimiento del vendedor es lo suficientemente grave el comprador podrá solicitar la resolución del contrato junto con el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, de acuerdo con el art. 1.124 CC. Estamos hablando de incumplimientos graves que provocan que la edificación sea impropia para el uso pactado<sup>2823</sup>, lo que también

---

<sup>2819</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 425; la autora junto CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 409; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 86, y 89-90; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 93; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 943, y O’CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, pp. 495-496.

<sup>2820</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 425, la autora junto CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 409, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.179.

<sup>2821</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 373-374.

<sup>2822</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 944.

<sup>2823</sup> Cfr. SSTs de 28 de julio de 1994 (RJ 6930) sobre unas fisuras en forjados de garaje y salas de juntas que conllevó que se considerara que se había entregado algo inhábil para la finalidad que le es propia, generando la insatisfacción del comprador; de 19 de febrero de 1970 (RJ 881) y de 15 de marzo de 1979 (RJ 871), referidas a la frustración del interés del comitente y de 25 de marzo de 2004 (RJ 1713). Se

fundamenta su admisión porque es una acción que no se encuentra ni en la letra de la LOE ni en su espíritu<sup>2824</sup>, y es que la pretensión resolutoria es totalmente diferente a la de reparación propia de la LOE.

Lógicamente las acciones derivadas de los arts. 1.484 y ss. del CC serán poco aplicadas por la brevedad de su plazo, y precisamente por ello el Tribunal Supremo las descartó ante la frecuente invocación por los agentes, y además porque los defectos constructivos no encajaban en los supuestos de hecho de dichos preceptos<sup>2825</sup>. Así, el Alto Tribunal en ha

---

refieren a esta jurisprudencia, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 416; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 944-945; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 89-90, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 381.

Sin embargo, el anteproyecto de Ley del Código Mercantil va más allá al otorgar a la parte perjudicada por el incumplimiento, incluso no esencial, un derecho a resolver el contrato en caso de que haya otorgado a la parte incumplidora un plazo adicional para subsanar el incumplimiento y ello no se hubiera verificado (cfr. art. 417-2, párrafo segundo).

<sup>2824</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.179.

<sup>2825</sup> Cfr. STS de 27 de junio de 1994 (RJ 6505) *“declarada en la instancia la naturaleza ruinogena de los defectos denunciados, que exceden, por tanto, del concepto de vicios ocultos de la cosa vendida, son inaplicables los artículos que se invocan en el motivo y si las normas especiales del art. 1591 del Código Civil”*. CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 503-504, se muestra contrario a su aplicación porque las acciones edilicias sancionan el incumplimiento de la obligación de dar cosas sin defectos ocultos, mientras que la infracción de contrato de obra es un incumplimiento diferente, el hacer mal lo que se debió hacer bien. En parecido sentido, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 416, citan las SSTs de 1 de junio de 1982 (RJ 3401) y de 27 de mayo de 1996 (RJ 3920), y destacan que el TS estima que la entrega de una obra con defectos constructivos no es un hecho integrable en el supuesto fáctico del art. 1.484 CC, sino que está en el supuesto de hecho de los arts. 1.101 y 1124 porque los defectos conllevan el incumplimiento de una previa obligación de idoneidad de la cosa que se ha construido. Efectivamente la primera sentencia descarta aquel precepto porque existe una inhabilidad del objeto por un montaje defectuoso del sistema de calefacción y por ser la caldera montada de tamaño inferior al pactado; y la segunda sentencia considera innecesario fundamentar la responsabilidad por utilización de un material diferente en tales acciones a la vez que advierte de que las mismas estarían caducadas.

Apuntan como razón la brevedad de su plazo, O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 496; FERNÁNDEZ HIERRO, o.c. nota 281, p. 96, y MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 311-312. MORALES MORENO, o.c. nota 2191, pp. 678-679, en referencia a la falta de aplicación del art. 1.486, párrafo segundo, del CC, observa que tal vez sea porque no está claro su sentido o porque se considera insuficiente la indemnización de daños y perjuicios que ofrece.

limitado bastantes ocasiones estas acciones a defectos menos graves que la ruina<sup>2826</sup>.

Además, estas acciones amparan vicios ocultos, mientras que la LOE también cubre los aparentes frente al adquirente<sup>2827</sup>. Sin embargo, para compras pasado el plazo de garantía trienal (frecuentes en los momentos actuales) dado que los defectos objeto de esta responsabilidad suelen ser ocultos al momento de la compra pueden ser útiles<sup>2828</sup>. Y no se verán anuladas por las acciones generales derivadas del incumplimiento porque las pretensiones de unas y otras son diferentes<sup>2829</sup>, aunque ello dependerá de que el Tribunal Supremo cambie su jurisprudencia y comience a aplicarlas a los defectos constructivos.

Mucha más utilidad tendrán las acciones generales derivadas del incumplimiento contractual y la de resolución del contrato porque

---

<sup>2826</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 497-498, ha advertido que en las SSTS de 20 de junio de 1986 (RJ 3786), 12 de febrero de 1988 (RJ 941) y 17 de mayo de 1988 (RJ 4312), en contra de los arts. 1.484 y ss. que aluden a que los vicios sean graves, se han limitado estos preceptos a vicios de menor entidad que los ruinosos. Siguiéndole, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 369-370. También aplican estas acciones a vicios no ruinógenos puede verse las SSTS de 29 de enero de 1991 (RJ 345), y de 10 de octubre de 1994 (RJ 7474) que cita las de 12 de febrero de 1985 (RJ 546), 20 de junio de 1986 (RJ 3786), 17 mayo, 25 noviembre y 12 diciembre 1988 (RJ 4312, RJ 8713 y RJ 9436) y 30 noviembre 1993 (RJ 9186). Sobre esta jurisprudencia que excluye tales preceptos a los vicios ruinógenos, GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 336; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 422, y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 260, nota 21.

<sup>2827</sup> Véase epígrafe 6.5.4 de capítulo VII sobre nuestra opinión acerca de que la LOE cubre también los defectos aparentes frente al adquirente.

<sup>2828</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 150, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *Mosaico de acciones de que dispone el comprador de una vivienda, de primera y segunda mano, con defectos*, *Práctica Derecho de daños* 105 (2012), p. 9. Es más, esta autora dado que considera que en las compras de segunda mano no caben las acciones generales por incumplimiento, porque se trata de una venta de cosa específica en la que se cumple con entregar la cosa en el estado en que se encontraba al momento de perfeccionarse el contrato, destaca la importancia de estas acciones tras la LOE debido a la reducción de plazos que conlleva ésta (o.c., p. 8).

Se plantea la utilidad de estas acciones para reclamar los defectos de acabado ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.178, con lo que no coincidimos por su carácter normalmente aparente al momento de la recepción (Sobre el carácter aparente, véase p. 430).

<sup>2829</sup> Cfr. art. 1.486 CC.

permitirán reclamar todo tipo de daños derivados de los defectos constructivos y no sólo los daños materiales causados al edificio; y además dispondrán de un plazo de prescripción de quince años de acuerdo con el art. 1.964 CC<sup>2830</sup>. Debe alabarse la subsistencia de estas acciones por ser insuficientes los plazos de garantía de la LOE<sup>2831</sup>, particularmente el trienal y su cómputo desde la recepción de la obra.

Obviamente, puesto que estas acciones no eran tan decisivas en aplicación del art. 1.591 CC por el plazo de garantía decenal que se aplicaba a la amplia noción de la ruina funcional con un plazo de prescripción quincenal, lo anterior pasa porque este precepto se entienda derogado o vuelva a sus estrictos términos, que es lo que ha ocurrido<sup>2832</sup>.

---

<sup>2830</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 366. Dicho plazo se computa para algunos desde el momento de la compra, porque se considera que es este el momento desde el que se pueden ejercitar de conformidad con el art. 1.969 CC (ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 945) aunque otros sostienen el cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad contractual desde la recepción con fundamento en que este es el momento del cumplimiento de la prestación por el contratista y la aceptación por el comitente (MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 384-385) o en el art. 6 de la LOE (FUENTESECA DEGENEFTE, o.c. nota 269, p. 459). Sin embargo, en STS de 13 de julio de 1987 (RJ 5461) lo ha computado desde la manifestación del vicio. Nosotros somos partidarios de realizar el cómputo desde el momento de la compra porque estamos hablando del adquirente, que es ajeno al acto de la recepción.

<sup>2831</sup> PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254, señalando *"Y cuando aquellos plazos ya hayan finalizado, se emplearán las normas generales sobre incumplimiento ... Y habré de confesar que no me parece mal, pues considero los repetidos plazos de garantía del todo absurdos. Con las técnicas y calidades de construcción actuales, no existe razón alguna para presumir que tras diez, o tres o un años los defectos estructurales, o funcionales o de acabado son fortuitos o debidos a culpa del perjudicado"*. En análogo sentido BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 89. Esta idea podía verse en CADARSO PALAU, o.c. nota 1, p. 108 (véase nota 2796).

<sup>2832</sup> Véase epígrafe 1.5. Destacar las siguientes palabras de MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 375: *"...la genérica responsabilidad contractual del vendedor relegada a un segundo plano por el protagonismo de la acción decenal, puede recobrar ahora cierta importancia, al replegarse la interpretación extensiva del artículo 1591 del CC a la luz de la LOE como vía para otorgar una tutela adecuada a los particulares"*.

Pues bien, el Tribunal Supremo ya ha tutelado por medio de las acciones contractuales los daños cubiertos por la LOE más allá de los plazos de garantía y de prescripción de ésta<sup>2833</sup>.

Además, estas acciones derivadas del incumplimiento contractual permitirán reclamar los incumplimientos de lo específicamente pactado y los retrasos en la entrega de la obra que vimos se excluían de la LOE<sup>2834</sup>. También ampararán a los defectos constructivos que no puedan incluirse en alguna de los supuestos del art. 17, los incumplimientos de requisitos básicos de la edificación de su art. 3 a los que aquel precepto no anuda responsabilidad<sup>2835</sup>, y los defectos que hayan sido objeto de reservas y, por tanto, pospongan los plazos de garantía de la LOE hasta su subsanación<sup>2836</sup>.

Al integrarse tales requisitos básicos en el contrato de conformidad con el art. 1.258 CC se ha visto se colmaría la carencia que se había apuntado en nuestro CC que al regular la compraventa dificultaba la reparación del vendedor fabricante del inmueble en caso de no ajustarse a la *lex artis* y exigencias legales de higiene y seguridad<sup>2837</sup>. En relación

---

<sup>2833</sup> Cfr. STS de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014/1021) (véase nota 2818) que aplicó el art. 1.101 y concordantes. Antes de ella en la jurisprudencia menor en el mismo sentido véase SAP de Albacete de 11 de diciembre de 2006 (JUR 2007/66918). Dicha sentencia aunque consideró prescrita la acción de la LOE por transcurso de dos años sin acto interruptivo, estimó que subsiste la acción contractual de la comunidad de propietarios demandante frente a la promotora vendedora.

<sup>2834</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 90-91, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 366. Véase epígrafe 1 de capítulo IV.

<sup>2835</sup> Véase, respectivamente, epígrafe 1 de capítulo IV, y p. 340. Admite la reclamación a través de las acciones contractuales de los incumplimientos de los requisitos básicos excluidos de la responsabilidad del art. 17, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 136. Conviene recordar que algunos autores resaltaban que si no se incluían estos requisitos básicos en el régimen de la LOE, y sólo se otorgaban las acciones contractuales, se privaría de tales requisitos a los adquirentes que no lo sean directamente del promotor (véase p. 344). En cierta medida solucionamos lo anterior admitiendo para estos supuestos también las acciones derivadas de la responsabilidad extracontractual (véase epígrafe siguiente).

<sup>2836</sup> Véase epígrafe 2.2.1.3 de capítulo VI sobre los efectos de las reservas.

<sup>2837</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 22, nota 9, quien se refiere a MORALES MORENO, o.c. nota 2191, p. 679, quien apuntaba tal carencia.

con ello, debemos recordar que el CTE tiene carácter obligatorio y se integra en los contratos, por lo que su incumplimiento, aunque no guarde relación con los requisitos básicos a los que el art. 17 de la LOE anuda la responsabilidad, constituirá una de tipo contractual<sup>2838</sup>. Sin embargo, algunos defienden que el CTE no genera acciones sino que sólo permite conseguir el cumplimiento de los requisitos básicos de la LOE<sup>2839</sup>, con lo que no coincidimos, aunque ciertamente debe admitirse la dificultad de que el incumplimiento del CTE genere responsabilidad contractual si no estamos ante los supuestos previstos en la LOE<sup>2840</sup>.

En cuanto al régimen de estas acciones, el adquirente sólo podrá ejercitarlas frente a su vendedor, y no frente al resto de los agentes con los que no haya contratado<sup>2841</sup>. El comprador no se beneficiará de las presunciones que conllevan los plazos de garantía, esto es, no se

---

<sup>2838</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 384-385. Se refiere en general a todos los requisitos básicos del art. 3 de la LOE como generadores de responsabilidad, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 22. También contempla los efectos del CTE entre partes vinculadas contractuales CORDERO LOBATO, o.c. nota 281, pp. 86-87 y 93. Pone el ejemplo del incumplimiento de las exigencias básicas de seguridad en caso de incendio y de utilización, y que el incumplimiento del CTE incluso para las exigencias básicas relacionadas con los supuestos de responsabilidad de la LOE generará responsabilidad contractual aunque no se dé el supuesto de hecho de ésta. Se refiere a un edificio que no dé lugar a la manifestación de un defecto estructural con los requisitos del art. 17.1 a), pero sí conlleve que se incumplan las exigencias básicas relativas a la seguridad estructural. Véase p. 297 sobre el carácter obligatorio del CTE.

<sup>2839</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 195.

<sup>2840</sup> CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 1019, pp. 91-92, quienes señalan que salvo que el incumplimiento del CTE provocara la ruina o quepa esperar el promotor ser demandado por terceros adquirentes, no podrá acreditar que el incumplimiento del CTE le genera un daño real que sustente la acción de los arts. 1.101 y ss. del CC, ni tampoco podrá acreditar la frustración del contrato que le habilite a resolverlo.

<sup>2841</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 939; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 381; GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 201, p. 333; CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, p. 41; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, pp. 543-544, y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 266. Ello se pondría de manifiesto durante la tramitación parlamentaria en la que se alegó, como justificación de la enmienda que introdujo la salvedad de las acciones contractuales, que se protegía al comprador, y se evitaba alargar excesivamente los plazos de responsabilidad de los agentes de la edificación (véase nota 2811).

presumirá que el daño es debido a defectos o vicios de la construcción<sup>2842</sup>, por lo que habrá de acreditar el incumplimiento contractual del vendedor, y la relación causal del daño con el incumplimiento<sup>2843</sup>.

Aunque se ha apuntado que los adquirentes ya no se beneficiarán de la objetivación de la responsabilidad que conlleva la LOE<sup>2844</sup>, hemos de recordar el poco papel que asume la culpa actualmente en materia de contractual debido a la concepción objetiva del incumplimiento<sup>2845</sup>.

### **1.3 La Ley de Ordenación de la Edificación y la responsabilidad extracontractual**

#### **1.3.1 Las acciones extracontractuales en general**

A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad contractual a la que se refieren los apartados primero y noveno del art. 17 de la LOE para dejar claro que la responsabilidad que instaura no afecta a aquella, la responsabilidad extracontractual regulada en los arts. 1.902 y ss. del CC no es nombrada por la LOE.

A pesar de ello no se duda de la subsistencia de la responsabilidad extracontractual<sup>2846</sup>, aunque se le da un diferente alcance. Particularmente se discute si el propietario del edificio que se encuentra

---

<sup>2842</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 939. De modo análogo en referencia particular a los daños diferentes a los que cubre la LOE, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 72-73, quien señala que la mayoría de ellos requerirán la prueba de su causa. También puede verse COLINA GAREA, o.c. nota 164, p. 620, y ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 287-289.

<sup>2843</sup> Respectivamente, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 939, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.209.

<sup>2844</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 939. En parecido sentido ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.182, alude a los beneficios que se derivan del carácter objetivo de la responsabilidad.

<sup>2845</sup> Véase pp. 217-218. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 384.

<sup>2846</sup> Destacan que no es obstáculo que la LOE no se refiera a estas acciones CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 9, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 161 y 385.

legitimado por el art. 17 de la LOE puede además utilizar estas acciones extracontractuales, y si lo puede hacer para los daños materiales causados al edificio cubiertos por aquél<sup>2847</sup>.

Obviamente no se duda de que los terceros diferentes al propietario del edificio, que hemos visto no se encuentran legitimados para el ejercicio de las acciones derivadas de la LOE<sup>2848</sup>, pueden reclamar los daños que le produzcan los defectos constructivos del edificio conforme al régimen de responsabilidad extracontractual de los arts. 1.902 y ss. del CC<sup>2849</sup>.

En cuanto al adquirente, en ocasiones se negó la compatibilidad del art. 1.591 CC con las acciones extracontractuales mientras que en otras se admitió<sup>2850</sup>. Lógicamente, esta cuestión no presentaba tanto interés por la amplitud de los plazos de garantía y de prescripción que conllevaba y la amplia noción de la ruina funcional, salvo precisamente que se tratara de sujetos no legitimados pasivamente para la acción por ruina<sup>2851</sup>.

Sin embargo, con la LOE el reconocimiento de las acciones extracontractuales reporta a los adquirentes la ventaja de poder reclamar los daños transcurridos los plazos de garantía y de prescripción de aquélla, porque poseen un plazo de prescripción anual que se computa

---

<sup>2847</sup> No estudiaremos la responsabilidad del propietario del edificio frente a terceros porque el objeto de este trabajo es la responsabilidad de los agentes de la edificación. Véase sobre aquélla el art. 1.907 CC que establece la responsabilidad del propietario por los daños que cause a tercero la ruina por falta de reparaciones necesarias.

<sup>2848</sup> Véase epígrafe 1.1 de capítulo VIII.

<sup>2849</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 444; FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2103, p. 18; PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 154; CADARSO PALAU, o.c. nota 859, pp. 48-49; PASTOR VITA, o.c. nota 198, p. 85; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 358; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 330; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 161; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 644, nota 1332; ARNAU MOYA, o.c. nota 1, p. 241, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.183.

<sup>2850</sup> Dentro de las primeras, cfr. SSTs de 14 de abril de 1983 (RJ 2112), 5 de octubre de 1983 (RJ 5228), 22 de febrero de 1988 (RJ 1271) y 3 de diciembre de 1993 (RJ 9490); y dentro de las segundas, cfr. SSTs de 14 de noviembre de 1984 (RJ 5552), 1 de junio de 1985 (RJ 3620) y 22 de junio de 1990 (RJ 4861). Esta disparidad de criterios se debe, como observa MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 388, a la falta de acuerdo sobre la naturaleza de la responsabilidad decenal.

<sup>2851</sup> Véase p. 842 a propósito del subcontratista y suministrador.



desde el conocimiento del daño (art. 1.968.2º CC)<sup>2852</sup>. Concretamente, la ventaja vendría dada porque no sería necesario que el daño se manifieste en los plazos de garantía de la LOE, pero no por su plazo de prescripción anual, porque es más breve y debe presumirse un conocimiento instantáneo del daño<sup>2853</sup>.

Particularmente estas acciones serán bastante útiles al propietario del inmueble que no puede ejercitar las contractuales frente a los agentes con los que no tenga vínculo de tal clase<sup>2854</sup>, puesto que le permitirán reclamar los daños no cubiertos por la LOE frente a todos los agentes<sup>2855</sup>. La importancia de lo anterior será mayor en los supuestos de insolvencia del promotor-vendedor, porque habilitará a reclamar frente al resto de agentes los daños diferentes a los que cubre la LOE. Si no se admitiera lo anterior, el adquirente, que no dispondría de las acciones de la LOE, se encontraría en peor situación que el tercero que puede reclamar todos los daños causados por el vicio constructivo frente a los agentes<sup>2856</sup>.

---

<sup>2852</sup> Cfr. STS de 21 de julio de 2008 (RJ 4487) en cuanto al cómputo del plazo de prescripción desde el conocimiento del daño. RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 358, sostiene tal cómputo y destaca la ventaja referida. También se refiere a este cómputo del plazo de prescripción de la acción, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 952.

<sup>2853</sup> En este sentido algunos autores aunque se refieren al cómputo de la acción conforme al art. 1.968 CC, igualmente admiten el juego del art. 1.969 CC que lo contempla desde que la acción pudo ejercitarse. Nos referimos a SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, pp. 427-428. Además, hemos de recordar que el art. 1.968 también se relaciona con el último precepto porque debe presumirse un conocimiento instantáneo del daño que le permitirá accionar (véase p. 565).

<sup>2854</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.183. V.g. segunda transmisión.

<sup>2855</sup> Contemplan estas acciones para daños no cubiertos por la LOE, FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, pp. 266-267. Esta autora observamos que limita estas acciones a los daños no cubiertos por la LOE porque al tratar las acciones que caben frente a los cubiertos sólo se refiere expresamente a las contractuales (cfr. o.c. nota 191, pp. 263-267). También limita estas acciones a los daños no cubiertos, RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.479.

<sup>2856</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 949-951. Este planteamiento se debe a que ya no se puede considerar que el adquirente se subroga en las acciones que le corresponden al comitente vendedor frente al resto de los agentes por razón del contrato de obra. Véase sobre esta cuestión p. 852.

No obstante, para estos daños excluidos de la LOE también caben las acciones previstas en los arts. 148 y 149 del TRLGDCU en el caso de que estemos ante un consumidor, que además son a su vez compatibles con las derivadas del régimen extracontractual<sup>2857</sup>.

Por otro lado, de no conferirse al adquirente las acciones extracontractuales para que reclame los defectos constructivos, resultaría que sólo el tercero sería quien podría hacerlo de acuerdo con el art. 1.902 CC transcurrido el plazo al que alude el art. 1.909 CC que tradicionalmente se ha conectado con el plazo decenal del art. 1.591 CC<sup>2858</sup>, y hoy a los plazos de garantía de la LOE<sup>2859</sup>. La admisión de estas acciones más allá de los plazos de garantía de la LOE será especialmente útil en caso de insolvencia del promotor-vendedor, puesto que los daños cubiertos por la LOE no tendrán cobijo en los arts. 148 y 149 del TRLGDCU<sup>2860</sup>.

Pero es más, este régimen extracontractual aprovecharía al propietario del edificio a la hora de dirigirse al subcontratista si a éste no se le reconoce legitimación pasiva de la acción derivada de la LOE<sup>2861</sup>.

A pesar de todos los beneficios anteriores, algunos autores parecen descartar en el ámbito de la LOE la operativa de las acciones del

---

<sup>2857</sup> Véase epígrafe 2.2.2 sobre estos preceptos y sobre la compatibilidad de sus acciones con las derivadas de la responsabilidad extracontractual. Por ello, no limitamos este último régimen a los supuestos en que el accionante no sea consumidor. En contra RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 361, autor que sólo admitía la responsabilidad extracontractual como residual a la protección que dispensaba la antigua LGDCU, refiriéndose como ejemplo al promotor profesional que no ha vendido aún.

<sup>2858</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 358-359. Sobre esta posibilidad de reclamar el tercero más allá de los plazos del art. 1.909 CC, antes de entrar en vigor la LOE, puede verse CADARSO PALAU, o.c. nota 1, pp. 108-109, quien argumentaba que lo que ocurrirá es que no se presumirá la culpabilidad. También entiende que el tercero puede reclamar pasados los plazos del art. 1.909 CC, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 389. Véase en epígrafe siguiente más opiniones en el mismo sentido.

<sup>2859</sup> Véase epígrafe siguiente.

<sup>2860</sup> Véase epígrafe 2.2.2, sobre la exclusión del régimen de los arts. 148 y 149 del TRLGDCU de los daños materiales causados al edificio cubiertos por la LOE.

<sup>2861</sup> GONZÁLEZ POVEDA, o.c. nota 1177, p. 261, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 203.

adquirente basadas en la responsabilidad extracontractual, porque cuando se refieren a ésta contemplan daños materiales y personales sufridos por personas diferentes a los propietarios de la obra<sup>2862</sup>. Algún autor ha permitido el ejercicio de estas acciones por el propietario para los daños excluidos de la LOE, pero sólo en caso de que no haya adquirido del promotor y, por tanto, no disponga de las acciones contractuales, o para las demandas dirigidas frente al resto de los agentes con los tenga vínculos contractuales<sup>2863</sup>. También se ha otorgado al propietario del edificio para los daños excluidos de la LOE la acción prevista en el art. 1.909 CC<sup>2864</sup> que, como veremos en el siguiente epígrafe, se conecta a los plazos de garantía de aquélla.

A la opinión anterior oponemos, de la misma forma que hicimos al describir cómo opera la LOE sobre la responsabilidad contractual, que aquélla establece un régimen particular que se superpone a la responsabilidad extracontractual al reforzar la posición del adquirente que puede dirigirse frente a los agentes en forma solidaria y con disposición de unos seguros, pero sin que le reste posibilidades<sup>2865</sup>. Y como vimos al tratar la responsabilidad contractual, lo contrario conllevaría un mejor trato para los daños excluidos de la LOE, porque no estarían sujetos a sus

---

<sup>2862</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 425; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 407; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 444; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 422; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, o.c. nota 117, p. 154. Más claramente SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.231, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 146. excluyen la responsabilidad extracontractual para el ámbito propio de la LOE.

<sup>2863</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.183.

<sup>2864</sup> RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.479.

<sup>2865</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 931-932. También RODRÍGUEZ GUITIÁN y LÓPEZ FERNÁNDEZ, o.c. nota 614, p. 940, nota 123, porque consideran que los plazos de garantía de la LOE son una garantía mínima. Igualmente admite la compatibilidad de ambas acciones, CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 9. Véase p. 829, sobre los mismos argumentos sostenidos a propósito de la defensa de la compatibilidad de las acciones contractuales.

plazos de garantía, y por tanto, podrían resarcirse con tal de que no haya transcurrido el plazo de prescripción anual desde su producción<sup>2866</sup>.

Debemos unir, como también hicimos al tratar la responsabilidad contractual, que este planteamiento permitirá que los incumplimientos de los requisitos básicos del art. 3 de la LOE a los que su art. 17 no anuda responsabilidad, no dispongan de unas mayores posibilidades por medio de las acciones extracontractuales que los que sí dan lugar a aquélla<sup>2867</sup>.

Aunque el Tribunal Supremo aplicó los arts. 1.902 y ss. del CC a la responsabilidad del art. 1.591.1º CC, ello no constituye un argumento decisivo porque al margen de alguna sentencia que condenó al arquitecto<sup>2868</sup>, por lo general se trataba de paliar la falta de reconocimiento de la legitimación pasiva de determinados agentes, como el subcontratista y el suministrador<sup>2869</sup>.

---

<sup>2866</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 387-388. Véase p. 827 sobre tal argumento sostenido al tratar la responsabilidad contractual.

<sup>2867</sup> Admite la reclamación a través de las acciones extracontractuales de los incumplimientos de los requisitos básicos excluidos de la responsabilidad del art. 17, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 136. Véase sobre los requisitos básicos excluidos de la responsabilidad del art. 17 epígrafe 2.1.2 de capítulo V.

<sup>2868</sup> Nos referimos a la STS de 30 de enero de 1996 (RJ 740) que señaló frente al recurso del arquitecto director que había sido condenado con base en el art. 1.902 CC: *"En cualquier caso, de los hechos probados se desprenden los tres requisitos de falta de diligencia, resultado dañoso y relación de causa a efecto, exigible para aplicar el artículo 1902, absolutamente compatible con el artículo 1591, y ambos explícitamente invocados por la parte actora en su demanda"*.

<sup>2869</sup> En cuanto a la falta de legitimación del subcontratista cuando era demandado junto con el contratista, véase pp. 638 y 639, y STS de 23 de noviembre de 1985 (RJ 5634) que lo condenó por medio de la responsabilidad extracontractual. Sobre la falta de legitimación del suministrador véase nota 2166, particularmente STS de 1 de junio de 1985 (RJ 3620) que lo condenó con fundamento en el art. 1.902 CC a pesar de que en la demanda se alegaba el art. 1.591 CC. Llama la atención sobre que se trataba de suplir la falta de legitimación de estos agentes, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 386-388. Por ello no es de extrañar que SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 422, observe que la doctrina jurisprudencial recaída en aplicación del art. 1.591.1º no admitía la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 946, le otorga a estas sentencia y a la referida en la nota anterior unos efectos más generales porque se apoya en ellas para sostener la tesis de la compatibilidad.

Pues bien, el Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado sobre si el propietario puede ejercitar acciones extracontractuales para reclamar los daños cubiertos por la LOE, pero sí se ha referido a la posibilidad de ejercitarlas para los excluidos de ella<sup>2870</sup>.

En cualquier caso, la admisión por nuestra parte de tales acciones para reclamar los daños sujetos a la LOE no supone un vaciamiento de ésta porque el adquirente o el tercero ya no dispondrá de las presunciones de responsabilidad que conllevan los plazos de garantía<sup>2871</sup>, esto es, deberá acreditarse la responsabilidad, el nexo causal entre los daños y la conducta de los agentes<sup>2872</sup>. No obstante, no es necesario la prueba de la culpa de los agentes, sino el nexo causal porque lo importante también en el ámbito de la responsabilidad extracontractual es esto último<sup>2873</sup>.

---

<sup>2870</sup> Cfr. STS de 15 de julio de 2011 (RJ 5123). Conviene precisar que dicha sentencia no descarta expresamente tales acciones para los daños cubiertos por la LOE. Se trataba de una sentencia en la que no se aplica la LOE por razones temporales, y en la que se discutía la procedencia del resarcimiento de daños morales. El TS cita por contraste que éstos no tienen cabida en la LOE, pero sí en el régimen contractual o extracontractual: *“No sucede lo mismo en la Ley de Ordenación de la Edificación cuyo artículo 17 se refiere exclusivamente a los daños materiales, sobre los cuales instrumenta la responsabilidad civil de los que intervienen en la ejecución, poniendo fin a una tendencia decididamente expansiva del concepto de daños que se había producido en la jurisprudencia; razón por la que a la hora de reclamar indemnizaciones distintas deberá hacerse por medio de las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual, en su caso, dado que no existe precepto específico en la LOE que regule su resarcimiento”*.

<sup>2871</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 387, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 952.

<sup>2872</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 952. Debe tenerse en cuenta, como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 387, que mientras más tiempo haya pasado desde la terminación del inmueble más difícil será acreditar que el daño tiene su causa en un defecto constructivo

<sup>2873</sup> Cfr. STS de 20 julio de 2006 (RJ 4740): *“el art. 1902 del Código Civil ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (art. 3.1 del Código Civil) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal ya que subsume en la causa del daño la existencia de culpa; asimismo tiene declarado esta Sala que “corresponde la carga de la prueba de la base fáctica (del nexo causal) y por ende de las consecuencias desfavorables de su falta al demandante” y “en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la prueba al perjudicado que ejercita la acción” (sentencia de 6 de noviembre de 2001 [RJ 2002, 237] , citada en la de 23 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10935]); siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa*

Sin embargo, si se ejercitan la acciones estudiadas para reclamar daños derivados de defectos constructivos, diferentes a los daños materiales que ampara la LOE, pero manifestados dentro de sus plazos de garantía, deberá regir la presunción del art. 1.909 CC<sup>2874</sup>. Tal presunción imputará el defecto que aparece en el inmueble a los agentes, pero lógicamente habrá de probarse la relación causal entre el daño que se sufre diferente al causado al edificio y el defecto constructivo.

### **1.3.2 Los efectos de la Ley de Ordenación de la Edificación sobre el art. 1.909 CC**

La LOE ha tenido efectos en el art. 1.909 CC. Este precepto interpretado coordinadamente con el art. 1.907 establece que si el daño derivado de la ruina del edificio se debe a defectos constructivos, el tercero que lo sufra sólo podrá reclamar al contratista y al arquitecto dentro del tiempo legal. Esta expresión se ha considerado referida tradicionalmente al plazo decenal del art. 1.591.1º CC<sup>2875</sup>.

Pues bien, el tiempo legal a que se refiere el art. 1.909 CC debe ser ahora el de los plazos de garantía de la LOE, como ha sostenido desde un inicio la generalidad de los autores<sup>2876</sup>, y el Tribunal Supremo<sup>2877</sup>. Sin

---

*o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse (sentencia de 3 de mayo de 1995 [R] 1995, 3890] citada en la de 30 de octubre de 2002 [R] 2002, 9727) ”.*

<sup>2874</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 300-301.

<sup>2875</sup> Cfr. SSTs de 17 de febrero de 1982 (RJ 743) y 21 de abril de 1993 (RJ 3111). Se refieren a este criterio tradicional, LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 505; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 9; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, p. 287; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 217, y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, X, ed. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 294-295.

<sup>2876</sup> PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254; Díez-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 15; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, pp. 395-396; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 40; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 82; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 221; MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 292-293; FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 262; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 473; GUTIÉRREZ JEREZ, o.c. nota 330, p. 515; Parece también verlo así CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 408, al

embargo, el plazo de prescripción seguirá siendo el previsto en el art. 1.968 CC y no el del art. 18 de la LOE<sup>2878</sup>.

La conexión del art. 1.909 CC con los plazos de garantía establecidos en el art. 17 de la LOE se fundamenta en que si la remisión se entendiérase hecha al art. 1.591 CC los terceros dispondrían ilógicamente de un plazo de garantía decenal para todos los defectos<sup>2879</sup>. En este sentido los autores que sostienen la conexión del art. 1.909 con la LOE defienden la derogación del art. 1.591.1º CC<sup>2880</sup>.

Sin embargo, han habido varias opiniones contrarias a lo anterior. Algún autor defiende que el tercero no podrá beneficiarse de la responsabilidad objetiva que establece la LOE durante sus plazos de garantía que se limitan a los propietarios y a los daños materiales en el edificio, por lo que se le aplicará al primero la presunción de culpa de los

---

señalar que el precepto “...ha de ser interpretado en conexión con el artículo 17.1...”, y RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.479.

<sup>2877</sup> Cfr. STS de 21 de julio de 2008 (RJ 4487). Se trataba de un supuesto en que resultaba de aplicación por razones temporales el art. 1.591.1º CC y en el que señaló con claridad meridiana: *“La expresión tiempo legal constituye una referencia al momento en que debe aparecer el defecto para que pueda ser atribuido a los técnicos que han intervenido en la construcción que ha producido el daño; se trata, por tanto, de una remisión al plazo de garantía del artículo 1591 CC, que era el aplicable en el momento en que se produjeron los daños que se reclaman y que ahora debe entenderse efectuada a los plazos previstos en el artículo 17 de la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de ordenación de la construcción.”*

<sup>2878</sup> Cfr. STS de 21 de julio de 2008 (RJ 4487) que tras el párrafo ya extractado señala: *“Ello no quita que deba aplicarse el plazo del artículo 1968,2º CC para computar el plazo de prescripción de la acción de los terceros afectados desde que lo supo el agraviado, porque al tratarse de una responsabilidad extracontractual, debe regirse por el plazo de prescripción establecido en el citado artículo 1968,2 CC, a contar desde el momento que en él se prevé, siempre que se produzca dentro del plazo legal”*. Antes de la LOE, véase la aplicación del mismo plazo del art. 1.968 CC en STS de 21 de abril de 1993 (RJ 3111). Han sostenido el mantenimiento de tal plazo, HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 224-225; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, o.c. nota 2875, p. 295; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 505, y GUTIÉRREZ JEREZ, o.c. nota 330, p. 515.

En sentido contrario, CASADO PÉREZ, o.c. nota 664, p. 253.

<sup>2879</sup> SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 147.

<sup>2880</sup> Es el caso de MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 389. Enlaza la derogación del art. 1.591.1º CC con la remisión tratada a la LOE, FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2103, pp. 15 y ss.

agentes de la edificación durante el plazo decenal del art. 1.591.1º CC<sup>2881</sup>. También se ha defendido que la remisión debe entenderse hecha solamente al art. 17.1 a) de la LOE que establece el plazo de garantía decenal para los defectos que comprometan la estabilidad del edificio, porque el art. 1.909 CC se refiere a la ruina<sup>2882</sup>.

Por otro lado, sostenemos que el ámbito objetivo del art. 1.909 CC no debe limitarse a los edificios que regula la LOE, aunque ello suponga extender la protección de ésta a terceros respecto de obras que no tutela, porque de lo contrario estas obras excluidas se conectarían con el mayor “tiempo legal” del art. 1.591 CC<sup>2883</sup>. Además, no sólo serán resarcibles por medio del art. 1.909 CC los daños materiales ocasionados al edificio, que además puede que no afecten en modo alguno al tercero en caso de que no tenga ningún derecho sobre el edificio<sup>2884</sup>.

Los sujetos legitimados pasivamente de la acción prevista en este art. 1.909 CC serán todos los agentes de la edificación y no sólo el contratista y arquitecto a que él se refiere<sup>2885</sup>.

Por último, los terceros pueden reclamar a los agentes pasados los plazos de garantía previstos en la LOE con la cumplida prueba de la responsabilidad, como también podrán hacer los propietarios de lo

---

<sup>2881</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, pp. 330 y 333. En sentido contrario, HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 222, quien contesta expresamente que no es obstáculo a la aplicación a la responsabilidad extracontractual de los plazos de la LOE el carácter objetivo de la responsabilidad que establece ésta.

<sup>2882</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 122, pp. 624-625, quien remite el resto de supuestos en los que el perjudicado sea un tercero al art. 1.902 CC.

<sup>2883</sup> Apunta el primer argumento que no compartimos, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 390, y el segundo que compartimos, CORDERO LOBATO, o.c. nota 422, p. 348.

<sup>2884</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 390.

<sup>2885</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 390, y RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.479. En esta línea debemos recordar que somos partidarios como la mayoría de autores de que los legitimados pasivamente de la acción prevista en la LOE no son únicamente los agentes de la edificación mencionados en su art. 17 (véase epígrafe 2.1 de capítulo VIII).



edificado, aunque no podamos dejar de reconocer las enormes dificultades de prueba que tendrán para ello<sup>2886</sup>.

#### **1.4 La Ley de Ordenación de la Edificación, el contrato de obra y los demás contratos que unen al promotor con los agentes de la edificación**

De igual forma que hemos visto al tratar las acciones derivadas del contrato de compraventa<sup>2887</sup>, no se duda de que el comitente o promotor pueda reclamar con fundamento en los arts. 1.101 y ss. del CC frente al resto de los agentes de la edificación, o llegar a solicitar de acuerdo con el art. 1.124 CC la resolución del contrato de obra que le une al contratista o del contrato suscrito con los demás agentes<sup>2888</sup>.

Ello se sostiene a pesar de que el art. 17.9 de la LOE sólo se remite a las acciones del contrato de compraventa. Se argumenta que la frase inicial del art. 17.1 al salvar las responsabilidades contractuales de los agentes engloba a las acciones del contrato de obra, como también el art. 18.1 que tras establecer el plazo de prescripción bienal señala que ello es sin perjuicio de las responsabilidades contractuales<sup>2889</sup>.

No se duda de que estas acciones contractuales permitirán al promotor reclamar los incumplimientos de lo especialmente pactado que hemos visto se encuentran excluidos de la LOE<sup>2890</sup>, así como la reparación de los

---

<sup>2886</sup> Véase epígrafe anterior sobre la posibilidad de accionar por defectos manifestados tras los plazos de garantía y el régimen probatorio que exige probar el nexo causal.

<sup>2887</sup> Véase epígrafe 1.2.1.1.

<sup>2888</sup> Apuntan tales acciones ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.129, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 959.

<sup>2889</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 9.

<sup>2890</sup> Además de que iremos viendo que estos incumplimientos no se excluyen por los autores de las acciones contractuales, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 335, destaca esta admisión para este tipo de incumplimientos. Sobre la exclusión de la LOE de tales incumplimientos, véase epígrafe 1 de capítulo IV.

defectos que se pongan de manifiesto antes de la recepción de la obra que tampoco cubre aquella<sup>2891</sup>.

Ahora bien, se discute la virtualidad de estas acciones para que el promotor reclame daños cubiertos por el régimen de la LOE.

Algún autor que desecha las acciones derivadas de la compraventa para reclamar los daños amparados por la LOE, hace lo propio para el promotor propietario de alguna parte del edificio porque de lo contrario tendría un plazo de prescripción quincenal (art. 1.964 CC) mayor que el del adquirente<sup>2892</sup>.

Sin embargo, un grupo de autores contempla la posibilidad de que el comitente reclame frente al resto de los agentes sin limitarse expresamente a los defectos y daños no cubiertos por la LOE, al señalar que las acciones contractuales cubrirán legitimaciones no cubiertas por aquella, como son las del comitente frente al contratista, de éste frente a subcontratista, o del comitente frente a los técnicos<sup>2893</sup>.

Abiertamente otros admiten estas acciones contractuales del promotor también para los daños propios de la LOE<sup>2894</sup>. Se admiten aunque hayan transcurrido el plazo de garantía del art. 17 de la LOE<sup>2895</sup> o de prescripción de su art. 18<sup>2896</sup> que es aplicable a la acción de repetición del

---

<sup>2891</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 75, y SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 194. Véase epígrafe 2.1.2 de capítulo VI sobre la falta de cobertura en la LOE de los defectos manifestados antes de la recepción.

<sup>2892</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.180-1.182. No obstante, este autor salva de este planteamiento general la acción de resolución del contrato que une al promotor frente al resto de los agentes, y los incumplimientos de lo especialmente pactado, y es que estamos ante pretensiones o incumplimientos diferentes. Véase p. 822, opinión análoga de este autor sobre las acciones contractuales del comprador.

<sup>2893</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 425, y la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 408-409.

<sup>2894</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 340 y ss.; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 141; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 957-959, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 671.

<sup>2895</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 959, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 671.

promotor frente al resto de los agentes que sean responsable del daño<sup>2897</sup>. En tal sentido ha recaído algún pronunciamiento en la llamada jurisprudencia menor<sup>2898</sup>.

Estos autores, al igual que otros pronunciamientos, se han fundamentado en que la LOE en sus art. 17, 18 y 8 deja al margen las responsabilidades contractuales<sup>2899</sup>. Se argumenta que para que se excluyeran de estas responsabilidades los daños cubiertos por la LOE ésta debería haber modificado tales reglas generales de forma clara, y además que no tendría sentido que las hubiera dejado al margen si se refirieran a otros daños distintos<sup>2900</sup>. También apoya el reconocimiento de las acciones contractuales del comitente para reclamar todo tipo de daños que, a diferencia del adquirente del edificio que, como propietario, siempre estará legitimado para ejercitar la acción regulada en el art. 17 de la LOE, el promotor puede que ya no sea propietario de ninguna parte del edificio<sup>2901</sup>.

---

<sup>2896</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 93; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 420; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 959, quien añade que el plazo quincenal se computará desde la entrega de la obra conforme al art. 1.969 CC, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 671.

<sup>2897</sup> Véase epígrafe 3.4 de capítulo VIII.

<sup>2898</sup> Cfr. SAP de Murcia de 4 de junio de 2009 (JUR 302164) que revocó la sentencia de primera instancia que había desestimado la demanda del promotor por haber prescrito la acción de la LOE, ello debido a que acumuló la acción contractual sin haber transcurrido el plazo de quince años previsto en el art. 1.964 CC.

<sup>2899</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 957, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 671. Cfr. SAP de Islas Baleares de 5 de octubre de 2006 (JUR 293947), y SAP de Valencia de 30 de mayo de 2007 (JUR 260047).

<sup>2900</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 337 y 340. En sentido contrario, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.181, quien sostiene que el Legislador no podía entrar a exceptuar una por una las hipótesis en las que se plantea el posible ejercicio de las acciones contractuales.

<sup>2901</sup> Véase p. 623, en la que vimos que se le negaba tal legitimación precisamente porque el art. 17.1 de la LOE deja a salvo las responsabilidades contractuales en virtud de las que el promotor podrá dirigirse frente al resto de agentes de la edificación. En este sentido remiten las acciones del promotor no propietario al régimen general, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 199, y CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6.

Pues bien, como vimos al tratar las acciones derivadas de la compraventa, en aplicación del art. 1.591.1º CC el Tribunal Supremo admitió el ejercicio de las acciones contractuales después del plazo decenal de garantía; en tales sentencias se ha declarado que es compatible el art. 17 de la LOE con las acciones contractuales, y se ha admitido recientemente la reclamación por medio de éstas de los daños cubiertos por la LOE más allá del plazo de prescripción de ésta<sup>2902</sup>.

Debemos valorar lo anterior porque de no admitirse las acciones surgidas del contrato de obra para daños cubiertos por la LOE, y sí para los excluidos, se produciría una incoherencia del sistema al someterse a diferentes plazos unos y otros a pesar de derivar ambos del incumplimiento del contratista<sup>2903</sup>.

Además, la admisión de las acciones derivadas del contrato que suscriba el promotor con el resto de los agentes no conlleva que se vacíen las que pueda tener en tanto propietario conforme al art. 17.1 de la LOE. Y es que partimos de que los daños se pueden manifestar tras sus plazos de garantía de la LOE, pero, de igual forma que hemos visto ocurría con las acciones contractuales del adquirente, ya no se dispondrá de la presunción de carácter originario de los daños que conllevan aquéllos, por lo que se exigirá la prueba de su nexo causal con la actividad de los agentes<sup>2904</sup>.

---

<sup>2902</sup> Véase p. 830. Particularmente, allí citamos la STS de de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014/1021) en la que la promotora accionó de un hotel frente a otros agentes de la edificación con quienes había contratado.

<sup>2903</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 341. Esta incoherencia, como defensor de la tesis contraria, la salva ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.181-1.184, quien sostiene para los daños excluidos de la LOE no son aplicables los plazos de prescripción de quince años del CC sino también los de la LOE, a lo que considera que apoya que ahora el art. 1.909 CC remite los daños sufridos a los renombrados plazo. Sin embargo, aunque restándole valor, reconoce que mientras que los unidos por vínculos contractuales ejercitarán acciones de tal tipo los que no lo sean ejercitarán acciones extracontractuales, estando sujetas ambas a diferentes plazos de prescripción.

<sup>2904</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 342-344. Además, como bien apunta el autor, mientras más tiempo transcurra desde la terminación de la obra resultará más difícil conseguir la condena de los agentes porque aumentará la sospecha de que los defectos se deben a la mala utilización del inmueble. También puede verse ESTRUCH

No obstante, dado que el promotor puede no ser ya el propietario de ninguna parte del edificio, algunos autores sostienen que su interés al ejercitar estas acciones contractuales no puede ser otro que el de resarcirse de lo satisfecho a los adquirentes mediante la acción de repetición frente a los demás agentes<sup>2905</sup>, mientras que otros marcan la diferencia entre la acción de repetición y la acción derivada del negocio que une a los agentes entre sí<sup>2906</sup>. Nosotros apreciamos que la admisión de estas acciones contractuales del promotor al margen de que haya indemnizado a los adquirentes puede colisionar con las que éstos ejerciten frente a los agentes de la edificación en el caso de que se tramiten pleitos paralelos reclamando lo mismo, ante cuya eventualidad deberá darse preferencia a la de los adquirentes<sup>2907</sup>.

En cuanto al régimen de estas acciones, al margen de lo ya dicho sobre la necesidad de probar el nexo causal, a pesar de que algún autor ha destacado que ya no se estará ante una responsabilidad objetiva como acontece con la de la LOE, no observamos una notablemente diferencia en cuanto a la culpa debido a la concepción objetiva del incumplimiento imperante<sup>2908</sup>.

---

ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 971, llamando la atención sobre la necesidad de probar el incumplimiento y sobre su mayor dificultad a más tiempo transcurrido.

<sup>2905</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 102, pp. 38-39. En análogo sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 383.

<sup>2906</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 195,

<sup>2907</sup> V.g. promotor no propietario que reclama los defectos de inmueble que ha vendido, defectos que a su vez reclama su propietario frente al resto de los agentes de la edificación.

Además, como señala RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 336, aunque no se ejerciten a la vez, si el promotor no propietario reclama daños que exijan la realización de reparaciones en el edificio, el adquirente puede oponerse a ellas, en cuyo caso se transformará el cumplimiento *in natura* en una obligación de indemnizar.

<sup>2908</sup> Nos referimos a RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 337, quien señala que ya no se dispondrá de una responsabilidad objetiva como es la de la LOE, y que en el contrato de obra únicamente operará una presunción de culpa por razón de la obligación de resultado del contratista. Sobre este particular recordamos que al margen de la identificación o no de la obligación de resultado con los sistemas objetivos de responsabilidad, en ellas se imputa el incumplimiento en cierta medida de forma independiente al grado de diligencia (véase pp. 212-213, y 217-218). En el mismo

Los sujetos legitimados para ejercitar estas acciones derivadas del contrato de obra serán sólo los promotores<sup>2909</sup>. Ello se debe a que se excluye que el adquirente con la venta suceda al dueño de la obra en todos los derechos y acciones que le competen por razón del contrato de obra, como hemos visto que hacía el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1.591.1º CC para fundamentar la legitimación del primero<sup>2910</sup>. Se apoyan los autores además de en el genérico principio de relatividad de los contratos del art. 1.257 CC<sup>2911</sup>, en que la LOE ya ha permitido demandar a todos los agentes de la edificación llenando la laguna que existía, y que para el resto de los daños no cubiertos por ella existen otras vías como la legislación de protección de consumidores y usuarios<sup>2912</sup>.

Efectivamente, para los daños excluidos de la LOE cabrán las acciones previstas en los arts. 148 y 149 del TRLGDCU en el caso de que estemos ante un consumidor<sup>2913</sup>, y al margen de la condición de consumidor del accionante, pervivirán las acciones contractuales frente al vendedor o las extracontractuales frente al resto de agentes<sup>2914</sup>.

---

sentido que nosotros sobre el escaso papel de la culpa en la responsabilidad de los agentes de la edificación, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 384.

<sup>2909</sup> En sentido contrario, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 338-339 y 342, nota 70, quien además de considerar como legitimado al promotor profesional y al autopromotor, otorga tal legitimación a los compradores en casos de venta sobre plano. Argumenta que estos casos participan de la naturaleza de un contrato de obra, aunque se rijan por las normas de la compraventa a otros efectos.

<sup>2910</sup> Véase epígrafe 1.6 de capítulo I.

<sup>2911</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 382.

<sup>2912</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 353-356. Se plantea la admisión de la cesión de acciones para el caso de incumplimientos de lo especialmente pactado, pero también lo descarta argumentando que la jurisprudencia no ha tenido la necesidad de sostener una cesión de acciones para este tipo de incumplimientos.

<sup>2913</sup> Véase epígrafe 2.2.2.

<sup>2914</sup> Véase respectivamente epígrafes 1.2.1.2.3 y 1.3.1.

## **1.5 La vigencia o derogación del art. 1.591 CC, y los efectos de la Ley de Ordenación de la Edificación sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

### **1.5.1 Introducción**

Hemos de recordar que la LOE no es retroactiva, por lo que no resulta aplicable a las obras ejecutadas de acuerdo con licencias solicitadas antes del 6 de mayo de 2000<sup>2915</sup>. Igualmente apuntamos que la irretroactividad de la LOE junto con el gran número de solicitudes de licencia que se realizaron para evitar la imposición de sus seguros conllevará la existencia de un gran número de edificios a los que se les deba aplicar el art. 1.591 CC durante mucho tiempo dada la duración de los plazos de garantía y de prescripción aplicables, lo que genera una duplicidad de regímenes que ha sido objeto de críticas<sup>2916</sup>.

Por lo anterior, resolveremos si el art. 1.591.1º CC se encuentra derogado, pero también si la jurisprudencia que lo interpreta, particularmente la que da una gran amplitud a la ruina funcional, se ve afectada o no por la nueva norma.

Pues bien, la disposición derogatoria primera de la LOE, que es la única que interesa a estos efectos, se limita a señalar que quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a ella, sin especificar las concretas disposiciones, lo que obliga a determinar de acuerdo con el art. 2.2 CC cuáles inciden sobre la misma materia y son incompatibles<sup>2917</sup>.

De lo anterior se deriva que el art. 1.591 CC no ha sido derogado expresamente por la LOE, por lo que el debate se centra en determinar si

---

<sup>2915</sup> Véase epígrafe 8.2.3 de capítulo II sobre tal irretroactividad.

<sup>2916</sup> Véase epígrafe 8.2.1 de capítulo II.

<sup>2917</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 580.

lo ha sido tácitamente<sup>2918</sup>. La inseguridad jurídica que conlleva esta falta de derogación ha sido fuertemente criticada incluso desde la tramitación parlamentaria<sup>2919</sup>, y es que fue rechazada una enmienda que perseguía la derogación precisamente por tales razones de seguridad jurídica<sup>2920</sup>.

Debido a esta falta de derogación expresa, tras la entrada en vigor de la LOE se generó un debate acerca de si se encontraba derogado o no el referido precepto, a lo que se unía que su art. 17.1 dejaba a salvo las acciones contractuales y el art. 1.591 CC se encuentra en sede de contrato de obra<sup>2921</sup>. También ha animado esta discusión la limitación de la LOE a los daños materiales que sufre el edificio lo que hace necesario buscar otras vías para resarcir el resto de daños, así como la exclusión de ella (art. 2.2) de ciertas edificaciones, como son las de escasa entidad

---

<sup>2918</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 426, y O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 493. Como motivo de esta falta de derogación se ha señalado por un numeroso grupo de autores que de lo contrario se hubiera hecho necesario el paso de la LOE por la Comisión General de Codificación. Entre ellos, PANTALEÓN PRIETO, o.c. nota 254; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 9; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 27; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 350; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 962, y GUTIÉRREZ JEREZ, o.c. nota 330, p. 514.

<sup>2919</sup> Cfr. intervención del representante del Grupo Parlamentario socialista Sr. Morlán Gracia (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 235, de 29 de abril de 1999, p. 12.581): *“¿A quién va a haber que hacer caso, a una ley de aspecto general como el Código Civil que contempla la exigencia de responsabilidades con carácter global o a una ley específica, como es la Ley de ordenación de la edificación, que hace referencia a un aspecto muy concreto de las exigencias de la responsabilidad? Eso, quiéralo o no señor ministro —y seguro que usted lo sabe, porque se lo han dicho— va a generar inseguridad en todos aquellos que tengan que llevar a cabo algún tipo de reclamación en el momento que reciben las obras que se han construido cuando tengan algún tipo de defecto o vicio”*.

Entre otros, reprochan la inseguridad jurídica generada, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, o.c. nota 393, p. 2.302; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 407; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 9; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 440; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, p. 309; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 32-33, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.211.

<sup>2920</sup> Enmienda número 33 del Grupo parlamentario Vasco (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999). En cuanto a su rechazo, cfr. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisión de Infraestructuras, núm. 709, de 15 de junio de 1999, p. 20.369.

<sup>2921</sup> Se refieren a estos dos motivos CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 426, y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 266. También apuntan la falta de derogación como motivo, CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 55, y CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 439.



constructiva y sencillez técnica que se desarrollen en una sola planta y no tengan carácter residencia ni público<sup>2922</sup>.

Debemos tener presente, como ha destacado un numeroso grupo de autores, que el art. 1.591.1º CC sin el ropaje jurisprudencial no es contrario a la LOE porque se limita a establecer la responsabilidad del contratista o arquitecto para el caso de ruina física producida en el plazo decenal, del mismo modo que hace el art. 17.1 a) de la segunda en el que tales defectos constitutivos de la ruina física también se someten al plazo decenal<sup>2923</sup>. Así, se sostiene por estos autores que el contenido del art. 1.591.1º CC está absorbido por el art. 17.1 a) de la LOE<sup>2924</sup>.

En cambio, lo que sí es contrario a la LOE es el plazo de prescripción quincenal que se aplica a la acción de responsabilidad por ruina porque aquélla establece en su art. 18 uno bienal<sup>2925</sup>. No obstante, ciertamente tal plazo quincenal no deriva del art. 1.591.1º CC sino del art. 1.964 CC<sup>2926</sup>.

Por la razón de que las referidas contradicciones con la LOE derivan de la jurisprudencia, se ha advertido que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo del art. 1.591.1º CC en realidad no es tal, y que lo importante es determinar si los arts. 17 y 18 la LOE han legitimado o deslegitimado tal jurisprudencia, a lo que no afectará la vigencia o derogación de aquél<sup>2927</sup>. En parecido sentido, otros también restan valor a

---

<sup>2922</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 962-963.

<sup>2923</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 426; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 409-410. En análogo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 352-354; SALA SÁNCHEZ y SALA ATIENZA, o.c. nota 354, pp. 575-576; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.175, y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 260, nota 22.

<sup>2924</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 426-427; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 410. En análogo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 353; QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, p. 357, y ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.175. También puede verse VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.446, y GUTIÉRREZ JEREZ, o.c. nota 330, p. 515.

<sup>2925</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 426-427.

<sup>2926</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5, poniendo la atención en que en nada afectaría a esta cuestión la vigencia o no del art. 1.591.1º del CC.

<sup>2927</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, pp. 3-4. En análogo sentido, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 426; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ

la derogación tratada porque observan que ya no cabrá tras la LOE extender el art. 1.591.1º CC a los adquirentes, porque al haber especificado aquélla qué daños y durante qué plazos se pueden reclamar a todos los agentes de la edificación, los efectos del precepto ahora deben situarse en el estricto ámbito del contrato de obra<sup>2928</sup>.

Pues bien, la importancia de la deslegitimación de la jurisprudencia radica en que el plazo decenal del art. 1.591.1º CC en su interpretación dada por el Alto Tribunal se aplica a la amplia gama de defectos constitutivos de ruina funcional<sup>2929</sup>, a diferencia de la LOE cuyo art. 17.1 a) reserva el plazo decenal para los defectos que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, a lo que se une la diferente duración de los plazos de prescripción referida arriba.

### **1.5.2 El debate acerca de la derogación del art. 1.591.1º CC o su vigencia residual**

Ha existido división de opiniones en torno a la derogación del art. 1.591.1º CC, porque así como unos la sostienen, otros defienden su vigencia residual para todo lo no regulado por la LOE<sup>2930</sup>.

---

CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 409-410. En sentido parecido, SALA SÁNCHEZ y SALA ATIENZA, o.c. nota 354, pp. 575-576, y LÓPEZ RICHART, o.c. nota 254, p. 24.

Como dice MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 352, más que derogación tácita del art. 1.591 CC, lo que debe resolverse es si la jurisprudencia debe rectificarse o no. También destacan que lo importante es la legitimación o deslegitimación de las reglas jurisprudenciales, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 36, y FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 260, nota 22.

<sup>2928</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 965.

<sup>2929</sup> Recordamos en este punto que la aplicación del art. 1.591 a supuestos diferentes a los de la ruina física mediante la noción de la ruina funcional se refería con la famosa frase: “*defectos de la construcción que por exceder de imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato de obra*”. Cfr. epígrafe 1.3 de capítulo I.

<sup>2930</sup> Sin embargo, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 333, defiende su vigencia para el mismo ámbito, al proponer una responsabilidad objetiva durante los plazos de la LOE y tras ellos una responsabilidad subjetiva decenal.

Por tanto, resulta claro para los autores que a las edificaciones sometidas por razones temporales a la LOE no resultan aplicables las reglas jurisprudenciales de la ruina funcional sometida al plazo decenal de garantía con su plazo de prescripción quincenal, en tanto que son contrarias a la nueva norma<sup>2931</sup>. Ello se argumenta en que el Tribunal Supremo desarrolló el art. 1.591.1º CC movido por razones de protección de los adquirentes, y puesto la LOE establece un régimen de protección de los adquirentes, debe desecharse la doctrina jurisprudencial en lo que sea contraria a ésta<sup>2932</sup>.

Particularmente se rechaza que tras los plazos de garantía de la LOE se pueda acudir al plazo decenal del art. 1.591.1º para reclamar los defectos incluidos en la responsabilidad trienal y que se identifican con la ruina funcional<sup>2933</sup>, reclamación que se articulará con la responsabilidad contractual en general<sup>2934</sup>. Ello se debe a que el mantenimiento de las acciones contractuales para el ámbito de la LOE no vaciará a ésta porque tales acciones exigen que medie contrato entre las partes, mientras que si se permite la vigencia de la ruina funcional con plazo decenal se dejará

---

<sup>2931</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 4; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 427; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 411. También puede verse SALA SÁNCHEZ y SALA ATIENZA, o.c. nota 354, p. 576.

<sup>2932</sup> CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 427, alude a “una labor de creación judicial de Derecho...”, refiriendo entre otras razones, la insuficiencia de las acciones de saneamiento por vicios ocultos previstas en los arts. 1.484 y ss. del CC, con su breve plazo de seis meses previsto en el art. 1.490 CC (véase pp. 21-22); la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 410-411. En parecido sentido, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 964-965, sin que sea óbice esta opinión la limitación de la LOE a los daños materiales, porque se aprecia que ello confirma el cambio que realiza el legislador respecto de la situación anterior.

<sup>2933</sup> VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.395; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, pp. 34 y 35, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 351. También considera que la remisión del art. 17.1 a las acciones contractuales no puede servir de fundamento para sostener la pervivencia del art. 1.591, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 44.

<sup>2934</sup> Véase epígrafe 1.2.1.2.3

sin efecto la nueva norma porque la responsabilidad decenal admite legitimaciones pasivas más allá de los vínculos contractuales<sup>2935</sup>.

A estos planteamientos ha dado la razón el Tribunal Supremo al rechazar que en el ámbito temporal de la LOE sea aplicable el art. 1.591 CC para reclamar defectos más allá del plazo de prescripción de la primera, porque se considera que ha venido a sustituirlo, sin perjuicio de que subsistan las acciones de responsabilidad contractual para reclamar frente a los sujetos ligados por contrato<sup>2936</sup>.

Dicho lo anterior, son muchos autores los que han sostenido la derogación del art. 1.591.1º CC<sup>2937</sup>. Se fundamenta su derogación tácita en que recoge idéntico supuesto de la responsabilidad por ruina que el art. 17.1 a) de la LOE, y que ésta es una ley posterior<sup>2938</sup>. En este sentido,

---

<sup>2935</sup> Señalan que la aplicación del art. 1.591.1º dejaría sin efecto la LOE, VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.395, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 351.

<sup>2936</sup> Cfr. STS de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014/1021) dictada sobre unos defectos de insonorización y de incumplimiento de normativa contraincendios de un hotel para el que se había solicitado la licencia de obra con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE. Se trataba de un supuesto en el que había prescrito al acción de la LOE. Dicha sentencia estimó el recurso de casación de unos agentes que habían sido condenados con fundamento en el art. 1.591 CC, puesto que no tenían vínculo contractual con el actor, pero desestimó el recurso de otros porque a pesar de haber prescrito la acción derivada de la LOE estaban unidos por medio de contrato con el actor. Señala esta sentencia en referencia a la LOE: *“Esta norma no ha venido a superponer al régimen anterior de responsabilidad por ruina del art. 1591 CC, el previsto en el art. 17 LOE para los llamados agentes de la edificación, sino a sustituirlo, sin perjuicio de la subsistencia de las acciones de responsabilidad civil contractual”*.

<sup>2937</sup> Entre ellos, GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.700-2.701; CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 440; GARCÍA VARELA, o.c. nota 236, p. 4; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 181; VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.398; CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6; CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, pp. 406-409; FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2103, pp. 15-16; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 274 y ss.; PRENDES CARRIL, o.c. nota 14, pp. 36 y 37; VIGO MORANCHO, o.c. nota 590, p. 1.446; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, o.c. nota 14, p. 95; GARCÍA MACHO y BLASCO DÍAZ, o.c. nota 45, pp. 193-194; FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, pp. 465-466; GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p.439; QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, pp. 355-356; RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 199; GÓMEZ PERALS, o.c. nota 199, p. 336; SIERRA GIL DE LA CUESTA, o.c. nota 212, p. 410; DÍAZ BARCO, o.c. nota 42, p. 146, y GUTIÉRREZ JEREZ, o.c. nota 330, pp. 513-514.

<sup>2938</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 408; en análogo sentido, se refiere a la coincidencia de supuestos, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.174-1.175, añadiendo

debemos tener en cuenta que la LOE trata los diferentes temas que abordó el Tribunal Supremo<sup>2939</sup>.

Ciertamente se produciría una colisión entre ambas normas, porque se opone a la LOE la amplitud de la ruina funcional con su plazo de garantía decenal y el plazo de prescripción quincenal que se le aplicaba<sup>2940</sup>.

También se ha alegado a favor de esta tesis la Exposición de Motivos de la LOE que se refiere a la discrepancia entre el Código civil y la realidad social<sup>2941</sup>; o su disposición transitoria primera que al excluir de ella las obras anteriores confirma la derogación del art. 1.591 CC<sup>2942</sup>. Sin

---

que ello es tanto en su interpretación ampliada porque se considera que el art. 1.591.1º se aplica a los mismos defectos que la LOE, como en su literalidad porque en el art. 17.1 a) se encuentran los defectos estructurales. Incluso algunos autores que no sostienen la derogación del art. 1.591.1º CC se refieren a esta coincidencia de supuestos tanto en su interpretación literal como en su desarrollo jurisprudencial, como es DÍEZ-PICAZO L., o.c. nota 4, p. 396.

<sup>2939</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 274-275, quien señala que frente al art. 1.591.1º ahora se regula la responsabilidad no sólo del contratista y del arquitecto, sino de todos los agentes aunque no hayan vínculos contractuales; que se concreta qué se entiende por edificio; que la jurisprudencia ha determinado que se entiende por ruina y ha establecido los vínculos de responsabilidad, las reglas probatorias y las causas de exoneración, lo que también ahora es objeto de tratamiento por la LOE, que además ha concretado los daños a los que se les aplica este régimen particular de responsabilidad con su reglas probatorias, causas de exoneración y solidaridad. En análogo sentido, DÍAZ-BARCO, o.c., p. 147.

<sup>2940</sup> CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 440, y FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2103, pp. 15 y 16. En parecido sentido, señalan que simplemente son contrarias tales normas, GARCÍA VARELA, o.c. nota 236, p. 4; FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 466, y RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.117. También puede verse, RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 199, para quien la regulación novedosa de la responsabilidad por defectos constructivos que supone la LOE que hace imposible aplicar las dos normas.

<sup>2941</sup> FUENTESECA DEGENEFFE, o.c. nota 269, p. 466; VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, pp. 1.396-1.397; QUECEDO ARACIL, o.c. nota 382, p. 344, y GONZÁLEZ PÉREZ, o.c. nota 274, p. 579.

<sup>2942</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 3, quien por ello señala que el art. 1.591.1º CC sólo posee una eficacia transitoria (véase epígrafe 1.5.4 sobre el alcance de esta eficacia transitoria. En análogo sentido, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 185, quienes expresan que esta disposición transitoria *“permite sostener que existe un antes y un después en esta materia y que la LOE deja sin contenido el art. 1.591”*.

En sentido contrario, deriva de la irretroactividad la falta de derogación del art. 1.591.1º, GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 356, confundiendo la retroactividad con la

embargo, no consideramos sostenible como argumento que de no derogarse el art. 1.591.1º CC se daría la incoherencia de que el seguro previsto en la LOE se aplicara a los daños materiales causados en el edificio de acuerdo con su art. 17, pero no al resto de daños causados por ruina<sup>2943</sup>, porque no es imprescindible que toda la responsabilidad se encuentre asegurada.

La postura que defiende la vigencia residual del art. 1.591.1º CC acude al alcance limitado de la LOE, y sostiene su pervivencia en el ámbito negativo de ésta, es decir, para los defectos constructivos, daños, obras y otras legitimaciones no cubiertas por la nueva norma. Se argumenta que el art. 1.591.1º CC no puede haberse derogado tácitamente porque no coincide plenamente su ámbito material con el de la LOE<sup>2944</sup>, o en parecido sentido que aquél es una norma general frente a su art. 17<sup>2945</sup>.

Por este camino, son muchos los que permiten la vigencia del art. 1.591.1º CC para los daños no cubiertos por la LOE<sup>2946</sup>. Se fundamenta lo

---

derogación, cuando es compatible la derogación de una norma por otra con la irretroactividad de ésta. También apreciamos dicha confusión en MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, p. 470.

<sup>2943</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, o.c. nota 27, p. 409, y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 283, nota 31.

<sup>2944</sup> LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 188; MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, pp. 470-71; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 39; CADARSO PALAU, o.c. nota 859, pp. 55-56; ABASCAL MONEDERO, o.c. nota 1, p. 134; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 965, y O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 494. En el alcance limitado de la LOE aprecia con acierto CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5, *“los argumentos más enjundiosos que se utilizan para declarar en vigor el art. 1591 CC...”*.

<sup>2945</sup> LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.625; TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 43; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.213; LEÓN-CASTRO ALONSO, o.c. nota 675, p. 2.672; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 482. Este planteamiento también se acoge en algunos pronunciamientos de la jurisprudencia menor, como es la SAP de Madrid de 16 de noviembre de 2009 (AC 2010/92), y la SAP de Zamora de 13 de abril de 2012 (JUR 158620). En parecido sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, pp. 674-675, quien observa que la intención del legislador más que derogarlo es desplazarlo en el ámbito de aplicación de ésta.

<sup>2946</sup> Entre ellos, pueden citarse a Díez-PICAZO L., o.c. nota 1, p. 14; LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 188; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 10; TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 46; ALARCÓN FIDALGO, o.c. nota 284, p. 106; MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, pp. 470-71; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 484; SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 332; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1,

anterior en que el art. 17.1 de la LOE salva la aplicación del régimen contractual<sup>2947</sup>, o en el rechazo de la enmienda que pretendía su derogación<sup>2948</sup>.

Sin embargo, esto plantea la contradicción de que los daños excluidos de la LOE tengan plazos de garantía y de prescripción mayores que los incluidos, de lo que son conscientes estos autores<sup>2949</sup>, y lo que le reprocha el otro sector, como veremos.

También se ha mantenido la vigencia del art. 1.591.1º para los defectos constructivos que no puedan encajarse en las responsabilidades decenal y trienal previstas en las letras a) y b) del art. 17.1 de la LOE<sup>2950</sup>. Incluso algunos han derivado a aquel precepto los incumplimientos de los requisitos básicos a los que el art. 17.1 de la LOE no anuda

---

pp. 34 y 35; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.213; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 494; ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 251, p. 543, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 672. También lo permiten RODRÍGUEZ GUITIÁN y LÓPEZ FERNÁNDEZ, o.c. nota 614, pp. 939-942, aunque sólo para los casos en que no se pueda tampoco reclamar por medio del art. 149 del TRLGDCU que se limita a viviendas.

En la jurisprudencia menor, ha apreciado esta vigencia residual para daños no cubiertos la SAP de Zamora de 13 de abril de 2012 (JUR 158620).

<sup>2947</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 333; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 494; CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 10. No obstante, la primera autora también se plantea la posible compatibilidad entre la LOE y el art. 1.591.1º siempre que a éste no se aplique la tendencia a la objetivación de la responsabilidad que aplica la jurisprudencia, de tal manera que durante los plazos de la LOE exista una responsabilidad objetiva, y tras ellos una subjetiva.

<sup>2948</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 333; BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 77, nota 74. También lo observamos implícito en MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, p. 470, y DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 484. Véase sobre tal enmienda epígrafe anterior.

<sup>2949</sup> Es el caso de SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 332; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 36. CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 56, argumenta que a pesar de las contradicciones valorativas que se pueden dar, las derogaciones tácitas no son genuinas derogaciones sino una resolución de antinomias que entra más dentro del terreno de la labor interpretativa, de ahí que choque esta derogación tácita con el respeto a la seguridad jurídica y con los límites de la potestad jurisdiccional, arguyendo el art. 117.3 de la CE, además del art. 9.3 del mismo cuerpo.

<sup>2950</sup> LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.625; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, o.c. nota 19, p. 482, y GARCÍA MAS, o.c. nota 283, pp. 668-669.

responsabilidad<sup>2951</sup>, que ya hemos sostenido que darán lugar a la responsabilidad contractual o extracontractual<sup>2952</sup>.

Igualmente se ha algunos defienden la vigencia del art. 1.591 CC para las edificaciones excluidas de la LOE<sup>2953</sup>. Estos autores no acuden a la aplicación analógica de la LOE a esta obras como hemos visto que sí hacen muchos para evitar lo ilógico de conferirles la dualidad de plazos de garantía y prescripción amplios que conlleva el art. 1.591.1º CC<sup>2954</sup>.

Se basa la vigencia del art. 1.591 CC en que no se opone a la LOE puesto que ésta en su art. 2.2 excluye de su ámbito las obras sencillas que no tengan carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta, por lo que aquél no puede considerarse derogado por ella<sup>2955</sup>. Por

---

<sup>2951</sup> HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, pp. 376-377, quien se refiere concretamente a los defectos que ocasionen incumplimiento de los requisitos básicos relativos a la seguridad regulados en el art. 3.1 b) de la LOE, de los que no se cubre por el art. 17 la responsabilidad derivada de la falta de los requisitos relativos a la seguridad de utilización y en caso de incendio de los apartados segundo y tercero del primer precepto; y a los incumplimientos de los requisitos básicos de funcionalidad que tampoco reciben tutela en el mencionado art. 17. No obstante, en cuanto a la inclusión de éstos por la vía de los otros aspectos funcionales de los elementos constructivos del art. 3.1 c), véase pp. 371 y ss.

<sup>2952</sup> Véase pp. 834 y 842.

<sup>2953</sup> Estos autores son conscientes de que el concepto amplio de edificio que maneja la LOE en su art. 2, deja poco margen para el art. 1.591.1º CC. Cfr. SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 966, y GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 356. En la llamada jurisprudencia menor véase la SAP de Zamora de 13 de abril de 2012 (JUR 158620) que aplica el art. 1.591 CC para edificaciones excluidas del art. 2 de la LOE.

<sup>2954</sup> Sobre los autores que defienden tal aplicación analógica, véase epígrafe 7.3 de capítulo II sobre las obras de escasa entidad; epígrafe 7.4.1 del mismo capítulo sobre obras en edificios preexistentes que no alteran la configuración arquitectónica, y epígrafe 7.6 del renombrado capítulo sobre obras diferentes a edificios.

Sostienen la aplicación del art. 1.591 CC a las obras excluidas de la LOE, TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 46; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 674, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 38, quien se opone a la aplicación analógica de la LOE a las edificaciones que ésta ha excluido. En parecido sentido O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 500, quien es contrario a se aplique el plazo de prescripción del art. 18 a las obras excluidas de la LOE.

<sup>2955</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 329. En análogo sentido, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, o.c. nota 391, pp. 420-421, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 965-967, Sin embargo, este autor limita el alcance del art. 1.591.1º CC a la ruina física (véase p. 865). Otros señalan simplemente que tales obras están excluidas de la LOE pero no del art. 1.591 CC, como es el caso de ALMAGRO NOSETE, o.c. nota 251, p. 543.



el mismo camino se sostiene la aplicación del art. 1.591.1º CC a las construcciones diferentes a los edificios que se consideran excluidas de la LOE, como son las infraestructuras<sup>2956</sup>.

El sector contrario a la vigencia residual del art. 1.591.1º CC reprocha a la postura anterior que parte incorrectamente de que la LOE es una ley especial y aquél una ley general. Se pone de relieve que lo que el art. 1.591 CC establece es una responsabilidad por ruina debida a vicios de la construcción o del suelo, y otra cosa es su ensanchamiento por la jurisprudencia en aras de proteger a los adquirentes<sup>2957</sup>. También se opone que aplicar el art. 1.591.1º CC a lo excluido de la LOE iría en contra del legislador que ha dado respuesta a la situación anterior que conllevó aquella jurisprudencia<sup>2958</sup>.

Por otro lado, no se considera suficiente para la vigencia del precepto en cuestión la remisión que hace el art. 17 de la LOE a las responsabilidades contractuales porque ésta no alude en ningún momento al art. 1.591 CC, y sí a otros preceptos sobre responsabilidad contractual como el art. 1.484 CC y demás legislación aplicable a la compraventa<sup>2959</sup>. Además, se entiende que la remisión del art. art. 17.1 a las responsabilidades contractuales de los agentes se limita a las acciones generales por incumplimiento contractual (arts. 1.101 y 1.124 CC), de tal manera que la LOE hace lo mismo que hacía la jurisprudencia

---

También pueden verse O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 494; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 356, y MARTÍ FERRER, o.c. nota 310, p. 471, nota 9.

<sup>2956</sup> LACABA SÁNCHEZ, o.c. nota 382, p. 1.625; GARCÍA MAS, o.c. nota 283, p. 668, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 34. También parece entenderlo así LASARTE ÁLVAREZ, o.c. nota 1, p. 257.

<sup>2957</sup> SALA SÁNCHEZ, o.c. nota 97, p. 568. En esta línea, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 278-279, quien observa que el art. 17 es más amplio porque no se limita a la ruina ni tampoco al contratista y arquitecto con quien tenga vínculo contractual el comitente como hacía el art. 1.591 CC.

<sup>2958</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.176-1.177.

<sup>2959</sup> FUENTESECA DEGENEFTE, o.c. nota 269, p. 466, y RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 281.

al declarar compatibles las acciones derivadas del art. 1.591.1º CC y aquéllas<sup>2960</sup>.

Particularmente, en cuanto a la pretendida aplicación del art. 1.591.1º CC a los defectos constructivos no incluidos en la LOE, se defiende que los incumplimientos de los requisitos básicos de funcionalidad que no se conectan con el art. 17 de la LOE se limitarán al ámbito contractual<sup>2961</sup>. Otros señalan la falta de justificación de la diferencia de trato que supondría aplicar a los defectos excluidos de la LOE la doctrina jurisprudencial sobre el art. 1.591.1º CC<sup>2962</sup>.

También este sector contrario a la vigencia residual del art. 1.591.1º CC se opone a su aplicación a los daños no cubiertos por la LOE, y los deriva a las acciones del régimen general de incumplimiento de las obligaciones<sup>2963</sup> o también al régimen extracontractual<sup>2964</sup>. Se argumenta que el art. 1.591 CC estaba previsto sólo para daños causados al propio edificio<sup>2965</sup>, que su vigencia para el resto supondría contradecir la LOE<sup>2966</sup>,

---

<sup>2960</sup> VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.397.

<sup>2961</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 271-272.

<sup>2962</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 351, quien pone el ejemplo de defectos en elementos estructurales que no comprometan la resistencia mecánica y estabilidad el edificio como exige el art. 17.1 a). En parecido sentido, HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 180-181, señala que no puede sostenerse que los defectos no estructurales que no encajen dentro de los defectos de habitabilidad puedan someterse al plazo decenal por la vía de conceptualarlos como ruina funcional, porque ello va en contra de la decisión del legislador de limitar el plazo de garantía a los defectos que no sean estructurales.

<sup>2963</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5, para quien aunque es absurdo que los daños no cubiertos por la LOE dispusieran de mayor plazo de prescripción, se llegaría al mismo resultado en caso de derivarlos al art. 1.591.1º CC, y HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, p. 179.

<sup>2964</sup> VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, pp. 1.397-1.398; RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 275; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.176; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 189, quienes destacan la utilidad que tendrán para reclamar estos daños excluidos de la LOE frente a todos los agentes, porque por medio de las acciones contractuales sólo se puede reclamar frente al promotor.

<sup>2965</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 275, quien señala que la LOE ha resuelto la cuestión que planteaba el art. 1.591.1º acerca de cuáles eran los daños resarcibles, limitando las particulares reglas probatorias de este régimen y la solidaridad que se establece a los daños materiales. Este autor es contrario a la aplicación del art. 1.591 a los daños diferentes a los producidos al edificio (véase p. 49). En modo análogo,

y sería absurdo aplicar a estos daños que no afectan al edificio un régimen de plazos de garantía y de prescripción más beneficiosos<sup>2967</sup>.

Por las mismas razones de diferencia de trato injustificado, este sector se opone a que el art. 1.591.1º CC se aplique a las edificaciones excluidas de la LOE que, en cualquier caso, ya sabemos que serán muy pocas<sup>2968</sup>. Esta contradicción incluso lleva a autores que sostienen la vigencia residual del art. 1.591.1º, a limitarla a la ruina física para estas edificaciones excluidas de la LOE, y a remitir el resto de daños que no produzcan ruina a las acciones contractuales o extracontractuales<sup>2969</sup>. También se ha sostenido que aplicar el art. 1.591.1º CC a las edificaciones excluidas de la LOE conllevaría darse una versión diferente de lo que se considera edificio<sup>2970</sup>.

---

GUTIÉRREZ JEREZ, o.c. nota 330, p. 515. También se ha señalado por VICENTE DOMINGO, o.c. nota 68, p. 1.398, que este precepto estaba pensado para los daños al propio edificio.

<sup>2966</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 189, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 968.

<sup>2967</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 281-282. En parecido sentido, ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.176, quien apunta que el someterlos al art. 1.591.1º distorsionaría el sistema, y señala que los defectos de habitabilidad del art. 17.1 b) que se revelen después del tercer año no estarían cubiertos pero sí los daños que provoquen a un bien mueble radicado en el edificio.

<sup>2968</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5, quien llama la atención sobre que serán pocas las que no se incluyan en la LOE y sí lo hagan en el art. 1.591.1º CC, a la vez que señala que es absurdo que una caseta del perro tenga mayores plazos de garantía para defectos de habitabilidad que una vivienda, así como también mayor plazo de prescripción. También se oponen a la aplicación del art. 1.591.1º a las obras excluidas, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 442; RAYÓN BALLESTEROS, o.c. nota 10, p. 200; ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 27; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 351; SALA SÁNCHEZ, o.c. nota 97, p. 569; SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 189; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.175; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.117, y GUTIÉRREZ JEREZ, o.c. nota 330, p. 514. Véase epígrafe 7.6 de capítulo II, sobre el carácter escaso de las obras excluidas de la LOE.

<sup>2969</sup> ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 967-968. En parecido sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o.c. nota 1, p. 36, alude a la necesidad de reconducir el art. 1.591.1º a sus justos términos.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.213, descarta sin más del art. 1.591 las obras menores.

<sup>2970</sup> SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 189. Así, CASTRO BOBILLO, o.c. nota 54, p. 441, señala que en una interpretación estrictamente literal

Por la referida contradicción de aplicar a las obras excluidas unos plazos mayores, como hemos visto muchos abogan por aplicarles analógicamente la LOE <sup>2971</sup>. Otros las remiten a las acciones por incumplimiento contractual <sup>2972</sup>, o también a las acciones extracontractuales según la responsabilidad de que se trate <sup>2973</sup>. No se considera obstáculo a ello las contradicciones que supone someter las edificaciones sencillas al régimen contractual, porque mayores serían en caso de someterlas al art. 1.591.1º CC <sup>2974</sup>.

Lo mismo acontece con las obras diferentes a los edificios, que se encuentran excluidas de la LOE, porque también hemos visto que por los mayores plazos que les reportaría el art. 1.591 CC muchos defienden la aplicación analógica de aquella <sup>2975</sup>, o remiten los daños que experimenten a la responsabilidad contractual o extracontractual <sup>2976</sup>.

---

del art. 1.591 CC tampoco tienen cabida las construcciones diferentes a edificios, por lo que coinciden los ámbitos de las dos normas, con la consiguiente derogación del art. 1.591.

En parecido sentido, GARCÍA VARELA, o.c. nota 236, p. 4, quien señala que la obras sencillas no entran en la definición de edificio en alusión a este término que también utiliza el art. 1.591 CC. También de modo análogo, ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 26, quien en referencia no sólo a las obras menores sino a las provisionales, señala que el sometimiento de las obras excluidas a tal precepto implica forzar su tenor y, por tanto, al coincidir los ámbitos de ambas normas la LOE lo desplaza. No obstante ya hemos visto (véase pp. 124-125) que el TS ha reconocido que la LOE introduce una distinción hasta ahora inexistente entre obras mayores y menores.

<sup>2971</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 269-270.

<sup>2972</sup> ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 26; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 351, y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, p. 1.786.

<sup>2973</sup> GARCÍA VARELA, o.c. nota 236, p. 4.

<sup>2974</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5. En parecido sentido, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 282.

<sup>2975</sup> Véase epígrafe 7.6 de capítulo II.

<sup>2976</sup> SALA SÁNCHEZ, o.c. nota 97, p. 570, y ÁLVAREZ OLALLA, o.c. nota 4, p. 28, quien admite las acciones contractuales para los defectos de estas obras, aunque no descarta como posible vía la aplicación analógica de la LOE.

### 1.5.3 Valoración crítica y el posicionamiento del Tribunal Supremo

No estamos de acuerdo con la vigencia residual del art. 1.591.1º CC en el modo en que es interpretado por el Tribunal Supremo para las obras, defectos constructivos y daños no cubiertos por la LOE. Ello por las desigualdades de trato injustificadas que se producirían a favor de lo excluido de la LOE debido a la amplia noción de la ruina funcional manejada por la jurisprudencia sujeta a los plazos de garantía y prescripción más largos.

Por lo tanto, como han dicho algunos autores, debe haber un antes y un después tras la entrada en vigor de la LOE, a lo que ha dado la razón la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2013 al rechazar que en el ámbito temporal de aquélla sea aplicable el art. 1.591 CC para condenar por defectos no incluidos, y derivarlos al régimen contractual general<sup>2977</sup>.

Efectivamente, negar esta vigencia residual no significa que lo excluido de la LOE quede huérfano de protección, sino que podrá ser objeto de las acciones contractuales. Pero también sostenemos la virtualidad del régimen de responsabilidad extracontractual, con lo que el perjudicado no sólo podrá dirigirse frente a aquel con el que mantenga vínculos contractuales, lo que será especialmente útil para los daños no cubiertos por la LOE.

La reducción de protección de los adquirentes que supone la derogación tratada se amortigua en cierta manera con la pervivencia de las acciones contractuales y extracontractuales, y la aplicación de la

---

<sup>2977</sup> (RJ 2014/1021) (véase sus antecedentes de hecho en nota 2936). Esta sentencia resolvió que los defectos producidos por el incumplimiento de normativa contraincendios de un hotel no encontraban cabida en la responsabilidad prevista en el art. 17.1 b). Por ello, casó la sentencia que había condenado a algunos de los agentes con fundamento en el art. 1.591 CC, y sin que se encontraran ligados contractualmente con el actor, y mantuvo el pronunciamiento de condena de otros agentes sí vinculados contractualmente, pero con fundamento en la responsabilidad contractual general.

Véase nota 2942 SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA sobre la opinión apuntada acerca del cambio que supone la LOE.

legislación protectora de los consumidores<sup>2978</sup>. La utilización de la responsabilidad extracontractual, aunque con su breve plazo de prescripción de un año, es la que puede hacer que no se produzca un recorte tan brusco puesto que las acciones contractuales requerirán que medie contrato, y por ello, limitarán por lo normal la legitimación pasiva al promotor con el consecuente mayor riesgo de insolvencia.

En cuanto a los defectos concernientes a los requisitos básicos de funcionalidad [art. 3.1 a)] a los que el art. 17.1 b) de la LOE no anuda responsabilidad, ya hemos visto que muchos autores y algunos pronunciamientos de la llamada jurisprudencia menor consideran que tales requisitos caben en el apartado cuarto del art. 3.1 c) que contempla el relativo a otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio, apartado al que sí remite el art. 17<sup>2979</sup>.

En el supuesto edificaciones excluidas de la LOE por su escasa entidad constructiva y sencillez técnica, al margen de que recordamos que serán residuales, nos alineamos en torno a los autores que están a favor de su inclusión en aquella<sup>2980</sup>. En cuanto a las obras diferentes a las edificaciones, hemos visto que el criterio del Tribunal Supremo parece ser el de excluirlas de la LOE<sup>2981</sup>, por lo que para ellas el régimen general adquirirá mayor importancia.

Resulta preciso advertir en cuanto al supuesto particular de los daños excluidos de la LOE, que para evitar que entre por la puerta de atrás lo que aquella ha excluido, debe aplicarse el régimen general con estricto respeto a las reglas de la carga de la prueba, mediante la exigencia a los

---

<sup>2978</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 360.

<sup>2979</sup> Véase epígrafe 2.3.2 de capítulo V.

<sup>2980</sup> Véase epígrafe 7.3 de capítulo II.

<sup>2981</sup> Véase pronunciamiento de la Sala 3ª en epígrafe 7.6 de capítulo II.

adquirentes de la prueba del defecto constructivo y su relación de causalidad con el resto de daños diferentes a los causados al edificio<sup>2982</sup>.

Todo lo dicho hasta ahora ha sido pensando en el ejercicio de la acción de responsabilidad por ruina por parte del adquirente. Sin embargo, precisamente el art. 1.591.1º CC a quien protege en su literalidad (por razones históricas, eso sí) es al comitente. La cuestión de la acción de responsabilidad por ruina por parte del comitente no ha recibido especial atención, a pesar de tener cierta importancia porque al comitente no propietario el art. 17 de la LOE no le reconoce legitimación activa. Algún autor ha restado importancia a la pervivencia del precepto en el estricto ámbito del contrato de obra porque al promotor se le reconocen, como hemos visto, las acciones derivadas del régimen general de las obligaciones con plazo de prescripción de quince años<sup>2983</sup>. Sin embargo, nosotros advertimos que las diferencias son notables debido a las presunciones que conlleva el plazo decenal de garantía y el diferente régimen probatorio del incumplimiento contractual que ya no se presumiría de ejercitarse las acciones derivadas de las reglas generales.

Dicho esto, la aludida falta de legitimación del promotor no propietario para la acción del art. 17 de la LOE lleva a algún autor a sostener la pervivencia del art. 1.591 CC<sup>2984</sup>, a lo que opone otro que tal precepto ha sido absorbido por la LOE, por lo que sólo dispondrá de las acciones generales derivadas de las obligaciones<sup>2985</sup>.

Por nuestra parte, no somos partidarios de la aplicación de tal precepto para la acción del comitente, debido a las diferencias de trato injustificadas que se producirían con el adquirente de lo edificado que no

---

<sup>2982</sup> Véase epígrafe 1.2.2 sobre tales reglas probatorias. No obstante, en caso de que la acción se ejercite sobre daños exteriorizados dentro de los plazos de garantía de la LOE no será necesario probar el defecto constructivo al operar las correspondientes presunciones, pero si la relación causal con los otros daños diferentes a los sufridos por el edificio.

<sup>2983</sup> Véase epígrafe 1.4. Nos referimos a ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 971-972.

<sup>2984</sup> CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 10.

<sup>2985</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 671.

dispondría del un plazo de garantía decenal para todos los defectos constitutivos de la ruina funcional, sino de los del art. 17 de la LOE<sup>2986</sup>. Podría limitarse tal plazo decenal a la ruina física al modo que hace el art. 17.1 a) de la LOE, aunque también en este caso el comitente dispondría de un plazo de prescripción quincenal mayor que el bienal propio del art. 18 de la LOE.

Lo anterior igualmente es predicable del autopromotor, con independencia de que siga o no siendo propietario del inmueble, porque de lo contrario tendría mayor protección que el adquirente de un inmueble promovido por un tercero<sup>2987</sup>.

#### **1.5.4 Efectos de la Ley de Ordenación de la Edificación sobre la jurisprudencia dictada en aplicación del art. 1.591.1º CC a las obras sometidas a él por razones temporales**

En el epígrafe anterior hemos visto que a las obras sometidas por razones temporales a la LOE no les resulta aplicable el art. 1.591.1º CC, puesto que aquélla ha marcado un antes y después, a pesar de no haber derogado expresamente a tal precepto.

---

<sup>2986</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 5, y GONZÁLEZ TAUSZ, o.c. nota 270, pp. 2.706-2.707. Creemos que de ello es consciente CADARSO PALAU, o.c. nota 71, p. 10, cuando después de anotar lo expuesto arriba señala que *“Cosa distinta es que la situación resultante nos enfrente a una difícil reconstrucción de un puzzle normativo atravesado por importantes contradicciones valorativas”*.

<sup>2987</sup> Por tanto, si sigue siendo propietario dispondrá de la acción derivada de la LOE, además de las del régimen general, mientras que si no lo es dejará de disponer de las primeras.

Sin embargo, algunos autores han defendido la vigencia limitada del art. 1.591 CC al supuesto de las reclamaciones del autopromotor. SERRANO ALONSO, o.c. nota 263, p. 856. RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 272-273, ha sostenido que se puede aplicar este precepto al supuesto en que el dueño de un solar contrata con un profesional la construcción del edificio, considerando que en tal supuesto no sería esta persona con quien contrata el dueño del suelo promotor porque no es dueño del suelo ni realiza una labor omnicomprendensiva de las actividades del proceso constructivo porque muchas las hará aquél, ni tampoco es constructor porque no ha contratado con el promotor. No coincidimos con ello al ver que el dueño será promotor, concretamente autopromotor.



No obstante, surge la cuestión de si a las obras anteriores a la LOE pueden seguirse aplicando las reglas jurisprudenciales a que dio lugar el art. 1.591.1º CC en lo que colisionen con la nueva norma.

Debemos recordar que fundamentalmente es contradictoria la jurisprudencia que interpreta el art. 1.591.1º CC con la LOE porque aquélla aplica el plazo decenal de garantía a la amplia gama de los defectos constitutivos de ruina funcional, mientras que el art. 17.1 a) de la LOE reserva dicho plazo para los defectos que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio<sup>2988</sup>. Además, su art. 18 establece un plazo de prescripción bienal a diferencia del art. 1.591.1º CC al que se le conecta el genérico quincenal (art. 1.964 CC)<sup>2989</sup>. También es contradictoria en cuanto a la legitimación pasiva de las cooperativas de viviendas que es negada por el Tribunal Supremo, y ahora admitida por la LOE<sup>2990</sup>. Igualmente recordamos que el art. 1.591.1º CC se aplicó e a grandes infraestructuras, mientras que la LOE para la generalidad de autores no abarca otras construcciones que no sean edificios en el sentido que contempla su art. 2, planteamiento que parece acoger el Tribunal Supremo<sup>2991</sup>.

Pues bien, algunos rechazan que se sigan aplicando a las obras sometidas al art. 1.591.1º CC tales criterios contrarios a la nueva norma<sup>2992</sup>.

---

<sup>2988</sup> Sobre esta contradicción, por todos, CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 4; el autor junto con CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 411; MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 353; ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 43, y SALA SÁNCHEZ, o.c. nota 97, p. 569.

<sup>2989</sup> Por todos, CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 4; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 426-427; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 410, y SALA SÁNCHEZ, o.c. nota 97, p. 569.

<sup>2990</sup> Véase epígrafe 2.2.1.2.4 de capítulo VIII.

<sup>2991</sup> Véase epígrafes 1.2 de capítulo I, y 7.6 de capítulo II.

<sup>2992</sup> Expresan esta idea de otro modo SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA, o.c. nota 248, p. 184, quienes tras referirse a la irretroactividad de la LOE señalan que *“contiene principios esenciales que ha de tenerse necesariamente en cuenta para interpretar de forma adecuada la responsabilidad establecida en el art. 1.591”*. También puede verse RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 412-413, quien habla de

Se basan en que el Tribunal Supremo al desarrollar la jurisprudencia en torno al art. 1.591.1º CC realizó una determinada ponderación de intereses que debe ceder ante la que hace ahora el legislador con la LOE<sup>2993</sup>. Concretamente, se defiende que debe limitarse el art. 1.591.1º CC a los supuestos de derrumbamiento del edificio y no abarcar los defectos objeto de la ruina funcional<sup>2994</sup>. O que ahora debería reconocerse la legitimación pasiva a las cooperativas de la acción del art. 1.591.1º CC, al igual que hace la LOE<sup>2995</sup>. También se sostiene que debe recortarse la noción amplia de edificio que apreció la jurisprudencia en el art. 1.591 CC, y aplicarse la manejada en el art. 2 de la LOE<sup>2996</sup>.

Sin embargo, tal planteamiento conllevaría que los defectos constitutivos de la ruina funcional no dispusieran del plazo decenal del art. 1.591.1º CC, pero tampoco se pudieran acoger a la LOE por razones temporales. Por lo anterior, se ha propuesto de manera intermedia

---

*“trasvase”... “de las reglas que presiden la LOE hacia las construcciones a las que todavía se les aplique el viejo sistema...”.*

En contra, HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 181-182, quien se opone tajantemente a que a las obras excluidas de la LOE por razones temporales se apliquen los criterios de ésta.

<sup>2993</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 4; CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, pp. 427-428; la autora junto con CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, pp. 411-412. En análogo sentido, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 412-413. Señala el primer autor (y en términos casi calcados la segunda, y los tres autores conjuntamente): *“Si el legislador ha sostenido que no pueden estar cubiertos por una garantía de diez años los defectos de habitabilidad (ruina funcional), habrá que conceder que esta ponderación de intereses es más legítima que la puedan hacer los tribunales, por mucho que desde el punto de vista de los hechos pueda discutirse que sea una ponderación de intereses acertada”*. Análogamente, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, pp. 1.217-1.218, quien señala que se produce una retroactividad de la LOE por vía interpretativa porque ésta realiza una interpretación correctora del término ruina. También sostienen que se debe descartar la jurisprudencia en lo que produzca grandes divergencias con la LOE, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 43.

<sup>2994</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.218, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 26 y 360, quien añade que de lo contrario se dejaría sin efecto la LOE, y que mediante esta adaptación de la jurisprudencia a los criterios de la LOE se minimizará el cambio que producirá que se deje de aplicar el art. 1.591.1º CC.

<sup>2995</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 471.

<sup>2996</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 357.

descartar los defectos propios de la ruina funcional cuando se manifiesten mucho más allá del plazo trienal que ahora les concede la LOE<sup>2997</sup>.

Con todo, esta adaptación de los criterios jurisprudenciales a los de LOE se ha reconocido que va en contra de la seguridad jurídica<sup>2998</sup>.

Pero lo más importante es que el Tribunal Supremo, de acuerdo con el carácter irretroactivo de la LOE, tras su entrada en vigor sigue aplicando su jurisprudencia de la ruina funcional con plazo de garantía decenal y plazo de prescripción quincenal a las obras excluidas por razones temporales de la nueva norma<sup>2999</sup>.

### 1.5.5 La vigencia o derogación del art. 1.591.2º CC

Existe división de opiniones en torno a la vigencia del art. 1.591.2º sobre cuyo carácter oscuro y poca aplicación ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos<sup>3000</sup>.

Los autores que sostienen su derogación consideran que cuando el art. 17.1 de la LOE salva las responsabilidades contractuales se refiere a que la responsabilidad legal que establece por vicios constructivos es independiente de la posible relación contractual que exista y de la que procede, por lo que incluye dentro de su ámbito el incumplimiento

---

<sup>2997</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 356. Por su parte, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.218, resuelve el mismo problema reenviando los vicios constitutivos de la ruina funcional a las acciones contractuales.

<sup>2998</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 415-416. Por ello, propone que sólo a las obras iniciadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE (aunque en teoría debieran regirse conforme a la fecha de solicitud de licencia por el art. 1.591.1º CC) sea para las que se aplique el plazo trienal de garantía trienal o anual previsto en ella en caso de que no se esté ante defectos ruínógenos en sentido estricto. En parecido sentido, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, p. 1.217, quien se refiere a obras con licencia solicitada antes del 6 de mayo pero que hayan sido comenzadas o al menos recepcionadas tras la LOE.

<sup>2999</sup> V.g. SSTs de 22 de junio de 2001 (RJ 5074) (véase nota 97), 4 de noviembre de 2002 (RJ 9630) (véase nota 89), y 27 de febrero 2003 (RJ 2515) (véase nota 90). Además, en el epígrafe anterior vimos la STS de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014/1021) que fue clara la marcar la frontera temporal que supone la LOE.

<sup>3000</sup> Véase epígrafe 2.3 de capítulo I.

contractual que constituya un vicio constructivo y excluye otros incumplimientos contractuales diferentes como los de lo especialmente pactado que son los que se conectan al art. 1.591.2º CC<sup>3001</sup>.

Ya hemos visto que se discute si este precepto establece un plazo de garantía o de prescripción<sup>3002</sup>. Pues bien, los autores que secundan la última postura resaltan que el art. 1.591.2º CC no añade nada al art. 1.964 CC que establece idéntico plazo, por lo que aunque se dejara vigente no se eliminaría la contradicción que observan supone aplicar el plazo de prescripción quincenal a otros incumplimientos contractuales diferentes a los vicios constructivos en relación con el bienal previsto en el art. 18.1 de la LOE<sup>3003</sup>. Los que ven en el precepto un plazo de garantía quincenal sostienen su derogación por la contradicción que supone con los más breves del art. 17 de la LOE<sup>3004</sup>. También hay quienes conjugan ambas posibilidades de entendimiento del plazo del precepto<sup>3005</sup>.

Sin embargo, otro sector sostiene la vigencia del art. 1.591.2º CC porque regula la responsabilidad por defectos derivados del incumplimiento contractual y el art. 17 de la LOE salva la responsabilidades de tal clase<sup>3006</sup>.

---

<sup>3001</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6. En parecido sentido, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 1, p. 125, quien observa que con este art. 17.1 no se está haciendo referencia a incumplimientos de lo específicamente pactado previsto en el art. 1.591.2, máxime teniendo en cuenta su poca aplicación.

<sup>3002</sup> Véase epígrafe 2.3 de capítulo I.

<sup>3003</sup> CARRASCO PERERA, o.c. nota 95, p. 6, y en análogo sentido, RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.117.

<sup>3004</sup> FEMENÍA LÓPEZ, o.c. nota 2103, pp. 15 y ss.

<sup>3005</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 284, y ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 37 y 969, quienes señalan que o bien no añade nada si se considera que el plazo quincenal de este precepto es de prescripción, o bien es totalmente incompatible con la LOE si se considera que es de garantía, en cuyo caso debería entenderse derogado.

<sup>3006</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 333; TAPIA GUTIÉRREZ, o.c. nota 246, p. 44; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, o.c. nota 882, p. 407; HERBOSA MARTÍNEZ, o.c. nota 4, pp. 188-189; O'CALLAGHAN MUÑOZ, o.c. nota 1, p. 496; GARCÍA CONESA, o.c. nota 96, p. 356. Análogamente, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, o.c. nota 445, p. 1.785, se refiere a la remisión del art. 17, y a que la responsabilidad del art. 1.591.2º es netamente contractual, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 237, pp. 1.214-1.215, quien

Nosotros nos alineamos a las opiniones al principio citadas puesto que defendemos que el segundo párrafo del art. 1.591 CC debe entenderse derogado si se entiende que otorga un plazo quincenal de garantía, porque entonces sería contradictorio con la LOE, más incluso que su primer párrafo; y si se aprecia en él un plazo de prescripción quincenal no añadiría nada al derivado del art. 1.964 CC.

## **2. La Ley de Ordenación de la Edificación y la legislación de protección de los consumidores y usuarios**

### **2.1 El panorama antes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias**

Aunque hemos señalado en múltiples ocasiones que la Ley de Ordenación de la Edificación no se limita a los consumidores puesto que su art. 17.1 legitima a cualquier propietario del edificio o partes en que se divida, lo cierto es que la mayoría de las ventas de inmuebles se producen entre profesionales del sector inmobiliario con consumidores.

Sin embargo, la aplicación de la legislación de protección de los consumidores no presentaba gran interés en nuestra materia por la amplia noción de la ruina del art. 1.591.1º CC que manejaba el Tribunal Supremo con sus correspondientes plazos decenal de garantía y quincenal de prescripción, a lo que se unía la reparación integral que confería<sup>3007</sup>. Sin embargo, la reducción de plazos y daños resarcibles que supone la LOE hace que cobre interés la aplicación a nuestra materia de la legislación de protección de los consumidores.

---

sostiene que la LOE ha desatendido el incumplimiento de las condiciones específicamente pactadas en el contrato de obra.

<sup>3007</sup> En este sentido señala CADARSO PALAU, o.c. nota 859, p. 53, que ha sido poco invocada debido a que *“la masa jurisprudencial acumulada en la aplicación del artículo 1.591 Cc ha venido proporcionando a los demandantes un marco de referencia bastante cómodo y seguro para la construcción de las reclamaciones...”*.

Con anterioridad al vigente TRLGDCU, había que acudir a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>3008</sup>. El art. 11 de ésta regulaba imperativamente una garantía que el productor o suministrador de bienes duraderos (entre los que se encontraba la vivienda<sup>3009</sup>) debía prestar, y que otorgaba el derecho a reparar los vicios o defectos originarios y los daños y perjuicios causados por ellos. Además, este precepto en su apartado 3 b) otorgaba el derecho a sustituir el objeto por otro de idénticas características, o a la devolución del precio en caso de que la reparación efectuada no fuera satisfactoria, lo que se resultaba desproporcionado en nuestra materia<sup>3010</sup>.

Por otro lado, el art. 11 no fijaba el plazo de duración de la garantía que imponía. Se consideraba que era aplicable el plazo de garantía de seis meses desde la recepción del artículo que establecía la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM)<sup>3011</sup>, junto con un plazo de prescripción quincenal del art. 1.964 CC<sup>3012</sup>. Sin embargo, en nuestra materia algunos defendían la aplicación de los plazos de garantía del art. 17 de la LOE en función del tipo de defecto de que se tratara<sup>3013</sup>.

---

<sup>3008</sup> Derogada mediante la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>3009</sup> Cfr. anexo II de Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes. BOE, de 12 de septiembre de 2000.

<sup>3010</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, p. 397.

<sup>3011</sup> Cfr. versión original del art. 12 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. BOE, 17 de enero de 1996.

<sup>3012</sup> LLAMAS POMBO, o.c. nota 824, pp. 418 y 441. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 10, también defendía que el plazo de prescripción era el quincenal del art. 1.964 CC, pero los plazos de garantía serían los de la LOE (véase nota s.)

<sup>3013</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 396 y ss., y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 10.

También hay que referirse al art. 25 de la derogada LGDCU que consagraba el derecho de los consumidores y usuarios a ser indemnizados de los daños que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les causaba<sup>3014</sup>.

El art. 26 de la LGDCU establecía una responsabilidad por culpa que se presumía<sup>3015</sup>, y el art. 28 una responsabilidad objetiva para productos que incluyesen necesariamente determinados niveles de eficacia, seguridad y pureza, y supusieran específicos controles de calidad. Estos requisitos permitían incluir en este régimen a prácticamente todos los productos<sup>3016</sup>, entre ellos, los inmuebles, máxime a la vista de los controles de calidad que conlleva el CTE<sup>3017</sup>. Además, el art. 27 de la LGDCU establecía unos criterios de imputación de la responsabilidad del fabricante, importador, vendedor y suministrador.

Volviendo al art. 25 de la LGDCU, éste cubría los daños producidos por el producto sin limitarse a los daños sufridos en bienes distintos de aquél, como sí hacía la derogada Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (LRP) en su art. 2<sup>3018</sup>. Sin embargo, como este precepto de la LGDCU podía conllevar unos plazos de prescripción más ventajosos que los de la LOE<sup>3019</sup>, el carácter

---

<sup>3014</sup> Sobre la aplicación de tal precepto a los bienes inmuebles debido a que el capítulo VIII de la LGDCU en el que se incardinaba establecía un régimen de responsabilidad para los bienes, productos y servicios sin concretar tales conceptos, véase PARRA LUCÁN, M. A., en *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1.750.

<sup>3015</sup> LLAMAS POMBO, o.c. nota 824, p. 718, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 10

<sup>3016</sup> LLAMAS POMBO, o.c. nota 824, p. 764.

<sup>3017</sup> MILÁ RAFEL, R., *Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y del promotor por daños causados por la vivienda*, Indret 1 (2009), p. 9.

<sup>3018</sup> Resalta tal diferencia, LLAMAS POMBO, o.c. nota 824, pp. 689-690.

<sup>3019</sup> Defendían la aplicación general el plazo quincenal (art. 1.964 CC) RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 360, y PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, p. 1.734. Sin embargo, otros lo hacían tan solo para el caso de que mediara relación contractual entre las partes, puesto que de no ser así abogaban por el anual (art. 1.968 CC) como es el caso de MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 393-394.

especial de ésta junto con la naturaleza objetiva de la responsabilidad de ambas normas, se veía como un obstáculo a su aplicación<sup>3020</sup>. Otros negaban que la LOE afectase a los plazos del art. 25 y ss., porque para restringir los derechos que éstos otorgan a los consumidores hubiera sido necesario que figurase expresamente en la LOE, o al menos que constase que tal era la voluntad indubitada del legislador. Así, se concluía que la LOE lo que hace es establecer un régimen particular de prueba durante sus plazos de garantía<sup>3021</sup>.

No obstante, este art. 25 tras la LRP sólo se aplicó a la responsabilidad por servicios porque su disposición final primera señaló que los arts. 25 a 28 de la LGDCU no regirían para la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en su amplia noción reflejada en el art. 2 de la LRP<sup>3022</sup>.

Esta LRP no fue muy aplicada bajo el art. 1.591 CC por la amplitud de su desarrollo jurisprudencial<sup>3023</sup>. Esta norma en su referido art. 2 definía como producto a todo bien mueble aunque se encontrara unido a otro bien mueble o inmueble. Ahora bien, se discutía la noción de producto porque algunos la limitaban al que fuera diferenciable del resto del edificio y materialmente separable<sup>3024</sup>, y otros incluían la arena o el agua con fundamento en el concepto amplio que usualmente se tiene de los

<sup>3020</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, o.c. nota 14, pp. 393-395.

<sup>3021</sup> MORENO-TORRES HERRERA, o.c. nota 212, pp. 330 y 334. Igualmente sostiene que tras los plazos de garantía del art. 17 de la LOE se puede acudir al art. 25 de la LGDCU, BRENES CORTÉS, o.c. nota 45, p. 89.

<sup>3022</sup> LLAMAS POMBO, o.c. nota 824, p. 690, y PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, p. 1.615.

<sup>3023</sup> Como señala LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, p. 11, ello “...puede haberse debido a que la protección que para el perjudicado conlleva el carácter objetivo de la responsabilidad sancionada por ella, no ha sido suficiente para competir con el especial régimen de responsabilidad elaborado por la jurisprudencia sobre la base del art. 1591 del Código Civil...”.

<sup>3024</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 347-348, quien excluía los materiales que se unen con otros sin llegar a distinguirse (ladrillos, cementos, vigas, etc.) y a los componentes de las diversas instalaciones aunque sean físicamente distinguibles (canalizaciones de agua, electricidad y depósitos). Se basa el autor en que sería imposible realizar una prueba a los materiales excluidos para determinar si le es a ellos atribuibles el daño. También se limitaba a los componentes separables, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 1.225.



materiales de la construcción y en que incluso estos elementos requieren un cierto proceso productivo<sup>3025</sup>.

La LRP en su art. 10 excluía el daño causado al propio producto defectuoso a diferencia de la LOE cuyo art. 17 el daño material causado al edificio. Sin embargo, el hecho de que el art. 2 de la LRP considerara también producto al incorporado a un bien inmueble, no suponía la exclusión de los daños que causara al edificio al que se incorporaba<sup>3026</sup>. Por tanto, la LOE y la LRP tienen un daño común resarcible que es el que causa el producto al edificio, mientras que no se solapan en los daños personales o materiales a cosa distinta del edificio, que no son cubiertos por la primera<sup>3027</sup>.

Tal coincidencia planteaba el problema de determinar si era o no aplicable la extinción de la responsabilidad prevista en el art. 13 de la LRP por transcurso de diez años desde la puesta en circulación del producto. Sobre ello no había acuerdo porque algunos sostenían su aplicación, y otros la negaban en el ámbito de la LOE en el que ésta desplazaba a la LRP<sup>3028</sup>, o por la incoherencia de que los defectos de habitabilidad

---

<sup>3025</sup> LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, p. 9.

Otros no hacían distinción alguna, refiriéndose a materiales, como es SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 344, o a productos de la construcción, como ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, p. 708, nota 1446.

<sup>3026</sup> Además de los autores que iremos citando, se refería al resarcimiento del daño que el producto causara a la vivienda, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 96, p. 1.225.

En sentido contrario, RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, pp. 349-350, excluía los daños que el producto causara al bien al que se incorporaba.

<sup>3027</sup> En ambos sentidos, LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, p. 12. También puede verse CADARSO PALAU, o.c. nota 859, pp. 53-54, quien se refiere a la concurrencia de la LRP con la LOE, concretamente a que dentro de la edificación regulada por ésta se encuentran las instalaciones fijas y el equipamiento propio (art. 2.3 LOE).

<sup>3028</sup> Negaba la operativa de tal límite en nuestra materia, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 344.

La admitían, CORDERO LOBATO, o.c. nota 1, p. 386. También LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, p. 12, quien contesta a SANTOS MORÓN señalando que el principio de especialidad también puede ser predicable de la LRP, y que la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que es de la que

[sujetos al plazo de garantía trienal conforme al art. 17.1 b) de la LOE] tuvieran menor plazo que los daños derivados de los productos que dispondrían de un plazo de prescripción trienal (de acuerdo con el art. 12 de la LRP) dentro de un plazo decenal desde su puesta en circulación<sup>3029</sup>.

Darle preeminencia a la LRP también planteaba el problema de que su art. 1 sólo hacía responsable al fabricante o importador a la Unión Europea del producto, mientras que en el art. 15.1 de la LOE el concepto de suministrador es más amplio porque incluye además de al fabricante e importador, al almacenista y vendedor. Y de acuerdo con el art. 4.3 y disposición adicional única de la LRP el suministrador sólo respondía en caso de que no se pudiera identificar al fabricante o cuando hubiera suministrado el producto a sabiendas de su carácter defectuoso, lo que llevó a algún autor a limitar su responsabilidad a su noción de suministrador de la LRP y excluir al vendedor y almacenista<sup>3030</sup>.

A lo anterior se unía que la LRP se limitaba a daños causados por el producto a bienes de consumo privado lo que apuntaría a una restricción a los inmuebles dedicados a vivienda<sup>3031</sup>. También la LRP establecía en su art. 12 un plazo de prescripción diferente al de la LOE, concretamente de tres años desde el sufrimiento del perjuicio.

A la vista de todos estos choques que se producían entre el régimen de la LRP y la LOE no es de extrañar que algunos consideraran que ésta derogaba a aquélla<sup>3032</sup>.

Abordaremos estos problemas en el siguiente epígrafe a propósito de la nueva regulación que hace el TRLGDCU.

---

trae causa la LRP, no deja mucho espacio a los Estados miembros a la hora de adaptar sus legislaciones.

<sup>3029</sup> RUIZ-RICO RUIZ, o.c. nota 1, p. 351.

<sup>3030</sup> LÓPEZ RICHART, o.c. nota 2149, pp. 8-9.

<sup>3031</sup> Volveremos sobre esto en p. 883.

<sup>3032</sup> SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 344.

## **2.2 La situación tras el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias**

### **2.2.1 La responsabilidad por productos defectuosos en el TRLGDCU**

El Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias derogó tanto la LGDCU como la LRP mediante su refundición<sup>3033</sup>. Esta norma ha establecido en sus arts. 128 y ss. un régimen de responsabilidad por bienes y servicios defectuosos. Sin embargo, ello no ha resuelto los problemas de coordinación que conllevaba la LRP con la LOE y que vimos en el epígrafe anterior, puesto que se siguen planteado en relación con los arts. 135 a 146 que regulan la responsabilidad por productos<sup>3034</sup>.

A lo anterior se une que ahora en el TRLGDCU, concretamente en su art. 148, se establece un nuevo régimen especial para ciertos servicios, entre los que se encuentra la rehabilitación y reparación de viviendas, que extiende el art. 149 a los daños ocasionados por la construcción o comercialización de viviendas. Estos preceptos habrán de coordinarse tanto con la LOE como con los arts. 135 a 146 del TRLGDCU que regulan la responsabilidad por productos defectuosos.

---

<sup>3033</sup> Cfr. art. único del RDL que aprueba el TRLGDCU, y su disposición derogatoria única. Dicho RDL entró en vigor el 1 de diciembre de 2007, de acuerdo con su disposición final segunda que establecía que entraría en vigor al día siguiente de su publicación, que tuvo lugar el 30 de noviembre.

<sup>3034</sup> No obstante, en cuanto al art. 11 de la LGDCU, éste ha pasado a limitarse a los bienes de consumo, por lo que la garantía a la que hacía referencia ya no es predicable de los bienes inmuebles, como señala ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, p. 36. Sobre la aplicación de los arts. 114 y ss. que regulan la garantía de los bienes de consumo limitada a los productos, en su noción de bien mueble del art. 6 del TRLGDCU, puede verse MARÍN LÓPEZ, M. J., en *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1.591.

Al margen de estos problemas de coordinación, sobre los que volveremos en el siguiente epígrafe, conviene incidir en el régimen de responsabilidad por productos que ahora refunde el TRLGDCU.

En cuanto a los sujetos de esta responsabilidad, no se limita a proteger al consumidor, como se deriva del art. 3 en relación con el art. 129, ambos del TRLGDCU<sup>3035</sup>. De igual forma que ocurría con la LRP, el concepto de suministrador no es tan amplio como el del art. 15 de la LOE, porque los arts. 138 y 146 del TRLGDCU sólo hacen responder al fabricante del producto, el importador, y al proveedor que no identifica al fabricante o que suministra el producto a sabiendas de su carácter defectuoso.

Como acontecía con la LRP no se pierde la condición de producto porque el bien mueble esté unido o incorporado a un bien inmueble<sup>3036</sup>. También de la misma forma que la LRP, el TRLGDCU excluye en su art. 142 los daños al propio producto. Y aunque vimos que habían opiniones contrarias al comentar la LRP, con el TRLGDCU se consideran resarcibles los daños que causa el producto al edificio, pero sin que a éste con carácter general se aplique el régimen de los arts. 135 y ss. porque no es un producto<sup>3037</sup>.

---

<sup>3035</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.610 y 1.622, y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dir. por M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 1.812-1.813, refiriéndose al art. 128 del TRLGDCU. Estas interpretaciones son sostenibles tras la reforma que realiza la Ley 3/2014 del TRLGDCU debido a que la versión actual del art. 3 sigue dejando al margen de la definición de consumidor que realiza, lo dispuesto en el libro III del TRLGDCU que es el que regula la responsabilidad por productos defectuosos.

<sup>3036</sup> Cfr. art. 136 del TRLGDCU. Destaca este paralelismo, PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.653-1.654, quien apunta como ejemplos ascensor, rotura de cables, avería de motor, de los elementos de equipamiento, obras de fontanería y calefacción.

<sup>3037</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, p. 1.654, quien se refiere al ascensor que es defectuoso y causa daños a la vivienda, en cuyo caso sólo se excluirían los daños que sufre el propio ascensor. Como bien señala esta autora el hecho de que se cubra el daño ocasionado por el producto al edificio no conlleva que los arts. 135 y ss. se apliquen a la defectuosa construcción del edificio porque el edificio no es un producto.

En lo referente a los daños resarcibles, el TRLGDCU, según su art. 129, cubre los daños personales y los daños materiales que afecten a bienes y servicios objetivamente destinados al uso o consumo privado y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado. Sin embargo, como no alude a los daños morales, se excluyen<sup>3038</sup>. Además, al exigir que los daños materiales se hayan causado a bienes destinados al consumo privado, tampoco se cubren los causados a cosas de uso profesional, lo que en nuestra materia lleva a limitarnos a vivienda y a excluir las naves industriales y locales comerciales<sup>3039</sup>.

No obstante, estos daños excluidos no quedan huérfanos porque el art. 128 los remite al régimen general de responsabilidad contractual o extracontractual<sup>3040</sup>. También son reclamables por esta vía general los daños ocasionados por productos que se hubieran puesto en circulación hace más de diez años<sup>3041</sup>, que de igual forma que hacía la LRP se excluyen por el TRLGDCU en su art. 144.

Señalado lo anterior, con el TRLGDCU se siguen planteando problemas de coordinación de la responsabilidad por productos con la LOE. Concretamente si es o no aplicable el límite de responsabilidad de diez años desde la puesta en circulación, y el concepto más restringido de responsabilidad del TRLGDCU que sólo considera responsable al fabricante o importador y al proveedor en determinados supuestos vistos.

---

<sup>3038</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.617 y 1.654, y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, o.c. nota 3035, p. 1.815, quien se fundamenta en que el art. 128 los remite al régimen general de responsabilidad contractual o extracontractual. Sin embargo, SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 149, los incluye.

<sup>3039</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.617 y 1.654.

<sup>3040</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.611 y 1.617. También existía tal compatibilidad con la LGDCU (cfr. art. 7).

<sup>3041</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.617 y s., y PASQUAU LIAÑO, M., en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dir. por M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 1.838.

Una parte los autores considera que estos límites temporales y subjetivos también rigen en la LOE<sup>3042</sup>, como vimos en el epígrafe anterior sostenían algunos al comentar la LRP. Otra autora va más allá al sostener que el TRLGDCU desplaza la responsabilidad del suministrador prevista en la LOE, porque de los daños causados por el producto al edificio sólo responderá por medio de ésta el contratista y no el suministrador que lo hará por medio de aquél<sup>3043</sup>. Y otros autores opuestamente excluyen del TRLGDCU los daños que cause el producto al edificio<sup>3044</sup>.

Nosotros somos partidarios de no privar a los adquirentes de la posibilidad de accionar directamente frente al suministrador conforme a la LOE y atender a los límites de carácter subjetivo y temporal del TRLGDCU, pero siempre de acuerdo a su ratio.

Para aplicar los límites temporal de diez años y de la responsabilidad exclusiva del fabricante o importador y del proveedor en determinados supuestos, habrá que partir de que el art. 142 TRLGDCU excluye el daño al propio producto, que sí cubre la LOE al ser éste un daño al propio edificio. Por ello, defendemos que responderá del daño al propio producto

---

<sup>3042</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 445; RODRÍGUEZ MORATA, o.c. nota 159, p. 2.119. También parece posicionarse en esta línea, ESTRUCH ESTRUCH, o.c. nota 4, pp. 708-709, nota 1446, al señalar que el TRLGDCU incorpora el contenido de la LRP en los arts. 135 y ss. *“lo que parece reforzar la vigencia y aplicación de dichos preceptos aun en el caso de los productos de la construcción”*.

<sup>3043</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.655-1.657. Por tanto, por medio del TRLGDCU se cubrirían no sólo los daños que cause el producto excluidos del art. 17 de la LOE (personales y otros daños materiales diferentes a los causados al edificio) sino que también ampararía los daños en teoría resarcibles conforme a tal precepto.

No obstante, aclara que a la hora de repetir el constructor frente al suministrador no existen los condicionantes del TRLGDCU, por lo que admite tal repetición sin necesidad de que el proveedor haya suministrado conociendo el carácter defectuoso del producto, lo que nos parece acertado porque el constructor responde por medio de la LOE aunque desconozca el defecto del producto (véase epígrafe 2.2.2.2.3 de capítulo VIII).

<sup>3044</sup> ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, p. 1.170, quien señala: *“Sin embargo, el ámbito de los daños de los que se ocupada cada una de las leyes son diferentes y en este sentido existe complementariedad. La LOE sólo cubre los daños en la propia cosa defectuosa, justo un ámbito al que el Texto Refundido no se extiende, puesto que se limita a los daños corporales y a los provocados en cosas distintas del producto”*. Sostenía lo mismo al comentar la LRP RUIZ-RICO RUIZ (véase epígrafe anterior).

el suministrador en la noción amplia de la LOE, y sin atender al límite temporal de los diez años. Ello se ve reforzado porque el TRLGDCU vincula en su art. 137 el carácter defectuoso del producto a su seguridad sin perseguir garantizar su calidad o idoneidad<sup>3045</sup>.

Ahora bien, la aplicación de los condicionantes temporales y subjetivos del texto refundido a nuestra materia provoca una diferencia de trato difícil de justificar porque no estarían sujetos a ellos una nave o un local por la razón de que el art. 129 del TRLGDCU sólo cubre los daños materiales que cause el producto a bienes destinados al consumo privado.

No obstante, toda esta cuestión no tendrá tanta repercusión práctica como en principio pudiera pensarse porque, salvo notoria insolvencia del resto de agentes, no será muy atractivo reclamar al suministrador por la necesidad de demostrar que el daño que sufre el edificio trae causa en el carácter defectuoso del producto<sup>3046</sup>.

### **2.2.2 La responsabilidad por otros bienes y servicios defectuosos en el TRLGDCU**

A los problemas tratados en el epígrafe anterior sobre la coordinación de la responsabilidad por productos defectuosos con la LOE, se han venido a unir los arts. 148 y 149 del TRLGDCU que se ubican en sede de

---

<sup>3045</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.670 y 1714, quien añade que el plazo de diez años obedece a la idea de que si un producto ha resultado seguro durante ese plazo existe una gran probabilidad de que el daño que se produzca tras él no tenga origen en el producto. Análogamente, LACRUZ BERDEJO, o.c. nota 1, p. 516, quien señala que el legislador no utiliza la técnica que *“se basa en la impropiedad para el consumo, más propia del concepto de vicio oculto (concepto propio de las relaciones contractuales)”*. Véase también, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, o.c. nota 3035, pp. 1.812 y s.

<sup>3046</sup> Esta necesidad ya hemos visto que la han sostenido algunos autores para la responsabilidad prevista en la LOE (véase nota 2175). Además, se contiene expresamente la obligación de probar tal relación de causalidad entre el defecto del producto y el daño en el art. 139 del TRLGDCU. En este punto, SANTOS MORÓN, o.c. nota 192, p. 344, destaca que *“en la práctica no parece probable que el perjudicado reclame directamente al fabricante o suministrador del producto de construcción porque difícilmente podrá saber que el daño proviene del carácter defectuoso de los materiales empleados”*.

responsabilidad por servicios<sup>3047</sup>. El primero de ellos establece un régimen especial para ciertos servicios, entre los que se encuentra la rehabilitación y reparación de viviendas, régimen que se extiende por el art. 149 a los construyan o comercialicen el mismo tipo de inmuebles. Estos preceptos habrán de coordinarse tanto con la LOE como con las normas de responsabilidad por productos defectuosos que se contienen en los arts. 135 y ss. del TRLGDCU que analizamos en el epígrafe anterior<sup>3048</sup>.

El art. 148 del TRLGDCU procede del art. 28 de la LGDCU<sup>3049</sup> que, como hemos visto, establecía una responsabilidad objetiva para determinados productos que incluyesen unos concretos niveles de eficacia, seguridad y pureza, y supusieran determinados controles de calidad; por lo que de la misma forma se considera que el art. 148 establece una responsabilidad no basada en la culpa, aunque debe probarse el nexo causal entre el daño y la prestación del servicio<sup>3050</sup>.

No obstante, el art. 148 se refiere expresamente a la reparación y rehabilitación de viviendas, y se limita a este tipo de inmuebles<sup>3051</sup>. Además, a diferencia de la responsabilidad por productos defectuosos de los arts. 135 y ss. estudiada en el epígrafe anterior que cubría a todo perjudicado, la responsabilidad por servicios se limita a consumidores y usuarios porque es el término que utiliza el precepto, el cual además

---

<sup>3047</sup> Tal ubicación se debe, como señala PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.750 y s., a que la Directiva 85/374/CEE limitó la responsabilidad por productos a bienes muebles porque se consideraba que la construcción debía regularse como prestación de servicios, y que por ello mismo se reguló como tal en la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios (véase referencias en nota 1446).

<sup>3048</sup> Arts. 135 y ss.

<sup>3049</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, p. 1.740, y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, o.c. nota 3035, p. 1.907.

<sup>3050</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.733 y 1.746. Igualmente sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, véase ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, p. 36.

<sup>3051</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, p. 1.751; FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 261, y ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, p. 36.



procede la LGDCU<sup>3052</sup>. Sin embargo, otros niegan tal limitación con fundamento en que el art. 128 del TRLGDCU, que habla de “*todo perjudicado*”, también es aplicable a la responsabilidad por servicios, y en que el mismo término utiliza el art. 149<sup>3053</sup>.

En cuanto a los daños cubiertos por el art. 148, su apartado tercero los somete un límite cuantitativo. Dicho precepto no excluye expresamente los daños cubiertos por otro régimen de responsabilidad como hace el art. 149, que por ello no ampara los daños materiales causados al edificio resarcibles conforme a la LOE<sup>3054</sup>. Sin embargo, también se considera que el art. 148 no da cobertura a los daños propios de la LOE, porque no hay razón que justifique distinguir la rehabilitación y reparación, de la construcción y comercialización de viviendas regulada en el art. 149<sup>3055</sup>.

Ahora bien, algunos defienden que a estos preceptos resulta de aplicación el art. 129 del TRLGDCU que exige que el daño se cause a bienes y servicios objetivamente destinados al uso o consumo privado y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado<sup>3056</sup>. Sin embargo, tal artículo no es aplicable a la responsabilidad por servicios porque procede de la LRP que regulaba la responsabilidad por productos,

---

<sup>3052</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.623 y 1.751; ORTI VALLEJO, o.c. nota 4, pp. 1.184 y s., y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 149. La primera autora argumenta además que el limitarse a viviendas corrobora que se está pensando en consumidores y usuarios.

<sup>3053</sup> MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, pp. 10-11, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 11.

<sup>3054</sup> Este precepto se refiere claramente a “*los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico*”. Sobre la aplicación del art. 149 a los daños no cubiertos por la LOE véase, PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, p. 1.760; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 408; MARTÍN OSANTE, o.c. nota 723, pp. 117 y s.; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 11, y SIERRA PÉREZ, o.c. nota 22, p. 149.

<sup>3055</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.751-1.752. También excluye del art. 148 los daños cubiertos por la LOE, MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, p. 17; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, o.c. nota 590, p. 675. No obstante, algunos autores se quedan en la literalidad del art. 149 sin extender la exclusión que hace éste al art. 148, como FERNÁNDEZ GREGORACI, o.c. nota 191, p. 261.

<sup>3056</sup> A favor de su aplicación MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, pp. 13-14; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 11, y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, o.c. nota 3035, p. 1.950.

y no de la LGDCU, que era el cuerpo destinado a la responsabilidad por servicios<sup>3057</sup>. Por la misma razón, no juega la exclusión que hace este art. 129 al no referirse a los daños morales<sup>3058</sup>.

Expuesto lo anterior, este régimen de responsabilidad del art. 148, que ya hemos dicho que es objetivo sin presumirse el nexo causal, se extiende por el art. 149 a quienes construyan o comercialicen viviendas en el marco de una actividad profesional<sup>3059</sup>. Y de igual forma ambos preceptos se limitan a inmuebles destinados a viviendas<sup>3060</sup>.

El hecho de que la LOE sólo cubra los daños materiales y este art. 149 incluya el resto de daños causados por los que comercialicen o construyan viviendas ha llevado a destacar que se trata de impedir que al menos frente al promotor y el constructor el perjudicado pierda el régimen de responsabilidad de que gozaba por medio del art. 1.591 CC<sup>3061</sup>. Con todo, estamos ante un precepto que es calificado de novedoso sin un precedente claro<sup>3062</sup>, que pretende extender la responsabilidad prevista en el antiguo art. 28 de la LGDCU a los que comercialicen o construyan viviendas en el marco de una actividad empresarial y generen daños no cubiertos por un régimen de responsabilidad específico<sup>3063</sup>.

---

<sup>3057</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.759-1.760.

<sup>3058</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.759-1.760. En contra, MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, p. 14; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 11, y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, o.c. nota 3035, p. 1.950.

<sup>3059</sup> Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad prevista en el art. 149, MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, p. 10; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 11; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, o.c. nota 3035, pp. 1.949-1.950, quien además se refiere a la necesidad de demostrar el nexo causal.

<sup>3060</sup> Además de la claridad del precepto, PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, pp. 1.751 y 1.759, MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, p. 10, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 11.

<sup>3061</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, C., *La contratación inmobiliaria con consumidores*, publicado en <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/6.pdf>, p. 18. A esto se opone MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, p. 14, quien hemos visto que es partidaria de la exclusión de los daños morales.

<sup>3062</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, o.c. nota 3035, p. 1.949, y MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, pp. 5-6.

<sup>3063</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 3061, p. 15.

La falta de aplicación de los arts. 148 y 149 a los daños resarcibles por medio de la LOE hace que desaparezca el inconveniente que veían algunos autores en el art. 25 LGDCU que cubría todos los daños y dejaba sin efecto aquélla por el plazo quincenal de prescripción que se le atribuía<sup>3064</sup>. En relación con lo anterior, señalar que se discute qué plazo de prescripción se aplica a los arts. 148 y 149 del TRLGDCU, si el quincenal supletorio del art. 1.964 CC, o éste y el anual del art. 1.968.2º CC en función de que medie o no relación contractual, aunque también se ha propuesto el bienal del art. 18 de la LOE<sup>3065</sup>.

Aunque el art. 149 del TRLGDCU sólo menciona como responsables a los que construyan o comercialicen viviendas, lo que haría pensar que nos limitamos al constructor y al promotor, defendemos la responsabilidad de todos los agentes, máxime cuando el art. 148 para las obras de rehabilitación y reparación no limita ni distingue, y una disparidad entre ambos preceptos no tendría sentido en este punto<sup>3066</sup>. En cualquier caso, se excluye la figura de la autopromoción puesto que el precepto es claro

---

<sup>3064</sup> MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, p. 8. En el mismo sentido, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 12. Era contraria a la compatibilidad por tal motivo, MARTÍNEZ ESCRIBANO (véase pp. 877 y s.).

<sup>3065</sup> Según PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, p. 1.734, la mayoría de los autores es partidaria de la última solución. No obstante, la autora defiende la aplicación general del plazo quincenal, por el valor supletorio general que le atribuye al art. 1.964 CC, y porque las acciones de responsabilidad por daños a consumidores y usuarios se basan en un régimen que supera la distinción entre ambos tipos de responsabilidades contractual y extracontractual. También defiende el plazo quincenal, ÁLVAREZ MORENO, o.c. nota 201, p. 36.

Es partidaria del bienal, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 12.

<sup>3066</sup> Así, en cuanto a los términos del art. 149 entenderíamos la locución “construyan” como equivalente a la ejecución material, y el término “comercialicen” como una fórmula que permite incluir al promotor, como agente que no ejecuta materialmente la edificación.

Parece ser contraria a nuestra opinión, GONZÁLEZ CARRASCO (véase nota 3061) quien además (o.c. nota 3061, p. 17) cuando trata este precepto se limita a mencionar como sujetos responsables al constructor y al promotor. Sin embargo, algunos se cuestionan tal limitación como PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, p. 1.759.

al exigir que la comercialización y construcción se produzcan en el marco de una actividad empresarial<sup>3067</sup>.

Por otro lado, conviene determinar si en caso de que los defectos de la vivienda tengan su origen en el carácter defectuoso de un producto utilizado pueden aplicarse los preceptos que estamos estudiando o sólo los arts. 135 y ss. del TRLGDCU que regulan la responsabilidad por productos, cuestión sobre la que existe división de opiniones. Así, algunos autores sostienen que estos últimos preceptos excluyen a los que estamos estudiando<sup>3068</sup>. En cambio, para alguna autora el prestador del servicio puede considerarse como proveedor y responder en caso de que no identifique al fabricante o conozca el carácter defectuoso del producto, esto es, en los supuestos en que responde el proveedor del producto de acuerdo con los arts. 138 y 146 del TRLGDCU<sup>3069</sup>. Por nuestra parte somos partidarios de que adicionalmente se apliquen los art. 148 y 149 a la reparación o construcción de viviendas en la que se hayan empleado materiales defectuosos, dado que no distinguen si el defecto se debe a la ejecución material o al producto empleado, y así se ofrecerá una mayor garantía al consumidor.

Además, de acuerdo con el art. 128 del TRLGDCU, tanto los arts. 135 y ss. que regulan la responsabilidad por productos, como los arts. 148 y 149, son compatibles con las acciones generales derivadas del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la

---

<sup>3067</sup> MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, p. 12, quien excluye al autopromotor individual o colectivo refiriéndose a la comunidad de propietarios, pero incluye a las cooperativas y obviamente al gestor de los anteriores a que hace referencia el art. 17.4 de la LOE. En el mismo sentido, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 11. Sin embargo, nosotros somos partidarios también de la exclusión de las cooperativas porque, salvo artificios jurídicos, tendrán como finalidad procurar una vivienda a sus asociados.

<sup>3068</sup> MILÁ RAFEL, o.c. nota 3017, p. 18, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, o.c. nota 2828, p. 11.

<sup>3069</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, p. 1.737.

responsabilidad extracontractual<sup>3070</sup>, lo que será útil para los daños por servicios que no se sufran por un consumidor<sup>3071</sup>.

No obstante, debemos recordar que el art. 17 de la LOE es compatible con las acciones derivadas del contrato y también con las derivadas de la responsabilidad extracontractual, las cuales permitirán reclamar todo tipo de daños, diferentes o no a los de la LOE, y al margen de que el accionante sea o no consumidor. Por ello no serán de tanta utilidad los arts. 148 y 149 del TRLGDCU<sup>3072</sup>. Es más, si se les aplican los plazos quincenal o anual de prescripción en función de que exista relación contractual, no se podrá acudir a ellos después del plazo anual previsto en el art. 1.968.2º CC para reclamar frente a sujetos con los que no se tiene tal relación, porque si ha prescrito esta acción también lo habrá hecho las derivadas de aquéllos. Y para reclamar a sujetos con los que se posean tales vínculos se dispondrá del mayor plazo del art. 1.964 CC.

---

<sup>3070</sup> En este sentido CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 346, p. 408, señalan que se podrá acumular a dichos preceptos la responsabilidad contractual si mediara contrato, porque se parte de que no pretenden rebajar la protección de los consumidores.

<sup>3071</sup> PARRA LUCÁN, o.c. nota 3014, p. 1.758.

<sup>3072</sup> En parecido sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, o.c. nota 3061, p. 17, para quien el interés de los arts. 148 y 149 se limita a proteger frente a daños excluidos de la LOE a adquirentes no ligados contractualmente con el promotor o constructor. Matizamos lo anterior por la legitimación pasiva amplia que defendemos en tales preceptos, y porque restará aún más su importancia el ejercicio de las acciones derivadas del régimen de responsabilidad extracontractual.

## I

La responsabilidad por ruina regulada en el art. 1.591.1º CC, al igual que la establecida en el art. 17 de la LOE, deriva casi siempre de un incumplimiento de la *lex artis* integrada en el contrato, pero este último precepto prescinde de la idea de ruina y especifica los concretos defectos constructivos que dan lugar a ella.

## II

Aunque el Tribunal Supremo califica la responsabilidad derivada del art. 1.591.1º CC como una responsabilidad *ex lege*, consideramos que posee naturaleza contractual, al derivar generalmente de un incumplimiento de la *lex artis* integrada en el contrato conforme al art. 1.258 CC. A ello no obsta que la LOE prescinda de la noción de ruina y especifique los concretos defectos constructivos resarcibles y los hechos que dan lugar a responsabilidad, porque éstos no son otros que los derivados de la intervención de los agentes de la edificación instrumentada en origen a través de diversos contratos tendentes a poner en el mercado un bien inmueble para los futuros adquirentes.

## III

La responsabilidad por ruina regulada en el art. 1.591.1º CC se ha asimilado en la práctica a una responsabilidad de carácter objetivo por la dificultad de exoneración de los agentes mediante la prueba de su diligencia. Esta naturaleza objetiva se ha confirmado con el art. 17.8 de la LOE que no contempla la diligencia como causa de exoneración, sino causas de exoneración que inciden en el nexo causal entre la intervención del agente y el daño manifestado en el edificio, porque una vez constatado un vicio constructivo ya no cabe exoneración.

## IV

El carácter objetivo de la responsabilidad resulta más nítido en el promotor y en el constructor, porque el primero responde generalmente sin serlo internamente, sino como garante del resto de los agentes de acuerdo con el art. 17.3 de la LOE. Por su parte, el constructor asume una obligación de resultado, de construir sin vicios, que supone que su incumplimiento se impute de forma independiente a su grado de diligencia porque con carácter general su *lex artis* conlleva la falta de aleatoriedad del resultado, y en lo que no alcance ésta entrarán en juego los criterios de distribución del riesgo de pérdida de la obra de los arts. 1.589 y 1.590 CC que le harán responder de los defectos originarios anteriores a la recepción.

## V

Además de objetiva, la responsabilidad regulada en la LOE es presunta al bastar a los adquirentes probar la producción de daños dentro de los plazos de garantía para que se estimen debidos a vicios constructivos. Por ello, los agentes deben acreditar que tales perjuicios han sido ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o culpa del propio adquirente, de acuerdo con el art. 17.8 de la LOE, precepto que no altera la jurisprudencia que difícilmente los exonera por sus conocimientos especializados, aunque será más fácil probar un inadecuado uso o mantenimiento.

## VI

La responsabilidad reconocida en la LOE, como sucedía con la derivada del art. 1.591 CC, es indisponible frente a los adquirentes. Pero sostenemos que también lo debe ser entre los agentes por el interés público que preside la habitabilidad y calidad de las edificaciones, inclusive en lo relativo a los defectos de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado del edificio porque éstos también fomentan dicha calidad.

## VII

La insuficiente y desfasada regulación del contrato de obra en el Código civil trajo consigo una interpretación del art. 1.591.1º CC exacerbadamente tuitiva para los intereses de los adquirentes. Sin embargo, esta interpretación derivó en una excesiva onerosidad de la posición jurídico-económica de los agentes de la edificación, al aplicar el plazo decenal de garantía y el quincenal de prescripción a cualquier tipo de defecto que entraba en la amplia noción jurisprudencial de “ruina funcional”. Ello hacía necesario equilibrar la balanza, preferiblemente mediante la adecuada reforma del Código civil y no a través de una ley especial con la consiguiente descodificación y los problemas de coordinación que esto ha generado.

## VIII

Por lo anterior, valoramos positivamente que el art. 17.1 de la LOE haya fijado plazos de garantía de diez, tres y un año en atención a los efectos del vicio constructivo sobre la seguridad estructural, habitabilidad o acabado del edificio; y su art. 18.1 un plazo de prescripción bienal porque, aunque notablemente reducido, como el aplicable al art. 1.591.1º CC, se computa conforme al criterio de la *actio nata* desde la manifestación de aquél, salvo que siga actuando conforme a la doctrina de los daños

continuados, y podrá ser interrumpido sin necesidad de acudir a los tribunales.

## IX

No obstante, la LOE recorta excesivamente los derechos de los adquirentes al poner fin a la reparación integral que otorgaba el art. 1.591 CC mediante la limitación de los daños resarcibles a los causados al edificio, y establecer para los usuales y graves defectos de habitabilidad un escaso plazo de garantía trienal tras el cual pueden manifestarse aún defectos originarios que, además, como el resto de plazos de garantía, se computa desde la recepción de la obra lo que puede conllevar su premoriencia a la adquisición del inmueble. Problema que se ve acentuado por la crisis actual y porque determinados defectos exigen para su manifestación un alto nivel de ocupación del edificio.

## X

La reparación del daño material causado al edificio que cubre la LOE incluye la reparación de la propia patología que por sí es dañosa sin requerirse desperfectos adicionales. El adquirente puede optar porque los agentes procedan a ella o le abonen su coste, sin que opere el art. 1.103 CC debido al carácter objetivo de la responsabilidad.

## XI

El vicio constructivo en sí mismo es propiamente incumplimiento contractual, y los daños derivados de tal vicio diferentes a su mera manifestación se imputan a los agentes de la edificación por pura relación de causalidad material entre ambos. No se requiere la previsibilidad de estos daños ni juega el art. 1.107 CC por la propia finalidad protectora de la LOE de que el edificio no presente daños derivados de vicios constructivos y porque las causas de exoneración no operan entre el vicio constructivo y los daños derivados de éste.

## XII

La LOE contempla un concepto amplio de edificio porque sin atender generalmente a su uso, se aplica a los edificios públicos o privados de carácter permanente, a sus instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización adscritos, así como a las intervenciones que alteren su configuración arquitectónica, modifiquen su uso, o afecten a las partes de él que posean algún tipo de protección. Tal como antes sucedía con el art. 1.591 CC, de la LOE se excluyen las obras provisionales, pero



también las infraestructuras. Asimismo, se amplía el concepto de obras menores, con exclusión de las edificaciones sencillas, a no ser que tengan carácter residencial o público, o se desarrollen en más de una planta. De esta manera, serán muy pocas las obras que queden fuera del ámbito de la LOE.

### XIII

Los requisitos exigidos por la LOE para que las intervenciones sobre edificios alteren su configuración arquitectónica dejan fuera obras de gran envergadura que pueden afectar a su seguridad o habitabilidad, por lo que abogamos por la inclusión de las intervenciones, incluidas las meramente reparadoras, siempre que ocasionen alguno de los defectos de su art. 17, de modo análogo a como el Tribunal Supremo les aplicaba el art. 1.591 CC porque podían causar ruina.

### XIV

No todos los requisitos básicos de la edificación regulados en el art. 3 de la LOE dan lugar a la responsabilidad de su art. 17, ni ésta se encuentra siempre vinculada a ellos. Ello obedece a que la responsabilidad decenal cubre la seguridad estructural pero no la seguridad de utilización y en caso de incendio; la responsabilidad trienal se conecta con los requisitos de habitabilidad, pero no con los de funcionalidad aunque pueden considerarse incluidos por razones de protección en el apartado cuarto del art. 3.1 c), y la responsabilidad por defectos de ejecución en los elementos de terminación o acabado no se vincula con ningún requisito básico.

### XV

La responsabilidad decenal prevista en el art. 17.1 a) de la LOE cubre los defectos constructivos que, con independencia del elemento del edificio en que tengan su origen, afecten a los estructurales y comprometan de modo directo su resistencia mecánica y estabilidad, por lo que se identifica con la ruina actual y potencial del art. 1.591 CC, aunque la LOE es bastante rigurosa en la exigencia del aludido compromiso directo.

### XVI

La responsabilidad trienal prevista en el art. 17.1 b) de la LOE no requiere la producción de un daño en sentido de desperfecto sino únicamente el incumplimiento de los correspondientes requisitos básicos de la edificación que por sí constituye un daño entendido como pérdida de valor

del edificio. En ella encontrarán cabida los defectos propios de la ruina funcional que no afectaban a la estructura del edificio, por lo que la LOE ha corregido el plazo de garantía que le era predicable hasta ahora al limitarse el decenal a su ámbito originario antes de la creación jurisprudencial de la ruina funcional.

## XVII

La responsabilidad anual consagrada en el art. 17.1 *in fine* de la LOE por defectos de ejecución en los elementos de terminación o acabado abarca defectos menores que no afectan a la estructura ni a la habitabilidad del edificio. Supone una novedad al identificarse con las imperfecciones corrientes que el Tribunal Supremo excluía del art. 1.591 CC, y de ellos sólo responde el constructor y el promotor por no alcanzar a las funciones de supervisión de los técnicos, salvo que por su carácter generalizado incidan en el uso adecuado del edificio y sean resarcibles por medio de la responsabilidad trienal de modo análogo a lo que acontecía con la conocida como ruina técnica.

## XVIII

La falta de reservas por el promotor de los defectos constructivos aparentes al tiempo de la recepción sólo le afectará a él, pero no a las acciones que el adquirente ejercite frente a los agentes de la edificación debido al carácter indisponible de la responsabilidad regulada en la LOE.

## XIX

Los plazos de garantía establecidos en la LOE se computan desde la recepción de la obra sin reservas, o desde su subsanación. Esto, desde luego, no incentiva la formulación de reservas por el promotor-vendedor porque mientras no se subsanen será el único responsable de los defectos relacionados con ellas. Por su parte, si se hubieran pactado recepciones parciales, los plazos se computarán a partir de la terminación de cada una de las fases, completas y terminadas. Teniendo en cuenta que es posible tanto la recepción tácita prevista en el art. 6.4 LOE como los supuestos jurisprudenciales de recepción tácita dado que favorecen el inicio de los plazos.

## XX

Al igual que acontecía con el plazo decenal del art. 1.591.1º CC, los plazos recogidos en el art. 17 de la LOE son plazos de garantía de la buena construcción durante los cuales ha de manifestarse el vicio constructivo para que nazca la acción, salvo en los casos de daños generalizados en los que basta el inicio de su génesis dentro de ellos, o

de daños derivados de la falta o defectuosa reparación de otros manifestados en plazo, siempre que en el primer caso se haya requerido de los agentes la oportuna reparación.

## XXI

El Tribunal Supremo sólo confiere efectos colectivos a la interrupción de la prescripción, de un lado, en el supuesto del promotor cuando se entienda el acto interruptivo con el resto de agentes, pero no a la inversa, y, de otro, en los supuestos de actuación conjunta previstos en la LOE. Ello perjudica notablemente a los adquirentes lo que, unido a que la solidaridad por falta de individualización se establece ahora legalmente y a la existencia de una vinculación entre los agentes previa a la producción del daño, hace defender los efectos colectivos de la interrupción de la prescripción conforme al art. 1.974.1º CC en todos los supuestos de responsabilidad solidaria reconocidos por la LOE, y la presunción del conocimiento colectivo de la interrupción.

## XXII

Aunque recientemente el Tribunal Supremo ha otorgado la acción de la LOE a un arrendatario financiero de un solar sobre el que promovió un edificio, ésta consagra la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1.591 CC al otorgarla a los propietarios del edificio y negarla a los titulares de otros derechos reales o de goce. Pero al exigir la condición de propietario del edificio se excluye el promotor que lo haya transmitido en su totalidad, sin perjuicio de la subsistencia de sus acciones contractuales.

## XXIII

La LOE colma la laguna del art. 1.591 CC al incluir como agente responsable al promotor cuya nota definitoria, con la salvedad del autopromotor contemplado *ex novo*, sigue siendo su intervención decisoria en el proceso edificatorio, y su responsabilidad la de garante del resto de los agentes, aunque también puede serlo por hecho propio. Abogamos porque en ambos casos pueda repetir por el todo en aras de favorecer la calidad a la que tiende la nueva norma y por su carácter indisponible, por lo que el constructor no debe exonerarse por la advertencia de la mala calidad de los materiales suministrados por aquél máxime cuando el art. 1.590 CC por razones históricas no piensa en la existencia de un tercero.

## XXIV

El constructor, como acontecía con el art. 1.591 CC, responde de los vicios de la construcción que son los relacionados con su ejecución por él,

sus dependientes o subcontratistas, y con los defectos aun ocultos de los materiales empleados, por lo que resulta de aplicación la jurisprudencia que le hacía responsable de apartarse del proyecto o de las instrucciones de la dirección facultativa y que le eximía de sus errores salvo que por sus conocimientos debiera advertirlos. No obstante, defendemos que tal advertencia no le exima ni tan siquiera en la relación interna, por el renombrado objetivo de calidad y carácter indisponible de la responsabilidad.

## XXV

Con la LOE, al igual que con la jurisprudencia dictada sobre el art. 1.591 CC, el proyectista responde de los defectos del proyecto y también el director de la obra e incluso el director de su ejecución si puede advertirlos, pero la suscripción del certificado final de obra por parte de tales directores no les hace responsables de todos los defectos que presente la obra, sino de los que guarden relación con su funciones de dirección mediata e inmediata, aunque la simple impartición de instrucciones reflejadas en Libro de Órdenes no les liberará dado que deben comprobar su cumplimiento.

## XXVI

Los defectos de los materiales siguen conllevando una responsabilidad múltiple, pero la del constructor es mayor que la de los técnicos por el tenor del art. 17.6 de la LOE y porque asume una obligación de resultado, de manera que, en caso de que cuenten con los correspondientes distintivos de calidad o hayan sido sometidos a ensayos necesarios, no responderán aquellos profesionales sino el constructor junto con los suministradores o el laboratorio que los analizó, salvo que los materiales fueren inadecuados para la concreta obra o se tratase de un problema de dosificaciones o mezclas.

## XXVII

La LOE ha positivado los supuestos de responsabilidad solidaria por falta de individualización del responsable o del grado de participación, frecuentes en la práctica por la superposición de funciones de los agentes a pesar del carácter individualizado de sus responsabilidades, con lo que se supera la crítica que se les hacía por contravenir el art. 1.137 CC. Dado que en tales casos podría aplicarse la división por partes iguales prevista en el art. 1.138 CC, lo que justifica en el fondo esta solidaridad son razones de protección, no obstante lo cual la estimamos al favorecer el concierto en el cumplimiento.

## XXVIII

Aunque el CTE desarrolla gran parte de los requisitos básicos de habitabilidad y el de seguridad estructural que dan lugar a las responsabilidades trienal y decenal, su cumplimiento no las excluye porque define tales requisitos de forma diferente a como lo hace la LOE y el control de tal cumplimiento se realiza por los propios agentes de la edificación mediante la aplicación de los procedimientos de verificación de los Documentos Básicos cuya única prueba de utilización es su afirmación y constancia en la documentación de seguimiento de la obra.

## XXIX

Tras la LOE debe entenderse derogada la interpretación jurisprudencial del art. 1.591.1º CC que no resultará de aplicación porque la dejaría sin efecto. Ni tan siquiera al comitente y a los defectos y daños no cubiertos por la ley especial, porque supondría una desigualdad de trato injustificada. Ello, unido a que la LOE no cubre todo daño y recorta los plazos de garantía y de prescripción, conlleva que ganen protagonismo las acciones contractuales de los adquirentes frente al promotor-vendedor. Estas acciones permitirán reclamar incluso daños cubiertos por la LOE cuyos plazos ya hayan transcurrido, porque la nueva norma se superpone a la responsabilidad contractual sin afectarle. No obstante, no se dispondrá de las presunciones de carácter originario de los daños que conlleva la LOE.

## XXX

Las acciones de responsabilidad extracontractual serán de gran utilidad al permitir reclamar a todos los agentes de la edificación daños cubiertos por la LOE más allá de sus plazos de garantía, porque de lo contrario los excluidos no se sujetarían a tales plazos. Además, de no acogerse esta interpretación el tercero estaría en mejor situación que el adquirente dado que podría reclamar tras el plazo del art. 1.909 CC que ahora se entiende conectado con los de la LOE. Esta utilidad de las acciones de responsabilidad extracontractual se debe a la limitación de las derivadas del contrato de compraventa al promotor-vendedor vinculado contractualmente con el adquirente, su riesgo de insolvencia, y a la restricción de los arts. 148 y 149 del TRLGDCU a los daños excluidos de la LOE que sufran los consumidores de viviendas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL MONEDERO, P. J., *La Responsabilidad por vicios en la construcción. Análisis del Art. 1.591 del Código Civil*, ed. Hispalex, Sevilla, 1999.
- *Responsabilidad civil en la construcción: ¿Sigue vigente el artículo 1591 del Código Civil tras la publicación de la Ley de Ordenación de la Edificación?*, Act. Civil 1 (2003).
- ABRIL CAMPOY, J. M., *La responsabilidad del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre)*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por A. Cabanillas Sánchez, II, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, ed. Civitas, Madrid, 2003.
- ALARCÓN FIDALGO, J., *La Ley de Ordenación de la Edificación: La responsabilidad civil de los agentes y su aseguramiento. Aspectos Procesales*, RES 101 (2000).
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, ADC 2 (1963).
- *Derecho civil*, II-1, ed. José María Bosch, Barcelona, 1994.
  - *Derecho civil*, II-1, ed. José María Bosch, Barcelona, 2002.
  - *La prescripción extintiva*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- ALBIEZ DHORMANN, K. J., *Los sistemas de responsabilidad por defectos en el contrato de obra en el Ordenamiento jurídico español*, ADC 2 (2012).
- ALMAGRO NOSETE, J., *Algunas cuestiones procesales*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- *Los arts. 13 y 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el art. 17 y la disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la edificación*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, ed. CGPJ, Madrid, 2008.
- ALMENAR BELENGUER, M., JIMÉNEZ LÓPEZ, C. y PÉREZ PAZ, O., *Aspectos generales del Código Técnico de la Edificación: Sistemática y aplicación*, en *El desarrollo de la Ley de Ordenación de la Edificación. Código Técnico de la Edificación*, dir. por J. A. Seijas Quintana y C. Alvira Duplá, ed. CGPJ, Madrid, 2008.
- ALONSO PRIETO, L., *Las acciones de saneamiento en la compraventa de edificios*, RDP 3 (1971).
- ÁLVAREZ MORENO, M. T., *La protección del consumidor en el mercado inmobiliario: compraventa y arrendamiento de vivienda*, RDP 6 (2009).
- ÁLVAREZ OLALLA, P., *La Responsabilidad por Defectos en la Edificación. El Código Civil y la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002.
- *en Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

ARIAS DÍAZ, M. D., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002.

ARNAU MOYA, F., *Los vicios de la construcción (Su régimen en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

AVILÉS INGLÉS, F., *Encuentros Consejo Superior del Poder Judicial-Consejo Superior de Arquitectos*, en *Estudio sobre la nueva ley de ordenación de la edificación*, dir. por R. Fernández Valverde y J. Díez Delgado, ed. CGPJ, Madrid, 2000.

BADIOLA DÍEZ, R., *Responsabilidades jurídicas en la edificación*, en *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, dir. por A. E. Humero Martín, III, primera parte, coord. por I. Sierra Pérez, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BECH SERRAT, J. M., en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y R., *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, ed. Tecnos, Madrid, 1987.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, ADC 2 (1969).

-Comentario a la STS de 9 de mayo de 1983, CCJC 2 (1983).

-Comentario a la STS de 13 de junio de 1984, CCJC 6 (1984).

-Comentario a la STS de 29 de junio de 1987, CCJC 14 (1987).

-en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

BLASCO GASCÓ, F. DE P., *La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos de responsabilidad por vicios de la construcción*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, ed. CGPJ, Madrid, 2008.

BOLDÓ RODA, C., *Régimen de Garantías por daños materiales ocasionados por vicios o defectos en la construcción*, RES 103 (2000).

-en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: Régimen jurídico y técnico*, coord. por R. García Macho, ed. Colex, Madrid, 2000.

BRENES CORTÉS, J., *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, G. y GARCÍA VARELA, R., *Agentes de la edificación*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal. Comentario a la STS de 1 de abril de 1977*, ADC 3 (1978).

- *Comentario a STS de 3 de octubre de 1979*, ADC 1 (1980).
- *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos. Comentario a la STS de 9 de marzo de 1981*, ADC 3 (1982).
- *Comentario a la STS de 25 de abril de 1984*, ADC 1 (1985).
- *La configuración jurisprudencial del promotor como garante*, ADC 1 (1990).
- *La evolución de las responsabilidades en la construcción*, en VV.AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, I, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- *Las obligaciones de actividad y de resultado*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1993.
- *Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995*, CCJC 39 (1995).
- *Comentario a la STS de 17 de septiembre de 1996*, CCJC 43 (1997).
- *La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ADC 2 (2000).
- *Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación*, RJC 2 (2001).
- *La recepción de la obra en el Código civil y en la Ley de ordenación de la edificación*, ADC 2 (2002).

CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976.

- *La responsabilidad por vicios y defectos de la obra*, en *Contratos de servicios y de obra*, coord. por J. González García, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996.
- *Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra (según el Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de modificación del Código Civil)*, en *Contratos de servicios y de obra*, coord. por J. González García, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996.
- *En torno a la condena in solidum de los responsables ex artículo 1.591 del Código Civil*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, coord. por J. L. Iglesias Prada, IV, *Derecho Civil y Derecho Público*, ed. Civitas, Madrid, 1996.
- *La responsabilidad de los constructores en la Ley de Ordenación de la Edificación. Una aproximación a la nueva disciplina*, ECI 7 (2000).
- *El sistema de responsabilidad civil en la construcción*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, ed. CGPJ, Madrid, 2008.

CAFFARENA LAPORTA, J., en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P. Salvador Coderch, II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

- *La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen*. Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2011.

CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002.

CARRASCO PERERA, A., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García, XV-1, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

- *La insistente recurrencia de un falso problema: ¿está derogado el art. 1591 del Código Civil?*, AJA 454 (2000)



- en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
- (Conferencia inaugural) *La jurisprudencia post-LOE. ¿Ha cambiado algo en el régimen de la responsabilidad por ruina?*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, ed. CPGJ, Madrid, 2004.
- *Prescripción y retroactividad en la LOE*, AJA 710 (2006).
- *Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina*, Indret 1 (2006).
- en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007.
- CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, ed. Dilex, Madrid, 2008.
- *Derecho de Contratos*, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

CASADO PÉREZ, J. M., *La responsabilidad jurídica en el ámbito de la edificación*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, ed. CPGJ, Madrid, 2004.

CASTRO BOBILLO, J. C., *Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Act. Civil 12 (2001).

- en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- *El cumplimiento forzoso de la obligación de reparar las deficiencias de un inmueble*, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, dir. por C. Hernández Pezzi, ed. CGPJ, Madrid, 2007.
- *Aspectos jurídicos del Código Técnico de la Edificación*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, ed. CGPJ, Madrid, 2008.

COLINA GAREA, R., *La determinación del daño resarcible en la Ley de ordenación de la edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación*, RDP 5 (2003).

CORBAL FERNÁNDEZ, J., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, X, ed. Bosch, Barcelona, 2006.

CORDERO LOBATO, E., *Comentario a la STS 16 de diciembre de 1991*, CCJC 28 (1992)

- *Comentario a la STS de 3 de octubre de 1996*, CCJC 43 (1997).
- en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
- *Comentario a la STS de 3 de noviembre de 1999*, CCJC 52 (2000).
- en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

- *El Código Técnico de Edificación como Norma Jurídica. A Propósito de la Eficacia Jurídica y los Límites del RD 314/2006*, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.
- *Comentario a la STS de 22 de marzo de 2010*, CCJC 85 (2011).

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, IX, ed. Bosch, Barcelona, 2006.

- en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, X, ed. Bosch, Barcelona, 2006.
- *La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- *Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- *Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (III). La relación de causalidad*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- *Fundamento de la responsabilidad civil. Culpa y riesgo. Responsabilidad objetiva. Regímenes especiales de responsabilidad*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Prólogo*, en LEÓN ALONSO, J. R., *La categoría de la obligación «in solidum»*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

- *Instituciones de Derecho Civil*, I, ed. Civitas, Madrid, 1991.

DE LA CÁMARA MINGO, F., en LÓPEZ MORA, L. y DE LA CÁMARA MINGO, F., *Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción*, en *Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, dir. por A. García Gallo y L. López Ortiz, IV, ed. INEJ y COAM, Madrid, 1964.

DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa*, en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, coord. por E. Valpuesta Gastaminza, ed. Bosch, Barcelona, 2011.

DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S., *Responsabilidades y garantía del autopromotor individual y colectivo según la vigente Ley de ordenación de la edificación (1)*, ECI 71 (2006).

DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos y civiles*, ed. Comares, Granada, 1997.

- *Comentarios prácticos a la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Comares, Granada, 2003.
- *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos y civiles)*, ed. Comares, Granada, 2010.

DE LA ROCHA GARCÍA, E. y DEL ARCO TORRES, M. A., *Ley de Ordenación de la Edificación. Ley 38/1999, de 5 de noviembre*, ed. Comares, Granada, 2005.

DE LA SERNA BILBAO, M. N., *Manual de Derecho de la Edificación. Instituciones básicas*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

- en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- DE LA SERNA BILBAO, M. N. y SERRA MARÍA-TOMÉ, J., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001.

DE PABLO CONTRERAS, P., en *Código Civil comentado*, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, IV, ed. Civitas, Madrid, 2011.

DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho de la Construcción*, ed. Aranzadi, Navarra, 2006.

DÍAZ VALES, F., *Legitimación activa del promotor que enajenó los pisos y locales para reclamar la responsabilidad ex art. 1591 CC. Comentario a la STS de 10 de febrero de 2004*, La Ley 1 (2005).

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios*, ed. Bosch, Barcelona, 1963.

- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, ed. Tecnos, Madrid, 1975.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, II, ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- *Ley de Edificación y Código civil*, ADC 1 (2000).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, II, ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., MORALES MORENO, A. M. y ROCA TRÍAS, E., *Los principios del derecho europeo de contratos*, ed. Civitas, Madrid, 2002.
- *La Prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, IV, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, I, ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, II-1, ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, II-2, ed. Tecnos, Madrid, 2012.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M., *La Ley 38/1999, de 5 de noviembre de ordenación de la edificación*, *Economist & Jurist*, 41 (2000).

ESPINOSA LABELLA, M., *El régimen de garantías por daños derivados de vicios o defectos de la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ECI 5 (2000).

ESTRUCH ESTRUCH, J., *Comentario a la STS de 28 de diciembre de 2001*, CCJC 59 (2002).

- *Las Responsabilidades en la construcción: Regímenes jurídicos y jurisprudencia*, ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

- en *Código Civil comentado*, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, IV, ed. Civitas, Madrid, 2011.

FELIÚ REY, M. I., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J., *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios (De acuerdo con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- *Comentario a la STS de 10 de marzo de 2004*, CCJC 66 (2004).

- en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

FENOY PICÓN, N., *La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento*, ADC 4 (2011).

FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato del arquitecto en la edificación*, EDESA, Madrid, 1977.

- en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

FERNÁNDEZ GREGORACI, B., *La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación*, RdP 23 (2009).

FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1976.

- *La responsabilidad civil en la nueva Ley de ordenación de la edificación (38/1999, de 5 de noviembre)*, Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto 2 (1999).

FUENTESECA DEGENEFFE, C., *La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación deroga el contenido del art. 1591 del Código Civil a partir del 6 de mayo del año 2000*, Act. Civil 12 (2000).

GÁLVEZ CRIADO, A., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002.

GARCÍA ALGUACIL, M. J., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002.

GARCÍA CANTERO, G., *La responsabilidad por ruina de edificios ex art. 1.591 del Código Civil*, ADC 5 (1963).

- *Nota a la STS de 20 de diciembre de 1985*, ADC 2 (1987).
- *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, ed. Reus, Madrid, 2010.

GARCÍA CARACUEL, M., *Cuestiones procesales en la LOE*, en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dir. por A. Cañizares Laso, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la Construcción*, ed. Bosch, Barcelona, 1996.

- *Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación*, RJC 2 (2001).

GARCÍA LARAÑA, R., *La llamada en garantía y la acción de repetición en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ECI 7 (2000).

GARCÍA MACHO, R. y BLASCO DÍAZ, J. L., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: Régimen jurídico y técnico*, coord. por R. García Macho, ed. Colex, Madrid, 2000.

GARCÍA MAS, F. J., *Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación*, RCDI 664 (2001).

GARCÍA PÉREZ, R. M., *La prescripción en el Derecho europeo*, en *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, editado por L. Sixto Sánchez, ed. Aranzadi, Navarra, 2009.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación*, RDUMA 177 (2000).

GARCÍA VARELA, R., *La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en el proceso edificatorio*, ECI 1 (2000).

GÓMEZ CALLE, E., *Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

- *Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia*, ADC 1 (2012).

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción. (Estudio del artículo 1.591 del Código Civil y su problemática actual)*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1993.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C., *Algunos aspectos procesales en la aplicación del régimen de responsabilidad del artículo 1.591 del Código civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, ed. CGPJ, Madrid, 2008.

GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, ed. Dykinson, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

- en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2005.

- en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

- *La contratación inmobiliaria con consumidores* (publicado en <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/6.pdf>).

GONZÁLEZ NEBREDÁ, P., SANTDIUMENGE FARRÉ, J. y TÁBOAS BENTANACHS, M., *El Código Técnico de la Edificación y las normas urbanísticas. ¿A quiénes obliga el CTE? Criterios de prevalencia*, en *El desarrollo de la Ley de Ordenación de la Edificación. Código Técnico de la Edificación*, dir. por J. A. Seijas Quintana y C. Alvira Duplá, ed. CGPJ, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de ordenación de la edificación*, ed. Civitas, Madrid, 2000.

- *La responsabilidad civil por defectos en la construcción en la nueva Ley de ordenación de la edificación*, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, coord. por L. Martínez-Calcerrada y Gómez, II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ POVEDA, P., *La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación*, ECI 10 (2001).

- en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, VIII, ed. Bosch, Barcelona, 2006.

- *Responsabilidades y garantías*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

- *La jurisprudencia sobre responsabilidad decenal del art. 1591 Cc y la Ley de Ordenación de la Edificación*, en *Jurisprudencia civil (2005-2007): Análisis crítico*, dir. por J. A. Xiol Ríos, ed. CPGJ, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ TAUSZ, R., *El nuevo régimen del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación*, RCDI 661 (2000).

GULLÓN BALLESTEROS, A., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2006.

GUTIÉRREZ JEREZ, L. J., en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios (después de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación)*, ed. Civitas, Madrid, 2002.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., *La nueva Ley de ordenación de la edificación, 38/1999, de 5 de noviembre, y su incidencia en el artículo 1591 del Código civil*, RDP 5 (2001).

HERRERA CATENA, J., *Responsabilidades en la construcción*, I-1, ed. Gráficas del Sur, Granada, 1974, y I-2, ed. Gráficas del Sur, Granada, 1977.

JIMÉNEZ CLAR, A. J., *El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación*, RdP 6 (2001).

JIMÉNEZ MORAGO, J. T., *Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación: ¿subsiste el art. 1591 CC?*, La Ley 6 (2001).

LACABA SÁNCHEZ, F., *Ley de ordenación de la edificación. Análisis jurídico de Ley. Consecuencias de la subsistencia del art. 1.591 del Código Civil*, La Ley 1 (2000).

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II-1, ed. Dykinson, Madrid, 2011.  
- *Elementos de Derecho civil*, II-2, ed. Dykinson, Madrid, 2013.

LARENZ, K., *Derecho de obligaciones (traducción y notas Santos Briz, J.)* I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Ley de Ordenación de la Edificación*, La Ley 6 (1999).  
- *Principios de Derecho civil*, II, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.  
- *Principios de Derecho civil*, III, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

LEÓN-CASTRO ALONSO, J., *Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad civil en la LOE*, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, II, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

LLAMAS POMBO, E., *Debate: Reavivando la encendida polémica doctrinal ¿el art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación ha derogado el art. 1591 del Código Civil?*, ECI 22 (2002).  
- en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, coord. por E. Llamas Pombo, ed. La Ley, Madrid, 2005.  
- *Formas de reparación del daño (II)*, Práctica Derecho de daños 81 (2010).  
- en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

LLEDÓ MELÉNDEZ, L. C., *Conservación de los edificios. La inspección técnica de edificaciones y responsabilidades que de ella dimanar*, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, dir. por C. Hernández Pezzi, ed. CGPJ, Madrid, 2007.

LOBATO GÓMEZ, J. M., *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, ADC 2 (1992).

- *Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción*, ed. Tecnos, Madrid, 1994.
- en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, dir. por C. Vattier Fuenzalida, J. M. de la Cuesta Sáenz, J. M. Caballero Lozano, II, ed. Dykinson, Madrid, 2003.

LÓPEZ RICHART, J., *La responsabilidad derivada de la utilización de materiales defectuosos en la construcción*, ECI 27 (2002).

- *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de ordenación de la edificación*, ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

- *Comentario de la STS de 22 de julio de 2004*, CCJC 71 (2006).

LÓPEZ SUÁREZ, M. A., en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García, XX-2, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

MAESO CABALLERO, J., *Influencia del Código Técnico de la Edificación de 17 de marzo de 2006 en la determinación de la responsabilidad de los distintos agentes de la LOE*, RRCCS 10 (2004).

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, X-2, ed. Reus, Madrid, 1969.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La Figura del Promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

MARÍN LÓPEZ, M. J., en *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2009.

MARTÍ FERRER, M., *La Ley de Ordenación de la Edificación: El punto de vista del promotor*, RDUMA, 177 (2000).

MARTÍN BERNAL, J. M., *La ley de ordenación de la edificación como garantía de calidad*. Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales 17 (2001).

- *Vicios y/o defectos y su incidencia en la LAU, LPH, LOE y el Código Civil*, AJA 535 (2002).

MARTÍN DEL PESO, R., *La indemnización y valoración de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, ed. Sepín, Madrid, 2007.



MARTÍN OSANTE, J. M., *La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del texto refundido 1/2007*, RdP 24 (2010).

MARTÍN PÉREZ, J. A., en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, coord. por E. Llamas Pombo, ed. La Ley, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en *Curso de Derecho civil*, II, coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz, ed. Colex, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

- en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

MARTÍNEZ MAS, F., *La recepción en el contrato de obra*, ed. Dykinson, Madrid, 1998.

- *El Contrato de Obra analizado para Constructores y Promotores*, ed. Cisspraxis, Barcelona, 2000.

- *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios (Adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, ed. Dykinson, Madrid, 2001.

- *La recepción de la obra*, Observatorio Inmobiliario y de la Construcción 1 (2005).

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: Régimen jurídico y técnico*, coord. por R. García Macho, ed. Colex, Madrid, 2000.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, X, ed. Bosch, Barcelona, 2006.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D., *El artículo 1591 CC ante la Ley de Ordenación de la Edificación*, AC 3 (1999).

MILÁ RAFEL, R., *Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y del promotor por daños causados por la vivienda*, Indret 1 (2009).

MIRANDA CABRERA, A., *Manual del promotor inmobiliario*, ed. Comares, Granada, 2003.

MOLTÓ GARCÍA, J. I., *Los agentes de la edificación en Ley 38/99, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Obligaciones y responsabilidades*, ed. Montecorvo, Madrid, 2000.

MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2008.

MORALES MORENO, A. M., *El alcance de las acciones edilicias*, ADC 3 (1980).

- *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, ADC 3 (1982).

MORENO-TORRES HERRERA, M. L., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002.

- *La interrupción de la prescripción por el reconocimiento del derecho*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por A. Cabanillas Sánchez, I, *Semblanzas. Derecho Civil. Parte General*, ed. Civitas, Madrid, 2003.

MORERA I PÉREZ, J., *La responsabilidad civil decenal en el anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación*, La Ley 3 (1999).

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, XXIV, parte segunda, Madrid, 1951.

MUÑOZ CASTILLO, J. y COSME DE MAZARREDO y PAMPLÓ, F., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: Régimen jurídico y técnico*, coord. por R. García Macho, ed. Colex, Madrid, 2000.

MUÑOZ GARCÍA, C., *El contrato de obra inmobiliaria*, en *Manual de Derecho de la Construcción*, coord. por S. San Cristóbal Reales, ed. La Ley, Madrid, 2008.

MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO, M. P., *Artículo 1591 del Código Civil y Ley de Ordenación de la Edificación: especial referencia a la prescripción, la solidaridad y la llamada en garantía*, Revista jurídica de Asturias 28 (2004).

NART, I., *Contrato de obra y empresa*, RDP (1951).

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., *Entidades de control y verificación de la calidad de la edificación: estatuto jurídico público básico*, ECI 24 (2002).

NIETO ALONSO, A., *La responsabilidad por vicios o defectos ocultos en las ventas. La superación de la rígida normativa del Código civil como medio de defensa de los consumidores y usuarios*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por A. Cabanillas Sánchez, II, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, ed. Civitas, Madrid, 2003.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Contrato de obra. Responsabilidad por ruina*, Act. Civil 27 (1988).

- *(Clausura) La responsabilidad de los agentes de la construcción (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación)*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, ed. CPGJ, Madrid, 2004.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *Pluralidad de partes en la contratación: especial referencia a la solidaridad*, en *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, editado por L. Sixto Sánchez, ed. Aranzadi, Navarra, 2009.

ORTEGA ANDRADE, F., *La calidad de la edificación y la Ley de Ordenación de la Edificación*, en *Estudio sobre la nueva ley de ordenación de la edificación*, dir. por R. Fernández Valverde y J. Díez Delgado, ed. CGPJ, Madrid, 2000.

ORTEGA ESPINOSA, S., *Coberturas Aseguradoras de las Obras de Edificación*, en *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, dir. por A. E. Humero Martín, III, primera parte, coord. por I. Sierra Pérez, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

ORTI VALLEJO, A., *La responsabilidad civil en la edificación*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por F. Reglero Campos, II, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

OTERO CEREZO, J. A., *Consideraciones sobre el Código técnico de la edificación*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario a la STS de 8 de febrero de 1983*, CCJC 2 (1983).

- *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, en VV.AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P. Salvador Coderch, II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

- *Responsabilidades y Garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación. II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro. Ponencias*, Córdoba, 3 y 4 de mayo de 2001 (publicado en <http://civil.udg.edu/cordoba/pon/pantaleon.htm>).

PASCUAL ESTEVILL, L., *Derecho de daños*, II, ed. Bosch, Barcelona, 1995.

PAREJO ALFONSO, L., en *Comentarios a la Ley de ordenación de la edificación*, dir. por L. Parejo Alfonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. de la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001.

PARRA LUCÁN, M. A., en *Curso de Derecho civil*, coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz, II, ed. Colex, Madrid, 2008.

- en *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2009.

PASQUAU LIAÑO, M., en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dir. por M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, ed. Iustel, Madrid, 2011.

PASTOR VITA, F. J., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002.

PEÑA LÓPEZ, F., en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

PEÑAS MOYANO, M. J., *Edificación y seguro: Modalidades contractuales exigidas como garantía en la LOE*, RES 110 (2002).

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dir. por M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, ed. Iustel, Madrid, 2011.

- *La protección del comitente como consumidor*, ADC 2 (2012).

PORTO REY, E., *Aspectos técnicos de la Ley 38/99 de ordenación de la edificación*, ed. Montecorvo, Madrid, 2000.

PRATS ALBENTOSA, L., *Ley de Ordenación de la Edificación: disposiciones generales y exigencias de la edificación*, RdP 4 (2000).

PRENDES CARRIL, P., *El artículo 1591 CC tras la nueva Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (LOE). Vigencia o derogación. Especial consideración a la ruina funcional*. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 6 (2001).

QUECEDO ARACIL, R., con la colaboración de TAYLOR DOMÍNGUEZ, M., *La LOE un nuevo marco legal de situaciones, hasta la fecha, insuficientemente reguladas*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, ed. CPGJ, Madrid, 2004.

RAYÓN BALLESTEROS, M. C., *Líneas básicas de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, AJA 421 (2000).

- *El artículo 1.591 del Código civil y la nueva Ley de Ordenación de la Edificación: un salto normativo de más de un siglo*, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, coord. por L. Martínez-Calcerrada y Gómez, II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

- *Las responsabilidades por defectos en la construcción de las obras: La nueva Ley de Ordenación de la Edificación y el artículo 1591 del Código Civil*, AJEE 35 (2002).

REGLERO CAMPOS, L. F., *Responsabilidad civil en la edificación*, en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

- *Los sistemas de responsabilidad civil*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

- *Conceptos generales y elementos de delimitación*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

- REGLERO CAMPOS, L. F., y MEDINA ALCOZ, L., *El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

- *La prescripción de la acción de reclamación de daños*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

- en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

- en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013 (actualizado por Domínguez Martínez, P.).

REQUENA PAREDES, J., *El Código Técnico de la Edificación (CTE) un nuevo marco para el ejercicio de la profesión de arquitecto. Obligaciones en el Código Técnico de los agentes intervinientes en la edificación (II)*, en *El desarrollo de la Ley de Ordenación de la Edificación. Código Técnico de la Edificación*, dir. por J. A. Seijas Quintana y C. Alvira Duplá, ed. CGPJ, Madrid, 2008.

REVILLA GONZÁLEZ, J. A., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001.

RIERA I BARNIOL, E., *El sistema de responsabilidades y garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ECI 18 (2001).

RÍOS DÁVILA, M. L., *Las responsabilidades en la Ley de Ordenación de la Edificación*, en *Manual de Derecho de la Construcción*, coord. por S. San Cristóbal Reales, ed. La Ley, Madrid, 2008.

ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., y LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., *Tipos de contratos inmobiliarios*, en *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, dir. por A. E. Humero Martín, III, primera parte, coord. por I. Sierra Pérez, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

RODRÍGUEZ MORATA, F., en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

ROUANET MOTA, E., *Responsabilidad por vicios y defectos constructivos tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación*, Act. Civil 3 (2002).

RUBIO GARRIDO, T., *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza (en el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, ed. Comares, Granada, 2002.

RUBIO SAN ROMÁN, J. I., *La Responsabilidad civil en la construcción*, ed. Colex, Madrid, 1987.

RUIZ JIMÉNEZ, J., *El ámbito de responsabilidad del arquitecto en el proceso constructivo*, RCDI 694 (2006).

- *El promotor como garante en el proceso constructivo*, RCDI 695 (2006).

- *El constructor, uno de los agentes del proceso constructivo con mayor responsabilidad*, RCDI 696 (2006).

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y CASADO CASADO, B., *Defectos constructivos: sobre la plena vigencia de la Ley de Ordenación de la Edificación respecto de todo tipo de obras, sea cual sea la fecha de solicitud de licencia de obra*, La Ley 4 (2006).

SALA SÁNCHEZ, P., *El art. 1.591 CC y la LOE*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

SALA SÁNCHEZ, P. y SALA ATIENZA, P., *Ley de Ordenación de la Edificación y las Administraciones Públicas*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

SALAS CARCELLER, A., *La legitimación "ad causam" del promotor para reclamar frente al constructor y técnicos por vicios ruinógenos. (Comentario sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2006)*, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 7 (2006).

SALINERO ROMÁN, F., *La incidencia de la LOE en los criterios jurisprudenciales interpretativos del art. 1591 del Código civil*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, ed. CPGJ, Madrid, 2004.

SALOM ANTEQUERA, S., *La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas según el Código Civil español. Anales de la Universidad de Valencia*, año XVII (1940).

SALVADOR CODERCH, P., en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P. Salvador Coderch, II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

SÁNCHEZ ARISTI, R., en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

SÁNCHEZ CALERO, F. J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, ed. Montecorvo, Madrid, 1978.

SÁNCHEZ-CÍA, A. L., *Ley de Edificación. Comentarios Jurídicos (Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación)*, ed. Edijus, Zaragoza, 2000.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *Ley de ordenación de la edificación versus art. 1591 Código Civil*, RGD 678-679 (2001).

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por A. Cabanillas Sánchez, II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, ed. Civitas, Madrid, 2003.

- *La falsa identificación entre el régimen de responsabilidad civil por vicios o defectos de construcción y la versión legal y jurisprudencial del régimen de responsabilidad por ruina del edificio*, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, II, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

- *Mosaico de acciones de que dispone el comprador de una vivienda, de primera y segunda mano, con defectos*, *Práctica Derecho de daños* 105 (2012).

SANCIÑENA ASURMENDI, C., *Comentario a la STS de 27 de junio de 2012*, CCJC 91 (2013).

SAN SEGUNDO MANUEL, T., *El control de calidad en la edificación*, ECI 3 (2000).

- *La verificación de la obra*, ECI 15 (2001).

SANTOS BRIZ, J., *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, RDP 5 (1972).

- *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, II, ed. Montecorvo, Madrid, 1993.

- en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, VI, ed. Bosch, Barcelona, 2006.
- *La reparación del daño (I)*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- *La relación causal y problemas relacionados con ella*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

SANTOS MORÓN, M. J., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. por L. Parejo Afonso, coord. por M. I. Feliú Rey y M. N. De la Serna Bilbao, ed. Tecnos, Madrid, 2001.

SEIJAS QUINTANA, J. A., *La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación*, en *Estudio sobre la nueva ley de ordenación de la edificación*, dir. por R. Fernández Valverde y J. Díez Delgado, ed. CGPJ, Madrid, 2000.

- *Acciones, solidaridad y prescripción en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*, Jueces para la democracia 47 (2003).
- *Aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y jurisprudencia*, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, dir. por C. Hernández Pezzi, ed. CGPJ, Madrid, 2007.
- *Responsabilidad civil. Principios y fundamentos*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, ed. Sepín, Madrid, 2007.
- *Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico*, en *El desarrollo de la Ley de Ordenación de la Edificación. Código Técnico de la Edificación*, dir. por J. A. Seijas Quintana y C. Alvira Duplá, ed. CGPJ, Madrid, 2008.

SEIJAS QUINTANA, J. A. y SACRISTÁN REPRESA, G., *Responsabilidad civil. Construcción y proceso*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, ed. Sepín, Madrid, 2007.

SEOANE PRADO, J., *El Código Técnico de la Edificación. Un nuevo paso en la nueva normativa sobre edificación*, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, dir. por C. Hernández Pezzi, ed. CGPJ, Madrid, 2007.

SERRA MARÍA-TOMÉ, J., *El Código Técnico de la Edificación en la LOE*, RDUMA 177 (2000).

SERRANO ALONSO, E., *Sobre la responsabilidad por "ruina" en el Código civil y en la Ley de Edificación*, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, coord. por M. P. García Rubio, ed. Aranzadi, Navarra, 2009.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, II, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

- *El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch. Barcelona, 2008.

SIERRA PÉREZ, I., *La responsabilidad en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación*. RdP 3 (1999).

- *La responsabilidad de los agentes de la construcción*, en *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, dir. por A. E. Humero Martín, III, primera parte, coord. por I. Sierra Pérez, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

SPIER JAAP, en *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, coord. por M. Martín-Casals, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

SENDMEYER, S., *La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del Derecho alemán (traducción por Zambrana Kuhn, R.)*, ADC 2 (2012).

TALMA CHARLES, J., en *Responsabilidad extracontractual*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

TAPIA GUTIÉRREZ, P., *La protección de los consumidores y la Ley de Ordenación de la Edificación*, ECI 8 (2000).

TOLEDO PICAZO, A., *La responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación*, Act. Administrativa 13 (2007).

TORRALBA SORIANO, V., *Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el art. 1591 del Código Civil* ADC 1 (1970).

TRAVIESAS, M., *Contrato de arrendamiento*, RDP (1919).

VALLS LLORET, J. D., *Comentarios a la Ley de Edificación*, Iuris: Actualidad y práctica del derecho 37 (2000).

VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Libro IV. C. Servicios*, en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, coord. por E. Valpuesta Gastaminza, ed. Bosch, Barcelona, 2011.

VICENTE DOMINGO, E., *Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código Civil?*, Act. Civil 37 (2000).

- en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, dir. por C. Vattier Fuenzalida, J. M. de la Cuesta Sáenz, J. M. Caballero Lozano, II, ed. Dykinson, Madrid, 2003.

- *El daño*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero Campos, I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

VIGO MORANCHO, A., *Las responsabilidades decenal, trienal y anual en ley de ordenación de la edificación*, La Ley 7 (2001).

VILLAGÓMEZ RODIL, A., *La edificación en el S. XXI*, en *Derecho de la Edificación*, coord. por R. García Varela, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

VON BAR C. y CLIVE E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, 6 vols., Sellier, München, 2009.

VV.AA., *Conclusiones*, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, dir. por C. Hernández Pezzi, ed. CGPJ, Madrid, 2007.

WIDMER, en *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, coord. por M. Martín-Casals, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.



XIMÉNEZ DE SANDOVAL, E. y SANTANA AROZENA, F., *El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE*, en *Estudio sobre la nueva ley de ordenación de la edificación*, dir. por R. Fernández Valverde y J. Díez Delgado, ed. CGPJ, Madrid, 2000.

XIOL RÍOS, J. A., en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, I, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

- *La responsabilidad civil de los profesionales*, AAMN 49 (2009).
- *La imputación objetiva en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Act. Civil 2 (2010).

YZQUIERO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, ed. Dykinson, Madrid, 2001.

- *El borroso contorno del daño extracontractual*, en *Manual de Derecho de la Construcción*, coord. por S. San Cristóbal Reales, ed. La Ley, Madrid, 2008.
- en *Código Civil comentado*, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, IV, ed. Civitas, Madrid, 2011.

ZUMAQUERO GIL, L., *La figura del promotor como agente interviniente en el proceso constructivo. Su legitimación activa y pasiva en los procesos de responsabilidad por vicios en la construcción*, en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dir. por A. Cañizares Laso, ed. Arazandi, Navarra, 2010.