



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

PROGRAMA DE DOCTORADO DE CIENCIAS SOCIALES Y
JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL

**LA RESPONSABILIDAD LEGAL Y CONTRACTUAL
POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS**

(LAW AND CONTRACTUAL LIABILITY FOR BUILDING
DEFECTS)

Director: Prof. Dr. Ignacio Gallego Domínguez

Autor: Francisco Javier REY MUÑOZ

Córdoba, enero de 2019

TITULO: *LA RESPONSABILIDAD LEGAL Y CONTRACTUAL POR DEFECTOS
CONSTRUCTIVOS*

AUTOR: *Francisco Javier Rey Muñoz*

© Edita: UCOPress. 2019
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

[https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/
ucopress@uco.es](https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/ucopress@uco.es)



TÍTULO DE LA TESIS: LA RESPONSABILIDAD LEGAL Y CONTRACTUAL POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS

DOCTORANDO: FRANCISCO JAVIER REY MUÑOZ

INFORME RAZONADO DEL DIRECTOR DE LA TESIS

El estudio que presenta el doctorando abarca de un modo serio y profundo el complejo tema de la responsabilidad por defectos constructivos, analizando y comparando los distintos sistemas que rigen en nuestro ordenamiento jurídico: la vía de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, la responsabilidad civil contractual, la responsabilidad civil extracontractual y las normas específicas sobre consumidores y usuarios que afectan a esta materia. La tesis pone de relieve el amplio juego que en la práctica se está admitiendo en relación a la vía de la responsabilidad contractual, superando las limitaciones que en materia de daños indemnizables y plazo existen en el régimen de la LOE, si bien modalizado por la necesidad de una vinculación contractual con el demandado.

La tesis consta de doce capítulos en los que se abordan los aspectos principales que plantean los defectos en la edificación, como la introducción al sistema vigente sobre responsabilidad civil por defectos constructivos; un acercamiento a la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999; la compatibilidad entre la responsabilidad contractual y el régimen de la LOE; la legitimación en este ámbito; los defectos constructivos en la LOE, sus plazos de garantía y acciones; las acciones contractuales para exigir responsabilidad por defectos en la edificación; la imputación de responsabilidad en este terreno; su delimitación entre los agentes constructivos; la

solidaridad y la responsabilidad por hecho ajeno; el derecho de repetición; la reclamación de daños y perjuicios en esta materia; y la prescripción.

El doctorando utiliza una metodología correcta basada en las fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales y efectúa un estudio crítico del “*status quo*” de la cuestión, identificando y aportando soluciones a los problemas que plantea el modo de hacer efectiva la responsabilidad derivada de los defectos constructivos. A tal efecto aprovecha el conocimiento en primera persona que del objeto de este trabajo le brinda su actividad profesional.

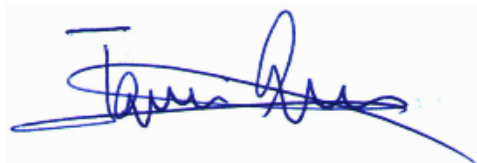
El desarrollo y la evolución de la tesis doctoral han sido los programados en el Proyecto de Investigación y el doctorando ha ido superando con una magnífica valoración todas las memorias de seguimiento de la misma.

Como trabajos y publicaciones derivados de la presente tesis señalemos: a) el estudio “El protagonismo de la responsabilidad contractual por defectos constructivos”, publicado en la obra colectiva *Creando redes doctorales*. Vol. VI: *La generación del conocimiento*, UCO Press, Córdoba, 2018, pp. 485 y ss.; b) El artículo “La autonomía de la acción de repetición y de su plazo de prescripción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, que ha sido aceptado para su publicación en el año 2019 en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (ISSN 0210-8518).

Por todo ello, se autoriza la presentación de la presente tesis doctoral.

Córdoba, a 16 de enero de 2018

Firma del director

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Ignacio Gallego Domínguez', written over a light blue rectangular background.

Fdo.: Prof. Dr. Ignacio Gallego Domínguez

AGRADECIMIENTOS

A mi director de tesis, sin cuyos valiosos consejos este trabajo no hubiera visto la luz.

A mi maestro, Pedro Romero Mata, al que debo la vocación por el Derecho y mi formación como jurista.

A mis padres, a Luisa y a Pablo, Blanca y Alberto, por su generosa complicidad en esta tarea.

“Creer en la inmutabilidad de los principios indica falta de sentido histórico”.

IHERING, R., *El espíritu del Derecho romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 314.

RESUMEN

Este trabajo estudia la responsabilidad civil por defectos constructivos, mediante el examen de los diversos regímenes jurídicos que confluyen en este ámbito. Aunque el punto de partida es el examen de la LOE, hemos prestado especial atención a la responsabilidad contractual en esta materia, incidiendo en las notas que la caracterizan y singularizan respecto a la responsabilidad legal. No en vano, hoy en día puede hablarse de un renovado protagonismo de la responsabilidad contractual en este terreno, en cuanto habilita para la reclamación de daños y perjuicios no amparados por la LOE e incluso para demandar por los mismos daños objeto de esta norma —más allá de los plazos de garantía y prescripción que en ella se establecen— aunque con sujeción a las reglas que disciplinan las acciones contractuales. De este modo, la tesis aborda la responsabilidad contractual por defectos constructivos, su régimen sustantivo y sus confines subjetivos y temporales, realizando un análisis comparativo respecto de la LOE.

ABSTRACT

This research explores the question of civil liability for construction defects through the analysis of the different legal regulations related to this issue. Establishing the examination of the LOE (Law on Planning and Construction) as the starting point, special emphasis has been laid on contractual liability, particularly on those features distinguishing it from legal liability. Currently, it can be stated that there is a renewed interest in contractual liability in this regard, since it entitles to action for damages not protected by LOE. Furthermore, it enables the claiming for the same damages included in this law —regardless of the warranty and prescription periods it establishes—, although it is subjected to the regulations of contractual actions. Thus, this thesis focuses on contractual liability for construction defects, its substantive law and its subjective and temporal boundaries, including a comparative analysis with the LOE.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	17
INTRODUCCIÓN.....	19
CAPÍTULO PRIMERO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS	23
I. LOS DEFECTOS O VICIOS CONSTRUCTIVOS.....	23
A) En la LOE	24
B) En la responsabilidad contractual.....	25
II. LA COEXISTENCIA DE DIVERSOS REGÍMENES JURÍDICOS	25
A) La Ley de Ordenación de la edificación.....	26
B) La responsabilidad contractual	28
C) La responsabilidad extracontractual	30
D) Las normas específicas sobre protección de los consumidores y usuarios.....	41
CAPÍTULO SEGUNDO. LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN	55
I. EL RÉGIMEN PRECEDENTE	55
A) Naturaleza de la responsabilidad ex artículo 1.591 CC	55
B) Las limitaciones del artículo 1.591 CC y su evolución jurisprudencial	57
C) La coordinación temporal entre el artículo 1.591 CC y la LOE	58
D) La cuestión de la vigencia del artículo 1.591 CC	58
II. EL RÉGIMEN DE LA LOE	67
A) Finalidad de la nueva regulación	68
B) Estructura y contenido	68
C) Naturaleza de la responsabilidad ex LOE.....	69
D) Delimitación de su régimen jurídico.....	71
E) La LOE como norma de protección del consumidor	79
F) Valoración crítica	80
III. LA LOE COMO NORMA DE INTEGRACIÓN DE LA PRESTACIÓN CONTRACTUAL	82
A) La interdependencia entre la LOE y el contrato.....	83
B) El Código Técnico de la Edificación: su eficacia contractual	87
C) Los requisitos básicos de la edificación.....	91
D) La recepción de la obra y otros actos y documentos con relevancia contractual.....	92
CAPÍTULO TERCERO. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EL RÉGIMEN DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN	105
I. ANTECEDENTES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN	105
A) Introducción	105
B) Planteamiento e importancia del problema.....	106
C) Posición de la doctrina.....	114
D) Posición de la jurisprudencia	119
II. LAS CONSECUENCIAS DE LA COMPATIBILIDAD: LA AMPLIACIÓN DE LOS PLAZOS DE RESPONSABILIDAD	124
A) El mayor alcance de la responsabilidad.....	125

B) La reciente modificación del artículo 1.964 CC y su incidencia en este ámbito.....	127
C) Delimitación temporal de la responsabilidad contractual: un intento de aproximación	128
D) Valoración crítica	131
III. LA ARTICULACIÓN ENTRE AMBOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD.....	132
A) Las opciones del perjudicado	133
B) Otras cuestiones procesales.....	138
CAPÍTULO CUARTO. LA LEGITIMACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS	143
I. INTRODUCCIÓN	143
II. LA LEGITIMACIÓN DEL PROPIETARIO.....	144
A) La legitimación activa en el régimen de la LOE	144
B) La legitimación activa en la responsabilidad contractual	155
C) La cuestión de la legitimación pasiva de los propietarios y usuarios	161
III. LA LEGITIMACIÓN DEL PROMOTOR	162
A) El promotor: concepto y notas características	162
B) Tipología.....	163
C) La legitimación en el régimen de la LOE	177
D) La legitimación en la responsabilidad contractual	184
IV. LA LEGITIMACIÓN DE OTROS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN.....	188
A) El concepto de agente de la edificación.....	188
B) Legitimación activa	191
C) Legitimación pasiva	192
CAPÍTULO QUINTO. LOS DEFECTOS CONSTRUCTIVOS EN LA LOE. PLAZOS DE GARANTÍA Y ACCIONES	195
I. INTRODUCCIÓN	195
II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DEFECTO CONSTRUCTIVO EN LA LOE	195
A) El régimen del artículo 1.591 CC y el concepto de ruina funcional	195
B) La responsabilidad selectiva de la LOE	196
C) Delimitación negativa.....	206
III. CLASES DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS	207
A) Defectos estructurales	207
B) Defectos de habitabilidad.....	211
C) Defectos de terminación o acabado	217
IV. PLAZOS DE GARANTÍA Y ACCIONES DE LA LOE	218
A) La correlación entre los plazos de garantía y la entidad de los defectos constructivos	218
B) Responsabilidad anterior al inicio de los plazos de garantía	219
C) Cómputo de los plazos de garantía	219
D) Acciones de la LOE	223
CAPÍTULO SEXTO. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS. LAS ACCIONES CONTRACTUALES	225
I. LOS DEFECTOS CONSTRUCTIVOS COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	225
A) Delimitación del concepto de defecto constructivo en la responsabilidad contractual.....	225

B) Clasificación de los defectos constructivos como categoría de incumplimiento contractual.....	229
II. LA PRESTACIÓN DEFECTUOSA COMO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.....	243
A) La prestación defectuosa como lesión del derecho de crédito	243
B) La protección del acreedor en los supuestos de prestación defectuosa	245
C) La responsabilidad contractual ante la prestación defectuosa por defectos constructivos.....	254
III. ACCIONES Y EXCEPCIONES CONTRACTUALES.....	259
A) Acciones de cumplimiento de contrato	259
B) Acciones resolutorias.....	261
C) Acciones por vicios del consentimiento	267
D) Acciones edilicias en la compraventa	271
E) Acciones derivadas del contrato de seguro	272
F) Excepción de contrato no cumplido	274
CAPÍTULO SÉPTIMO. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LOS DEFECTOS CONSTRUCTIVOS	277
I. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE LA LOE	277
A) Referencia previa al nexo causal	277
B) La imputación de responsabilidad en el régimen precedente	280
C) La imputación de responsabilidad en la LOE	281
II. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL	292
A) La responsabilidad basada en la culpa y su evolución	293
B) La crisis de la culpa como fundamento exclusivo de la responsabilidad contractual.....	294
C) El alcance de la responsabilidad	306
D) La imputación de responsabilidad contractual por defectos constructivos	308
CAPÍTULO OCTAVO. LA DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDADES ENTRE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN.....	313
I. INTRODUCCIÓN	313
II. EL PROMOTOR.....	313
A) Caracteres principales	313
B) Responsabilidad	314
C) Remisión.....	314
III. EL CONSTRUCTOR.....	314
A) Delimitación de la figura.....	314
B) Obligaciones	316
C) Responsabilidad	319
IV. EL PROYECTISTA.....	321
A) Delimitación de la figura.....	321
B) Obligaciones	322
C) Responsabilidad	324
V. EL DIRECTOR DE OBRA	327
A) Delimitación de la figura.....	327

B) Obligaciones	328
C) Responsabilidad	332
VI. EL DIRECTOR DE EJECUCIÓN DE LA OBRA	337
A) Delimitación de la figura.....	337
B) Obligaciones	338
C) Responsabilidad	340
VII. OTROS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN	342
A) Entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación	342
B) El suministrador de productos de construcción	344
C) El subcontratista	346
CAPÍTULO NOVENO. LA SOLIDARIDAD Y LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO.....	349
I. LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS.....	349
A) La solidaridad pasiva	349
B) La solidaridad en la LOE.....	354
C) La solidaridad contractual por defectos constructivos	365
II. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO	380
A) La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en el Código Civil	381
B) La responsabilidad por hecho ajeno en la LOE	386
C) La responsabilidad contractual por hecho ajeno	392
D) La posible responsabilidad directa del causante material del daño	395
CAPÍTULO DÉCIMO. EL DERECHO DE REPETICIÓN	403
I. EL DERECHO DE REPETICIÓN ENTRE DEUDORES SOLIDARIOS.....	403
A) Cuestiones previas sobre el derecho de repetición	403
B) El derecho de repetición ex artículo 1.145.2º CC	404
II. EL DERECHO DE REPETICIÓN EN LA LOE	404
A) Naturaleza jurídica.....	404
B) Tipología de las acciones de repetición	405
C) Régimen jurídico.....	406
D) Análisis especial de algunos supuestos de repetición.....	409
E) La llamada en garantía y la acción de repetición	413
F) La cosa juzgada.....	420
G) La legitimación pasiva	423
III. EL DERECHO DE REPETICIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	427
A) Naturaleza jurídica	427
B) Compatibilidad con el régimen de la LOE	428
C) Otras vías para la repetición.....	429
CAPÍTULO DECIMOPRIMERO. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS.....	431
I. LOS DAÑOS RECLAMABLES EN LA RESPONSABILIDAD LEGAL	431
A) El régimen precedente.....	431
B) La reducción de los daños reclamables en la LOE	432
C) Vías de reclamación de los daños excluidos	434
II. LOS DAÑOS RECLAMABLES EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	435

A) Los daños materiales amparados por la LOE	436
B) Los daños no amparados por la LOE	436
III. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DE LOS DAÑOS.....	447
A) Las acciones ejercitables y su acumulación	447
B) La prueba del daño	447
C) La reparación de los defectos constructivos.....	453
CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO. LA PRESCRIPCIÓN.....	469
I. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN.....	469
A) Naturaleza y fundamento.....	469
B) Aplicación de la prescripción	470
II. LA PRESCRIPCIÓN EN LA LOE	476
A) Cuestiones previas	477
B) Acciones directas.....	477
C) Acciones de repetición.....	483
D) La interrupción de la prescripción.....	490
E) La autonomía del plazo de prescripción de la acción de repetición	495
III. LA PRESCRIPCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.....	499
A) Plazos de prescripción.....	500
B) <i>Dies a quo</i>	502
C) La autonomía del plazo de prescripción contractual.....	503
CONCLUSIONES.....	505
JURISPRUDENCIA	529
BIBLIOGRAFÍA.....	567

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AC	Aranzadi Civil
Act. Civ.	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española
<i>Cfr.</i>	<i>Confer</i> , confróntese
CTE	Código Técnico de la Edificación
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil español
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCom.	Código de Comercio
CEC	Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía
CESL	Propuesta de Reglamento Europeo sobre una normativa común de compraventa europea de 2011
CFO	Certificado final de obra
CISG	Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, Viena 1980
CP	Código Penal
DA	Disposición adicional
DB	Documento Básico
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> o Marco Común de Referencia
DF	Dirección facultativa
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
DR	Documento Reconocido
Ed., edic.	Edición
FD	Fundamento de derecho
JC	Jurisprudencia Civil
JUR	Jurisprudencia base de datos Aranzadi
LC	Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación
LCS	Ley 50/1998, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria, Decreto de 8 de febrero de 1946
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , en el lugar citado
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación
LPH	Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal
LPO	Licencia de primera ocupación
LRCSCVM	Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
NBE	Normas Básicas de la Edificación
NTE	Normas Tecnológicas de la Edificación
Núm.	Número
<i>Op. cit., ob. ti.</i>	En la obra citada
PCCAPDC	Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil
PCM	Propuesta de Código Mercantil
PECL	Principios de Derecho Europeo de Contratos
PETL	Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil
PMCC 2005	Propuesta de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa de 2005
PMCC 2009	Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009
P. UNIDROIT	Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDP	Revista de Derecho Privado
Rec.	Recurso
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi del Tribunal Supremo
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RPD	Responsabilidad por productos defectuosos
RRCCS	Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TRLUCU	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
TS	Tribunal Supremo
<i>Vid.</i>	Véase
Vol.	Volumen
VPO	Viviendas de protección oficial

INTRODUCCIÓN

La existencia de defectos o vicios constructivos ha constituido históricamente y constituye hoy en día una realidad que, con bastante frecuencia, se presenta en gran número de edificios, generando daños de diversa etiología y entidad, que tiene su reflejo procesal en múltiples sentencias de nuestros Tribunales de Justicia. No cabe duda de que lo anterior supone un problema de importancia, en cuanto afecta a bienes de primera necesidad como la vivienda, o a otros edificios indispensables para el correcto funcionamiento socio-económico de cualquier Estado. La respuesta que ofrece nuestro ordenamiento frente a este fenómeno, se caracteriza por la existencia de una pluralidad de regímenes jurídicos —responsabilidad legal, contractual, extracontractual o régimen específicos sobre protección de los consumidores— cuya aplicación en unas ocasiones se solapa, y en otras se segmenta, atendiendo a tres tipos de razones principalmente: temporales, objetivas y subjetivas. En efecto, el régimen jurídico que el dañado debe aplicar para reclamar las responsabilidades civiles derivadas de los defectos constructivos, generalmente dependerá de una yuxtaposición de razones temporales —del hecho de que la construcción haya sido objeto de recepción por el promotor o esté aún en fase de construcción—; objetivas —del tipo de edificio o de obra en cuestión y de la clase de daño irrogado—; y subjetivas —de si el dañado mantiene o no una vinculación contractual con el responsable de los daños, de si es propietario del inmueble e incluso de si ostenta o no la condición de consumidor—.

La combinación de las anteriores circunstancias puede dar lugar a múltiples escenarios, en los que, además y de ordinario, el conflicto no tendrá una configuración dual, sino que responderá a una estructura subjetiva singularizada por la concurrencia dialéctica de una pluralidad de partes, dada la complejidad del proceso edificatorio en la actualidad. Por este motivo, el problema de los defectos constructivos reviste una naturaleza poliédrica, que dificulta su abordaje mediante un único régimen jurídico, lo cual exige mejorar la coordinación entre las distintas normas que inciden en este terreno, para garantizar la indemnidad de los perjudicados y evitar situaciones de desprotección, en especial respecto de los consumidores.

El Plan de Investigación que ampara el presente trabajo, fijaba como objetivo fundamental la realización de un estudio comparativo entre el régimen de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) y la responsabilidad contractual por defectos constructivos, analizando aquella norma desde la óptica contractual y abordando los problemas que se plantean cuando los daños y perjuicios derivados de los vicios o defectos constructivos quedan fuera de su radio de acción. En concreto se pretendía el estudio de los siguientes aspectos:

1. El tratamiento que la LOE aporta a los principales problemas que originan los defectos constructivos, como premisa indispensable para los siguientes objetivos que se proponen.

2. El análisis del régimen de responsabilidad contractual por defectos constructivos, como alternativa al régimen de la LOE, su ámbito objetivo, alcance y las circunstancias que delimitan su aplicación.

3. La interrelación que existe entre el régimen de la LOE y el régimen de responsabilidad contractual, en cuanto aquella norma remite en varias ocasiones al contrato para concretar la aplicación de sus preceptos —v. gr. artículo 8—; y en cuanto que el contrato necesita de la LOE y el CTE para integrar su régimen obligacional sustantivo —v. gr. en relación con los requisitos básicos de la edificación o con las obligaciones y atribuciones de los agentes de la edificación—.

4. La complementariedad que la responsabilidad aquiliana o el régimen del artículo 149 del TRLCU, pueden desempeñar en los supuestos de imposibilidad de accionar con base en la LOE o en la responsabilidad contractual.

5. El establecimiento de unas conclusiones sobre la aplicación coordinada de la LOE y la normas que disciplinan la responsabilidad contractual, poniendo de manifiesto las posibles carencias o insuficiencias del ordenamiento en su conjunto.

6. El estudio de los principios que debieran presidir el análisis de los problemas que se generan en este ámbito y la plasmación de las soluciones que se consideren más adecuadas para la articulación ponderada de todos los intereses en cuestión —derecho a la vivienda, defensa de los consumidores y usuarios, calidad y seguridad en la edificación, desarrollo socio-económico, responsabilidad de empresas promotoras, constructoras, subcontratistas, proveedores, trabajadores, profesionales y técnicos de la edificación—.

En coherencia con lo expuesto, el presente trabajo de investigación tiene por objeto estudiar la responsabilidad civil por defectos constructivos, mediante el examen de los diversos regímenes jurídicos que confluyen en este ámbito, lo cual pasa insoslayablemente por el análisis de la regulación contenida en la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), como norma ancilar en esta materia. De modo paralelo, centramos nuestra atención, como objeto especial de este estudio, en la responsabilidad contractual por defectos constructivos, incidiendo en las notas que la caracterizan y singularizan respecto al régimen de la LOE, y destacando aquellos factores que en la praxis son comunes en ambos regímenes. No en vano, hoy en día puede hablarse de un renovado protagonismo de la responsabilidad contractual en este ámbito, en cuanto que la misma permite la reclamación de daños y perjuicios no amparados por la LOE, e incluso posibilita reclamar por los mismos daños y perjuicios objeto de esta norma, más allá de los plazos de garantía y prescripción que en ella se establecen, aunque con sujeción a las reglas que disciplinan las acciones contractuales. En consecuencia, es objeto de este trabajo el análisis de los regímenes jurídicos de responsabilidad legal y contractual por defectos constructivos, para remarcar tanto las diferencias que se produce entre ambos, como los elementos comunes que concurren en su aplicación, circunstancias éstas que los convierten en recíprocamente complementarios. Del mismo modo, hemos prestado atención a las normas específicas sobre protección de los consumidores frente a los defectos constructivos, y, en menor medida y con la finalidad de completar este estudio, a la responsabilidad extracontractual por defectos constructivos y su incidencia en este escenario. En todo caso, hemos intentado identificar aquellos vectores que pueden definir la futura configuración de la responsabilidad civil por defectos constructivos, partiendo de la yuxtaposición de regímenes hoy vigentes y de las líneas jurisprudenciales y doctrinales sobre las que gravita el debate jurídico en la actualidad, realizando una valoración crítica de aquellos extremos respecto de los que nuestra

modesta contribución, según hemos considerado, pudiera coadyuvar a clarificar el panorama vigente.

Para efectuar este estudio hemos aplicado la metodología habitual en el ámbito de las Ciencias Jurídicas: (i) examen de las normas vigentes, localización de la jurisprudencia aplicable y revisión bibliográfica; (ii) análisis crítico, clasificación y valoración de la información obtenida, síntesis y determinación de resultados; (iii) y formulación de propuestas *de lege ferenda* o postulación de pautas hermenéuticas para mejorar la coordinación entre los regímenes jurídicos aplicables, y la coherencia y racionalidad de cada uno de ellos y del sistema en su conjunto.

CAPÍTULO PRIMERO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS

I. LOS DEFECTOS O VICIOS CONSTRUCTIVOS

El problema de los defectos o vicios constructivos, como resulta fácil de comprender, no constituye ninguna novedad, sino que se ha dado desde los tiempos más remotos, habiendo sido abordado por diversos textos legales de la antigüedad. Así, en la antigua Mesopotamia, bajo la égida del rey Hammurabi (1.792 a 1.750 a. C), sexto rey de la primera dinastía babilónica, se elaboró el Código de Hammurabi, fechado en el 1753 a. C, en el cual ya se contienen algunas normas sobre responsabilidades por defectos constructivos¹. En concreto son las leyes 228 a 233², que reflejan una clara influencia de la Ley del Talión y en las que se establece una responsabilidad que puede alcanzar hasta la pena de muerte, en caso de defectos constructivos que determinen resultados letales: “*Ley 229: Si un albañil, construye una casa para un cliente y se cae como consecuencia de su falta de solidez, causando la muerte a su propietario, será condenado a muerte*”. En nuestro ordenamiento, el artículo 1.591 CC, que ha constituido la norma fundamental sobre responsabilidades por defectos constructivos hasta la entrada en vigor de la LOE, tiene como antecedente más probable la Constitución Graciano, Valentiniano y Teodosio de 3 de febrero de 385³, cuyo contenido en esta materia pasó al Derecho medieval español a través del cuerpo legal de Las Siete Partidas —Ley 21, Título 32, de la Partida 3ª—, como norma de interés público basada en la presunción de culpa del artífice, que responsabiliza al constructor y sus herederos en caso de vicios graves por “derrumbamiento” o “deslizamiento” de edificios en general, durante la construcción o durante los quince años siguientes a su terminación⁴.

¹ Vid. CUENCA LÓPEZ, L.J., *Aparejadores, arquitectos técnicos e ingenieros de la edificación. Una aproximación histórica a sus responsabilidades*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 170 a 173.

² Vid. SAN MARTÍN, J. *Códigos legales de tradición babilónica*, Trotta, Barcelona 1999, p. 141:

“228-Si un albañil le hace una casa a un hombre y se la deja terminada, le entregará por cada <<sar>> construido, 2 siclos de plata de honorario”.

“229-Si un albañil, construye una casa para un cliente y se cae como consecuencia de su falta de solidez, causando la muerte a su propietario, será condenado a muerte”.

“230-Si el hundimiento causa la muerte de un hijo de propietario, un hijo del albañil será ejecutado”.

“231-Si provoca la muerte de un esclavo del propietario, le entregará otro esclavo de valor igual”.

“232-Si destruye bienes de la propiedad, que restituya todo lo que haya destruido, y, por no haber consolidado bien la casa que hizo, y haberse derrumbado, que, con sus propios medios, (re)hará la casa derrumbada”.

“233-Si un albañil le hace la casa a un hombre y no realiza su trabajo según el proyecto y una pared se comba, ese albañil consolidará bien esa pared con su dinero propio”.

³ Vid. GÓMEZ DE LA ESCALERA, R.C. *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción (Estudio del artículo 1.591 y su problemática actual)*, 2ª ed., Bosch, Barcelona 1994, pp. 23 a 28, que indica que esa norma está recogida en el *Codex Theodosianus* (XV.1.24) y reproducida en el *Codex Iustinianus* (VIII. XII. 8), y se caracterizaba por estar desvinculada del contrato de obra y establecer una responsabilidad por vicios de la edificación sobre el *curator* y sus herederos, por haber intervenido en la construcción de una obra pública.

⁴ *Loc. cit.* pp. 24 a 28. y CUENCA LÓPEZ, L.J., *op. cit.*, pp. 221 a 230, que precisa como el Código de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, regula ya las responsabilidades en la edificación, configurando el arrendamiento de obra e imponiendo al constructor un *facere* como obligación de resultado. La Ley 21 guarda una estrecha semejanza con la Ley 16, Título 8, Partida 5ª, aplicable los edificios construidos

La terminología tradicional en nuestro ordenamiento jurídico para aludir a los defectos constructivos, ha sido la expresión “vicio constructivo” o la de “vicios de la construcción” contenida en el artículo 1.591 CC y en otras normas de nuestro Derecho histórico⁵. Por su parte, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE)⁶, emplea los términos “vicios” y “defectos” de forma indistinta, cuando regula las responsabilidades por daños materiales en la edificación⁷. En la obra *El Diccionario del Español Jurídico* se atribuye a la palabra “vicio”⁸ el significado de “*mala calidad, defecto o daño físico en las cosas*” A su vez la palabra “calidad”⁹ se define como el “*conjunto de propiedades de un producto, de un servicio, de una empresa o de una organización que le confieren aptitud para satisfacer unas necesidades expresadas o implícitas*”. En el ámbito de la edificación la calidad puede definirse como “*el conjunto de condiciones que debe reunir un edificio, para que cumpla las funciones básicas para las que ha sido construido de forma prolongada en el tiempo*”¹⁰. REGLERO CAMPOS¹¹ indica que los vicios o defectos constructivos suponen “*un desajuste entre la realidad física del inmueble y el modo en que, de acuerdo con la técnica arquitectónica o constructiva, debía haberse edificado*”. Al estudio desde el punto de vista técnico-constructivo de estos defectos o vicios constructivos se dedica la Patología de la Edificación, en cuanto disciplina dedicada al análisis del conjunto de los procesos degenerativos tipificados en la alteración de los materiales y elementos constructivos¹².

A continuación, abordamos el concepto de defecto constructivo, en el ámbito de la LOE y en el de la responsabilidad contractual.

A) En la LOE

En el ámbito de la LOE las palabras “vicio” o “defecto” aluden a imperfecciones y a falta de calidad del producto edificado¹³, en mayor o menor grado, por incumplimiento de alguno de los requisitos básicos de la edificación que establece el

a destajo.

⁵En Las Siete Partidas, Ley 21, Título 32, Partida 3ª, que alude al *vitium aedium*.

⁶BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

⁷Vid. artículo 17.1 a), b) y c), sobre los plazos de garantía que se establecen para los diferentes tipos de daños materiales en el edificio.

⁸Vid. *Diccionario del Español Jurídico*, dirigido por S. Muñoz Machado, Espasa, Madrid, 2016, p. 1.649.

⁹*Ibidem* p. 290.

¹⁰Vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, F., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, V., SANTA CRUZ ASTORQUI, J., TORREÑO GÓMEZ, I. y ÚBEDA DE MINGO, P., *Manual de patología en la edificación*, coordinado por V. Rodríguez Rodríguez, Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2004, pp. 8 a 16, que indican que, entre dichas condiciones, hoy día cobran especial relevancia los parámetros de habitabilidad, seguridad y confort; y ponen de relieve que la edificación presenta la singularidad de que el proceso fabril se desarrolla sobre el propio producto, es decir el objeto del contrato se fabrica en el mismo lugar en el que va a ser utilizado, lo que dificulta y complica notablemente el proceso de control de calidad; y que el coste de la “no calidad” en la edificación puede estimarse entre un 6 y un 10% del coste de la construcción, sólo considerando las reparaciones realizadas en los primeros años del edificio.

¹¹REGLERO CAMPOS, L.F., “Responsabilidad civil en la edificación”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, coordinado por J.M. Busto Lago y L.F. Reglero Campos, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 439.

¹²Vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, F., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, V., SANTA CRUZ ASTORQUI, J., TORREÑO GÓMEZ, I. y ÚBEDA DE MINGO, P., *op. cit.*, pp. 11 a 16.

¹³Vid. MARTÍN BERNAL, J.M., “Vicios y/o defectos y su incidencia en la LAU, LPH, LOE y el CC”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 535, 2001, pp. 1 y 2, para el que “*la idea de vicio evoca por ello en todo caso un estado peyorativo respecto del objeto; su carencia definitiva se manifiesta en un menor valor del objeto, en comparación con el estado normal del mismo*”.

artículo 3 de esta norma, y que generan responsabilidad conforme a su artículo 17¹⁴. Así, los defectos constructivos constituyen un incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación previstos en el artículo 3 LOE¹⁵, que generan daños materiales en el edificio de modo actual o potencial. Generalmente estos defectos derivan de un incumplimiento del Código Técnico de la Edificación¹⁶ y/o de la inobservancia de las normas de la buena construcción o de la *lex artis* profesional. Sin embargo, en la LOE este concepto viene acotado por el hecho de que no todos los incumplimientos de los requisitos de la edificación que se recogen el artículo 3 originan responsabilidad con arreglo al artículo 17 de la ley especial, así como por la necesidad de que tales incumplimientos generen daños materiales en el edificio para quedar amparados por las acciones previstas en este precepto¹⁷. De este modo, el concepto de defecto constructivo en la LOE tiene un componente marcadamente normativo que delimita su extensión.

B) En la responsabilidad contractual

En el ámbito de la responsabilidad contractual, el concepto de defecto constructivo se ensancha, de modo que también podrán considerarse como defectos constructivos que generen responsabilidad *ex contractu*, no sólo todos los incumplimientos de los requisitos básicos de la edificación, incluso aunque no generen daños materiales en el edificio, sino otras situaciones en las que la construcción presente otra clase de deficiencias que, aunque no sean objeto de la LOE, supongan un incumplimiento de las características técnicas, cualitativas morfológicas, de localización, espaciales o estéticas que se pactaron en el contrato de compraventa o de obra, entre comprador o comitente y el promotor o los agentes de la edificación, respectivamente. De este modo, podemos concluir que todo defecto constructivo ex LOE constituirá un incumplimiento contractual, aunque no a la inversa.

II. LA COEXISTENCIA DE DIVERSOS REGÍMENES JURÍDICOS

El fenómeno de la edificación y la singular relevancia que representa en múltiples niveles —social, económico, urbanístico, cultural, entre otros—, y la propia complejidad del hecho edificatorio como actividad de riesgo, determina la confluencia en torno al mismo de una pluralidad de regímenes jurídicos. En efecto, además de la importancia que tiene el sector de la construcción para la edificación de viviendas de

¹⁴Vid. artículo 3 LOE en cuanto a los requisitos básicos de la edificación; y artículo 17.1 en cuanto las responsabilidades que se anudan al incumplimiento de la mayoría de ellos cuando generan daños materiales.

¹⁵Fundamentalmente la seguridad estructural y la habitabilidad, que se refiere a los requisitos sobre salubridad, estanqueidad 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.

¹⁶Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (BOE núm. 74, de 28 de marzo de 2006).

¹⁷La responsabilidad ex LOE sólo se activa si determinados defectos comprometen la resistencia mecánica o estabilidad del edificio (artículo 3.1.b.1); o si se incumplen determinados requisitos de habitabilidad del artículo 3.1.c) y se generan daños materiales. De este modo, no todos los incumplimientos de los requisitos básicos de la edificación que contempla el artículo 3, constituyen un daño resarcible conforme al artículo 17. Los requisitos excluidos sólo podrían encontrar amparo en el artículo 17 en la medida que puedan reconducirse al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, en virtud de la cláusula residual que contiene el apartado 3.1.c).4, sobre otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio

calidad —que cumplan con la exigencia que establece el artículo 47 de la Constitución¹⁸, sobre el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada—, este sector tiene una relevancia igualmente decisiva para satisfacer la necesidad de edificación que demandan otros usos distintos del residencial, pero determinantes para la buena marcha de la economía de un estado, como sucede con los edificios de carácter industrial, comercial, administrativo, sanitario, entre otros. Además, en torno al proceso edificatorio se aglutinan diversos grupos socioeconómicos heterogéneos y con intereses, a veces, contrapuestos, como sucede con los consumidores y usuarios de vivienda, las empresas o profesionales que adquieren edificios para otros usos, los trabajadores de la construcción, los profesionales que actúan en este ámbito, las empresas constructoras, las empresas de productos para la construcción, los promotores inmobiliarios, los aseguradores o las entidades financieras, entre otros. Este fenómeno, desde el punto de vista jurídico, se caracteriza por su transversalidad, de modo que lo que ha dado en llamarse *Derecho de la edificación* no puede ser incardinado exclusivamente en una rama del Derecho, sino que participa de una regulación perteneciente a distintas disciplinas jurídicas, como el Derecho civil, el Derecho mercantil, el Derecho administrativo, el Derecho laboral o el Derecho penal. A su vez dentro de algunas de estas ramas, como sucede con el derecho civil y acotando el problema a los defectos o vicios constructivos, también resultan de aplicación distintos regímenes jurídicos, que operan de forma concurrente o excluyente, en función de la naturaleza de cada uno de ellos y las concretas circunstancias de cada relación jurídica. A continuación, procedemos a su exposición en lo que afecta al objeto del presente trabajo¹⁹, nucleado en torno a la responsabilidad civil, legal y contractual, por defectos constructivos.

A) La Ley de Ordenación de la edificación

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), constituye actualmente la norma fundamental del Derecho de la edificación, en lo que respecta a calidad en la edificación y responsabilidad por defectos constructivos. Su artículo 1 señala como función de esta norma “*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 usuarios*”. Esta norma establece una responsabilidad legal²⁰ por defectos constructivos desvinculada de la legitimación contractual, aunque no soslaya la

¹⁸ Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

¹⁹ Por exceder del objeto de este trabajo no abordaremos la responsabilidad por defectos constructivos en los contratos de obra del sector público, que cuentan con su propia regulación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE núm. 272 de 9 Noviembre 2017), que, principalmente, regula en sus artículos 243 y 244 la recepción de la obra y los plazos de garantía y prescripción acciones por defectos constructivos en el contrato de obra, y en el artículo 315.2, la responsabilidad por las insuficiencias y defectos de proyecto.

²⁰ Vid. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, p. 902, que la considera como una responsabilidad *ex lege* que opera con independencia del contrato, de modo que la fuente de la obligación resarcitoria es la ley y sólo abarca los supuestos específicamente previstos por la norma.

importancia del contrato²¹, fundamentalmente a la hora de configurar determinados aspectos que inciden sobre la responsabilidad por defectos constructivos.

1. El régimen del artículo 1.591 CC como precedente: principales diferencias

La LOE nace tras un largo periodo de vigencia del régimen precedente, nucleado en torno al artículo 1.591 CC. Por este motivo recoge gran parte de las aportaciones realizadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar este precepto²², cuya lacónica literalidad resultó totalmente insuficiente para abordar la problemática del sector de la construcción en su moderna configuración. No obstante, la nueva norma supuso una importante disrupción en determinados aspectos de gran importancia con el régimen anterior, fundamentalmente al establecer diversos plazos de garantía en función de la entidad de los defectos constructivos, al reducir estos plazos y el de prescripción, y al limitar los daños reclamables a los materiales en el edificio. De este modo, su entrada en vigor²³ originó una importante modificación del marco legal de la responsabilidad por vicios o defectos constructivos. Así, a diferencia del artículo 1.591 CC, el artículo 17.1 LOE regula la responsabilidad por defectos constructivos de modo selectivo, delimitándola en función de los requisitos básicos de la edificación que se vean afectados, singularmente la seguridad estructural o la habitabilidad. Lo anterior se traduce en la existencia de defectos constructivos de distinta gravedad, a los que se vinculan plazos de garantía de distinta duración, frente a la existencia de un único plazo de garantía decenal en el régimen precedente. En este sentido, se caracterizan tres tipos de defectos o vicios constructivos, como son los estructurales, los de habitabilidad y los de terminación o acabado, a los que se anudan diferentes plazos de garantía de diez, tres y un año, respectivamente, disponiendo además un plazo de prescripción de dos años, frente al anterior de quince. También, a diferencia del régimen precedente, la LOE sólo permite la reclamación de los daños materiales causados en el edificio, pero no de otros perjuicios como los daños corporales, morales, indirectos, lucro cesante, en bienes muebles, etc. En cualquier caso, cumple precisar que el artículo 1.591 C sigue hoy vigente, al menos respecto de las edificaciones cuya licencia de edificación se solicitó antes de la entrada en vigor de la LOE²⁴.

2. Finalidad

La Exposición de Motivos de la LOE señala entre sus principales finalidades la regulación del sector de la construcción, la delimitación de las obligaciones y responsabilidades de los agentes de la edificación, la de elevar la calidad en la edificación, la protección medioambiental y la defensa de los consumidores y usuarios. Así establece la citada Exposición de Motivos que la ley pretende ordenar “la

²¹Vid. la remisión parcial que efectúa el artículo 8 LOE al contrato para la determinación de las obligaciones de los agentes de la edificación.

²²Vid. LEÓN-CASTRO ALONSO, J., “Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad civil en la LOE”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo II, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 2.665, que destaca como la aplicación que la jurisprudencia ha realizado del artículo 1.591 CC, es un claro ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico del método interpretativo de la “jurisprudencia de intereses”.

²³La entrada en vigor se produjo a los seis meses de la publicación en el BOE, es decir, el 6 de mayo de 2000, conforme a la DF cuarta y “salvo sus disposiciones adicional quinta, transitoria segunda, derogatoria primera por lo que se refiere a la legislación en materia de expropiación forzosa, derogatoria segunda, y final tercera que entrarán en vigor el día siguiente al de dicha publicación”, es decir, el 7 de noviembre de 1999.

²⁴Vid. *infra* Capítulo II, § I.D.

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 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". No obstante, es posible cuestionar algunas de dichas finalidades, fundamentalmente en lo relativo a la protección de los consumidores, debido a la más que notable reducción de los plazos de garantía y prescripción que la nueva norma establece²⁵, así como por la limitación de su ámbito objetivo a los daños materiales en el edificio²⁶.

3. Remisión

El estudio en profundidad de la LOE se aborda a lo largo de este trabajo, y la estructura y contenido de esta norma en el Capítulo Segundo, § II.

B) La responsabilidad contractual

Además de la responsabilidad legal por defectos constructivos derivada del régimen LOE, que permite a los propietarios y sucesivos adquirentes de los edificios o partes de los mismos, la reclamación por defectos constructivos al margen de que estén o no vinculados por un determinado contrato con los agentes de la edificación, hay que destacar la importancia, también en este ámbito, de la responsabilidad contractual. En efecto, el proceso constructivo está estructurado por diferentes contratos fundamentalmente dirigidos, bien a la construcción del edificio, como son los que el promotor concierta con los agentes de la edificación, bien a su comercialización, como son los que aquél concierta con los adquirentes del edificio. Es evidente que la existencia de vicios o defectos constructivos supone un incumplimiento de las obligaciones contenidas en dichos contratos²⁷ y,

²⁵Vid. LASARTE, C., "Editorial", *Diario La Ley*, núm. D-299, tomo 6, 1.999, que indica que pese a la alusión de la Exposición de Motivos a la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, "es bastante forzada la ilación y desde luego el nervio consumerista o de protección del consumidor de la nueva Ley es excesivamente liviano, por no decir casi inexistente. (...) Pues bien, los períodos de garantía y los plazos de prescripción contemplados ahora en los arts. 17 y 18 de la Ley de Ordenación de la Edificación vienen a disminuir el lapso temporal de posible ejercicio en la mayor parte de los casos, con lo que obviamente la renovación normativa plantea una gravísima paradoja (...)".

²⁶Vid. MUÑOZ GARCÍA, C., "Tutela del adquirente de vivienda por daños causados por el inmueble. A propósito del artículo 149 TRLCU", *Diario La Ley*, núm. 8005, 21 de enero 2013, pp. 1 y 2, pone de manifiesto la necesidad de armonizar adecuadamente el Derecho de Consumidores y el Derecho de la Edificación para lograr la protección íntegra del adquirente de vivienda, y crítica el que la LOE no haya aportado una solución global a todos los daños sufridos por los defectos constructivos, pues para obtener la reparación de todos los daños y perjuicios será necesario acudir a normas externas a la ley especial.

²⁷Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4ª ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 409, que pone de relieve como la jurisprudencia ha afirmado que el promotor que vende un edificio que padece vicios ruínógenos, responde como si fuera contratista en virtud del artículo 1.591 CC, pero que, al margen de dicha responsabilidad y junto a ella, también responde por incumplimiento contractual, por cuanto que, en caso de existencia de defectos constructivos, el vendedor no ha cumplido su obligación de entregar una vivienda sin deficiencias y presentar en el mercado un producto correcto, máxime cuando se trata de un bien de la importancia de la vivienda. En este sentido SSTS de 13 de octubre de 1999 (RJ 1999\7426), 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8862) o 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1021013), entre otras muchas.

consecuentemente, ello comporta la posibilidad de entablar las acciones generales por responsabilidad contractual y, en su caso, las particulares derivadas de cada tipo contractual²⁸.

1. Su importancia en este ámbito

La modificación del marco legal que supone la entrada en vigor de la LOE, ha puesto de relieve que, aunque esta norma ha constituido un importante avance en la ordenación de la edificación, fundamentalmente en cuanto a la elevación de los estándares de calidad, el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad decenal, la regulación de las obligaciones de los agentes de la edificación y la regulación de la documentación de la obra ejecutada —libro del edificio—, entre otras cuestiones, también ha significado una devaluación de la protección de la que gozaba el consumidor de vivienda, y, en general, el adquirente de un edificio, antes de su entrada en vigor, principalmente por la drástica reducción del plazo de garantía por defectos de habitabilidad —de 10 a 3 años— y del plazo de prescripción —de 15 a 2 años, actualmente de 5 a 2 tras la modificación del artículo 1.964 CC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil²⁹—, así como por la limitación objetiva de los daños reclamables a su amparo, ahora exclusivamente limitados a los materiales causados en el edificio³⁰. En este escenario cabe plantearse las alternativas que asisten al consumidor de vivienda o, en general, al adquirente de un edificio, en los supuestos en los que los daños ocasionados por los defectos constructivos no queden amparados por el régimen LOE, bien sea porque queden excluidos del mismo, como sucede con los daños distintos de los materiales causados en el edificio, bien porque hayan transcurrido los plazos de garantía o prescripción para accionar con base en esta norma. Por este motivo resulta particularmente importante la posibilidad de poder acudir al ejercicio de las acciones de responsabilidad contractual³¹.

2. Su renovado protagonismo

A diferencia de lo que sucede bajo el régimen LOE, en el régimen precedente del artículo 1.591 CC no existían diferencias sustanciales entre la responsabilidad

²⁸Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*, 7^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 407, quienes remarcan que la existencia de defectos constructivos, además de generar el régimen de responsabilidad previsto en la LOE o en el artículo 1.591 CC, supone un incumplimiento contractual que la jurisprudencia resuelve aplicando las normas generales sobre responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y 1.124 CC, ya que la existencia de defectos supone un incumplimiento por falta de idoneidad de la cosa que se ha construido. Vid. SSTS de 1 de junio de 1982 (RJ 1982\3401) o 15 junio 2016 (RJ 2016\2766).

²⁹BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

³⁰Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., "Los defectos de las edificaciones y la protección del consumidor", en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín, y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 520 a 521, que señala que, dejando al margen los seguros obligatorios, la LOE respecto a los consumidores "representa un paso atrás respecto de la situación de la que disfrutaban al amparo del artículo 1591 o más exactamente de su interpretación jurisprudencial", con la que los Tribunales sí mostraron una auténtica voluntad de proteger a los compradores de viviendas, "quienes hubieran quedado desamparados frente al problema de las anomalías en las construcciones si se les hubiera aplicado estricta y literalmente el derecho codificado".

³¹Sobre la compatibilidad de las acciones LOE y las acciones contractuales vid. SSTS de 24 de mayo de 2017 (RJ 2017\2217), 15 junio 2016 (RJ 2016\2766) o 27 diciembre 2013 (RJ 2014\1021013).

contractual por defectos constructivos y la derivada de este precepto³². No existían porque el plazo de prescripción era el mismo, quince años ex artículo 1.964 CC, y porque el artículo 1.591 CC establecía un único plazo de garantía de diez años para todos los defectos constructivos. Además, en ambos regímenes eran reclamables todos los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, con la entrada en vigor de la LOE las diferencias entre el régimen que instaura esta norma y la responsabilidad contractual, cobran mayor relieve. Así, en la actualidad el régimen que instaura la LOE difiere sustancialmente del régimen general de responsabilidad contractual, pues en éste los daños reclamables no estarán limitados a los materiales causados en el edificio, ni por los plazos de garantía del artículo 17 LOE, de 10, 3 y 1 año, ni será de aplicación el plazo de prescripción de 2 años, sino el general del artículo 1.964 CC³³. De ahí la importancia de poder ejercitar estas acciones contractuales, cuando no sea posible el ejercicio de las acciones de la LOE³⁴. En esta tesitura, aunque existen otras posibilidades, bien basadas en la responsabilidad aquiliana del artículo 1.902 CC, bien en el régimen *sui generis* del artículo 149 del TRLCU, la responsabilidad contractual se constituye en la principal opción para lograr la indemnidad de los adquirentes de edificios, frente a los daños causados por defectos constructivos.

3. Remisión

El estudio en profundidad de la responsabilidad contractual se aborda a lo largo de este trabajo, y, particularmente, en los Capítulos Tercero y Sexto.

C) La responsabilidad extracontractual

No es difícil imaginar supuestos en los que las consecuencias dañosas de los defectos constructivos, no puedan ser reparadas ni con base en la LOE ni con base en las normas sobre responsabilidad contractual. Así, si el comprador de un edificio lo hace una vez transcurridos los plazos de garantía o prescripción de la LOE, y si además el promotor-vendedor es insolvente, no será posible ejercitar las acciones derivadas de aquella norma y no tendrá virtualidad práctica dirigirse contractualmente contra el promotor. En estos supuestos la tutela aquiliana³⁵ se erigirá en la única vía para que el perjudicado, singularmente el propietario, pueda reclamar la reparación de los daños derivados de los defectos constructivos a los agentes de la edificación responsable de los mismos, con los que no mantenga vínculos contractuales. De este

³²Vid. ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad civil en la edificación", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 754, que indica que la jurisprudencia ensanchó el ámbito del artículo 1.591 CC para tutelar a los adquirentes de vivienda, suprimiendo en la práctica las diferencias con los resultados a los que se llegaría aplicando las acciones por incumplimiento contractual.

³³La disposición final 1ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modifica el apartado 2º del artículo 1.964 CC, y reduce el plazo general de prescripción para las acciones personales que no tengan señalado uno especial, de 15 a 5 años. Por su parte, la disposición transitoria 5ª de esta norma establece el régimen transitorio por remisión al artículo 1.939 CC.

³⁴Vid. ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 937, afirma que "si el legislador hubiera querido reducir o afectar al régimen general de responsabilidad contractual establecido en el Código Civil para la compraventa de viviendas debería haberlo indicado de modo expreso y, evidentemente, no lo ha hecho. Antes al contrario, el legislador de modo expreso y reiterado ha señalado que las responsabilidades y acciones previstas en la Ley no causan perjuicio (por lo tanto, ni afectan negativamente, ni menos anulan) a las acciones generales de incumplimiento contractual".

³⁵En efecto, por lo general, el comprador del edificio sólo estará ligado contractualmente con el promotor, y, si no es aplicable la LOE, carecerá de acciones contra los demás agentes de la edificación en virtud del principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC.

modo, la insuficiencia de la responsabilidad contractual, consecuencia del principio de relatividad de los contratos, requiere de un precepto que garantice la indemnidad de los propietarios en tales situaciones, y la solución puede venir de la mano de la responsabilidad extracontractual. Lo mismo sucederá en un supuesto análogo al anterior, en el que, aunque no hayan prescrito las acciones LOE, se hayan producido daños adicionales a los materiales, y no sea viable reclamarlos por vía contractual. En tales escenarios parece que debe permitirse a los propietarios reclamar por la vía del artículo 1.902 CC³⁶, para que no sean de peor condición que los terceros perjudicados.

1. Supuestos en los que resulta de aplicación

La responsabilidad extracontractual tiene en nuestro ordenamiento un acendrado carácter compensatorio-resarcitorio y no preventivo-punitivo³⁷, y se nuclea en torno al principio *alterum non laedere* plasmado en el artículo 1.902 CC. Como hemos indicado, la responsabilidad extracontractual ex artículo 1.902 CC o responsabilidad aquiliana³⁸, puede constituirse en un remedio eficaz ante la insuficiencia de otros regímenes de responsabilidad en materia de defectos constructivos, al objeto de reclamar por los daños causados, sin necesidad de que los mismos se hayan producido dentro de determinados plazos de garantía, como sucede con el régimen LOE. Así, aunque la LOE no salve expresamente la vigencia de las normas sobre responsabilidad extracontractual en ninguno de sus preceptos, a diferencia de las menciones que contiene sobre la responsabilidad contractual en varios de ellos³⁹, no cabe ninguna duda de la vigencia y aplicación de la tutela aquiliana en materia de responsabilidad por defectos constructivos⁴⁰. De este modo, y dado que la LOE no excluye su aplicación, cabe reseñar que el artículo 1.902 CC establece un principio general en nuestro ordenamiento jurídico —*neminem laedere*—, que también debe cumplir su función en materia de defectos constructivos, singularmente cuando el perjudicado carezca de otras vías para reclamar al causante del daño. Cumple así este precepto la función de cláusula de cierre del sistema, para garantizar la indemnidad de los propietarios.

³⁶Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 949 a 951.

³⁷Vid. PANTALEÓN, F., "Comentario al artículo 1902", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1977 y 1978. Cfr. LLAMAS POMBO, E., "La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Civitas, Madrid, pp. 2.204 a 2.225, que pone el acento en la función preventiva de la responsabilidad civil, en cuanto que la regla *alterum non laedere*, además de como "el que daña repara" también puede interpretarse como el deber de no dañar, adoptando las precauciones razonables que eviten irrogar daños. De este modo, esta tutela inhibitoria puede comportar la obligación de hacer o no hacer, siempre que concurra un daño amenazante, un comportamiento antijurídico en sentido sustancial, una relación de causalidad entre ambos y la posibilidad de evitar el daño.

³⁸Como es conocido este tipo de responsabilidad tiene su origen en Roma, en la *Lex Aquilia de damno iniuria* del año 286 a.C.

³⁹Vid. artículos 17.1) y 8) ó 18.1 LOE.

⁴⁰Vid. CADARSO PALAU, J. "La responsabilidad de los constructores en la Ley de Ordenación de la Edificación. Una aproximación a la nueva disciplina", *El Consultor Inmobiliario*, núm. 7, 2000, p. 9; RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., "La LOE y el Código Civil", en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 285 a 297; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., p. 951.

Con carácter adicional, este régimen de responsabilidad cumplirá una segunda función, en cuanto que generalmente será la única vía mediante la que los terceros no propietarios, sobre todo aquellos que no ostenten la condición de consumidores⁴¹, podrán reclamar los daños que se le irroguen por la existencia de un edificio con defectos constructivos, bien sea mediante el régimen de los artículos 1.907 a 1.909 CC, o mediante la acción general del artículo 1.902 CC.

Finalmente, esta norma cumple una tercera función, en cuanto es el cauce hábil para reclamar por los daños y perjuicios causados durante el proceso constructivo y antes de la finalización del edificio, cuando no existan vínculos contractuales, en tanto que, en estos casos, no es de aplicación la LOE ni tampoco lo son los artículos 1.907 y 1.908 CC.

Afirmada la utilidad en este ámbito de la responsabilidad extracontractual, su estudio se debe realizar diferenciando los distintos escenarios en los que se producirá su aplicación. En concreto habrá que discriminar las siguientes situaciones:

- En una primera, los propietarios de los edificios podrán ampararse en este tipo de responsabilidad con base en el artículo 1.902 CC, para reclamar contra los agentes de la edificación, aunque no estén vinculados contractualmente con los mismos, para reclamar cualquier tipo de daño o perjuicio derivado de defectos constructivos, en los casos en los que no sea posible la reclamación con base en la LOE —p. ej. por haber transcurrido el plazo de prescripción o porque el defecto se manifieste fuera del plazo de garantía—, ni sea viable la reclamación por vía de responsabilidad contractual —p. ej. porque el promotor es insolvente—.

- En una segunda, los terceros no propietarios podrán reclamar contra los propietarios de los edificios o los agentes de la edificación, cuando sufran daños y perjuicios causados por defectos constructivos. Estos supuestos se regulan por los artículos 1.907 y 1.909 CC, los cuáles, aunque hacen referencia al artículo 1.591 CC, debe ser interpretados hoy por remisión a la LOE y a sus plazos de garantía.

- En una tercera, cualquier perjudicado puede reclamar contra el propietario o contra los agentes constructivos con base en el artículo 1.902 CC, por los daños y perjuicios que se produzcan durante el proceso constructivo, antes de la finalización del edificio. Estos supuestos, frecuentes en la práctica no se rigen ni por el régimen LOE, ni por el régimen de los artículos 1.907 y 1.909 CC, pues ambos establecen una regulación que sólo es de aplicación a partir de la terminación del edificio.

A continuación, abordaremos cada uno de estos supuestos.

2. La protección del comprador o comitente mediante la tutela aquiliana

Antes de la entrada en vigor de la LOE, el Tribunal Supremo ya admitió la posibilidad de que el comitente reclamase daños y perjuicios con base en el artículo 1.902 CC, al agente de la edificación responsable no vinculado contractualmente con

⁴¹Los consumidores además podrán accionar adicionalmente con base en los artículos 135, 148 y 149 TRLCU, si se admite la legitimación de los *bystanders*, dentro de sus respectivos límites. *Vid. infra* § II.D).

el primero⁴². Actualmente, también con la LOE, la responsabilidad extracontractual debe tener plena virtualidad, de modo que, en no pocas ocasiones, este régimen ofrecerá soluciones de indemnidad a los propietarios, cuando la mismas no puedan articularse con base en aquella norma o en la responsabilidad contractual⁴³.

a) Alcance y contenido

Podrán invocar la protección que dispensa el artículo 1.902 CC, todos los perjudicados, es decir, los propietarios también, bien sean compradores o comitentes, por derivar su derecho del contrato de compraventa o del contrato de obra⁴⁴, respectivamente, así como los terceros que puedan verse dañados por los defectos constructivos, sin perjuicio del régimen especial que respecto a estos últimos establecen los artículos 1.907 y 1.909 CC, según analizamos a continuación⁴⁵. Además, con base en el artículo 1.902 CC, podrán reclamarse todos los daños y perjuicios derivados de los defectos constructivos amparados por la LOE, y también los que sean consecuencia de otro tipo de defectos que esta norma no reconozca como tales. Y, en cualquiera de estos casos, se podrán reclamar tanto los daños y perjuicios materiales en el propio edificio, ámbito propio de la LOE, como los causados sobre otros bienes, daños personales, morales, gastos indirectos y el lucro cesante⁴⁶, de modo que este precepto ofrece una protección objetiva más amplia que la que dispensa la LOE.

b) Criterios de imputación de responsabilidad

A diferencia del régimen LOE, caracterizado por la exigencia de una responsabilidad de carácter objetivo, la responsabilidad extracontractual se ha articulado históricamente en torno a la culpa, según se desprende de la literalidad del artículo 1.902 CC. No obstante, en este ámbito se ha producido una clara evolución desde un sistema de responsabilidad por culpa, hacía un sistema de responsabilidad de raíz objetiva o cuasi objetiva, calificado por PANTALEÓN⁴⁷ como “verdadera revolución”. En efecto, frente a la afirmación inicial del artículo 1.902 CC sobre la necesidad de que exista culpa o negligencia, ha sido la jurisprudencia la que, desde mediados del siglo XX, ha suavizado las exigencias de este sistema a través de dos mecanismos principales, como son la inversión o atenuación de la carga de la prueba⁴⁸, y la elevación del nivel de diligencia exigible al deudor. La tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad extracontractual se manifiesta en la doctrina del

⁴²Vid. SSTS de 30 de enero de 1996 (RJ 1996\ 740), en la que se admite la reclamación ex 1902 CC contra el arquitecto; 23 de noviembre de 1985 (RJ 1985\ 5634), 22 de junio de 1990 (RJ 1990\ 8461), o 29 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10160), en las que se admite la reclamación de daños y perjuicios en base al 1902 CC al subcontratista; ó 15 marzo de 1989 (1989\2049) sobre la reclamación a un fabricante de productos para la construcción.

⁴³Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit. pp. 945 y 946.

⁴⁴Hablamos de compradores o comitentes porque será el supuesto más habitual, aunque también gozaría de protección quien adquiriese el inmueble o procediera a su construcción por otro título.

⁴⁵Vid. *infra* § 3.

⁴⁶Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Responsabilidades...op. cit.*, p. 952.

⁴⁷Vid. PANTALEÓN, F., “Comentario al artículo 1902...”, op. cit., pp. 1.995 a 1.997.

⁴⁸La inversión de la carga de la prueba en general, y, en especial en la responsabilidad extracontractual, está íntimamente relacionada con los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, de creación jurisprudencial, hoy positivados en el artículo 217.6 LEC. Vid. en este sentido FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial*, La Ley, Las Rozas, 2006, pp. 144, que pone de relieve como la inversión de la carga de la prueba que no responda a dichos principios sería impugnable por carecer de justificación.

riesgo⁴⁹, que mantiene que quien aprovecha las ventajas de una actividad debe pechar con sus inconvenientes, entre los que se encuentra, en primer lugar, el deber de reparar los daños que se causen por su ejercicio⁵⁰. De este modo, se introducen soluciones cuasi-objetivas que prescinden del concepto de culpa y centran la responsabilidad en el nexo causal. En palabras de O`CALLAGHAN “se desplaza la culpabilidad al nexo causal; la acción se cualifica por la culpa y ésta se sustituye por el riesgo”⁵¹. En consecuencia, se produce una evolución hacia la objetivación de la responsabilidad a través de la denominada teoría del riesgo, o mediante el sistema de la inversión de la carga de la prueba, aunque “sin llegar a una total y absoluta abstracción del factor psicológico y valoración de la conducta del agente, salvaguardando así y reforzando el principio de responsabilidad por culpa, básico en nuestro ordenamiento jurídico positivo”⁵². No obstante, pese a esta tendencia objetivadora, en el régimen de la responsabilidad extracontractual no debieran aplicarse los criterios de responsabilidad objetiva ex LOE, debiendo probar el perjudicado el daño, el nexo causal vinculado a la actuación de los agentes constructivos y su negligencia⁵³. En este sentido se ha puesto de manifiesto como, en los últimos tiempos, el Tribunal Supremo ha abandonado el criterio de invertir la carga de la prueba de forma generalizada, aludiendo incluso a que el artículo 1902 CC no admite tal inversión, y a que la doctrina del riesgo sólo es aplicable a riesgos extraordinarios, que la misma no prescinde de la culpa y que lo único que determina esta doctrina es la aplicación del principio de proximidad o facilidad probatoria, o el aceptar una inducción basada en la evidencia de un daño desproporcionado, o en la falta de colaboración del causante cuando debe aportar una explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole⁵⁴. XIOL RÍOS⁵⁵ pone de relieve como tras una etapa en la que se han aplicado criterios de responsabilidad sin culpa, se ha producido un regreso a la teoría de la culpa como fundamento de la responsabilidad. En esta línea, MARÍN CASTÁN⁵⁶ precisa como actualmente se exige la existencia de culpa como elemento necesario de la responsabilidad civil, abandonando la tendencia objetivadora de décadas precedentes, en cuanto que la creación de un riesgo no

⁴⁹Vid. STS de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011\4005).

⁵⁰Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 201, pp. 864 a 872, que establece como regla general el principio de responsabilidad por culpa en el artículo 5.191-7, junto a una responsabilidad objetiva en caso de actividades anormalmente peligrosas ex artículo 5191-10 y la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando se desarrollan actividades empresariales peligrosas que no alcancen el estándar de anormalidad del anterior precepto, según dispone el artículo 5196-2.

⁵¹Vid. O`CALLAGHAN MUÑOZ, X.. “La responsabilidad objetiva”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dickinson, Madrid, 2007, p. 803.

⁵²Vid. SAP de Murcia de 30 de marzo de 2004 (JUR 2004\121943).

⁵³Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Responsabilidades...*, op. cit., p. 952. En el mismo sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis práctico de la responsabilidad civil por defectos de construcción*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 262.

⁵⁴Vid. MARTÍN-CASALS, M., “La «modernización» del derecho de la responsabilidad extracontractual”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Editum, Murcia, 2011, pp. 60 y 61, que invoca el artículo 4.201 PETL y cita la STS de 9 de febrero de 2011 (RJ 2011\1822).

⁵⁵Vid. XIOL RÍOS, J.A., “Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños. Fallecimiento prematuro de la víctima y colisión múltiple en accidentes de circulación”, en *Derecho de daños 2013*, coordinado por M.J. Herrador Guardia, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 32.

⁵⁶Vid. STS 18 de marzo de 2016 (RJ 2016\983); MARÍN CASTÁN, F., “Jurisprudencia consolidada y vigente del Tribunal Supremo en los pleitos por daños”, *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, dirigido por M.J. Herrador Guardia, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 35.

determina por sí mismo la responsabilidad civil, aunque si el riesgo es cualificado estaría justificada una elevación proporcionada de los estándares de diligencia y la inversión de la carga de la prueba, por derivación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217.6 LEC.

c) Solidaridad

Cuando se ejerciten acciones en base al artículo 1.902 CC, los propietarios perjudicados podrán dirigirse contra todos los agentes constructivos, que responderán solidariamente cuando no se sea posible concretar la parte de culpa de cada uno de ellos⁵⁷. Es decir, la responsabilidad individual se transforma en solidaria si no es posible su individualización⁵⁸, o el discriminar el grado de intervención de los distintos cursos causales derivados de la actuación de cada agente constructivo⁵⁹, como sucede en estos casos, con carácter general, en la aplicación del artículo 1.902 CC⁶⁰, supuesto emblemático de la solidaridad impropia, en el que no resulta de aplicación el artículo 1.974.1 CC en cuanto a la interrupción de la prescripción entre deudores solidarios⁶¹.

3. La protección de los terceros: el régimen de los artículos 1.907 a 1.909 CC

a) Alcance y contenido

La responsabilidad extracontractual tiene un mayor significado en el caso de los terceros, pues éstos no tienen legitimación para reclamar con base en la LOE, debido a que esta norma limita los daños reclamables a los daños materiales causados en el propio edificio, y también porque tampoco ostentan legitimación para reclamar en base a la responsabilidad contractual, pues generalmente carecerán de relaciones contractuales con los causantes de los daños. Los artículos 1.907 a 1.909 CC configuran un especial régimen de protección de los terceros por daños derivados de defectos constructivos, en cuanto que el artículo 1.907 alude a la ruina del edificio, y el artículo 1.908 alude a daños causados por determinadas circunstancias, algunas de las cuales pueden derivarse de defectos constructivos, estableciendo ambos la responsabilidad del propietario si los daños se derivan de la falta de reparaciones necesarias⁶², lo cual remite a la exigencia de que medie negligencia⁶³. Esta responsabilidad puede derivarse también de las obras de reparación excluidas de la

⁵⁷Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 5194-1, pp. 869 y 870, que establece la solidaridad cuando no pueda imputarse una parte de del daño de forma individualizada a cada responsable.

⁵⁸Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "Responsabilidad profesional del arquitecto", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 78, 2010, pp. 14 y 15.

⁵⁹Así SAP de Ciudad Real de 8 de abril de 2008 (JUR 2008\332407).

⁶⁰Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 952; *vid.* STS de 13 junio de 2007 (RJ 2007\3509).

⁶¹Vid. STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003\3645), que constituye el antecedente de la posterior dictada ya específicamente en el ámbito de la LOE, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015\277).

⁶²Vid. SAP de Barcelona de 13 de septiembre de 2018 (JUR\2018\255129), que declara la responsabilidad del propietario, en base al artículo 1.907 CC, por unas filtraciones de agua procedentes de elementos privativos, debidas a falta de las reparaciones necesarias, sin que el hecho de que la vivienda estuviese arrendada desde hace más de 30 años, pueda exonerar al propietario de esta obligación.

⁶³MARÍN CASTÁN, F., *Supuestos de responsabilidad civil de los artículos 1.903 a 1.910 del Código Civil*, coordinado por X. O'Callaghan Muñoz, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, pp. 212 y 213.

LOE, y también de las construcciones de escasa entidad igualmente excluidas⁶⁴. Estos preceptos están íntimamente relacionados con los artículos 389 a 391 CC, sobre la obligación de demoler los edificios que amenacen ruina o los árboles corpulentos que amenacen caerse, y tienen su antecedente en la *cautio damni infecti* del Derecho romano⁶⁵, si bien, actualmente, el término ruina debe interpretarse en relación con los tipos de defectos constructivos que establece la LOE⁶⁶. A su vez el artículo 1909 CC dispone la responsabilidad del arquitecto o del constructor, si los daños de los dos artículos anteriores sobrevienen por defectos de construcción, que se produzcan dentro del plazo legal. De este modo, los agentes de la edificación responden de los defectos originarios del edificio y el propietario de los sobrevenidos, considerándose que los daños son originarios si se producen dentro del plazo legal⁶⁷. Este plazo, antes de la entrada en vigor de la LOE ha sido el decenal del artículo 1.591 CC, si bien, como hemos adelantado, actualmente habrá que entender que resultan de aplicación los tres plazos⁶⁸ que establece el artículo 17.1 de la ley especial⁶⁹. De este modo, la LOE se proyecta sobre el régimen del artículo 1.909, determinando la responsabilidad de los agentes de la edificación también frente a los terceros, por cualquier tipo de daños, sin que rija en este caso la limitación ex LOE que restringe la responsabilidad a los daños materiales causados en el edificio. La relación de este precepto con el artículo 1.591 CC y la LOE, determina que, cuando medie responsabilidad de los técnicos, ésta se configure con carácter solidario⁷⁰, o que dentro de los plazos de garantía se produzca una inversión de la carga de la prueba⁷¹. Estos plazos se computarán desde la recepción de la obra, tal y como defendía SALOM ANTEQUERA⁷² bajo la vigencia el artículo 1.591 CC.

Cumple destacar, como la LOE y el artículo 1909 CC tienen campos de acción distintos⁷³. La primera tiene por objeto los daños materiales en el propio edificio, y el segundo también los daños causados a personas y otros bienes y derechos. La primera protege a los propietarios y el segundo a los terceros. El resultado al que

⁶⁴GARCÍA MUÑOZ, O. *La responsabilidad civil de los arquitectos superiores y técnicos en la construcción de la obra privada*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 52 y 53.

⁶⁵GÁZQUEZ SERRANO, L., "Daños causados por ruina del edificio", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 92, 2011, pp. 1 y 2.

⁶⁶MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J., "Comentario del art. 1907 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2.070.

⁶⁷RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., "La LOE y el Código Civil...", *op. cit.* pp. 267 a 282.

⁶⁸Este artículo 17.1 establece tres plazos de garantía de diez, tres y un año, para los defectos estructurales, de habitabilidad y acabado, respectivamente.

⁶⁹Así lo indicaba ya en los albores de la LOE DÍEZ-PICAZO, L., "Ley de edificación y Código Civil", *ADC*, año LIII, núm. I, 2000 p. 15; en el mismo sentido SIERRA PÉREZ, I., "La responsabilidad de los agentes de la construcción", en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por la I. Sierra Pérez y L. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p.147; ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*, p. 806; en el mismo sentido cfr. 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)*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 216 a 223. *Vid.* en este sentido STS de 21 de julio de 2008 (RJ 2008\4487).

⁷⁰MARÍN CASTÁN, F., *Supuestos de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 213.

⁷¹SIERRA PÉREZ, I., "La responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 146 y 147.

⁷²SALOM 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 VII, Valencia 1940, pp. 68 y 69.

⁷³SIERRA PÉREZ, I., "La responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 146 y 147.

conduce la interpretación anterior, según el cual el tercero tendría una mayor protección que el propietario, lleva a cierta doctrina a considerar que la responsabilidad ex artículo 1.909 debe discurrir por los cauces ordinarios y al margen de los beneficios del régimen LOE⁷⁴. En cualquier caso, no puede admitirse la interpretación que sostiene que tras la LOE este precepto ha quedado derogado, pues el artículo 1.909 es una norma complementaria del 1.902 en determinados aspectos probatorios⁷⁵. Incluso se afirma que, con base en el artículo 1.902 en relación con el 1.909, el propietario podría reclamar a los agentes de la edificación los daños no cubiertos por la LOE respecto de los que no tenga acción contractual, con el especial régimen probatorio de este precepto⁷⁶.

b) Responsabilidad del propietario en todo caso

La doctrina mayoritaria⁷⁷ mantiene que, cuando se produce la responsabilidad por defectos constructivos dentro del plazo de garantía, no debe responder el propietario, debiendo hacerlo exclusivamente los agentes de la edificación. No obstante, según la literalidad del artículo 1.909 CC, que utiliza el vocablo “podrá”, parece que el perjudicado estaría facultado para no demandar a los agentes de la edificación y dirigirse directamente contra el propietario. Así, cabe admitir que el perjudicado demande al propietario, como resulta de la STS de 15 de marzo de 1993⁷⁸, si se entiende que el artículo 1.909 concede una posibilidad de demandar a los agentes constructivos, pero sin imponer una obligación en este sentido y sin excluir la responsabilidad de aquél. De este modo, el perjudicado podría demandar sólo al propietario sin necesidad de indagar el origen y etiología de los daños⁷⁹, siendo especialmente recomendable esta opción cuando se desconozcan las circunstancias del proceso constructivo o si han transcurrido los plazos a los que remite el artículo 1.909⁸⁰. Se trataría de acciones compatibles respecto de una única responsabilidad solidaria⁸¹, aunque para parte de la doctrina la responsabilidad del propietario en estos casos cede y es sustituida por la de los agentes de la edificación⁸². Así acontece en algunas ocasiones en las que, la contratación de una empresa especializada, excluye la responsabilidad del propietario⁸³.

⁷⁴Cfr. VINADER CARRACEDO, J., “Los arrendamientos de obras y servicios. Parte segunda. Efectos”, en *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por J.F. Delgado de Miguel, Tomo III, *Obligaciones y Contratos*, Vol. 3º, coordinado por V.L. Simó Santonja, Civitas, Madrid, 2003, pp. 483 y 484.

⁷⁵RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “La LOE y el Código Civil...”, *op. cit.* pp. 293 y 294.

⁷⁶*Ibidem*, pp. 300 y 301.

⁷⁷Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 14ª Edición, Edisofer, Madrid, 2011, pp. 961 y 962; GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 75 a 83; HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 197 a 210.

⁷⁸RJ 1993\ 2284.

⁷⁹MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 264 y 265.

⁸⁰BUSTO LAGO, J.M., “Inmuebles y responsabilidad civil extracontractual”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 93, 2011, p. 14.

⁸¹Vid. STS 10 de diciembre de 1984 (RJ 1986\1147).

⁸²FEMENÍA 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)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 92 y 93, y 141 y 142; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos y consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 379 y 380.

⁸³STS 4 octubre de 1994 (RJ 1994\7452), relativa a un siniestro ocurrido con un montacargas cuyo mantenimiento estaba contratado con empresa especializada.

c) Responsabilidad fuera del plazo de garantía

Los plazos de garantía del artículo 1.909 CC son los actualmente previstos en el artículo 17 LOE⁸⁴, pues así hay que entender la expresión “tiempo legal” que emplea este precepto⁸⁵ —salvo respecto de las edificaciones a las que aún sea de aplicación el artículo 1.591 CC—. Es decir, el plazo de diez años para los defectos estructurales o el de tres para los defectos de habitabilidad, pues parece que el plazo de un año para los defectos de acabado por lo general no tendrá mayor interés en este tipo de responsabilidad⁸⁶. Pues bien, una vez transcurridos estos plazos, parece que quedará excluida la responsabilidad de los agentes de la edificación y responderá sólo el propietario⁸⁷. No obstante, si fuera evidente la responsabilidad de aquellos, sería posible ejercitar contra los mismos una acción ex artículo 1.902 CC⁸⁸, aunque fuera con base en razones de equidad⁸⁹, al igual que pueden realizar los propietarios cuando han transcurrido los plazos de garantía ex LOE y no existen vínculos contractuales⁹⁰. En sentido contrario, GÓMEZ DE LA ESCALERA⁹¹ entiende el artículo 1.909 como una norma especial que excluye la aplicación del artículo 1.902 contra los que intervinieron en la construcción, una vez pasado el plazo de garantía decenal. En esta línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO señala que, dentro de los plazos de garantía, existirá una presunción *iuris tantum* de culpa de los agentes de la edificación, y fuera de ellos será más difícil acreditar su responsabilidad, pues habrá de probar que los daños no proceden de la falta de cumplimiento de los deberes de conservación del propietario⁹². Abundando en esta opinión, para otros autores, pese al transcurso del plazo legal la responsabilidad no se transfiere al propietario, sino que continúa en base al artículo 1.902 CC⁹³.

d) Criterios de imputación de responsabilidad

El carácter de responsabilidad extracontractual que impregna estos preceptos determina que, en principio, esté basada en la culpa, aunque la doctrina la fundamenta en una presunción de culpa⁹⁴. No obstante, la remisión a los plazos de garantía del artículo 1.591 CC, y, actualmente, a la LOE, podrían permitir pensar en la aplicación en este ámbito de los criterios de imputación objetivos que establece esta norma. Así, tras la LOE esta responsabilidad tendría un carácter objetivo, respondiendo los agentes de la edificación frente a los terceros, ex artículo 1.909 CC, del mismo modo

⁸⁴RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “La LOE y el Código Civil...”, *op. cit.*, pp. 292 y 293.

⁸⁵FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *Responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 159 a 154, que pone de relieve que, aunque la remisión se haga a la LOE, el único plazo relevante a estos efectos es el decenal relativo a los vicios que afectan a resistencia y estabilidad del edificio. En el mismo sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 390.

⁸⁶GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 70.

⁸⁷FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 153.

⁸⁸*Vid.* STS de 7 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6891).

⁸⁹FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

⁹⁰*Vid supra* § 2.

⁹¹GÓMEZ DE LA ESCALERA, R.C. *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 179 y 180.

⁹²MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 264. En el mismo sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 383 y 384.

⁹³GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 85; Cfr. HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 246 a 248.

⁹⁴FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 80 y 81.

que frente a los propietarios ex artículo 17 LOE⁹⁵. En buena teoría parece que no es posible efectuar esta extrapolación, pues la LOE sólo establece esta objetivación respecto a los propietarios y exclusivamente en relación a los daños causados en el edificio. No obstante, dada la existencia de plazos de garantía, básicamente el decenal, y la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad, habrá de entenderse que dentro de estos plazos se producirá una inversión de la carga de la prueba o una presunción de culpa⁹⁶.

e) Solidaridad

La referencia a la LOE y el propio contenido del régimen general de los daños extracontractuales, permite afirmar la existencia de un vínculo solidario cuando no puedan deslindarse las responsabilidades de los distintos causantes del daño⁹⁷. Esta responsabilidad solidaria⁹⁸ pesará sobre los agentes sin que puedan eludirla mediante la prueba de que obraron con la diligencia debida⁹⁹. También se dará la solidaridad en los supuestos de copropiedad¹⁰⁰ y, en algunas ocasiones, podrá afectar al propietario y a los agentes de la edificación, cuando concurren sus respectivas responsabilidades, por falta de reparaciones y por la existencia de defectos constructivos¹⁰¹, en cuyo caso existirá una responsabilidad solidaria entre todos los citados, si no se pueden individualizar cada una de ellas o su respectivo grado de intervención en el resultado lesivo¹⁰².

4. La protección aquiliana durante el proceso constructivo

a) Del comprador o comitente

La LOE no regula la responsabilidad derivada de los daños que se produzcan antes de la recepción del edificio y del inicio de los plazos de garantía que dicha norma instituye¹⁰³. Durante el proceso constructivo, el comprador o el comitente¹⁰⁴ deberán encontrar la protección de sus derechos en el marco de las relaciones contractuales que hayan entablado con los agentes constructivos. No obstante, no cabe descartar que, si se producen daños durante el proceso edificatorio, en algún caso en el que aquéllos no puedan ejercitar o no sea útil el ejercicio de acciones contractuales,

⁹⁵Cfr. HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 202.

⁹⁶SIERRA PÉREZ, I., "La responsabilidad...", *op. cit.*, pp.146 y 147.

⁹⁷FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 144 a 147; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 388; en el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M., "Inmuebles...", *op. cit.*, p. 14.

⁹⁸También afirma esta solidaridad DEL OLMO GARCÍA, P., "Comentario al artículo 1.909 CC" en *Código Civil Comentado*, dirigido por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, Vol. IV, Civitas, Cizur Menor (Navarra), p. 1509.

⁹⁹HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 236 a 249. También MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J., "Comentario al artículo 1.909 CC...", *op. cit.*, pp. 2.073 a 2.075.

¹⁰⁰FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

¹⁰¹*Ibidem* p. 95.

¹⁰²Cfr. HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 251 a 254; *vid.* SSTS de 21 de abril de 1993 (RJ 1993\3111) y 20 de octubre de 1997 (RJ 1997\7274).

¹⁰³*Vid.* STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015\1029), que no admite la aplicación de la DA 7ª LOE, porque en el caso de autos se trataba de una obra en construcción, en la que no era de aplicación la LOE y sólo se ejercitaban acciones de carácter contractual; *vid.* STS de 11 octubre de 2006, (RJ 2006\6444), sobre los distintos regímenes jurídicos aplicables, según se trate de una obra construida y recibida o una obra en construcción.

¹⁰⁴Hablamos de comprador o comitente porque será el supuesto más habitual, aunque también gozaría de protección quien adquiriese el inmueble o procediese a su construcción por otro título.

también sea posible acudir al ejercicio de acciones extracontractuales, con fundamento último en el principio *neminem laedere*, contra sujetos con los que no estén vinculados contractualmente, en términos similares a los apuntados cuando es posible ejercitar estas acciones tras la recepción del edificio en el apartado *supra* § 2.

b) De los terceros

Las normas de los artículos 1907 a 1909 CC, parecen referirse a la responsabilidad por defectos constructivos una vez que ha finalizado el proceso de construcción del edificio y se ha producido la recepción del mismo¹⁰⁵. Así se desprende de la utilización del concepto de responsabilidad por “ruina” del artículo 1.907 CC, y de la alusión al “tiempo legal” del artículo 1.909, que remite al régimen del artículo 1.591 CC, el cual, igual que actualmente bajo el régimen de la LOE, establece un sistema de responsabilidad que rige una vez que finaliza la construcción del edificio¹⁰⁶. Así, la LOE regula los daños en el edificio construido, pero no los daños irrogados durante el proceso de construcción, lo cual origina una dualidad de regímenes jurídicos que ha sido criticada por la doctrina¹⁰⁷. De este modo, la responsabilidad derivada de los daños causados por la construcción de un edificio o de su derribo o demolición, ha quedado excluida de la LOE, y su régimen habrá que ubicarlo en el marco omnicompreensivo del artículo 1.902 CC¹⁰⁸. Por este motivo, respecto de los daños ocasionados durante la ejecución de una construcción, serán de aplicación las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual que procedan, singularmente, el artículo 1.902 CC en el caso de los terceros¹⁰⁹.

En estos supuestos la responsabilidad se atribuirá a los agentes de la edificación que por su negligencia ocasionen el daño. La jurisprudencia tradicional ha venido exonerando de responsabilidad al comitente o promotor por este tipo de daños¹¹⁰, en cuanto que el mismo se limita a contratar a técnicos que dirijan la obra y a empresas que la ejecuten, como personas con capacidad profesional para edificar correctamente conforme a la respectiva *lex artis profesional*. Además, éstos intervienen de forma autónoma, sin que concurra ninguna subordinación respecto del propietario que habilite la aplicación del artículo 1.903.4 CC¹¹¹. No obstante, existe otra línea jurisprudencial que ha cobrado mayor protagonismo en la actualidad, sobre todo cuando el promotor es un profesional, que afirma la aplicación del artículo 1.903.4^o respecto del dueño de la obra o el promotor, cuando uno u otro participan o intervienen de alguna manera en las obras, o cuando, por sus características especiales, entrañan riesgos adicionales y específicos, pues estas circunstancias pueden justificar la responsabilidad por hecho ajeno de los citados, derivada de su actuación en la planificación de la obra, por *culpa in eligendo* o por su pasividad ante la producción de los daños¹¹².

¹⁰⁵YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 378.

¹⁰⁶En este sentido STS de 20 de noviembre de 2007 (RJ 2008\19).

¹⁰⁷BOTELLO HERMOSA, P.I., “Tipo de responsabilidad y posibles responsables de los daños causados por la construcción a inmuebles próximos”, *Act. Civ.*, núm. 3, 2017, p. 1.

¹⁰⁸GARCÍA LÓPEZ, P., “Daños causados por finca colindante”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 34, 2006, p. 56.

¹⁰⁹GARCÍA MUÑOZ, O, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 87 a 93.

¹¹⁰STS de 2 abril 2004 (RJ 2004\1671).

¹¹¹En este sentido SSTS 7 de octubre de 1983 (RJ 1983\5314) o 20 de noviembre de 2007 (RJ 2008\19).

¹¹²Cfr. SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil. Construcción y proceso”, en *Responsabilidad civil, aspectos fundamentales*, coordinado por J.A. Seijas Quintana,

5. Plazo de prescripción y *dies a quo*

El plazo de prescripción de las acciones expuestas debe ser el propio de las acciones para reclamar responsabilidad extracontractual, que establece el artículo 1.968.2º CC, es decir, un año¹¹³, incluso aunque en el artículo 1.909 CC haya una remisión a los plazos de garantía ex LOE¹¹⁴, lo que permite un sector de la doctrina defender la aplicación de un plazo bianual¹¹⁵. El plazo de prescripción computará desde que se conoció la existencia del daño¹¹⁶.

D) Las normas específicas sobre protección de los consumidores y usuarios

LASARTE¹¹⁷ destaca como la protección de los consumidores es un principio general del Derecho en terminología clásica, o un principio informador del ordenamiento jurídico en terminología actual. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU)¹¹⁸, constituye la norma ancilar esta materia. De este modo, aunque la protección de los consumidores y usuarios frente a los defectos constructivos debe venir, fundamentalmente, de la mano de la LOE y de la responsabilidad contractual, el TRLUCU establece dos regímenes jurídicos que brindan al adquirente de vivienda una protección adicional, aunque con un alcance limitado. Estas disposiciones sólo resultan de aplicación cuando los vicios constructivos afecten a quienes ostenten la condición de consumidores o usuarios, en los términos que abordamos a continuación¹¹⁹. Se encuentran recogidas en el Libro Tercero del TRLUCU, en el que, junto a unas normas comunes ubicadas en su Título I, se regulan, por un lado, la responsabilidad por productos defectuosos, y, por otro, la responsabilidad por otros bienes y servicios, en los Capítulos I y II, respectivamente, de su Título II. Además, aunque el TRLUCU no regula los contratos de obra ni los contratos de compraventa de inmuebles, cuando estos contratos se convienen entre un empresario y un consumidor, debe ser aplicable esta norma, especialmente las disposiciones

Sepin, Las Rozas (Madrid), pp. 214 y 215. Así SSTS 8 de octubre de 1996 (RJ 1996\7059), 25 de enero de 2007 (RJ 2007\1700) o de 11 de junio de 2008 (RJ 2008\3563). Esta última declara la inoponibilidad frente al perjudicado de los pactos de exoneración de responsabilidad entre los partícipes en la construcción. La STS de 7 febrero 2008 (RJ 2008\1214), condena solidariamente al promotor y al subcontratista, y absuelve al constructor.

¹¹³FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 151. En el mismo sentido GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad...op. cit.*, p. 71; *cfr.* HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 223 a 225.

¹¹⁴SIERRA PÉREZ, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p.148; *vid.* STS de 21 de julio de 2008 (RJ 2008\4487)

¹¹⁵*Cfr.* ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 807 y 808, al tratarse al igual que la LOE de una responsabilidad por defectos constructivos.

¹¹⁶FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 80 y 81. En el mismo sentido RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “La LOE...”, *op. cit.*, pp. 300.

¹¹⁷LASARTE, C., “La protección del consumidor como principio general del derecho”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo II, Universidad de Murcia, 2004, p. 2.623.

¹¹⁸BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

¹¹⁹*Vid.* LASARTE, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 8ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 31 y 32.

generales sobre contratación con consumidores previstas en los artículos 59 a 67¹²⁰, y la regulación sobre cláusulas abusivas que se contiene en los artículos 80 a 91¹²¹.

1. La responsabilidad por daños causados por bienes o servicios defectuosos: disposiciones comunes

a) Naturaleza

Los regímenes contenidos en el Libro Tercero del TRLCU instauran una responsabilidad legal, compatible con las demás acciones contractuales o de responsabilidad extracontractual que puedan asistir al perjudicado, como señala el artículo 128.2 TRLCU¹²². Ambos tienen carácter imperativo, siendo ineficaces las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad, según dispone el artículo 130. Esta responsabilidad se configura como un nueva técnica de protección del consumidor, que desborda los conceptos clásicos de responsabilidad contractual y extracontractual, en cuanto resultan inadecuados para dar una respuesta satisfactoria a las exigencias indemnizatorias que requiere el mercado, “*con una producción masificada, enorme compleja y tecnificada, y totalmente despersonalizada*”¹²³.

b) Daños reclamables

El artículo 129 TRLCU establece que este régimen ampara los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privado, y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado. De la relación existente entre este precepto y el artículo 128.2, parece que quedan excluidos los daños morales¹²⁴, y parece que, con carácter general, también debe excluirse el lucro cesante¹²⁵.

¹²⁰ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español”, en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 261 a 265.

¹²¹ Vid. GALLEGU DOMÍNGUEZ, I. “Las cláusulas abusivas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, dirigido por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín y coordinado por M^a.M. Heras Hernández Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 352, que destaca como la protección frente a las cláusulas abusivas sólo opera en los contratos entre consumidores y profesionales, en relación a aquellas que no hayan sido negociadas y que provoquen, en contra de las exigencias de la buena contractual, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto; y pp. 369 y 370, en relación a que los efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula consisten en su supresión del contrato, siempre que en relación con las normas del derecho interno su mantenimiento sea jurídicamente posible, sin que proceda su integración judicial, aunque cuando no sea así sería factible sustituirla por una disposición supletoria del derecho nacional, si ello permite reestablecer el equilibrio real entre las obligaciones de las partes.

¹²² “Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.

¹²³ Vid. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., “La responsabilidad del productor: referencia a la directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación”, *ADC*, Vol. XLIII, núm. III, 1990, p. 738.

¹²⁴ Vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp.101 a 109.

¹²⁵ REYES LÓPEZ, M^a.J., “La indemnización de los daños causados por productos o servicios defectuosos”, en *Manual de derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2009, p. 20.

c) Sujetos protegidos

Esté régimen brinda protección a “todo perjudicado”, como señala el artículo 128.1, si bien esta protección queda matizada respecto a los no consumidores por la limitación de su ámbito objetivo ex 129.1, relativa a los bienes destinados al uso o consumo privado que hayan sido utilizados en tal concepto principalmente por el perjudicado. De este modo, puede concluirse que, si bien en cuanto a los daños personales existe una protección también respecto de los no consumidores, en cuanto a los daños materiales la protección se limita a los consumidores¹²⁶. Entre los sujetos protegidos parece se puede incluir al *bystander*, que, en terminología anglosajona, es la persona que, sin haber usado o consumido directamente el producto, sufre accidentalmente sus consecuencias¹²⁷.

d) Criterios de imputación de responsabilidad.

Como a continuación abordaremos, tanto el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, como la responsabilidad ex artículos 148 y 149, tienen un marcado carácter objetivo. En este sentido, el artículo 133 dispone que la responsabilidad del causante del daño no se reducirá cuando éste sea originado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero, sin perjuicio del derecho de repetición, y salvo que se pruebe que el daño deriva exclusivamente de la actuación de dicho tercero¹²⁸.

e) Solidaridad

El artículo 132 establece el carácter solidario de la responsabilidad de los causantes del daño frente a los perjudicados.

f) Derecho de repetición

En los supuestos de responsabilidad solidaria del artículo 132, o de intervención de un tercero en la causación del daño ex 133, el *solvens* tendrá derecho a repetir contra los demás responsables por la cantidad que corresponda. Lo mismo sucede en el caso del proveedor que responda por el productor ex artículo 146.

2. La responsabilidad civil por productos defectuosos

Esta responsabilidad (RPD) puede alcanzar una gran relevancia en el ámbito de la edificación, pues, en no pocas ocasiones, los defectos constructivos derivan de la utilización en el edificio de productos de calidad deficiente o en mal estado. Además, la RPD puede concurrir con la que establece la LOE respecto del suministrador de productos de construcción, que, a su vez, origina un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno del constructor, y otro de solidaridad del promotor, por lo que se impone el análisis de esta regulación y de su relación con el régimen de la LOE. La RPD se configura como un “régimen matizado de responsabilidad objetiva”¹²⁹, o “de

¹²⁶LASARTE, C., *Manual...*, op. cit., p. 253. En el mismo sentido Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2008, p. 137, que destaca el ensanchamiento que supone extender este régimen a favor de terceros que sufran un daño personal sin tener la condición de consumidores.

¹²⁷Vid. BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, op. cit., p. 450.

¹²⁸*Ibidem*, p. 461.

¹²⁹LASARTE, C., *Manual...*, op. cit., p. 248, que cita en este punto a Rafael Jiménez de Parga.

responsabilidad objetiva no absoluta¹³⁰, pues el carácter objetivo se atenúa si concurren unas determinadas y tasadas causas de exoneración, cuya concurrencia debe probar el responsable.

a) Concepto de producto defectuoso

Los artículos 136 y 137 establecen, respectivamente, el concepto de producto y de producto defectuoso¹³¹. En este sentido tienen la consideración de “producto” cualesquiera elementos o materiales de construcción que formen parte de un edificio, con independencia de que tras dicha incorporación conserven su independencia o dejen de ser separables materialmente, o incluso aunque no sean distinguibles físicamente¹³², sin que, a estos efectos, se aplique el concepto de bien inmueble del artículo 334 CC¹³³, pues esta noción de producto engloba los bienes unidos a un inmueble a los que alude el 334.3º CC¹³⁴. De esta manera, se entiende como producto cualquier bien mueble, aunque esté incorporado a otro mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad¹³⁵. De este modo, aunque los inmuebles se excluyen del régimen de responsabilidad por productos defectuosos, no ocurre así con los bienes muebles incorporados a un inmueble (v. gr. ascensor, elementos de equipamiento, de fontanería o calefacción, etc.), pues este régimen opera al margen de la calificación jurídica del artículo 334 CC relativa a los inmuebles por incorporación y por destino¹³⁶.

b) Sujetos responsables

Señala el artículo 135 TRLCU, que “*los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen*”. A su vez, el artículo 138.1 amplía este concepto incluyendo dentro del mismo, además de al “productor” definido en el artículo 5¹³⁷, al fabricante o importador en la Unión Europea del producto terminado¹³⁸, de cualquier elemento integrado en el mismo o de una materia prima, precisando el artículo 138.2 que, si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor, a menos que, dentro

¹³⁰ *Ibidem* p. 253.

¹³¹ REYES LÓPEZ, M^a.J., “La indemnización...”, *op. cit.*, p. 7, que también afirma la inclusión como tal de los materiales de construcción.

¹³² *Vid.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados...*, *op. cit.*, pp. 72 a 74.

¹³³ PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad civil por productos defectuosos”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 212.

¹³⁴ *Vid.* BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 461.

¹³⁵ GONZÁLEZ POVEDA, P., “La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, 2^a ed., Bosch, Barcelona, 2008, pp. 100 y 101, que precisa que el concepto de bien mueble es más amplio que el del artículo 335 CC, pues se sigue considerando como bien mueble y, en consecuencia, como producto, al que se encuentra unido o incorporado a un bien inmueble aunque por dicha circunstancias haya perdido su primitiva condición de bien mueble.

¹³⁶ PARRA LUCÁN, M^a.A., “Comentario al artículo 136”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Normas Complementarias*, 2^a ed., coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1935.

¹³⁷ Este artículo 5 considera productor al “*fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o el importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo*”, incluyendo la figura del fabricante aparente.

¹³⁸ Es decir, la responsabilidad del importado se limita a aquellos que importen productos extracomunitarios, cfr. LASARTE, C., *Manual...*, *op. cit.*, pp. 251 y 252.

del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor, o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto, siendo de aplicación la misma regla en el caso de un producto importado, si éste no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante. Por su parte, el artículo 146 dispone la responsabilidad del proveedor, en los mismos términos que el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto, aunque la norma le reconoce el derecho de repetición. Salvo estas excepciones, el distribuidor no será responsable en cuanto que no se le puede imputar la existencia del defecto.

c) Daños reclamables

El artículo 129 dispone la cobertura de los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privado y hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado en tal concepto, por lo que permite reclamar daños excluidos de la LOE¹³⁹. De este modo, se excluyen, en principio, los daños morales¹⁴⁰, según resulta del artículo 128.2, que remite su reclamación a la legislación civil general, y el lucro cesante¹⁴¹, por lo que, en ausencia de una relación contractual, estos daños podrían ser reclamados conforme al artículo 1902 CC¹⁴². No obstante, existen dos limitaciones adicionales. Así, el artículo 142 TRLCU excluye del radio de protección de este régimen a los daños materiales en el propio producto defectuoso, lo que se intenta explicar bajo la premisa de que estos daños deben quedar sujetos a la responsabilidad contractual del vendedor¹⁴³, por lo que podrán ser reclamados conforme a las demás acciones que asistan al perjudicado. Por su parte, el artículo 141 establece una franquicia de 500 Euros, y un límite respecto de los daños por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto, de 63.106.270,96 euros.

d) Criterios de imputación de responsabilidad y causas de exoneración

Este sistema instaura un régimen de responsabilidad que prescinde de la culpa, en el que opera como criterio de imputación la elaboración o introducción de un producto defectuoso en la UE¹⁴⁴. El artículo 139 TRLCU atribuye al perjudicado la carga de probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, aunque es frecuente la aplicación de presunciones judiciales para extraer, conforme a un razonamiento lógico, el nexo causal¹⁴⁵. De este modo, no se exige la prueba de la culpa del productor, por lo que nos encontramos ante una responsabilidad de carácter objetivo, si bien la misma puede ser eludida si concurren las causas de exoneración que se recogen en el artículo 140¹⁴⁶.

¹³⁹ PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

¹⁴⁰ Vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados...*, *op. cit.*, pp. 101 a 109.

¹⁴¹ REYES LÓPEZ, M^a.J., “La indemnización...”, *op. cit.*, p. 20.

¹⁴² Vid. BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 460.

¹⁴³ PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 308.

¹⁴⁴ Vid. BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 454; *cfr.* PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 204, que considera que, en la práctica, esto supone dispensar al perjudicado de acreditar la relación de causalidad.

¹⁴⁵ Vid. BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 456

¹⁴⁶ Artículo 140 Causas de exoneración de la responsabilidad:

1. El productor no será responsable si prueba:

e) Plazo de garantía

El artículo 144 TRLCU establece un plazo de extinción definitiva de la responsabilidad, o plazo de garantía especial, de 10 años, a contar desde la fecha en la que se hubiera puesto en circulación el producto causante del daño¹⁴⁷.

f) Plazos de prescripción

En cuanto a los plazos de prescripción hay que distinguir entre el aplicable a las acciones directas y el relativo a las acciones de regreso. Para las acciones directas el artículo 143.1 TRLCU establece un plazo de prescripción de tres años, “a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio”¹⁴⁸. En el caso de las acciones de repetición este precepto fija un plazo de prescripción de un año “a contar desde el día del pago de la indemnización”. Por su parte el artículo 143.2 remite al Código Civil en cuanto a la interrupción de la prescripción.

g) La relación con la responsabilidad ex LOE

El artículo 15 LOE se ocupa de la figura del suministrador de productos de construcción, considerando como tales a los “fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción”. A su vez, considera como tales productos a los que se fabrican “para su incorporación permanente en una obra, incluyendo materiales, elementos semielaborados, componentes y obras o parte de las mismas, tanto terminadas como en proceso de ejecución”. Los suministradores deben responder del origen, identidad y calidad de los productos, así como del cumplimiento de las exigencias que, en su caso, establezca la normativa técnica aplicable. A su vez, el artículo 17.6 establece un supuesto de responsabilidad por

a) Que no había puesto en circulación el producto.

b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.

c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.

d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.

e) 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.

2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.

3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)”.

¹⁴⁷ Vid. CORDERO LOBATO, E., “Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación”, en *Régimen Jurídico de la Edificación, Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C., González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 396, que entiende que si la responsabilidad del fabricante o importador se ha extinguido conforme a las normas sobre RPD, no debe existir responsabilidad conforme a otros regímenes jurídicos; opinión de la que discrepamos en línea con otra parte de la doctrina, que mantiene la subsistencia de la responsabilidad ex LOE. Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 269 a 271 o cfr. ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, op. cit., pp. 791.

¹⁴⁸ Este plazo es de la misma duración que el que establece el artículo 123 de esta norma respecto a la responsabilidad del vendedor ex artículo 118.

hecho ajeno del constructor respecto del suministrador, por lo que se impone el análisis de este régimen y de su relación con la responsabilidad ex LOE. De lo expuesto se desprende en principio que se produce una yuxtaposición de responsabilidades entre el régimen de RPD y el régimen de la LOE, pues el primero abarca los bienes muebles, aunque se incorporen a un inmueble¹⁴⁹, y es aplicable a la construcción, dada la definición de producto que se contiene en el artículo 136¹⁵⁰. Sin embargo, el análisis comparativo entre ambos regímenes arroja una serie de diferencias notables, que determinan ámbitos objetivos¹⁵¹ y subjetivos diferentes.

i) Principales diferencias

- No existe coincidencia en cuanto a los sujetos responsables. En efecto, en la LOE lo serán el constructor y el suministrador, considerándose como tal al fabricante, almacenista, importador o vendedor de productos de construcción. No obstante, la responsabilidad por productos defectuosos en la LOE también puede alcanzar al director de ejecución¹⁵², o a los laboratorios o entidades de control de calidad¹⁵³. En la RPD los responsables serán el fabricante y el importador¹⁵⁴ y, en determinadas circunstancias, el proveedor. De este modo, la LOE dispensa una mayor protección en cuanto dispone un elenco más amplio de responsables, debiendo destacarse que en la RPD no responden ni el promotor¹⁵⁵ ni el constructor.

- El régimen de la LOE requiere que el daño producido derive de un defecto constructivo de los relacionados en su artículo 17.1, y que origine un defecto estructural, de habitabilidad o acabado. La RPD tiene por objeto los daños causados por la falta de seguridad de los productos en general. Esto puede determinar que en caso de productos que, por su falta de calidad, sólo provoquen deficiencias de habitabilidad, pero no un riesgo de seguridad, sólo pueda aplicarse la LOE. Pero también puede darse la situación inversa, es decir, que productos que provoquen riesgo de daños para las personas, no supongan defectos estructurales ni de habitabilidad, siendo en este caso aplicable en exclusiva la RPD¹⁵⁶.

- Tampoco coinciden los daños reclamables, pues la LOE solo ampara los daños materiales causados en el propio edificio, aunque sin excluir los materializados en el propio producto defectuoso. Por su parte la RPD permite reclamar los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privado, pero tampoco los daños morales, ni el lucro cesante, ni los daños causados en el propio producto defectuoso, aunque sí los originados por éste en el resto de la edificación. De este modo, la LOE brinda una mayor protección en cuanto a los daños en el propio edificio,

¹⁴⁹ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 791, que señala como "productos" el caso de un ascensor, una caldera o máquina de aire acondicionado, etc.

¹⁵⁰Según este precepto se entiende como producto cualquier bien mueble, aunque esté incorporado a otro mueble o inmueble,

¹⁵¹*Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 268 a 274.

¹⁵²*Vid.* Capítulo Octavo, § VI.

¹⁵³*Vid.* Capítulo Octavo § VII.A).

¹⁵⁴ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 791.

¹⁵⁵En la LOE responde solidariamente en todo caso con los demás agentes ex artículo 17.3, in fine.

¹⁵⁶*Cfr.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 271, que cita el supuesto de materiales de construcción que puedan desprenderse y caer a las plantas inferiores, si bien a nuestro juicio lo anterior debe ser constitutivo de un defecto de habitabilidad en base a lo dispuesto sobre el uso funcional de los edificios en el artículo 3.1.c).4 LOE.

mientras que la RPD dispensa una protección superior en cuanto a los daños personales y al resto de daños materiales, excluidos los sufridos por el propio producto defectuoso. Se produce así una complementariedad entre ambas normas¹⁵⁷.

- En ambos regímenes existen plazos de garantía. De diez, tres o un año en la LOE y de diez en la RPD. Sin embargo, el *dies a quo* de los mismos no coincide, pues en el primero los mismos computan desde la recepción del edificio¹⁵⁸, y en el segundo desde la puesta en circulación del producto¹⁵⁹. Este segundo plazo comienza antes que el primero, por lo que, en los supuestos de responsabilidad por defectos estructurales, la RPD brindará protección durante un periodo inferior. Sin embargo, en el caso de defectos de habitabilidad, cuyo plazo de garantía en la LOE es de tres años, puede suceder que finalice antes la responsabilidad ex LOE, que la del régimen de RPD, lo que determina que el promotor y el constructor no respondan, pues sólo lo hacen conforme a la LOE, y que la responsabilidad recaiga sobre el fabricante o el importador¹⁶⁰. La situación será la inversa cuando haya transcurrido el plazo de diez años de la RPD y la responsabilidad ex LOE surja con posterioridad¹⁶¹.

ii) La coordinación entre ambos regímenes

Del modo expuesto habrá numerosos supuestos en los que ambos regímenes se solaparán, por lo que el perjudicado podrá accionar con base en ambos, que actuarán de forma complementaria, aunque dentro de las limitaciones temporales, objetivas y subjetivas propias de cada uno de ellos. Pero también habrá otros en los que sólo se podrá accionar con base en uno de ellos, con consecuencias distintas en cuantos a sujetos responsables y daños reclamables.

3. El régimen de los artículos 148 y 149 TRLCU

Estos preceptos resultan de aplicación a los daños y perjuicios derivados de los servicios de reparación y rehabilitación de viviendas —artículo 148—, o de la construcción y comercialización de viviendas —artículo 149—. En concreto el artículo 149 es aplicable a la adquisición de vivienda por compraventa y a su construcción mediante contrato de obra, siguiendo la tendencia sobre la unidad de remedios para ambos contratos imperante bajo el artículo 1.591 CC, que hoy en día continúa bajo el régimen de la LOE¹⁶². A diferencia de los artículos 1591 CC y 17 LOE, que amparan a cualquier tipo de edificio y a cualquier adquirente, esta norma protege sólo a quienes adquieran viviendas en el marco de una relación de consumo¹⁶³. No obstante, no

¹⁵⁷ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 791.

¹⁵⁸Artículo 17.1. LOE.

¹⁵⁹Artículo 144 TRLCU.

¹⁶⁰*Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 269 y 270, quien critica esta consecuencia derivada de la falta de coordinación entre ambos regímenes, pues prolonga la responsabilidad del fabricante o importador frente a la de los constructores y promotores cuando todos participan en el proceso productivo, y dificulta las vías de reclamación de los propietarios, que, en estos supuestos, sólo podrán hacerlo con base en la RPD, o, en su caso, con base en las acciones contractuales o extracontractuales que procedan.

¹⁶¹MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008, pp. 201 y 202.

¹⁶²ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El difícil encaje de los artículos 148 y 149 del TRLCU en el conjunto de normas sobre responsabilidad civil en la construcción”, en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 564.

¹⁶³*Ibidem*, 569 y 570.

puede olvidarse que la protección principal de los consumidores en materia de defectos constructivos es la que deriva del régimen de la LOE, pues, como se ha indicado, el silencio casi total, con la salvedad de los artículos 148 y 149 TRLCU, de las normas de consumo sobre esta materia, es coherente con el planteamiento de la ley especial de proteger tanto al consumidor como al no consumidor, y obedece a esta causa¹⁶⁴.

El Capítulo II, Título II, Libro III del TRLCU, contiene dos subsistemas de responsabilidad: uno es el recogido en el artículo 147, de carácter general y relativo a la prestación de servicios, basado en la responsabilidad por culpa, aunque con inversión de la carga de la prueba, y que resulta aplicable a los servicios no enumerados en los artículos 148 y 149; y otro de carácter especial recogido en los artículos 148 y 149, de carácter objetivo, en el que se eleva el nivel de seguridad. En este régimen de los artículos 148 y 149 la protección de los consumidores queda limitada a la vivienda¹⁶⁵, y no se extiende a otros edificios destinados a usos distintos, ni a quienes no sean los destinatarios finales para satisfacer sus necesidades personales y familiares¹⁶⁶. Se trata de un régimen que mejora la posición del consumidor en los supuestos en los que carece de vínculo contractual con el constructor o promotor, pues le permite reclamar aquellos daños que no están amparados por la LOE y que sí lo estaban con el artículo 1.591 CC¹⁶⁷. ORTI VALLEJO¹⁶⁸ considera que este régimen no clarifica el ya complejo panorama en materia de reclamación por defectos constructivos, y que introduce diferencias injustificadas al proteger sólo al perjudicado por defectos en viviendas y no en otros edificios, en vez de proteger a “todo perjudicado”. ALBIEZ DOHRMANN¹⁶⁹ sostiene que, con base en el artículo 21.1 TRLCU, el consumidor en el contrato de obra puede solicitar la devolución equitativa, total o parcial, del precio en caso de que la obra se ejecute defectuosamente, como una suerte de acción redhibitoria, si bien para la acción de cumplimiento específico en orden a la reparación de la obra habrá de acudir al artículo 1.101 CC. GONZÁLEZ CARRASCO¹⁷⁰ indica que el artículo 149 TRLCU es una norma “inescrutable”, que responde a un interés de integridad y que trata de evitar que el perjudicado no pueda reclamar aquellos daños hoy excluidos de la LOE y que

¹⁶⁴MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los defectos de las edificaciones y la protección del consumidor”, en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 523 y 524.

¹⁶⁵En cuanto al concepto de vivienda a estos efectos vid. LASARTE, C., *Manual...*, op. cit., p. 160, que postula la aplicación del concepto contenido en el artículo 2.1 LAU, en cuanto que “*edificación habitable cuyo destino primordial es el de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario*”.

¹⁶⁶LASARTE, C., *Manual...*, op. cit., p. 159. En el mismo sentido BADIOLA DÍEZ, R., “Responsabilidades jurídicas en la edificación”, en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y L. Pozuelo Pérez y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 91.

¹⁶⁷BLANCO, J., “La responsabilidad civil de los agentes de la edificación en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre”, en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe, y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, p. 269.

¹⁶⁸En este sentido ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad...”, op. cit., p. 808.

¹⁶⁹ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Comentario al artículo 1.588 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 11.249 y 11.250.

¹⁷⁰GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “La contratación inmobiliaria con consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla la Mancha-CESCO, 2008, p. 17.

antes quedaban amparados por el artículo 1.591 CC. Para MARTIN OSANTE¹⁷¹, la restricción del ámbito material de la LOE a los daños materiales constituye la causa de este precepto, por lo que los daños carentes de régimen legal específico son los daños excluidos del ámbito de aplicación de la LOE, y que antes ampara el artículo 1.591 CC.

a) Naturaleza

El subsistema de los artículos 148 y 149 instaure un régimen de responsabilidad objetiva, solo eludible mediante la acreditación de culpa exclusiva de la víctima¹⁷². El ámbito de este régimen se extiende según el artículo 148 a los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Finalmente, el artículo 149 lo extiende a quienes construyan o comercialicen viviendas en el marco de una actividad empresarial.

b) Ámbito subjetivo

Los sujetos protegidos son sólo los consumidores y usuarios de vivienda. Con base en el artículo 128, que alude a “todo perjudicado”, se plantea la duda¹⁷³ de si también podrían incluirse a los terceros o *bystanders*, que serían quienes no siendo los propietarios o usuarios de la vivienda sufran un daño por la proximidad física a ésta¹⁷⁴, como los viandantes¹⁷⁵ o los titulares de las viviendas colindantes. ALONSO PÉREZ¹⁷⁶ señala que esta norma también podría amparar al subadquirente, en la misma medida en la que éstos quedaron protegidos por el artículo 1.591 CC, aún sin mención explícita en esta norma.

Los sujetos responsables son los constructores y promotores, por lo que parece que no responderían otros agentes de la edificación. No obstante, el artículo 149 no aclara si la alusión a quienes “construyan o comercialicen” viviendas debe comprender sólo a constructor y promotor, respectivamente, o a los demás agentes de la edificación¹⁷⁷. No deben responder con arreglo a esta norma el autopromotor individual ni el colectivo, pues no actúan en el marco de una actividad empresarial, ni quienes revenden viviendas una vez finalizada su construcción, pues no intervienen en el proceso de la edificación. En cambio, sí están sujetas a esta responsabilidad las cooperativas de viviendas y el promotor o gestor de comunidades de propietarios o cooperativas de viviendas¹⁷⁸. Con base en este precepto pueden ser también responsables los profesionales que intermedien en la comercialización de viviendas, aunque esta responsabilidad dependerá de la concreta función que desempeñen en

¹⁷¹MARTÍN OSANTE, J.M., “La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del texto refundido 1/2007”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 2010, p. 31.

¹⁷²LASARTE, C., *Manual...*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁷³PARRA LUCÁN, M^a.A., “Comentario al artículo 149”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Normas Complementarias*, 2^a ed. coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015 pp. 2.122 a 2.126

¹⁷⁴MILÁ RAFEL, R., “Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda”, *InDret.*, núm. 2009, pp. 11 y 12.

¹⁷⁵PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad civil por bienes y servicios...”, *op. cit.*, p. 144.

¹⁷⁶ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El difícil...”, *op. cit.*, pp. 568 y 569.

¹⁷⁷PARRA LUCÁN, M^a.A., “Comentario al artículo 149...”, *op. cit.*, pp. 2122 a 2.126

¹⁷⁸MILÁ RAFEL, R., “Artículo 149...”, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

la operación, siendo distinta si intervienen en representación del vendedor o como mediadores entre las partes¹⁷⁹.

c) **Ámbito objetivo**

Su ámbito de aplicación se limita a las edificaciones destinadas a vivienda, aunque incluyendo las de cualquier uso, permanente, de temporada o vacacional, y a los daños causados en bienes de uso o consumo privado. A diferencia del régimen del artículo 148, sobre los servicios de reparación y rehabilitación de viviendas, quedan excluidos del ámbito del artículo 149 los daños cubiertos por un régimen de responsabilidad específico¹⁸⁰, por lo que parece deben quedar excluidos los daños materiales en la propia vivienda que son objeto de la LOE, lo que circunscribe el ámbito de este precepto a los daños excluidos de esta norma, como son los daños corporales, en bienes muebles y daños indirectos¹⁸¹. Por las características de este régimen no se podrían reclamar ciertos daños, pese a no estar tampoco amparados por la LOE, como sucede con el lucro cesante¹⁸² o los daños morales¹⁸³. Tampoco los materiales causados a bienes destinados a uso profesional o empresarial¹⁸⁴. En relación al régimen del artículo 149 se ha indicado que la LOE permite reclamar los daños causados “en la vivienda”, y el artículo 149 los causados “por la vivienda”¹⁸⁵. Como en el caso de daños derivados de servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, no se exige que los daños amparados por el artículo 148 no estén cubiertos por un régimen legal específico, con base en este precepto sí se podrán reclamar los daños materiales en la propia vivienda, derivados de estos servicios. De este modo, puesto que la LOE también tiene por objeto ciertas obras de rehabilitación, podría existir un campo común para la aplicación de ambos preceptos, aunque, más que una facultad de opción entre ambos regímenes, una posibilidad sería considerar que el artículo 148 se aplicará a las obras de rehabilitación o reforma de menor entidad a las

¹⁷⁹ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El difícil...”, *op. cit.*, pp. 568 y 569.

¹⁸⁰PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad civil por bienes y servicios...”, *op. cit.*, pp. 144 a 146, que precisa como el artículo 148, relativo a los servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, sí permite reclamar los daños en el propio edificio, diferencia que no parece tener justificación, pues la LOE no sólo se aplica a los edificios de nueva construcción.

¹⁸¹PARRA LUCÁN, M^a.A., “Comentario al artículo 149...”, *op. cit.*, pp. 2122 a 2.126; vid. en el mismo sentido REYES LÓPEZ, M^a.J., “Capítulo VII. Régimen de responsabilidad y garantía de los productos y servicios”, en *GPS consumo*, 2^a ed., coordinado por P. Pajín Echevarría, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 381 y 382, que precisa que este régimen ampara los daños personales y los materiales no cubiertos por la LOE, como gastos de traslado, entre otros.

¹⁸²MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas para uso propio: obligaciones y responsabilidades en derecho de la edificación*, Tesis Doctoral, dirigida por P. Salvador Coderch, Universidad Pompeu Fabra, 2012, pp. 86 a 88, precisa que, aunque el lucro cesante no está formalmente excluido, es difícil imaginar supuestos de lucro cesante en los daños causados a bienes destinados al consumo privado, que son los únicos indemnizables.

¹⁸³Aunque éstos son reclamables para algunos autores. Cfr. SIERRA PÉREZ, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 149; PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad civil por bienes y servicios...”, *op. cit.*, p. 145, considera reclamables los daños indirectos (gastos de traslado o alquiler sustitutivo), pero no los daños en edificios contiguos que no sean viviendas, ni el lucro cesante de edificios no destinados a vivienda.

¹⁸⁴RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. y LÓPEZ FERNÁNDEZ, L., “Tipos de contratos inmobiliarios”, en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por la I. Sierra López y L. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 939 a 941.

¹⁸⁵SIERRA PÉREZ, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 149

que no se aplique la LOE¹⁸⁶. Los daños excluidos de este régimen y del régimen LOE, como sucede con los morales y el lucro cesante, o los causados a bienes de uso profesional, podrán ser reclamados en base a la responsabilidad contractual o extracontractual, o, según algunos autores, en base al artículo 1.591 CC¹⁸⁷. Finalmente, cumple indicar que se establece como límite de la responsabilidad la cuantía de 3.005.060,52 euros, aunque los daños por importe superior podrán reclamarse con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual¹⁸⁸.

d) Criterios de imputación de responsabilidad

Quienes rehabiliten, reparen, construyan o comercialicen viviendas, responderán de los daños y perjuicios causados conforme a los artículos 148 y 149 TRLCU, que dispone la responsabilidad por los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. De este modo, se instaura un régimen de responsabilidad objetivo¹⁸⁹, en el que sólo es posible la exoneración cuando la causa del daño haya sido el uso incorrecto de la vivienda por parte del perjudicado¹⁹⁰. No obstante, ha de advertirse que la alusión al “correcto uso” parece querer introducir un elemento para restar objetividad al sistema, en cuanto que el responsable podría pretender exonerarse aduciendo un uso incorrecto por parte del consumidor, siempre que se hayan cumplido los deberes de información y esta circunstancia quede cumplidamente acreditada¹⁹¹.

e) Solidaridad

Según dispone el artículo 132, la responsabilidad será solidaria tanto entre promotor o constructor, como si intervienen varios constructores o varios promotores, con independencia de su contribución al daño, sin perjuicio del derecho a repetir, y aunque en la producción del daño intervenga un tercero.

f) Plazo de prescripción

Los artículos 148 y 149 no establecen ni plazo de garantía ni plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones basadas en este régimen. LASARTE¹⁹²,

¹⁸⁶PARRA LUCÁN, M^a.A., “Comentario al artículo 148”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Normas Complementarias*, 2^a ed., coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 12.114.

¹⁸⁷*Loc. cit.*

¹⁸⁸Cfr. PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad civil por bienes y servicios...”, *op. cit.*, p. 154; “Comentario al artículo 149...”, *op. cit.*, pp. 2122 a 2.126

¹⁸⁹*Vid.* REYES LÓPEZ, M^a.J., “Capítulo VII. Régimen de responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 381 y 382; y en “La indemnización de los daños causados por productos o servicios defectuosos”, en *Manual de derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2009, p. 344. También la STS, de 24 de junio de 1995 (RJ 1996\4853); o las SSAP de Barcelona de 7 de junio de 2004 (JUR 2004\204575); Alicante de 14 de noviembre de 2001 (JUR2002\24301); Toledo, de 22 de junio de 1995 (AC 1995/1224); o Granada de 17 de noviembre de 1992 (AC 1992\1525).

¹⁹⁰MILÁ RAFEL, R., “Artículo 149...”, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹¹MUÑOZ GARCÍA, C., “Tutela del adquirente...”, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

¹⁹²LASARTE, C., *Manual...*, *op. cit.*, p. 263, considera esta omisión “una laguna desconcertante ”

que considera esta omisión “*una laguna desconcertante*”, analiza las distintas alternativas para fijar el plazo de responsabilidad correspondiente a estas acciones, bien sea el plazo del artículo 1.968.2º CC, propio de la responsabilidad extracontractual o el del artículo 1.964 CC, correspondiente a la contractual, decantándose por el primero ante la desproporción de este segundo plazo, aunque, señala este autor, que, actualmente, su reducción a 5 años permitiría defender con mayor fundamento su aplicación. MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ¹⁹³ defienden la aplicación de uno u otro plazo, en función de que la exigencia de responsabilidad se articule por vía extracontractual o contractual. PARRA LUCÁN¹⁹⁴ defiende la tesis que puede considerarse mayoritaria, y que postula la aplicación del plazo general del artículo 1.964 CC¹⁹⁵, por su valor supletorio general y por la inconveniencia de establecer dos plazos distintos en función de que entre las partes exista o no relación contractual, pues el régimen de los artículos 148 y 149 supera esta distinción. BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA¹⁹⁶ aboga por la aplicación de los plazos de prescripción del artículo 18 LOE, en cuanto que esta norma protege al consumidor de vivienda. Así, la SAP de Burgos de 8 de julio de 2005¹⁹⁷ parece admitir la aplicación al régimen del artículo 149 de los plazos de prescripción de la LOE, aunque no parece razonable establecer este plazo, más restrictivo que el general del artículo 1.964 CC, en ausencia de norma expresa que lo autorice¹⁹⁸.

g) Funcionalidad de este régimen

MARTÍNEZ ESCRIBANO¹⁹⁹ defiende la posibilidad de que el artículo 149 opere como un complemento de la LOE, para los daños no cubiertos por esta norma, con aplicación de sus mismos plazos de garantía y prescripción. No obstante, señala esta autora que lo anterior no deja de ser una hipótesis respecto a un precepto de dudoso alcance, que puede llegar a convertirse en una especie de “cajón de sastre” como sucesor del artículo 1.591 CC. MONDÉJAR PEÑA²⁰⁰ apunta también que este precepto puede cumplir una función similar a la del artículo 1.591 CC, para reclamar todos los daños no amparados por la LOE —incluidos los morales y el lucro cesante—.

¹⁹³ Vid. MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J., “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, en *Derecho Privado de Consumo*, coordinado por M^a.J. Reyes López, Tirant lo Blanc, Valencia, 2005, p. 215.

¹⁹⁴ PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad civil por bienes y servicios...”, *op. cit.*, pp. 155 y 156; 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*, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, organizado por A. Cabanillas Sánchez et. al., Civitas, Madrid, 2003, p. 1225.

¹⁹⁵ En el mismo sentido ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El difícil...”, *op. cit.*, p. 574. Destaca esta autora que la “sorprendente” inexistencia de un plazo de garantía, atribuye al perjudicado la carga de probar que el defecto es de origen, fundamentalmente cuando haya pasado un plazo significativo desde la recepción del edificio.

¹⁹⁶ En este sentido, BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., “La responsabilidad civil de los agentes de la construcción”, en *Garantías y responsabilidades en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J. Seoane Prado, A. Barcala Fernández de Palencia y J. Cobo Plana, Sepin, Madrid, 2000, p. 73.

¹⁹⁷ JUR 2005\213636.

¹⁹⁸ MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas...*, *op. cit.*, pp.86 a 88.

¹⁹⁹ Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 275 a 278. En el mismo sentido, MONDÉJAR PEÑA, M.I., “La protección de los consumidores en la compraventa de vivienda”, en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y L. Pozuelo Pérez, y dirigido por Humero Martín, A.E., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1.062.

²⁰⁰ *Loc. cit.*

MUÑOZ GARCÍA²⁰¹ precisa que la virtualidad del artículo 149 es declarar la pervivencia del artículo 1.591 CC o de la regulación de contrato de obra inmobiliaria y de las normas generales sobre responsabilidad contractual del Código Civil, para la reclamación de los daños distintos de los materiales causados en el edificio, de forma que la alusión al régimen legal específico remitirá a la LOE para los daños materiales y al Código Civil para los demás daños. ALONSO PÉREZ²⁰² descarta que este precepto pueda amparar los mismos daños cubiertos por la LOE una vez transcurridos los plazos de garantía, en base a considerar que ya no sería de aplicación el régimen legal específico. Se trata por ello de una norma residual que tiende a cubrir los huecos del sistema, aunque para esta autora desplazaría las normas generales sobre responsabilidad contractual, puesto que éstas no constituyen un régimen específico y el artículo 149 sí constituye una norma especial respecto de ellas.

²⁰¹Cfr. MUÑOZ GARCÍA, C., “Tutela del adquirente...”, op. cit. pp. 13 y 14, que indica que “probablemente, el legislador no ha querido escatimar esfuerzos en aclarar, y resolver, la tan traída y llevada polémica sobre la vigencia o no del art. 1591 CC, y de la doctrina del Tribunal Supremo creada en torno a él. Así, frente al escaso ámbito de protección de los daños en la LOE, declara –y quizás ésta sea la verdadera utilidad de la inclusión del art. 149 TRLGDCU, del que no existían precedentes en la ley de consumidores que la precede—, la vigencia del preexistente régimen de responsabilidad por daños en la vivienda, ya sea por el ejercicio de las acciones de responsabilidad contractual, ya lo sea de la extracontractual, respecto de aquellos daños no tutelados al amparo de la LOE”

²⁰²ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El difícil...”, op. cit., pp. 576 y 577

CAPÍTULO SEGUNDO. LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

I. EL RÉGIMEN PRECEDENTE

El artículo 1.591 CC ha constituido el núcleo del régimen jurídico sobre responsabilidad por defectos constructivos hasta la entrada en vigor de la LOE. Este precepto aún conserva la redacción originaria de 1889²⁰³, y, por ese motivo, hubo de ser reinterpretado por la jurisprudencia para adaptarlo a los retos que demandaba la evolución del proceso edificatorio, fundamentalmente desde mediados del siglo XX. Su antecedente más probable es la Constitución Graciano, Valentiniano y Teodosio de 3 de febrero del año 385²⁰⁴, de donde pasó al Derecho medieval español a través del cuerpo legal de Las Siete Partidas —Ley 21, Título 32, de la Partida 3ª—, como norma de interés público basada en la presunción de culpa del artífice, que responsabilizaba al constructor y sus herederos en caso de vicios graves por “derrumbamiento” o “deslizamiento” de edificios en general, durante la construcción o durante los quince años siguientes a su terminación²⁰⁵. Se trata de un precepto inspirado en el artículo 1792 del *Code* francés de 1804, y que, dada la época en la que se redactó, sólo establece la responsabilidad del arquitecto y del contratista, pues éstos eran los únicos actores reconocibles en la ejecución de las obras en aquella época²⁰⁶.

A) Naturaleza de la responsabilidad ex artículo 1.591 CC

Sobre la naturaleza de la responsabilidad ex artículo 1.591 CC, o más bien, sobre el régimen jurídico que en base al mismo ha configurado la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se han vertido diversas opiniones doctrinales. En unos casos se defiende el **carácter contractual** de esta responsabilidad, con el consiguiente plazo de prescripción general ex artículo 1.964 CC²⁰⁷, en relación al

²⁰³Esta redacción es la contenida en el Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se acuerda insertar en la Gaceta el texto de la nueva edición del Código Civil, con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo Civil de la Comisión de Codificación.

²⁰⁴*Vid.* GÓMEZ DE LA ESCALERA, R.C., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 23 a 28, que indica que esa norma está recogida en el *Codex Theodosianus* (XV.1.24) y reproducida en el *Codex Iustinianus* (VIII.XII.8), y se caracterizaba por ser una norma desvinculada del contrato de obra, que establecía una responsabilidad por vicios de la edificación sobre el *curator* y sus herederos, por haber intervenido en la construcción de una obra pública.

²⁰⁵Esta norma guarda una estrecha semejanza con la Ley 16, Título 8, Partida 5ª, aplicable los edificios construidos a destajo. *Vid. loc. cit.*; y CUENCA LÓPEZ, L.J., *Aparejadores...*, *op. cit.*, pp. 221 a 230, que precisa como el Código de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, regula ya las responsabilidades en la edificación, configurando el arrendamiento de obra e imponiendo al constructor un *facere* como obligación de resultado.

²⁰⁶MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Vol. IV, *Los cuasicontratos*, 1962, p. 363, ponen de relieve que, en el siglo XIX, las profesiones de arquitecto y contratista estaban yuxtapuestas, hasta el punto de que los contratistas solían suministrar por sí mismos los planos de la obra.

²⁰⁷La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015), cuya entrada en vigor se produjo el 7 de octubre de 2015, ha modificado el artículo 1.964 CC, reduciendo de quince a cinco años el plazo general de prescripción de las acciones personales.

régimen jurídico del contrato de obra, que adquiere virtualidad en base a una excepción al principio de relatividad de los contratos del artículo 1.257 CC. En esta línea se pronuncian SALOM ANTEQUERA²⁰⁸, CADARSO PALAU²⁰⁹, LUCAS FERNÁNDEZ²¹⁰, ORTI VALLEJO²¹¹. En otros casos se defiende el carácter de **responsabilidad extracontractual** de este régimen, vinculándolo al artículo 1.902 CC. Así GARCÍA CANTERO²¹², COSSÍO²¹³, SALVADOR CODERCH²¹⁴. En otros se la considera como una **responsabilidad legal** a favor del cualquier propietario del edificio. En este sentido NART²¹⁵, HERRERA CATENA²¹⁶ o FERNÁNDEZ COSTALES²¹⁷. GÓMEZ DE LA ESCALERA²¹⁸ sostiene su carácter de responsabilidad civil especial, al margen de la contractual y extracontractual, como supuesto autónomo de régimen de resarcimiento de daños en el ámbito de la construcción. MARTÍNEZ ESCRIBANO²¹⁹ precisa como, inicialmente, el artículo 1.591 establece una responsabilidad contractual en el seno del contrato de obra a favor del comitente, y como, posteriormente, la jurisprudencia, por la necesidad de proteger a los adquirentes de vivienda, transforma este régimen en una responsabilidad legal a favor del propietario. ESTRUCH ESTRUCH²²⁰ mantiene el carácter de responsabilidad contractual de este precepto, y justifica la posibilidad de dirigirse contra terceros no vinculados contractualmente con el reclamante, en una excepción del principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC²²¹. En este sentido, respecto al fundamento del régimen del artículo 1.591 CC, en cuanto habilita para exigir responsabilidad al margen de los vínculos contractuales, en la jurisprudencia se han sostenido diversas tesis: la responsabilidad del artículo 1.591 como excepción al artículo 1.257 CC —STS 9 de junio de 1989²²²—; la transmisión al adquirente de la

²⁰⁸SALOM ANTEQUERA, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 61 a 63.

²⁰⁹CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Montecorvo Madrid, 1976, p. 101.

²¹⁰LUCAS FERNÁNDEZ, F., “Comentario al artículo 1.591 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XX, Vol. 2, Edersa. Madrid, 1986, p. 277, el cual se opone a la tesis extracontractual señalando que el régimen de esta responsabilidad sería, en primer lugar, el impuesto por la ley, pero subsidiariamente, conforme al artículo 1.090 CC, habría que acudir al régimen de las obligaciones contractuales, por lo que esta responsabilidad no se entiende desligada del contrato

²¹¹ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 757 y 758, que señala que tiene este carácter cuando la exige el dueño de la obra frente al contratista, y que también ha de tenerlo cuando los que reclaman son los terceros adquirentes.

²¹²GARCÍA CANTERO, G., “La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1.591 del Código Civil”, *ADC*, Vol. XVI, núm. IV, 1.963, p. 1.097.

²¹³COSSÍO, A., Vol. 1, *Instituciones de Derecho Civil*, Alianza Universidad, Madrid, 1975, pp. 425 a 427

²¹⁴SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 1591”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1189 a 1196.

²¹⁵NART, I., “Contrato de obra y empresa”, *RDP*, 1951, pp. 823.

²¹⁶HERRERA CATENA, J., *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, Vol. II, Granada, 1983, pp. 195 a 197.

²¹⁷FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato del arquitecto en la edificación*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pp. 314 y 315.

²¹⁸*Vid.* GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 81 y 82.

²¹⁹*Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 31 y 32.

²²⁰ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...* *op. cit.*, p. 353

²²¹*Loc. cit.*

²²²RJ 1989\4417.

vivienda de las acciones del artículo 1.591 CC —STS 21 de marzo de 1988²²³— “prescindiendo de excesivos rigores dogmáticos”; o la sucesión de los adquirentes en los derechos y acciones del dueño de la obra, considerándolos como causahabientes a título particular de aquél por acto inter vivos, que adquieren la legitimación activa por subrogación —STS 27 de marzo de 1995²²⁴—.

B) Las limitaciones del artículo 1.591 CC y su evolución jurisprudencial

El artículo 1.591 CC entró en vigor a finales del siglo XIX, en una época en la que el hecho edificatorio distaba mucho de reunir los rasgos que lo caracterizan hoy en día. En dicho siglo las notas que definían el proceso constructivo poco tenían en común con la alta especialización, la tecnificación y la acusada segmentación funcional que lo singularizan en la actualidad. Por este motivo, dicho precepto devino insuficiente para abordar satisfactoriamente la compleja problemática de los vicios constructivos, que afloró con toda su crudeza en la segunda mitad del siglo XX, con el auge de los nuevos desarrollos urbanísticos y la efervescencia de la construcción. Entre esas limitaciones cabe destacar que este precepto sólo contemplaba la responsabilidad del constructor y del arquitecto, soslayando la importancia del promotor como figura central del proceso constructivo; que no permitía dirigirse contra los responsables no vinculados contractualmente con el perjudicado; que no suavizaba las exigencias del régimen de responsabilidad por culpa; que no establecía una respuesta solidaria en los supuestos de responsabilidad por causa desconocida; o que sólo se refería literalmente a la ruina del edificio. Estas y otras limitaciones fueron suplidas por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, guiada por la necesidad de proteger a los adquirentes de vivienda frente al problema de los defectos constructivos. De este modo, la jurisprudencia reinterpretó el artículo 1.591 CC situando al promotor en el epicentro de su radio de acción²²⁵; permitiendo a los adquirentes y subadquirentes dirigirse contra constructores y técnicos con los que no habían contratado²²⁶; estableciendo la solidaridad en los casos en los que no era posible individualizar las responsabilidades; articulando una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad mediante la presunción de culpa profesional²²⁷; o ensanchando la aplicación del precepto a los conceptos de ruina funcional y potencial. Así, se ha indicado que es mérito de esta doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1.591 CC el “*haberse adelantado a preparar las cosas con el buen sentido de facilitar el camino a la aplicación del derecho*”²²⁸. De este modo, la labor realizada por el Tribunal Supremo responde a una auténtica jurisprudencia de intereses²²⁹, tendente a proporcionar acciones a personas ausentes en la regulación del contrato de obra,

²²³RJ 1988\2222. Esta sentencia invoca las de 5 de mayo de 1961 (RJ 1961\2310) o la muy citada STS de 17 de octubre de 1974 (RJ 1974\3896).

²²⁴RJ 1995\2143.

²²⁵La STS de 11 de octubre de 1974 (RJ 1974\3798), es la primera que introduce al promotor en el círculo de responsables del artículo 1.591 CC.

²²⁶Así se admitió también en el derecho francés, *vid.* BRICMONT, G., *La responsabilité des Architecte et Entrepreneur en Droit Belge et en Droit Français*, Deuxième édition, Bruxelles-Paris, 1965, pp. 127 a 131.

²²⁷*Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 248 a 254.

²²⁸DORAL GARCÍA, J.A., “Vicios de la construcción...”, *op. cit.*, p. 95.

²²⁹LEÓN-CASTRO ALONSO, J., “Algunas cuestiones...”, *op. cit.*, p. 2.665.

en beneficio de la parte más débil de la relación, si bien a costa de forzar el principio de seguridad jurídica²³⁰.

C) La coordinación temporal entre el artículo 1.591 CC y la LOE

1. Entrada en vigor de la LOE

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, entró en vigor el día 6 de mayo de 2000, con las excepciones que se disponen en su disposición final cuarta²³¹. La disposición transitoria primera establece su aplicación a las obras de nueva construcción y las que se realicen en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia a partir de su entrada en vigor. De este modo, el momento de la solicitud de licencia respecto a la fecha del 6 de mayo de 2000, se erige en el elemento temporal determinante para la aplicación de su régimen jurídico.

2. ¿Es posible la aplicación retroactiva de la LOE?

La importante reducción de los plazos de prescripción que efectúa la LOE, ha suscitado la cuestión de si es posible aplicar la misma de forma retroactiva a edificaciones regidas por el artículo 1.591 CC²³². Esta cuestión ha sido zanjada por la STS de 4 octubre de 2013²³³ negando esta posibilidad, de forma que a las edificaciones que se rijan por el artículo 1.591 CC, les seguirán siendo de aplicación el plazo único de garantía de diez años y el de prescripción de quince, hoy cinco, pese a la entrada en vigor de la LOE²³⁴.

D) La cuestión de la vigencia del artículo 1.591 CC

La polémica cuestión de la vigencia o derogación del artículo 1.591 CC, en su momento tuvo la trascendencia de marcar el futuro normativo de la LOE, en cuanto que, de haber prosperado la tesis sobre la no derogación y su compatibilidad con la nueva norma, esa circunstancia hubiera supuesto la coexistencia de dos regímenes superpuestos para la protección del propietario frente a los vicios constructivos, que hubiera terminado por postergar la ley especial ante el plus de protección que dispensa aquel precepto y la doctrina jurisprudencial que orbita sobre el mismo²³⁵. Este problema acerca de la vigencia del artículo 1.591 CC se genera porque la LOE instaura un sistema de responsabilidad por defectos constructivos que, aunque viene a reemplazar al régimen precedente, no lo deroga expresamente, por lo que cabe preguntarse si el mismo puede entenderse abrogado tácitamente por la disposición

²³⁰SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., "Responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 183 y 184.

²³¹La disposición final cuarta excepciona "*las disposiciones adicional quinta, transitoria segunda, derogatoria primera por lo que se refiere a la legislación en materia de expropiación forzosa, derogatoria segunda y final tercera que entrarán en vigor el día siguiente al de dicha publicación*", que no afectan al objeto de este trabajo y se refieren al derecho de reversión y cuestiones de expropiación forzosa, las cuales entraron en vigor el 7 de noviembre de 1999.

²³²Esta cuestión se ha suscitado en numerosos pleitos por la defensa de los agentes de la edificación por vía de excepción.

²³³RJ 2013\7054. Esta sentencia invoca las SSTS de 22 de marzo de 2010 (RJ 2010\2410) y 19 de abril de 2012 (RJ 2012\5908).

²³⁴*Vid.* en el mismo sentido SAP de Madrid de 16 de marzo de 2016 (JUR 2016\115722).

²³⁵*Vid.* en este sentido CARRASCO PERERA, A., "La insistente recurrencia de un falso problema: ¿está derogado el art. 1591 Código Civil?", *AJA*, núm. 454, 2000, pp. 2 y 3, que alude a que la tesis de la no derogación lo que tiende es a una derogación de facto de los artículos 17 y 18 LOE.

derogatoria primera, que deroga todas las normas que se opongan a lo dispuesto en la nueva ley. Puesto que la disposición transitoria primera de la LOE limita la vigencia de esta norma a los edificios cuya licencia se haya solicitado tras su entrada en vigor, es decir, a partir del 6 de mayo de 2000, el problema de la vigencia del artículo 1.591 CC se plantea con respecto a estos edificios, en relación a si también les puede ser aplicado este artículo, pues es indudable que los que solicitaron licencia antes de dicha fecha sí se continúan rigiendo por el régimen anterior.

Aunque el Tribunal Supremo no ha establecido expresamente la derogación del artículo 1.591 CC respecto de las construcciones que se rigen por la nueva ley, en casi²³⁶ todas las sentencias que se ocupan de defectos en construcciones a las que les resulta de aplicación la LOE, el Alto Tribunal aplica los nuevos criterios y plazos de responsabilidad en sustitución de los previstos en aquél precepto. Por esta razón parece inclinarse por la tesis de la derogación, en cuanto alude a la vocación del nuevo régimen de sustituir al precedente y de no superponerse al citado precepto²³⁷. Por el contrario, este problema sí ha sido abundantemente abordado por la doctrina y, en menor medida, por la jurisprudencia menor, existiendo diferentes posturas²³⁸ al respecto, que pueden sistematizarse del siguiente modo:

1. Tesis sobre la derogación tácita del artículo 1.591 CC

Según esta tesis el artículo 1.591 CC sólo mantiene una vigencia transitoria respecto de las edificaciones cuya licencia se solicitó antes del 6 de mayo de 2000, de forma que se habría producido su derogación tácita por existir entre ambas normas una incompatibilidad²³⁹. Defienden esta derogación tácita, entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ²⁴⁰; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ

²³⁶Decimos “casi” porque en alguna resolución, como la STS de 14 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5340), el Alto Tribunal muestra una posición bastante menos clara; *vid.* comentario *infra* apartado 2.c).

²³⁷*Cfr.* STS de 15 de junio de 2016 (RJ 2016\2766), que cita la de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1021), y que indica respecto a la LOE que “*esta norma no ha venido a superponer al régimen anterior de responsabilidad por ruina del artículo 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*”; *vid.* en sentido similar SSTs de 22 marzo 2010 (RJ 2010\2410), 7 de enero de 2014 (RJ 2015, 97), 16 de enero de 2015 (RJ 2015\277), 18 de febrero de 2016 (RJ 2016\577) o STS de 24 mayo 2017 (RJ 2017\2217), que aplican los nuevos criterios y plazos de la LOE en sustitución de los previstos por el artículo 1.591 CC; *vid.* MILÁ RAFEL, R., “Cinco cuestiones sobre el régimen de responsabilidad por vicios constructivos de la Ley de Ordenación de la Edificación resueltas por el Tribunal Supremo en el bienio 2013-2015”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 2016, p. 112.

²³⁸*Vid.* HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a.D., “La nueva Ley de Ordenación de la Edificación, 38/1999, de 5 de noviembre, y su incidencia en el art. 1591 del Código Civil”, *R.D.P.*, 2001, p. 370, la cual expone con detalle las distintas posiciones doctrinales; en el mismo sentido, VIGO MORANCHO, A., “Las responsabilidades decenal, trienal y anual en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *La Ley*, núm. 7, 2001, pp. 1.438 a 1.448.

²³⁹*Vid.* SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a.P., “Ley de ordenación de la edificación versus art. 1591 Código Civil”, *R.G.D.*, núms. 678 y 679, 2001, p. 1.785, la cual expone con detalle las distintas posiciones doctrinales.

²⁴⁰GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000, p. 439.

CARRASCO²⁴¹; CABANILLAS SÁNCHEZ²⁴²; CADARSO PALAU²⁴³; o CASTRO BOBILLO²⁴⁴, que resalta como el sistema de responsabilidad ex LOE es diferente e incompatible con el artículo 1.591 CC. En este sentido se pronuncia también ORTI VALLEJO²⁴⁵, que descarta su aplicación a las construcciones de escasa entidad constructiva excluidas de la LOE, o para reclamar los daños no amparados por esta norma, puesto que, según este autor, en ese caso gozarían de mayor protección que las que son objeto de la ley especial. SALA SÁNCHEZ²⁴⁶ precisa que las construcciones de escasa sencillez constructiva o las obras excluidas de la LOE, deben regirse por las normas sobre responsabilidad contractual que resulten de aplicación, al igual que sucede con los daños no amparados por esta norma, que habrán de reconducirse al ámbito contractual o extracontractual correspondiente. VICENTE DOMINGO²⁴⁷ sostiene en el mismo sentido que se ha producido su derogación tácita, y que las normas que quedan en vigor para reclamar los daños no cubiertos por la ley especial son las generales que disciplinan el incumplimiento contractual. MONSERRAT VALERO²⁴⁸ o SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA²⁴⁹ consideran derogado este precepto, aunque sin descartar que en la práctica sea utilizado para amparar construcciones y daños excluidos por la LOE, como alternativa a las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual, que serían las procedentes. MARTÍNEZ ESCRIBANO²⁵⁰ señala que entender que el artículo 1.591 CC no ha sido derogado, significaría dejar sin sentido la modificación del régimen de responsabilidad en la edificación que instaura la LOE. En favor de esta postura también aboga el hecho de que el régimen LOE, pese a acuñar gran parte del acervo jurisprudencial generado en torno al artículo 1.591, contiene notables diferencias con este régimen, pues diversifica y reduce los plazos de garantía, reduce también el plazo de prescripción y limita sensiblemente la tipología de daños reclamables, que circunscribe a los materiales causados en el propio edificio. En el mismo sentido, VINADER CARRACEDO²⁵¹ hace notar que todo el contenido del artículo 1.591 ha sido regulado por la LOE, sin que pueda admitirse la tesis de la vigencia residual de este precepto, para construcciones de escasa entidad no amparadas por esta nueva norma, pues en ese caso tendrían mayor protección

²⁴¹CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, p. 348; *Vid.* CARRASCO PERERA, A., “La insistente...”, *op. cit.*, p. 1 a 14.

²⁴²CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *ADC*, Vol. LIII, núm. II, 2000, pp. 406 a 409.

²⁴³CADARSO PALAU, J., “El sistema de responsabilidad civil en la construcción”, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, p. 56.

²⁴⁴CASTRO BOBILLO, J.C., “Del art. 1.591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Act. Civ.*, núm. 12, Tomo 2, 2001 pp. 417 a 443.

²⁴⁵ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 798 y 801.

²⁴⁶SALA SÁNCHEZ, P. “El artículo 1.591 CC y la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Comte d’Urgell, 2006, pp. 525 y 526.

²⁴⁷VICENTE 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. Civ.*, núm. 4, 2000, pp. 1383 a 1394.

²⁴⁸MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 16 a 18.

²⁴⁹SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 187 y 188.

²⁵⁰MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 26.

²⁵¹VINADER CARRACEDO, J., “Los arrendamientos de obras...”, *op. cit.*, p. 507

que las edificaciones que protege la nueva ley, en especial que las viviendas. También mantienen la derogación tácita RUIZ-RICO RUIZ y MORENO-TORRES HERRERA²⁵². En el mismo sentido GARCÍA MUÑOZ²⁵³, que tampoco considera justificada la pervivencia del artículo 1.591 para construcciones que no tengan cierta complejidad constructiva. También HERBOSA MARTÍNEZ²⁵⁴ sostiene su derogación tácita, con la excepción de su párrafo segundo, en cuanto regula una responsabilidad específica por incumplimiento del contrato de obra, como concreción en este ámbito de las reglas generales sobre responsabilidad contractual²⁵⁵, frente al párrafo primero, que impone una obligación legal de garantía a los agentes de la construcción. ARENAS CABELLO²⁵⁶, MILÁ RAFEL²⁵⁷ o SEONE PRADO²⁵⁸ mantienen igualmente su derogación tácita, sin que proceda mantener su vigencia para las construcciones excluidas de la LOE, ni para reclamar daños no amparados en esta norma. DÍAZ BARCO²⁵⁹ considera que se ha producido una derogación por absorción, en cuanto que el artículo 1.591 ha quedado embebido en la LOE. En consecuencia, para los defensores de esta derogación tácita, aquellas construcciones o aquellos daños que queden fuera del ámbito de la LOE, deberán ser reclamados en base las normas contractuales o extracontractuales que procedan²⁶⁰. En la jurisprudencia menor se pronuncian a favor de la derogación algunas sentencias como las SSAP de Madrid de 20 de junio de 2012²⁶¹ y 7 de julio de 2015²⁶², de Asturias de 14 de marzo de 2016²⁶³ o de Barcelona de 18 de mayo de 2017²⁶⁴ y 2 de enero de 2018²⁶⁵. Precisa MILÁ RAFEL²⁶⁶, que la STS de 27 de diciembre de 2013²⁶⁷, en cuanto indica que el régimen LOE sustituye al anterior sin perjuicio de la responsabilidad contractual, se puede adscribir a la tesis de la derogación, lo cual reitera la STS de 15 de junio de 2016²⁶⁸.

²⁵²RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “La LOE y el Código Civil...”, *op. cit.*, pp. 267 a 282.

²⁵³GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

²⁵⁴HERBOSA MARTÍNEZ, I., *op. cit.*, p. 181.

²⁵⁵*Ibidem*, pp. 167 y 168.

²⁵⁶ARENAS CABELLO, F.J., “La responsabilidad civil de los arquitectos técnicos en el ejercicio libre de la profesión”, *Act. Civ.*, núm. 43, 2003, p. 1137, y en *El régimen jurídico de la profesión de arquitecto técnico y aparejador*, Tesis doctoral, dirigida por M. Bassols Coma, Universidad de Alcalá, 2002, p. 500.

²⁵⁷MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas...*, *op. cit.*, p. 460

²⁵⁸SEOANE PRADO, J. “Una mirada reciente a la aplicación de la LOE por los Tribunales”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2018, p. 8.

²⁵⁹*Vid.* DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho de la construcción*, 4^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 483 a 487.

²⁶⁰*Vid.* CARRASCO PERERA, A., “La insistente...”, *op. cit.*, p. 10.

²⁶¹JUR 2004\261436.

²⁶²JUR 2015\203207. Esta sentencia parece inclinarse por la tesis de la derogación en cuanto señala que el régimen del artículo 1.591 CC y el de la LOE son “*como dos compartimentos estancos, de tal manera que, siendo de aplicación uno de ellos, no puede acudir en parte a la aplicación directa del otro, sin perjuicio que, para la adecuada interpretación del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, se pueda acudir a los principios inspiradores de la doctrina jurisprudencial que interpreta y aplica el artículo 1.591 del Código Civil*”.

²⁶³JUR 2016\76405.

²⁶⁴JUR 2017\196847.

²⁶⁵JUR 2018\81878.

²⁶⁶MILÁ RAFEL, R., “Cinco cuestiones...”, *op. cit.*, p. 112.

²⁶⁷RJ 2014\1021, *vid.* FD 17^o

²⁶⁸RJ 2016\2766.

2. Tesis sobre la vigencia del artículo 1.591 CC

En la doctrina cabe distinguir diferentes planteamientos respecto de esta tesis de la no derogación, según el alcance que se confiere a la vigencia actual del precepto que nos ocupa, tal y como abordamos a continuación:

a) Vigencia limitada a las construcciones y obras excluidas de la LOE

ARNAU MOYA²⁶⁹ o BLANCO GONZÁLEZ²⁷⁰ consideran vigente dicho precepto y no admiten su derogación, puesto que su ámbito objetivo no coincide con el de la LOE, en tanto que, extramuros de dicha norma, quedan las construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público, las cuales sí quedan dentro del ámbito del artículo 1.591 CC²⁷¹. En el mismo sentido O'CALLAGHAN²⁷² o HERRANZ ORTIZ²⁷³ defienden su aplicación a las obras que no sean edificios. Para ESTRUCH ESTRUCH²⁷⁴ esta diferencia de ámbito objetivo permite sostener su vigencia, aunque limitada a las construcciones no amparadas por la LOE y reducida al plazo de garantía de diez años por arruinamiento total de la edificación. En cualquier caso, para este autor, si un supuesto puede ser regulado por ambas normas debe prevalecer la LOE. JIMÉNEZ MORAGO²⁷⁵ defiende su vigencia respecto a otras construcciones excluidas de la LOE, como las grandes obras de ingeniería —presas, puentes, carreteras o puertos— o determinadas construcciones como muros o tapias de ladrillo. En la misma línea, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA²⁷⁶, GARCÍA CONESA²⁷⁷ LACABA SÁNCHEZ²⁷⁸ o YZQUIERDO TOLSADA²⁷⁹, mantienen la vigencia de este precepto para estas obras excluidas de la LOE, respecto de las que, señalan, procede aplicar el artículo 1.591 y no la LOE de forma analógica²⁸⁰. Para ABASCAL

²⁶⁹Vid. ARNAU MOYA, F, *Los vicios de la construcción (su régimen en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 189.

²⁷⁰Cfr. BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad del arquitecto*, Civilis, A Coruña, 2004, p. 127.

²⁷¹Vid. CARRASCO PERERA, A., "La insistente...", *op. cit.*, p. 10, que gráficamente precisa que "de la lectura del art. 2.2 a) deducimos que el tipo de construcción al que nos queremos referir se reduce a la caseta del perro y poco más".

²⁷²O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 7ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, p. 1109

²⁷³HERRANZ ORTIZ, A.I., "La configuración jurisprudencial de la responsabilidad por vicios de la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación", en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 326.

²⁷⁴ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 965 a 968.

²⁷⁵JIMÉNEZ MORAGO, J.T., "Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación: subsiste el art. 1.591 CC", *La Ley*, núm. 6, 2001, p. 15.

²⁷⁶GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. "Régimen Jurídico de la Responsabilidad Civil de los Agentes de la Edificación", *RDU*, núm. 177, pp. 13 a 15.

²⁷⁷GARCÍA CONESA, A., "Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", *RJC*, núm. 2, 2001, p. 44.

²⁷⁸LACABA SÁNCHEZ, F., "Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1.591 del Código Civil", *La Ley*, núm. 1, 2000, p. 1625.

²⁷⁹YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 389 y 390.

²⁸⁰En el mismo sentido ARNAU MOYA, F, *Los vicios de la construcción...*, *op. cit.*, p. 187, que considera que estas obras sí están incluídas en el ámbito del artículo 1591 CC; o VIVAS TESÓN, I., "Las clases de obras contempladas en la Ley de Ordenación de la Edificación", en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 356 y 357.

MONEDERO²⁸¹ este precepto está derogado en todo lo que se opone a la LOE y en todos los aspectos regulados por ésta, pero no lo está en lo que se refiere a otras obras excluidas de esta norma y, además, precisa que el mismo conserva su valor como fuente de argumentación jurídica en relación a los vicios de la edificación, aunque adaptado a los nuevos plazos y acciones legales. LÓPEZ ORELLANA y CREMADES MORANT²⁸² defienden también su aplicación a otras obras excluidas de la LOE, como son las obras de reparación. En esta línea se pronuncia la SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2017²⁸³. En sentido contrario, CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO²⁸⁴ defienden la aplicación por analogía del sistema de responsabilidad de la LOE a las obras de escasa entidad constructiva, en cuanto que en la mismas también se pueden manifestar vicios de habitabilidad.

b) Vigencia adicional respecto de los daños excluidos de la LOE

Otro sector de la doctrina sostiene su vigencia respecto de daños y perjuicios no amparados por la LOE. Así, entre otros, PANTALEÓN²⁸⁵ mantiene la vigencia del precepto para los daños excluidos de la LOE. SIERRA PÉREZ²⁸⁶ defiende que el artículo 1.591 CC sería aplicable para la reclamación de los daños excluidos de la LOE, de modo que seguiría vigente el periodo de garantía que instaura aquella norma para la reclamación de otros daños, con las ventajas inherentes a esta circunstancia, como la existencia dentro de dicho plazo de una responsabilidad objetiva o de una presunción de culpa. Al igual que respecto del artículo 1.909 CC, esta autora entiende que procede aplicar el artículo 1.591 considerando los tres tipos de plazos recogidos en la LOE. MINGORANCE GOSÁLVEZ²⁸⁷ también mantiene su vigencia para las construcciones excluidas de la LOE y para los daños no amparados por esta norma. En el mismo sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN y LÓPEZ FERNÁNDEZ²⁸⁸, LEÓN-CASTRO ALONSO²⁸⁹, HERRANZ ORTIZ²⁹⁰, ÁLVAREZ ÁLVAREZ²⁹¹ o ALBIEZ

²⁸¹ABASCAL 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. Civ.*, núm. 5, 2003, pp. 127 a 136.

²⁸²LÓPEZ ORELLANA, M.J. y CREMADES MORANT, J., “Prescripción de las obras de reparación excluidas de la LOE”, en *Sepin Revista de Propiedad Horizontal*, núm. 289, 2007, pp. 8 a 13.

²⁸³JUR 2017\257686.

²⁸⁴CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I). El concepto legal de edificio”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 42 a 47. En sentido contrario, *vid.* CARRASCO PERERA, A., “La insistente...”, *op. cit.*, p. 10, para el que las obras de rehabilitación no integral a que se refiere el art. 2.2 b) LOE también están excluidas del artículo 1591.

²⁸⁵PANTALEÓN PRIETO, F., “Responsabilidades y garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación”, Ponencia presentada al II Congreso nacional de responsabilidad civil y seguro, Córdoba, 2001, p. 7.

²⁸⁶SIERRA PÉREZ, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 151 y 152.

²⁸⁷MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad en la edificación”, en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Reus, Madrid, 2009, pp. 193 a 195.

²⁸⁸RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. y LÓPEZ FERNÁNDEZ, L., “Tipos de contratos inmobiliarios”, en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por la I. Sierra Pérez y L. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 939 a 941.

²⁸⁹LEÓN-CASTRO ALONSO, J., “Algunas...”, *op. cit.*, p. 2.673.

²⁹⁰HERRANZ ORTIZ, A.I., “La configuración...”, *op. cit.*, p. 326, que apela a este precepto para reclamar los daños excluidos de la LOE, como los corporales y los daños morales.

²⁹¹ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Responsabilidad profesional del arquitecto”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 78, enero 2010, pp. 14 y 15.

DOHRMANN, que habla de su “*valor progresivamente testimonial*”²⁹². ALONSO PÉREZ²⁹³ mantiene la vigencia del artículo 1.591 CC tanto respecto del contrato de compraventa como respecto al contrato de obra, para la reclamación de los daños distintos de los materiales en el edificio, y precisa que, para quienes sostienen la derogación del artículo 1.591CC, el artículo 149 TRLCU será aplicable tanto al contrato de compraventa como al contrato de obra; mientras que para quienes mantienen la vigencia de aquel precepto, el artículo 149 limitaría su eficacia al contrato de compraventa, puesto que el artículo 1.591 ampararía los defectos que surgieran en el seno de un contrato de obra, si bien respecto de los daños morales y los daños en bienes profesionales sería de aplicación éste en todo caso²⁹⁴.

En la jurisprudencia menor algunas sentencias mantienen la tesis anterior. Así se pronuncia la SAP de Castellón de 21 de mayo de 2007²⁹⁵ que considera que el artículo 1.591 del CC sigue en vigor, si bien su ámbito de aplicación queda constreñido a las edificaciones excluidas de la LOE, así como a la reclamación de los daños corporales y los perjuicios y los daños morales que no pueden ser reclamados al amparo del artículo 17 LOE.

c) Vigencia por su compatibilidad con el artículo 1.591 CC

En la jurisprudencia menor se han dictado algunas sentencias que no sólo afirman una vigencia residual del artículo 1.591 CC —respecto de daños o construcciones no amparadas por la LOE—, sino que sostienen su compatibilidad con esta norma. Entre estas sentencias puede citarse la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 3 de Febrero de 2016²⁹⁶, que en su FD 2º sostiene esta compatibilidad respecto de los daños producidos en el periodo comprendido entre los cuatro y los diez años desde la recepción del edificio, en cuanto concibe la LOE como una ley de mínimos. Con base en dicha compatibilidad, esta resolución aplica en toda su extensión el régimen del artículo 1.591: condena al promotor y la constructora por vicios acaecidos fuera del plazo de garantía de 3 años, pese a que entre esta última y la comunidad de propietarios no existía ningún vínculo contractual. También la SAP de Toledo de 20 de septiembre de 2016²⁹⁷ afirma esta compatibilidad y, en su FD 4º, aplica el concepto de ruina del artículo 1.591 y condena a los técnicos con los que la comunidad de propietarios no mantenía vínculo contractual alguno. Esta compatibilidad también se ha defendido en la doctrina por FERNÁNDEZ DE LOS RONDEROS MARTÍN²⁹⁸. En estas resoluciones se atisba el propósito de proteger al consumidor de vivienda y de mantener el nivel de garantías que le ofrecía el artículo 1.591 CC y que la LOE mermó²⁹⁹. Por nuestra parte, entendemos que esta posición es abiertamente contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no habría tenido que decidir sobre la compatibilidad entre la LOE y las acciones contractuales, si

²⁹² ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Comentario al artículo 1.588 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11.237.

²⁹³ ALONSO PÉREZ, M.T., “El difícil encaje...”, *op. cit.*, pp. 583 y 584.

²⁹⁴ *Ibidem*, pp. 584 a 586.

²⁹⁵ JUR 2007\322124.

²⁹⁶ JUR 2016\90631.

²⁹⁷ JUR 2016\237867.

²⁹⁸ FERNÁNDEZ DE LOS RONDEROS MARTÍN, M.A., “Vigencia del art. 1591 CC y su relación con la LOE. Problemas de su aplicación temporal. Plazos de garantía y plazos de prescripción”, *Cuadernos digitales de formación*, núm. 19/2008, pp. 1 a 25.

²⁹⁹ SEOANE PRADO, J. “Una mirada reciente a la aplicación de la LOE por los Tribunales”, *Act. Civ.*, núm. 9, 2018, p. 7.

hubiera aceptado su compatibilidad con el artículo 1.591 CC³⁰⁰. No obstante, la **STS de 14 de noviembre de 2018**³⁰¹ insufla nuevos bríos al artículo 1.591 CC, pues viene a confirmar la SAP de las Palmas de Gran Canaria de 3 de febrero de 2016, que hemos comentado anteriormente, la cual considera compatible el artículo 1.591 CC con la LOE y admite se pueda invocar aquel precepto para dirigirse contra los agentes de la edificación no vinculados contractualmente con el dañado durante el periodo de garantía decenal, en las obras que se rijan por la nueva ley, para reclamar por vicios constitutivos de ruina funcional. De este modo, el Alto Tribunal dispone que *“se estima aplicable el artículo 1.591 del Código Civil y se impone la responsabilidad decenal a la constructora recurrente...”*. No obstante, este, en cierto modo, sorprendente pronunciamiento se ve matizado por dos afirmaciones que se contienen en la propia sentencia:

- La primera de ellas se recoge en su FD 2º, en el que se hace constar que *“lo que pretende la parte recurrente es una especie de reconstrucción de todas las anomalías o incongruencias en que ha podido incurrir la sentencia, lo que no es posible tal y como se ha formulado el recurso de casación, en el que no se invoca la inaplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación ni se ha cuestionado el daño”*.

Es decir, parece que el Tribunal Supremo da a entender que, de haberse articulado el recurso invocando la inaplicación de la LOE y no la infracción de los artículos 1.257 y 1.591 CC, se hubiera estimado el recurso.

-La segunda se contiene en el FD 1º, en el que se indica que la sentencia de segunda instancia llega a la conclusión de que *“esta ley «no ha derogado ni total ni parcialmente, ni ha modificado, el artículo 1591 del Código Civil que sigue plenamente vigente, concurriendo la vigencia de ambas normas, completamente compatibles entre sí, desde que entró en vigor la LOE». Es decir, parece que lo que se deroga, o no sirve para nada, es esta Ley que es posterior, y no el artículo 1591, a cuyo amparo resuelve el conflicto, lo que no se sostiene (partimos, pues, dice la sentencia, «de la plena vigencia del art. 1591 del CC para los contratos de obra en cuyo cumplimiento se hayan levantado edificaciones sujetas además a la LOE por la fecha de solicitud de licencia)»”*.

Es decir, el Alto Tribunal muestra su desacuerdo con que se inaplique la LOE y el conflicto se resuelva al amparo del artículo 1.591 CC.

En cualquier caso y pese a estas dos importantes matizaciones, bajo nuestro criterio la resolución que comentamos introduce confusión en el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil por defectos constructivos y peca de un excesivo rigorismo formal, pues, pese a que la técnica casacional exija la cita expresa de los preceptos que sirven de base al recurso³⁰² –y aunque éste no se fundamente

³⁰⁰ Vid. SSTS de 15 de junio de 2016 (RJ 2016\2766) y 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1021) y las demás que se citan en el Capítulo Tercero § I.A.D).

³⁰¹ RJ 2018\5340.

³⁰² Vid. artículos 477 a 489 LEC y Acuerdo del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, Pleno no jurisdiccional

literalmente en la inaplicación de la LOE—, la invocación de los artículos 1.257 CC, sobre el principio de relatividad de los contratos y del artículo 1.591 CC, debían haber sido suficientes para casar una sentencia que realiza una aplicación de esta norma excesiva y contraria al régimen de la LOE. Por este motivo, consideramos que el rigor formal debía haber cedido en beneficio de la seguridad jurídica, si, como se desprende de otras resoluciones³⁰³ y de esta misma, el Tribunal Supremo considera que LOE ha sustituido al artículo 1.591 y que ambas normas no son compatibles. Parece, pues, que hacer justicia material en el caso objeto de autos y no desamparar a los propietarios, han sido argumentos de mayor peso que mantener incólume la doctrina del Alto Tribunal sobre la LOE en su relación con aquel precepto. No obstante, se nos podrá argumentar que esta última consideración puede soslayarse atendiendo a la defectuosa fundamentación del recurso de casación, pese a que, según nuestro criterio, este defecto era menor y subsanable atendiendo al conjunto de las infracciones de ley denunciadas por el recurrente. En consecuencia, habrá que esperar a que en lo sucesivo el Alto Tribunal clarifique más esta cuestión.

d) Vigencia como norma meramente contractual

Señalan CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO³⁰⁴, que el artículo 1.591 CC en su mera literalidad no se contradice con la LOE, pues el mismo sólo establece una responsabilidad por ruina o derrumbamiento total del edificio durante el plazo de garantía de diez años, que coincide con el plazo de garantía previsto en el artículo 17.1.a). En cambio, lo que sí representa una clara diferencia con el régimen de la LOE es la doctrina jurisprudencial nucleada en torno al artículo 1.591 CC, que ha ensanchando su ámbito objetivo y subjetivo a supuestos distintos del derrumbamiento total, y que ha concedido acción a los adquirentes de edificios frente a agentes de la edificación con los que no contrataron, durante unos plazos superiores a lo que marca la nueva ley. En consecuencia, lo determinante es si esta doctrina jurisprudencial puede seguir aplicándose tras la LOE, concluyendo estos autores que no es posible, pues tras la entrada en vigor de esta norma será de aplicación preferente frente a toda doctrina incompatible con la misma³⁰⁵. Para ESTRUCH ESTRUCH³⁰⁶, en el marco del contrato de obra, la derogación o no del artículo 1.591 carece de singular relevancia, pues el comitente podrá reclamar a los agentes de la edificación en base a las acciones generales de responsabilidad contractual ex artículos 1.091, 1.101, 1.106, 1.107, 1.258 o 1.124 CC, para accionar por los daños no amparados por la LOE con el mismo plazo de prescripción correspondiente a aquel precepto. Adicionalmente, señala este autor, que, tras la entrada en vigor de la LOE, en el ámbito del contrato de compraventa este precepto no podrá ser utilizado para reclamar a los agentes de la edificación con los que el perjudicado no tenga vínculo contractual, pues esta posibilidad sólo podrá encauzarse a través de la LOE, o de la responsabilidad extracontractual para los daños no amparados por la ley especial³⁰⁷. Respecto al párrafo segundo del artículo 1.591 CC,

de 27 de enero de 2017 (RJ 2017\367), en el que en su apartado II.2 se indica que “*para lograr la debida claridad debe citarse con precisión la norma o jurisprudencia que se consideren infringidas*”.

³⁰³Vid. STS de 15 de junio de 2016 (RJ 2016\2766), que cita la de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1021).

³⁰⁴CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., pp. 400 a 402

³⁰⁵Loc. cit.

³⁰⁶ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades...*, op. cit., pp. 964 y 965.

³⁰⁷Loc. cit.

señala CARRASCO PERERA³⁰⁸ que este precepto sólo establece un plazo de prescripción que no contiene novedad alguna frente al general del artículo 1.964 CC, por lo que es, en consecuencia, una norma redundante y, por esta razón, inútil³⁰⁹.

En nuestro criterio y en línea con esta última postura, el artículo 1.591 CC continúa vigente, aunque su radio de acción y su funcionalidad se reducen a una dimensión puramente contractual, para la exigencia de responsabilidad entre las partes del contrato de obra. No consideramos acertada la jurisprudencia que afirma su compatibilidad con el régimen de la LOE, pues se ha de aceptar, como reitera el Tribunal Supremo, que esta norma ha venido a sustituir el régimen del artículo 1.591 CC, con los efectos que ello comporta. Y tales efectos, pese a la admisión general de la compatibilidad entre las acciones de la LOE y las contractuales, suponen que frente a los agentes constructivos con los que el dañado no mantenga vínculos contractuales, la responsabilidad quedará limitada a los plazos que dispone la ley especial y a los daños materiales en el edificio. De este modo, respecto a estos agentes, la LOE sí viene a acotar el desmesurado margen de responsabilidad que les atribuía el régimen precedente, por lo que, más allá de los plazos que fija esta norma, sólo podrían verse afectados por una acción contractual de repetición. En este sentido, entendemos que tan desacertado hubiera sido no admitir la compatibilidad de la responsabilidad contractual con el régimen de la LOE, como el afirmarla entre esta ley y el artículo 1.591 CC. En consecuencia, la admisión de aquella compatibilidad es la que instaura equilibrio en el sistema, como vía para superar las principales limitaciones de la LOE, pero sin que proceda ir más allá. Así, cuando el dañado no pueda conseguir su pleno resarcimiento a través de la LOE o de la responsabilidad contractual, la solución no podrá venir de la mano de soslayar el alcance de la nueva norma, sino que, en última instancia y cuando proceda, sólo cabrá apelar a la responsabilidad extracontractual como ocurre en otros muchos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior pese a que, recientemente, la STS de 14 de noviembre de 2018³¹⁰ muestra una posición bastante menos clara sobre esta cuestión.

II. EL RÉGIMEN DE LA LOE

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, entró en vigor el día 6 de mayo de 2000, con las excepciones que se contienen en su disposición final cuarta. Por su parte, la disposición transitoria primera establece su aplicación respecto a las obras de nueva construcción y las obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia a partir de su entrada en vigor. Según su disposición final primera, esta norma se dicta al amparo

³⁰⁸CARRASCO PERERA, A., “La insistente...”, *op. cit.*, p. 10, que indica que “el art. 1591.2º es un misterio. Nadie puede afirmar con honradez que entiende el contenido de esta norma, ni cabe proponer una interpretación aceptable sobre cuál es su finalidad”, y que “como ocurre en Lógica, donde «de falso omni sequitur», de una norma ininteligible cabe derivar cualquier consecuencia”.

³⁰⁹*Ibidem.* p. 11. Indica este autor que “la interpretación menos dañina y menos comprometida del art. 1591 CC pasaría por un entendimiento del mismo como sigue: contratista y arquitecto responden de la ruina acaecida en los diez años desde la construcción, y si entre ellos y el dueño de la obra existe un contrato, el plazo de prescripción para exigir esta responsabilidad es de quince años. Obsérvese que esta interpretación no hace superfluo al párrafo II, pues en el párrafo I cabrían plazos de prescripción de un año, cuando el supuesto de hecho correspondiente fuera de responsabilidad extracontractual (v. gr. arquitecto contratado por contratista y demandado por el dueño de la obra). El art. 1591 II CC regula un plazo de prescripción”.

³¹⁰RJ 2018\5340. *Vid. supra* apartado 2.c), en el que comentamos esta resolución.

de las competencias que corresponden al Estado sobre Derecho civil y mercantil y sobre títulos académicos y profesionales ex artículos 149.1.6ª, 8ª y 30ª CE, entre otras, sin perjuicio de los Derechos civiles, forales o especiales existentes y de las competencias legislativas y de ejecución que tengan asumidas las Comunidades Autónomas en este ámbito.

A) Finalidad de la nueva regulación

El artículo 1 LOE destaca como función de esta norma “*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*”. Se trata de una norma que intenta modernizar la regulación del sector de la edificación, adaptándolo a las exigencias derivadas del marco europeo —Directiva 85/384/CEE del Consejo de 10 de junio de 1985³¹¹—, y que, al margen de algunas finalidades complementarias, tiene como misión principal el fomentar la calidad de la edificación y la protección de los usuarios en este ámbito, aunque, como a continuación indicaremos, esta norma supone una devaluación de la protección de la que gozaba el adquirente de vivienda con el régimen precedente.

B) Estructura y contenido

La nueva ley contiene 20 artículos, 8 disposiciones adicionales, 2 transitorias, 3 derogatorias y 4 finales. Los 20 artículos se dividen en 4 capítulos, sobre disposiciones generales, exigencias técnicas y administrativas de la edificación, agentes de la edificación y responsabilidades y garantías. En la misma se abordan como cuestiones más relevantes el concepto de edificio (artículo 2), los requisitos básicos de la edificación (artículo 3), la recepción de la obra (artículo 6), la documentación de la obra ejecutada (artículo 7), las atribuciones y obligaciones de los agentes de la edificación (artículos 8 a 16), las responsabilidades por defectos constructivos (artículo 17), los plazos de prescripción (artículo 18), los garantías por daños materiales (artículo 19), o los requisitos registrales para la inscripción de declaraciones de obra nueva y la cancelación registral de los asientos de sociedades promotoras (artículo 20). Se trata de una norma extracodicial³¹² que, como precisa CADARSO PALAU, representa un paso más en el vasto proceso de descodificación del Derecho propio de la época actual³¹³. Señala ALBALADEJO³¹⁴, que la LOE no es

³¹¹DOCE núm. 223, de 21 de agosto de 1985.

³¹²MORENO-TORRES HERRERA, Mª.L., “Los defectos de las edificaciones...”, *op. cit.*, pp. 545 y 546, defiende la conveniencia de que la regulación de la responsabilidad por vicios constructivos quede al margen del Código Civil, pues debe ser independiente de las relaciones contractuales.

³¹³CADARSO PALAU, J., “El sistema de responsabilidad civil en la construcción”, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, p. 42.

³¹⁴*Vid.* ALBALADEJO, M, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, p. 751. En el mismo sentido GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., “Capítulo I. Objeto del régimen de ordenación de la edificación”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 21, que considera que la LOE “*no ha identificado los aspectos esenciales del proceso de la edificación con los aspectos negociales del contrato de obra*”.

propriadamente una ley del contrato de obra civil, sino una ley que disciplina la responsabilidad y el seguro en la construcción de edificios. No obstante, la regulación que recoge la ley especial tiene un alcance que se proyecta y nutre de contenido normativo a las obligaciones contractuales en el ámbito de la construcción y venta de edificios, de modo que, la mayor parte de sus preceptos, con los matices que procedan, no sólo serán aplicables cuando se ejerciten acciones basadas en la LOE, sino que tendrán una dimensión superior y serán directamente aplicables cuando se reclamen responsabilidades contractuales, o incluso en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por vicios constructivos. A este respecto indica DÍEZ-PICAZO³¹⁵, que el contrato de obra, además de estar regulado por el Código Civil, lo está, al menos parcialmente, por la LOE, de forma que es precisa una aplicación coordinada de los preceptos contenidos en dicha la Ley y los que se recogen en el Código. En definitiva, la LOE sustituye al régimen del artículo 1.591 CC marcando diferencias con este precepto, al que devuelve a su lugar originario en el seno del contrato de obra, corrigiendo algunos excesos en su interpretación, que fueron imprescindibles dada su insuficiencia y la necesidad de proteger al adquirente de vivienda ante el problema que nos ocupa. Pero pese a las manifestaciones que se contienen en su Exposición de Motivos, la LOE no puede calificarse como una norma específica del Derecho del consumo, pues su protección va dirigida al adquirente de vivienda —o de cualquier tipo de edificio— y no exclusivamente al consumidor, como puede apreciarse en su terminología, que elude este término y emplea el de propietario o usuario, dispensando protección tanto a las personas físicas como a las jurídicas³¹⁶.

C) Naturaleza de la responsabilidad ex LOE.

Parte de la doctrina considera que estamos ante una **responsabilidad de naturaleza contractual**³¹⁷. Así ARNAU MOYA³¹⁸ u ORTI VALLEJO³¹⁹, señalando este último que esta responsabilidad tienen su origen en una imputación contractual de riesgo, y que no es concebible sin la relación contractual entre el promotor y los agentes de la edificación, siendo la responsabilidad que instituye de carácter contractual tanto si la ejercita el promotor como si la ejercita un propietario no ligado contractualmente con el agente de la edificación al que reclama; en sentido contrario, MORENO-TORRES HERRERA³²⁰ niega el carácter contractual de esta

³¹⁵Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, Las particulares relaciones obligatorias*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 376.

³¹⁶LARROSA AMANTE, M.A., “Los mecanismos de la Ley de Ordenación de la Edificación para la protección de los consumidores”, *Sepin Inmobiliario*, núm. 3, 2009, p. 14.

³¹⁷Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías...*, *op. cit.*, pp. 88 a 90, pone de relieve el carácter contractual de esta responsabilidad en el sistema francés, en el que el artículo 1792 del *Code* establece una responsabilidad contractual por vicios constructivos, en la que se delimitan los responsables en función de su relación contractual con el dueño de la obra, aunque dicha responsabilidad puede ser exigida por el dueño de la obra y por los sucesivos adquirentes, como consecuencia de la transmisión de acciones que se produce entre ellos. Por el contrario, en el sistema italiano el artículo 1.669 del *Codice Civile*, aunque regula esta responsabilidad en el seno del contrato de obra, predomina la opinión de que se trata de una responsabilidad extracontractual ejercitable por el comitente y también por sus causahabientes.

³¹⁸ARNAU MOYA, F, *Los vicios de la construcción...*, *op. cit.*, p. 196.

³¹⁹ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 786.

³²⁰MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los defectos de las edificaciones...”, *op. cit.*, pp. 511 a 514, hace notar que el hecho edificatorio puede producirse sin la celebración de un contrato de obra, como sucede cuando el promotor es al mismo tiempo el constructor. La LOE parte de este hecho y otorga

responsabilidad, pues en el sistema LOE la responsabilidad por defectos constructivos no reviste esta naturaleza, en tanto que, por un lado, se puede exigir a personas con las que no se mantiene vinculación contractual, y, por otro, no deriva de la celebración de un contrato; otra parte de la doctrina la considera como una **responsabilidad mixta, contractual y extracontractual**, así ÁLVAREZ OLALLA³²¹; no obstante, la doctrina mayoritaria entiende que debe considerarse como una responsabilidad de carácter extracontractual, así ALBALADEJO³²², MINGORANCE GOSÁLVEZ³²³, o, más bien, como superación de la clásica bipartición entre responsabilidad contractual y extracontractual, como una **responsabilidad legal**, así GONZÁLEZ POVEDA³²⁴, MARTÍNEZ ESCRIBANO³²⁵ o VINADER CARRACEDO³²⁶. En este sentido, SIERRA GIL DE LA CUESTA³²⁷ la considera como una responsabilidad *ex lege*, que opera con independencia del contrato, de modo que la fuente de la obligación resarcitoria es la ley y que sólo abarca los supuestos específicamente previstos en la misma. También se adscriben a este carácter legal ARENAS CABELLO³²⁸ o HERBOSA MARTÍNEZ³²⁹. En efecto, la LOE intenta reforzar la protección de los adquirentes de los edificios, en particular la de los consumidores de vivienda, por lo que, dejando a salvo las acciones contractuales que correspondan a los perjudicados, instaura un sistema que, prescindiendo de los vínculos contractuales, permite a aquellos dirigirse directamente contra los agentes de la edificación, sin necesidad de invocar una cesión tácita de acciones o una excepción al principio de relatividad de los contratos, como sucedía bajo el régimen del artículo 1.591 CC. De este modo, el propietario podrá dirigirse contra los agentes de la edificación causantes del daño directamente, aunque no mantenga vínculo contractual con ellos, en base al sistema de responsabilidad legal que se instaura en la LOE, en especial en su crucial artículo 17. Para CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO³³⁰, el régimen de la LOE instaura una responsabilidad legal, que no propiamente contractual ni extracontractual, si bien tendrá uno u otro carácter en función de que entre el perjudicado y el dañante medie o no una relación contractual, aunque estos autores consideran esta circunstancia de escasa relevancia, pues, en cualquier caso, se aplica

legitimación a los propietarios y sucesivos adquirentes sin que sea relevante el título por el que han adquirido el dominio. Así, para esta autora la responsabilidad nace de la propia actividad constructiva.

³²¹ÁLVAREZ OLALLA, P., "La responsabilidad por defectos en la edificación, El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 13, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 43 y 44.

³²²Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, *op. cit.* p. 753, que indica como la LOE establece un específico régimen de responsabilidad, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades contractuales.

³²³Vid. en el mismo sentido MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., "Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 188, que pone de relieve el carácter extracontractual de esta responsabilidad.

³²⁴MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 89.

³²⁵GONZÁLEZ POVEDA, P., "Comentario al artículo 1.591", en *Comentario del Código Civil*, Tomo 6 coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000, p. 630.

³²⁶VINADER CARRACEDO, J., "Los arrendamientos...", *op. cit.*, p. 468.

³²⁷Vid. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., "El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación", en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Comte d'Urgell, 2006, p. 403; y "La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación", *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2^a ed. coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, Tomo II, Boch, Barcelona, 2008, p. 902.

³²⁸Vid. ARENAS CABELLO, F.J., *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 501; y "La responsabilidad...", *op. cit.*, p. 1.146.

³²⁹Cfr. HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

³³⁰CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 399.

el régimen del artículo 17 LOE. RUIZ-RICO RUIZ³³¹ pone el acento en el carácter “omnicomprensivo” de la responsabilidad ex LOE, “indiferentemente contractual o extracontractual”, en cuanto que norma destinada a cubrir las carencias de la regulación de la compraventa en materia de defectos constructivos.

D) Delimitación de su régimen jurídico

1. Ámbito subjetivo: sujetos protegidos

La LOE es una norma que regula la responsabilidad en la edificación y tiende a garantizar y reforzar la posición de los adquirentes de vivienda, pero que no limita a éstos su protección, por lo que su régimen también se aplica en favor de los propietarios de edificios destinados a actividades profesionales o empresariales, que no deben sufrir un trato distinto por este hecho en lo que respecta a esta materia³³². No obstante, cuando los propietarios ostenten la condición de consumidores, por ser el destino del edificio el uso personal y familiar, gozarán, adicionalmente, de las ventajas que dispongan las normas específicas sobre consumo, en cuanto sean aplicables en este ámbito, lo que les dispensará un plus de protección³³³. En este sentido, la LOE adopta un enfoque similar al de Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro³³⁴, al dispensar protección de modo general tanto a consumidores como a no consumidores³³⁵.

2. Ámbito objetivo: concepto de edificio

En lógica correlación con lo expuesto, la LOE protege también a los propietarios de edificios destinados a usos distintos del de vivienda, de modo que esta norma dispone un régimen de responsabilidad aplicable a edificios destinados a todos los usos previstos en el artículo 2.1 —administrativo, residencial, cultural, comercial, industrial, etc.—, por razón de las obras que se enumeran en el artículo 2.2, fundamentalmente las de nueva construcción y rehabilitación. El anejo III del CTE define al edificio como “*construcción fija con materiales resistentes, para habitación humana o para albergar otros usos*”. Sin embargo la LOE no nos brinda un concepto de edificio³³⁶, sino que su artículo 2.2, directamente y de forma elíptica, dispone que

³³¹RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y ARIAS DÍAZ, M^a.D., “La responsabilidad por vicios o defectos constructivos en la LOE: sus caracteres básicos”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 87 a 96.

³³²RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y PASTOR VITA, F.J., “Los daños cubiertos por la LOE: el concepto de «daños materiales en el edificio» y su posible justificación. Los sujetos dañados: la legitimación activa para reclamar la reparación”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 79 y 80.

³³³*Vid. supra* Capítulo Primero, II. D.

³³⁴BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

³³⁵*Vid. BATALLER GRAU, J., Derecho de los Seguros Privados* Marcial Pons, Madrid 2007, p. 159, que destaca que el carácter imperativo de los preceptos de la LCS, la convierte en un instrumento idóneo para proteger a quien ostente la condición de asegurado, con independencia de su posible calificación como consumidor, profesional o incluso empresario. En el mismo sentido CALZADA CONDE, M^a.A., “La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro”, en *La protección del cliente en el mercado asegurador*, dirigido por BATALLER GRAU, J. y VEIGA COPO, A.B, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 109 y 110, que subraya como la legislación de seguros adopta una perspectiva que, en última instancia, tiende a la defensa del sector del seguro en su conjunto, otorgando una protección al asegurado en sentido lato.

³³⁶*Vid. COLINA GAREA, R., “La determinación del daño resarcible en la ley de ordenación de la edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación”, RDP, núm. 5, 2003, p. 660*

“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”, una serie de obras como son las “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”, y otras que supongan una intervención sustancial en el edificio en los términos que define este artículo³³⁷. A los efectos de integrar el concepto de edificio, en orden a exigir responsabilidad por defectos en las instalaciones, equipamiento y elementos de urbanización, resulta particularmente importante el artículo 2.3 LOE, en cuanto establece 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”. El artículo 2 CTE desarrolla este artículo 2.2. LOE a efectos de concretar su propio ámbito de aplicación, incurriendo en un uso excesivo de conceptos jurídicos indeterminados, lo cual puede generar dudas en cuanto a la aplicación del régimen de la ley especial³³⁸. Del análisis de ambos preceptos se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) El concepto de edificio para la LOE es de naturaleza normativa, y debe ser una construcción de carácter permanente³³⁹, que puede estar destinada a cualquier uso, público o privado, y en el que no se incluyen aquellas de escasa entidad constructiva y sencillez técnica³⁴⁰ que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta³⁴¹. De la lectura de la norma se infiere que la nota de permanencia se refiere a las características objetivas de la construcción y no al uso al que ésta se destine. Se trata de un concepto más restringido que el contenido en otras normas³⁴², y en el que no se integran las

³³⁷Artículo 2.2: “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, entendiéndose 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”, (número 2 del artículo 2, redactado por el número uno de la disposición final tercera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, B.O.E. de 27 junio).

³³⁸COLINA GAREA, R., “La determinación...”, *op. cit.*, p. 668.

³³⁹Vid. *Diccionario del Español Jurídico*, dirigido por S. Muñoz Machado, Espasa, Madrid, 2016, p. 705, que define la voz “edificación” como “acción y resultado de construir un edificio de carácter permanente”.

³⁴⁰ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 772 y 773, critica que este tipo de obras menores quede excluido de la LOE, porque, según este autor, debiendo descartarse que se les aplique el artículo 1.591CC, si no se les aplica la LOE se les aplicarían las normas generales sobre responsabilidad contractual, régimen más severo que el previsto en aquella norma para las obras mayores.

³⁴¹Vid. COLINA GAREA, R., “La determinación...”, *op. cit.*, p. 669, que en base a lo anterior expresa que todo edificio de dos plantas estaría sujeto a la LOE, aunque fuese de gran sencillez constructiva.

³⁴²Vid. CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 17”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3ª ed., A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 303, que precisa que el concepto de edificio en la LOE no comprende construcciones no inmobiliarias como los embalses, pantanos o autopistas.

construcciones provisionales³⁴³, ni tampoco aquellas que no sean propiamente edificios³⁴⁴, como algunas instalaciones industriales o grandes obras de ingeniería —refinerías, minas, carreteras, diques, pantanos, presas, puentes o puertos y otras obras públicas de este orden³⁴⁵—. Empero, como pone de relieve la doctrina, la inclusión o no de estas obras en el ámbito LOE depende de que se adopte un concepto de edificio restringido —construcción inmobiliaria destinada a la habitación u ocupación humana para desarrollar actividades al resguardo de las inclemencias meteorológicas— o amplio —construcción inmobiliaria—³⁴⁶.

b) Están excluidas de la LOE las conocidas como obras menores, las cuales no requieren proyecto según esta norma, si bien lo anterior dependerá del concreto contenido de la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma.

c) Entran dentro del concepto de edificio ex LOE las construcciones prefabricadas, si cumplen el citado requisito de permanencia³⁴⁷.

d) Las obras de rehabilitación, ampliación, modificación o reforma que afecten a edificios existentes están sujetas a la LOE, si tienen carácter de intervención total o integral —adecuación estructural, funcional y remodelación destinada a ampliar la superficie destinada a viviendas o el número de éstas—, o si tienen carácter parcial, siempre que, en este caso, determinen una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto modificar los usos característicos del edificio³⁴⁸. En consecuencia, las obras de reforma que no reúnan los requisitos citados quedan fuera del ámbito de la ley especial³⁴⁹.

³⁴³Vid. ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 774, el cual precisa que el término “provisionales” no viene referido al concepto urbanístico relativo a obras cuya licencia es esencialmente revocable, sino que debe entenderse en sentido objetivo. En este sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 93 considera que no se rigen por la LOE los edificios proyectados para un periodo de tiempo inferior a los plazos de garantía que marca la LOE. También COLINA GAREA, R., “La determinación...”, *op. cit.*, p. 668, precisa que la provisionalidad o temporalidad de destino de las edificaciones ha de fundarse objetivamente en la naturaleza de la obra y no en las disposiciones urbanísticas.

³⁴⁴SALINERO ROMÁN, F., “La incidencia de la Ley de Ordenación de la Edificación en los criterios jurisprudenciales interpretativos del art. 1.591 del Código Civil”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 47, 2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 184, entiende que estas construcciones quedan extramuros de la LOE en cuanto que el régimen de responsabilidad legal trata de proteger a terceros adquirentes, aunque, como señala este autor, lo anterior no es una razón definitiva, ya que es protegido por la Ley no sólo el tercer adquirente sino también el propietario.

³⁴⁵Vid. ARNAU MOYA, F., *Los vicios...*, *op. cit.*, p. 187, que considera que estas obras están incluidas en el ámbito del artículo 1591 CC; en sentido similar VIVAS TESÓN, I., “Las clases...”, *op. cit.*, pp. 356 y 357, y SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 189.

³⁴⁶Vid. COLINA GAREA, R., “La determinación...”, *op. cit.*, pp. 660 a 662, donde se contienen argumentos a favor de la adopción de un concepto amplio de edificio.

³⁴⁷*Ibidem* p. 670.

³⁴⁸Las obras de reparación están excluidas de la LOE, pero pueden quedar dentro del ámbito del artículo 1.591 CC. Vid. LÓPEZ ORELLANA, M.J. y CREMADES MORANT, J., “Prescripción...”, *op. cit.*, pp. 8 a 13. En el mismo sentido GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Dikynson, Madrid, 2004, pp. 108 y 109.

³⁴⁹Vid. SAP de Barcelona de 9 de junio de 2016 (JUR 2016\198405) o SAP de Vizcaya de 3 de mayo de 2016 (JUR 2016\188776), lo que determina que su responsabilidad se rija por las normas sobre responsabilidad contractual. Vid. en este sentido ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 773.

e) Están incluidas en el ámbito de la LOE las obras de intervención total o parcial en edificaciones que gocen de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico.

f) Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio —instalaciones deportivas, piscinas, equipos de climatización, ascensores, etc.—, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio. Esta inclusión, que deriva de una jurisprudencia anterior a la LOE³⁵⁰, comporta que las obras que afecten a estos elementos puedan exigir proyecto, que éste y su ejecución deban guardar la necesaria coordinación con el proyecto del edificio al que correspondan y que a ellas se extienda el régimen de responsabilidades del artículo 17. De este modo, los vicios constructivos que afecten a estos elementos originarán responsabilidad con arreglo a la LOE, aunque con exclusión de la responsabilidad decenal, que se limita al edificio en sentido estricto, dado el tenor de esta garantía según el artículo 17.1.a)³⁵¹. Los elementos de urbanización no integrarán el edificio, una vez que se hayan cedido al municipio de acuerdo con lo previsto en las normas urbanísticas, sin perjuicio de las obligaciones que pesen sobre los propietarios en orden a su conservación con arreglo a estas normas³⁵².

g) La enumeración de usos de los edificios que se establece en el artículo 2.1, tiene como función servir de base para delimitar horizontalmente la distribución de competencias entre los técnicos, lo cual se efectúa por los artículos 10, 12 y 13 LOE por remisión a aquel precepto, cuando abordan las figuras del proyectista, director de obra y director de ejecución, respectivamente.

3. Carácter imperativo

Aunque el carácter imperativo de la LOE no se establece expresamente en ninguno de sus preceptos, esta nota se erige en una característica nuclear de su régimen jurídico, que late tácitamente en su articulado y a la que se debe atribuir una importancia hermenéutica de primer orden en su aplicación³⁵³. Como precisa GALLEGO DOMÍNGUEZ³⁵⁴ en relación a la DA 1ª LOE, sobre las garantías de los anticipos del adquirente de vivienda, “*para entender que una ley es imperativa no es necesario que la misma lo diga expresamente*”. De este modo, si como se indica en su Exposición de Motivos, la LOE persigue instaurar unos determinados niveles de calidad en la edificación por afectar esta circunstancia al interés general, así como la protección de los adquirentes de los edificios, en especial de los adquirentes de vivienda en cuanto que consumidores, en relación con los artículos 47 y 51 CE, no se comprendería que esta norma tuviera carácter dispositivo, de forma que quedara al

³⁵⁰ Vid. STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 21 de febrero de 1.990 (RJ 1990\1510).

³⁵¹ CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 17...”, *op. cit.*, p. 303.

³⁵² GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., “Comentario al artículo 2”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3ª ed. A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 75 a 77.

³⁵³ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

³⁵⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 a la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, reformada por la Ley 20/2015”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2015, p. 34.

arbitrio de los agentes de la edificación su virtualidad efectiva³⁵⁵. Así, la LOE instaura “una responsabilidad legal y sustancialmente indisponible por generar externalidades en terceros que son los adquirentes”³⁵⁶. No obstante, lo anterior debe matizarse en los supuestos en los que algunos de sus preceptos establecen su carácter dispositivo³⁵⁷, o cuando expresamente se efectúan remisiones al marco convencional para integrar y complementar las obligaciones de los agentes de la edificación³⁵⁸, si bien, en estos casos, los pactos que se convengan no podrán vulnerar lo dispuesto en otros preceptos de esta norma, ni sus principios y finalidad básica. El carácter irrenunciable del derecho a reclamar frente a los defectos constructivos y la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, en correspondencia con el carácter imperativo del régimen de responsabilidad por defectos constructivos, ya se estableció por la jurisprudencia dictada en torno al artículo 1.591 CC³⁵⁹ y por la generalidad de la doctrina³⁶⁰. Este carácter imperativo se anuda al interés general y de orden público al que se vincula la seguridad y calidad en la edificación, en relación con el artículo 47 CE, en cuanto reconoce el derecho a una vivienda digna y adecuada. Además, dicho carácter imperativo goza de una justificación adicional en las normas específicas sobre protección de los consumidores y usuarios, concretamente en los artículos 10 y 86 TRLCU, en cuanto establecen la irrenunciabilidad de los derechos del consumidor. De este modo, la responsabilidad ex LOE se configura como una responsabilidad de carácter legal, derivada del incumplimiento de las obligaciones que esta norma impone imperativamente a quienes intervienen en el proceso de la edificación, que puede ser exigible por personas no vinculadas contractualmente con los responsables, sin que la misma pueda ser modificada por acuerdo entre las partes, ni en cuanto a los sujetos responsables, ni en cuanto a los supuestos de hecho que la originan³⁶¹.

a) Alcance de la imperatividad

La imperatividad no es sólo predicable respecto de las normas que regulan la responsabilidad de los agentes de la edificación ex artículo 17, sino que es igualmente imputable a todo el articulado de la ley especial, en particular a las normas que regulan su ámbito de aplicación (artículo 2), los requisitos básicos de la edificación (artículo 3)

³⁵⁵En este sentido, el artículo 1.792.5 del *Code Civil*, regula la responsabilidad por vicios constructivos en el sistema francés, estableciendo la ineficacia de las cláusulas que exoneren o reduzcan las responsabilidades por defectos constructivos.

³⁵⁶Vid. SAP de Madrid de 21 de marzo de 2018 (JUR 2018\149004).

³⁵⁷Vid. artículo 6.1 sobre la recepción de la obra, que establece remisiones a los pactos contractuales, aludiendo a “cuando así se acuerde por las partes”; y artículo 6.4 cuando dispone, en relación a la recepción tácita, que la regulación que contiene lo es “salvo pacto expreso en contrario”.

³⁵⁸Vid. artículo 8 cuando remite al contrato para determinar, en conjunción con la LOE, las obligaciones de los agentes de la edificación.

³⁵⁹Vid. SSTS 12 de febrero de 1988 (RJ 1988\941) y 2 de octubre de 1992 (RJ 1992\7516).

³⁶⁰Vid. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 171; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 82; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 815.

³⁶¹Vid. GONZÁLEZ POVEDA, P., “Comentario al artículo 1.591...”, *op. cit.*, p. 630; en el mismo sentido ARNAU MOYA, F., *Los vicios...*, *op. cit.*, pp. 228 y 230, que crítica que la LOE no establezca expresamente esta imperatividad; y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 902.

y a las que establecen las obligaciones de los agentes de la edificación (artículos 8 a 16)³⁶².

b) Nulidad de los pactos contrarios a la LOE

Ya SCAEVOLA³⁶³ consideraba “*inmoral y contrario al público interés, y, por consiguiente, nulo*”, el pacto por el que el propietario renunciaba al plazo de garantía decenal. Del mismo modo, la LOE se erige en un límite frente a los pactos que puedan alcanzar los propietarios y los agentes constructivos, o éstos últimos entre sí, y opera como una restricción del principio de autonomía de la voluntad ex artículo 1.255³⁶⁴. En consecuencia, no serán admisibles los pactos entre los propietarios y los agentes de la edificación, o, entre éstos, en los que se excluyan, se renuncien o se disminuyan las garantías que esta ley establece en favor del titular del edificio³⁶⁵, si bien sí pueden ser admisibles los que incrementen tales garantías. Con carácter general y en línea de principio, consideramos que esta ineficacia también debe alcanzar a los pactos que convengan los agentes entre sí, si su contenido va en detrimento de los niveles de calidad que fomenta y exige la LOE³⁶⁶. En consecuencia, estos pactos serán nulos conforme al artículo 6.3 CC³⁶⁷, aunque habrá que analizar el contenido concreto de cada acuerdo, para comprobar si conculca efectivamente la imperatividad que instaura esta norma³⁶⁸. En el mismo sentido, ORTI VALLEJO³⁶⁹ destaca el carácter de orden público de los requisitos básicos de la edificación, aunque admite los pactos que limiten otros aspectos que no estén relacionados con estos requisitos básicos, salvo que el contratante sea consumidor y tengan carácter abusivo. MORENO-TORRES HERRERA³⁷⁰ cuestiona el carácter imperativo de la LOE, pues, según su criterio, esta ley protege un interés meramente privado, por lo que admite la validez de los pactos que limiten la responsabilidad de los agentes de la edificación, aunque en el caso de consumidores habrá que examinar si la cláusula deriva de una libre negociación. También admite esta autora los pactos entre los agentes de la edificación para

³⁶²MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades...*, op. cit., pp. 83 y 84.

³⁶³SCAEVOLA, *Código Civil*, Tomo XXIV, Parte 2ª, revisada por L. Rodríguez Arias, 2ª ed., Reus, Madrid, 1951, pp. 109 a 112. En el mismo sentido GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 283 a 287, que sostiene que la imperatividad del artículo 1591 CC sustrae a la autonomía privada los pactos que excluyan o limiten la garantía decenal, por lo que los mismos son inoponibles frente al perjudicado. Así lo establece el artículo 1792.5 del *Code français*, modificado por la Ley 12/1978 de 4 de enero, que reputa no escrita toda cláusula que excluya o limite el sistema de garantías que establece dicho precepto.

³⁶⁴ÁLVAREZ OLALLA, P., “La responsabilidad...”, op. cit., pp. 45 a 47, que pone el acento en la importancia en este ámbito de las normas de protección de los consumidores.

³⁶⁵SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 30 a 34, que subraya la indisponibilidad de los plazos de garantía.

³⁶⁶Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades...*, op. cit., pp. 82 y 83.

³⁶⁷BLASCO GASCÓ, F.P., *Eficacia e ineficacia del acto jurídico contra legem*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 114 a 116, alude a la función terapéutica del artículo 6.3 CC, en cuanto permite declarar la nulidad por contravención de normas limitativas del tráfico económico, aunque las mismas no prevean directamente este efecto.

³⁶⁸ÁLVAREZ OLALLA, P., “La responsabilidad...”, op. cit., pp. 45 y 46, considera admisibles determinados pactos entre los agentes de la edificación en las relaciones internas, como los que exoneran de responsabilidad a un agente por causas justificadas, p. ej. al arquitecto que encarga la estructura a un técnico especialista en hormigón armado.

³⁶⁹ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, op. cit., p. 784.

³⁷⁰MORENO-TORRES HERRERA, Mª.L., “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y Mª.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 207 a 212.

redistribuir los riesgos de modo distinto al texto legal, aunque con eficacia sólo en las relaciones internas³⁷¹. En cualquier caso, sí serán admisibles los pactos por los que se renuncie o se modere la responsabilidad de los agentes de la edificación, que se concierten por el propietario una vez surgidos e identificados los defectos constructivos.

c) Imperatividad reforzada respecto de los consumidores

Adicionalmente, cuando los propietarios sean consumidores, resultará de aplicación el artículo 86 TRLCU, que dispone el carácter abusivo de las cláusulas que limiten o priven al consumidor de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas. En particular, el artículo 86.1 considera abusivas aquellas estipulaciones que prevean la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario, por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario³⁷². Por su parte, el artículo 86.7 establece el carácter abusivo de “*la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*”. En este sentido, la doctrina destaca que, aunque no se pudiera establecer el carácter imperativo de la LOE, no serían válidas las cláusulas que alteren su contenido en perjuicio del adquirente-consumidor, ni siquiera mediante las conocidas como “cláusulas de conformidad”, en las que el adquirente reconoce que la vivienda es conforme con lo pactado en el contrato y que no presenta ningún vicio o defecto, o que la vivienda se recibe a satisfacción, pues constituyen una renuncia a exigir responsabilidad al promotor sin que se haya producido un examen exhaustivo de la vivienda, lo que impide considerar que la eventual reclamación posterior vulnere el principio de los actos propios³⁷³. No obstante, como ya hemos indicado, sí serán válidos los pactos por el que consumidor renuncie o modere la responsabilidad de los agentes de la edificación una vez surgidos e identificados los defectos en la edificación.

4. La transmisión de responsabilidad a los sucesores

a) Personas físicas

No cabe duda de que la responsabilidad que dimana de la LOE se rige por las reglas generales y es transmisible a los sucesores universales o herederos (artículo 660 CC) con arreglo al artículo 661 CC, al tener el carácter de obligación no personalísima³⁷⁴. Y ello pese a la peculiaridad que representa el hecho de que pueda no ser conocida al producirse la delación de la herencia, y a que pueda aflorar tras el fallecimiento del responsable. De este modo, la responsabilidad por defectos constructivos es transmisible a los herederos conforme a las normas generales, pese a que la garantía decenal y trienal puedan hacerla surgir años después de aceptada la herencia. No obstante, esta singularidad introduce un factor de incertidumbre sobre

³⁷¹ *Ibidem* pp. 215 y 216.

³⁷² El artículo 86.1.2º TRLCU también dispone el carácter abusivo de “*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*”.

³⁷³ *Vid.* BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 512 y 513, que citan las SSAP de Pontevedra de 4 de mayo de 1992 (AC 1992\682) y de Córdoba de 17 de julio de 1998 (AC 1998\1361).

³⁷⁴ *Vid.* VINADER CARRACEDO, J., “Los arrendamientos...”, *op. cit.*, p. 506.

el contenido exacto del patrimonio del causante, cuyo pasivo no puede considerarse totalmente cerrado hasta que no transcurran los plazos de responsabilidad, y, en su caso, prescripción, lo cual hace aconsejable para el llamado a la herencia el acogerse al beneficio de inventario. En otro caso, la exigencia de responsabilidad después de aceptada la herencia, puede determinar que los herederos deban responder con sus propios bienes, *ultra vires*, si la aceptan pura y simplemente. Indica GÓMEZ DE LA ESCALERA³⁷⁵, que un principio de justicia exigiría limitar en estos casos la responsabilidad a los bienes recibidos (*cum viribus hereditatis*), o a su valor si los mismos se han enajenado (*pro viribus hereditatis*). En este sentido, si la herencia se aceptó a beneficio de inventario, parece que habría que determinar de nuevo los términos de dicho inventario. En estos supuestos, en los que al aceptar la herencia se desconocía la existencia de la deuda por vicios constructivos, y, posteriormente el sucesor sea demandado por este motivo, se plantea la posibilidad de impugnar la aceptación pura y simple de la herencia por error, ex artículo 997 CC, computando el plazo de caducidad desde que se tuvo conocimiento de la sentencia estimatoria de la demanda por defectos constructivos³⁷⁶.

b) Personas jurídicas

En el caso de las personas jurídicas en este punto es necesario mencionar la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles³⁷⁷, en cuanto regula una serie de supuestos —fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo— que suponen la transmisión en bloque del patrimonio social a otra entidad, lo que puede comportar que la responsabilidad por los defectos constructivos se traslade al cesionario. Además, al margen de estos supuestos, en relación a la extinción de una sociedad, el artículo 20.2 LOE dispone que no es posible el cierre de la hoja registral ni inscribir la liquidación de una sociedad promotora en el Registro Mercantil, mientras no transcurran los plazos de prescripción de acciones del artículo 18 LOE y se acredite la constitución de las garantías legalmente exigibles en todas las obras promovidas por la empresa en cuestión. No obstante, es frecuente que puedan darse supuestos de reclamación de responsabilidad por vicios constructivos respecto de sociedades disueltas, liquidadas e inscritas en el Registro Mercantil, porque, entre otras posibilidades, se hayan interrumpido los plazos de prescripción. En estos casos, el perjudicado tendría las dos opciones que abordamos a continuación en orden a exigir las responsabilidades correspondientes:

i) Responsabilidad de socios y liquidadores

El crédito por vicios constructivos es exigible, aunque los liquidadores no lo incluyan en el pasivo por desconocer su existencia o por cualquier otra causa. En estos casos resulta de aplicación el artículo 399 LSC³⁷⁸, en cuanto a la responsabilidad de los socios por deudas sobrevenidas, hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores con

³⁷⁵GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 287 a 292.

³⁷⁶Vid. GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Dikynson, Madrid, 2004, p. 163 a 166; y GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 291 y 292.

³⁷⁷BOE núm. 82, de 3 de abril de 2009.

³⁷⁸Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010).

arreglo al artículo 397 LSC, por los perjuicios que causen a los socios o acreedores por dolo o culpa en el desempeño de su cargo.

ii) Responsabilidad de la sociedad disuelta y liquidada

Sin perjuicio de lo anterior, aunque la sociedad se haya disuelto, liquidado y se haya cancelado su asiento registral con extinción de su personalidad jurídica, aun cumpliéndose lo previsto el artículo 20 LOE, debe tenerse presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la subsistencia de la personalidad jurídica, para hacer frente a las responsabilidades que puedan surgir de las relaciones jurídicas en las que dicha sociedad tuvo intervención³⁷⁹. De este modo, queda latente la personalidad de la sociedad a los meros efectos de completar las operaciones de liquidación, en lo que respecta a los créditos reclamados judicialmente que no fueron incluidos en el balance de liquidación³⁸⁰. No obstante, por nuestra parte advertimos que esta posibilidad, aunque solventa un problema procesal de legitimación pasiva, en cuanto será posible demandar a la sociedad disuelta³⁸¹ y no será necesario declarar previamente la nulidad de su asiento de cancelación registral, a efectos prácticos, en la mayor parte de los supuestos habrá que demandar a los socios³⁸² y/o liquidadores³⁸³, según proceda, para hacer efectivas las responsabilidades declaradas sobre un patrimonio concreto.

E) La LOE como norma de protección del consumidor

Aunque en materia de vicios constructivos la LOE es la norma fundamental para la protección de los consumidores y usuarios, esta disposición ni es una norma específica de protección de los consumidores, ni eleva su nivel de protección respecto al existente con el régimen del artículo 1.591 CC³⁸⁴. Así, COLINA GAREA³⁸⁵ indica que, pese a lo que se expresa en su Exposición de Motivos, la LOE no ha sido concebida como un texto *ad hoc* para la protección de los consumidores, como revela el hecho de que en su articulado no se utilice esta expresión, sino la de *propietario* o *usuario*, y de que la protección que dispensa se brinde al titular del edificio y no sólo a los que ostentan la condición de consumidores. No obstante, cuando el propietario sea consumidor, se aplicarán adicionalmente las normas sobre protección específica de los consumidores³⁸⁶. En el mismo sentido, LASARTE³⁸⁷ pone de relieve como es “*bastante forzada la ilación y, desde luego, el nervio consumerista o de protección del*

³⁷⁹ Vid. SSTS de 24 mayo 2017 (RJ 2017\2217), 20 de marzo de 2013 (RJ 2013\2594) y 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\1897). En sentido contrario, vid. STS de 25 de julio de 2012 (RJ 2012\ 8372).

³⁸⁰ Vid. LARA GONZÁLEZ, R., “La personalidad jurídica de las sociedades de capital tras la cancelación registral: su legitimación pasiva”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2018.

³⁸¹ SAP de Guipúzcoa de 6 de junio de 2014 (JUR 2014\266052).

³⁸² Respecto de éstos su responsabilidad queda limitada a los bienes recibidos en la liquidación, según dispone el artículo 399 LSC.

³⁸³ Su responsabilidad se rige por el artículo 397 LSC que los hace responder por dolo o culpa en el desempeño de su cargo.

³⁸⁴ ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El difícil encaje...”, *op. cit.*, pp. 582 y 583, hace notar que “ese estadio normativo que tiene como bastión fundamental el artículo 1591 del Código Civil es el que proporciona el más alto grado de protección al adquirente de un edificio de reciente construcción”.

³⁸⁵ COLINA GAREA, R., “Sobre la necesidad o no del carácter oculto de los vicios constructivos en la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porrás y F. Méndez González, Tomo I, Universidad de Murcia, 2004, p. 1.129.

³⁸⁶ Vid. Capítulo Primero, § II, D).

³⁸⁷ LASARTE, C., “Editorial”, *La Ley*, núm. D-299, Tomo 6, 1999.

consumidor de la nueva Ley es excesivamente liviano, por no decir casi inexistente”, pues la reducción de los plazos de garantía y prescripción de los artículos 17 y 18 constituye una paradoja en cuanto a esta finalidad. También LARROSA AMANTE³⁸⁸ coincide en señalar como aspectos más negativos de la LOE para el consumidor, la reducción del plazo de garantía de los defectos de habitabilidad a tres años, frente al plazo de garantía de diez años del que gozaba el concepto antecedente de ruina funcional; unido al cómputo de este plazo desde la recepción de la obra, y no desde la entrega de la vivienda al adquirente, lo que merma esta garantía de habitabilidad que, además, no goza por el momento de la protección del artículo 19 LOE en cuanto al seguro obligatorio³⁸⁹. En el mismo sentido, critica esta reducción de los plazos de garantía y prescripción ALONSO PÉREZ³⁹⁰, que atribuye la redacción de los artículos 17 y 18 LOE a una deliberada voluntad de reducir el alto nivel de protección que deparaba el artículo 1.591 CC, manifestando que *“a nadie se le oculta que tras la LOE hay una voluntad deliberada de suavizar el régimen de responsabilidad para los operadores económicos del sector de la construcción que se ubican en el lado de la oferta”*. Para MORENO-TORRES HERRERA³⁹¹, la LOE no es una norma de protección de los consumidores y en ella su protección tiene carácter residual, pues puede invocarse por quienes no ostenten la condición de consumidor, e incluso el propio promotor puede ejercitar las acciones LOE mientras sea propietario. Para esta autora, no es, en suma, una norma que tenga una lógica protectora de los consumidores, pues, dejando al margen las garantías obligatorias, la ley especial *“representa un paso atrás respecto de la situación de la que disfrutaban al amparo del artículo 1.591 o más exactamente de su interpretación jurisprudencial”*, con la que los tribunales sí mostraron una auténtica voluntad de proteger a los compradores de vivienda, *“quienes hubieran quedado desamparados frente al problema de las anomalías en la construcción si se les hubiera aplicado estricta y literalmente el derecho codificado”*.

F) Valoración crítica

La valoración de la LOE arroja como aspectos más positivos la elevación del nivel de calidad de los edificios; la regulación de la documentación de la obra ejecutada y el libro del edificio; la positivación de las obligaciones de los agentes de la edificación; y el establecimiento de garantías obligatorias sobre daños materiales; y, como aspectos más negativos, la excesiva reducción del plazo de la garantía de habitabilidad y del plazo de prescripción³⁹²; la limitación de los daños reclamables a los materiales en el propio edificio; y la insuficiente coordinación con el resto de los regímenes jurídicos de aplicación en materia de defectos constructivos. Así,

³⁸⁸LARROSA AMANTE, M.A., “Los mecanismos de la Ley de Ordenación de la Edificación para la protección de los consumidores”, *Sepin Inmobiliario*, núm. 3, 2009, pp. 24 y 25.

³⁸⁹La disposición adicional segunda de la LOE sólo establece actualmente la obligatoriedad de la garantía decenal, y, además, únicamente para los edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

³⁹⁰ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El difícil encaje...”, *op. cit.*, pp. 582 y 583.

³⁹¹MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los defectos...”, *op. cit.*, pp. 520 y 521.

³⁹²Vid. AVILÉS INGLÉS, F.M., *Identificación de los daños estructurales, herramienta de la nueva atribución de responsabilidades. Análisis crítico de la transición del art. 1591 CC al art. 17 LOE*, Tesis Doctoral, dirigida por A. Más-Guindal Lafarga, Universidad Politécnica de Madrid, 2013, p. 6-50, que pone de relieve como la LOE ha calado profundamente en el criterio de los tribunales de justicia, de forma que tras su entrada en vigor han aumentado las absoluciones del 40,34% al 59,33%, de las que un 10,78% derivan de prescripción por aplicación de los nuevos plazos que dicha norma dispone.

LOSCERTALES FUERTES³⁹³ afirma que “en general el resultado es bueno, porque permite clarificar la competencia, cualificación, funciones y responsabilidades de cada agente que interviene en la edificación, algo muy positivo para la exigencia de responsabilidad cuando resulte procedente”. Para MARTÍN BERNAL³⁹⁴ “la Ley está dominada por esos dos principios: el de la garantía y el de la calidad de nuestros edificios”. RUIZ-RICO RUIZ³⁹⁵ destaca que la LOE supone un paso atrás en la protección de los consumidores, al reducir los plazos de garantía y prescripción de forma drástica a cambio de instituir un aseguramiento obligatorio. MUÑOZ GARCÍA³⁹⁶ pone de manifiesto la necesidad de armonizar adecuadamente el Derecho de consumidores y el Derecho de la edificación, para lograr la protección íntegra del adquirente de vivienda y critica que la LOE no haya aportado una solución global a todos los daños sufridos por los defectos constructivos, ni haya evitado la dispersión normativa, pues para obtener la reparación de los daños y perjuicios distintos de los materiales en el propio edificio, es necesario acudir a normas externas a la ley especial. En este sentido, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA³⁹⁷ resalta el carácter restrictivo del régimen de la LOE y como el mismo sólo se activa por la concurrencia de un determinado tipo de daños —materiales en edificio— y un determinado tipo de vicios —decenales, de habitabilidad o de acabado—, cuando ambos se den en una construcción sujeta a esta norma.

De un modo sintético podríamos establecer el siguiente análisis comparativo entre el régimen del artículo 1.591 CC y la LOE:

Ventajas de la LOE:

- Eleva los estándares de calidad con la aprobación del Código Técnico de la Edificación.
- Impone el aseguramiento obligatorio, actualmente sólo de la responsabilidad decenal
- Regula la documentación de la obra ejecutada (libro del edificio),
- Delimita las atribuciones y obligaciones de los agentes de la edificación y clarifica la exigencia de responsabilidades.

Inconvenientes de la LOE:

- Reduce el plazo de garantía por los defectos de habitabilidad (ruina funcional) de 10 a 3 años.

³⁹³LOSCERTALES FUERTES, D., “La responsabilidad civil en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación”, *Revista Sepin Propiedad Horizontal*, núm. 198-B, 1999, pp. 31 a 34

³⁹⁴Vid. MARTÍN BERNAL, J.M., “La ley de ordenación de la edificación como garantía de calidad”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm.17, 2001, p. 4.

³⁹⁵RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Los principios básicos de la nueva ley y la responsabilidad por vicios o defectos constructivos. La LOE y la protección de los consumidores”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 23 y 24.

³⁹⁶MUÑOZ GARCÍA, C., “Tutela...”, *op. cit.*, pp. 1 y 2.

³⁹⁷SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., “La falsa...”, *op. cit.*, p. 4.592.

- Reduce los plazos de prescripción de 15 (actualmente 5) a 2 años.

- Limita los daños reclamables a los daños materiales causados en el edificio, y no permite reclamar por daños corporales, en bienes muebles, gastos de traslado, mudanza, estancia temporal, realojamiento, lucro cesante o daños morales.

III. LA LOE COMO NORMA DE INTEGRACIÓN DE LA PRESTACIÓN CONTRACTUAL

El negocio jurídico contractual tiene una relevancia básica en el proceso de la edificación, por cuanto está presente en todas sus fases y afecta, en mayor o menor medida, a todos los sujetos que se desenvuelven en este ámbito³⁹⁸. Así, la adquisición del terreno, su financiación, el proyecto del edificio, su construcción, la dirección técnica, las garantías, la comercialización del producto edificado o el proceso de venta, son hechos jurídicos presididos por la institución contractual que se manifiesta a través de diversas modalidades, típicas y atípicas, aunque predominen dos tipos convencionales específicos, como son el contrato de obra y el contrato de compraventa. Aunque en el Derecho Romano el concepto de contrato no se equiparaba exclusivamente con la convención, sino que abarcaba otros actos lícitos que desencadenaban relaciones obligatorias³⁹⁹, en nuestro ordenamiento jurídico el contrato debe conceptuarse como una especie del negocio jurídico, incardinado específicamente en el ámbito del Derecho de obligaciones. ALBALADEJO⁴⁰⁰ destaca como este término puede entenderse en un sentido amplio y en un sentido estricto. En el primero su campo de acción es el Derecho civil en su conjunto —contratos relativos al nacimiento de un derecho real o contratos de Derecho de familia como el matrimonio—; en el segundo su ámbito es el Derecho de obligaciones, de forma que mediante el contrato se crean, modifican o extinguen obligaciones. DÍEZ-PICAZO⁴⁰¹ advierte como nuestro Código Civil no contiene un concepto de contrato, si bien de los artículos 1.089 —el contrato como fuente de obligaciones—; 1.091 —las obligaciones tienen fuerza de ley entre los contratantes—; y 1.254 —el contrato existe desde que dos o más personas consienten en obligarse—; se puede deducir el concepto legislativo de contrato, que pivota sobre dos premisas: el acuerdo de voluntades y la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. El contrato es, por tanto, el paradigma de negocio jurídico, reseñando al respecto DE CASTRO⁴⁰², que “*las reglas sobre el negocio jurídico se obtienen*

³⁹⁸DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho de la Construcción*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 19, afirma que el contrato de obra es el eje central de lo que se ha dado en llamar Derecho de la construcción. No obstante, como pone relieve MORENO-TORRES HERRERA, Mª.L., “Los defectos...”, *op. cit.*, p. 510, el proceso constructivo se puede iniciar sin la existencia de un contrato de obra, como sucede cuando el promotor asume también la función de constructor.

³⁹⁹*Vid.* WEGMANN STOCKEBRAND, A., “Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 34, 2018, p. 88, que pone de relieve como, para GAYO y parte de la jurisprudencia clásica, entre la que cita a PAULO y ULPIANO, para que nazca una relación obligatoria *ex contractu* es suficiente que el hecho del que ella procede no sea ilícito (*ex delicto*).

⁴⁰⁰*Vid.* ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, *op. cit.*, pp. 365 y 366

⁴⁰¹DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 133.

⁴⁰²*Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, Volumen X, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.971, p. 23.

generalizando las ya muy amplias sobre los contratos, de modo que sean aplicables a los actos mortis causa y a cualquier otro inter vivos; las que todavía se estiran más, hasta referirlas a cualquier acto expresivo de una voluntad o a los que se atribuye tal carácter". Señala ALBALADEJO⁴⁰³, que la LOE no es propiamente la ley del contrato de obra civil, sino una ley que disciplina la responsabilidad y el seguro en la construcción de edificios. No obstante, como precisa DÍEZ-PICAZO⁴⁰⁴, el contrato de obra, además de estar regulado por el Código Civil, lo está, al menos parcialmente, por la LOE, de forma que es precisa una aplicación coordinada de los preceptos de ambas normas.

A) La interdependencia entre la LOE y el contrato

1. La relevancia de la LOE en la integración de la prestación contractual

El artículo 1 LOE señala como función de esta norma "*regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso...*". En consecuencia, la figura del contrato en el seno del proceso de la edificación no puede ser ajena a una juridificada declaración de intenciones de ese calado, por lo que, sin perjuicio de que existan normas como las relativas al régimen de las acciones de responsabilidad del artículo 17, o a los plazos de prescripción del artículo 18, que sólo serán aplicables cuando se ejerciten acciones basadas en la LOE, otros preceptos de su articulado, la mayoría, serán directamente aplicables a los contratos celebrados en este ámbito. No en vano esta disposición es la norma de referencia en el proceso de la edificación, cualquiera que sea el régimen jurídico aplicable. En este sentido, ORTI VALLEJO⁴⁰⁵ indica que la LOE constituye "*el marco normativo de referencia para solucionar todos los conflictos que surjan en caso de deficiencias de todo tipo en la construcción*". De ahí que gran parte sus preceptos deban aplicarse también cuando se ejercitan acciones sobre responsabilidad contractual. Así sucederá con el artículo 2 sobre el concepto de edificación; el artículo 3 sobre los requisitos básicos de la edificación; los artículos 4 y 5 sobre el proyecto y la licencia; el 6 sobre la recepción de la obra; el 7 sobre la documentación de la obra ejecutada; o los artículos 8 a 16 sobre las obligaciones de los agentes de la edificación. Digno de mención resulta el artículo 19 LOE, máximo exponente de cuanto venimos reseñando, en cuanto que el mismo directamente establece el contenido mínimo imperativo que deben contener las garantías contractuales —seguro de daños materiales, seguro de caución o garantías financieras, que en dicho precepto se establecen—. Esta influencia de la LOE se produce fundamentalmente respecto del contrato de obra inmobiliaria, en el que, el contenido previsto en los artículos 1.588 a 1.600 CC, se moldea por las cláusulas que convengan las partes y por las normas imperativas que sobre el particular establece la LOE, que, aunque no regula propiamente el contrato de obra,

⁴⁰³ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, op. cit., p. 751. En el mismo sentido GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., "Capítulo I. Objeto del régimen de ordenación de la edificación", en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 21.

⁴⁰⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV, Las particulares relaciones obligatorias*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 376.

⁴⁰⁵ Cfr. ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad civil...", op. cit., pp. 801 a 805.

incide directamente en su contenido⁴⁰⁶. En este sentido tiene una importancia fundamental el artículo 1.258 CC y su carácter de norma general de integración del contrato, en cuanto puede comportar la agregación de derechos y obligaciones no contemplados por las partes ni por normas imperativas⁴⁰⁷. Indica MANRESA⁴⁰⁸ que esta norma tiende a completar el contrato, “*extendiéndolo a todo aquello que, por ser práctica observada, reiterada y admitida, se cree innecesario consignar expresamente en el texto contractual, tratándose por la común de materia accesorio y de matiz meramente ejecutivo (...)*”. Por su parte, DÍEZ-PICAZO⁴⁰⁹ precisa que las partes en el contrato suelen realizar una somera descripción de la prestación, la cual debe ser integrada con la *lex artis* profesional, de forma que es prestación el desarrollo de toda la diligencia necesaria, y es incumplimiento la omisión de aquella diligencia. Así, el artículo 1.258 CC⁴¹⁰ desempeña a estos efectos un papel decisivo, pues, aunque las partes no hayan convenido en el contrato la observancia de los requisitos básicos de la edificación, el edificio habrá de respetar las exigencias reguladas en el artículo 3 LOE y las establecidas en su desarrollo por el CTE⁴¹¹. Además, cuando se trate de contratos celebrados con consumidores, esta integración deberá efectuarse en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva ex artículo 65 TRLCU. CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO⁴¹² aluden a la “*norma de integración masiva que es el artículo 1.258 CC*”, en cuanto este precepto, incluso en defecto de pacto, atribuye carácter obligacional a todas las consecuencias que, según la naturaleza del contrato, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, siempre que el incumplimiento de la LOE o el del CTE constituya un supuesto de frustración de la prestación. Lo mismo sucede con la virtualidad de la LOE para concretar la diligencia exigible conforme a la *lex artis* profesional o con el protagonismo de los requisitos básicos de la edificación que previene el artículo 3 en orden a definir supuestos de incumplimiento contractual⁴¹³. En sentido idéntico, el elenco de obligaciones y atribuciones que se contienen en los artículos 8 a 15 respecto de los distintos agentes de la edificación, servirá para fijar los parámetros en base a los

⁴⁰⁶ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Comentario al artículo 1.588 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 11.226.

⁴⁰⁷Vid. CARRASCO PERERA, A., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Capítulo 4. Introducción jurídica al código técnico de la edificación”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 91.

⁴⁰⁸Vid. MANRESA Y NAVARRO, J.M., “Comentario del artículo 1.258 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, Volumen II, revisada por M. Moreno Mocholí, 2^a Reus, Madrid, 1967, p. 440.

⁴⁰⁹Vid. DÍEZ-PICAZO, L., “Ley de edificación y Código Civil”, *ADC*, Vol. LIII, núm. I, 2000, p. 3

⁴¹⁰En este sentido, entre otras muchas, la STS de 22 octubre de 2012 (RJ 2012\11064) establece “...que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación no se resuelve o se agota en la mera obligación de entrega de la cosa y que, a su vez, la alegación del artículo 1258 del Código Civil, lejos de sujetar la eficacia del contrato a lo «expresamente pactado», la integra por derivación de normas jurídicas (ley o uso) o por derivación de reglas éticas (buena fe)”.

⁴¹¹Vid. CARUANA FONT DE MORA, G., “La compraventa de vivienda. Reclamación del comprador ante incumplimientos del vendedor en materia de extensión, calidades y fecha de entrega”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 66, 2006, p. 3, pone el ejemplo de que, aunque la publicidad, la información pre-contractual o el contrato no indiquen nada sobre el aislamiento acústico, la LOE y el CTE obligan a establecer la necesaria protección contra el ruido, como normas que establecen los estándares de calidad exigible en la habitabilidad de la vivienda.

⁴¹²Cfr. CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Capítulo 4. Introducción...”, *op. cit.* pp. 91 a 93.

⁴¹³Cfr. *ibidem*, p.142.

cuales se les podrá exigir responsabilidad contractual⁴¹⁴. No obstante, los citados autores matizan que la inobservancia de las normas de la LOE, sólo adquirirá relevancia jurídica si se materializa en la existencia de vicios constructivos ex artículo 17.1, los cuales también integran un supuesto de incumplimiento contractual. Esta última precisión, a nuestro juicio, puede ser excesiva, en cuanto que contractualmente pueden darse incumplimientos y defectos constructivos diferentes a los que recoge el precepto citado, que también estén relacionados con el incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación, cuya traslación tácita al contrato debe producirse de forma automática en virtud del artículo 1.258 CC. En este sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO⁴¹⁵ pone de relieve que la responsabilidad contractual tiene un ámbito objetivo más amplio que la LOE, y que no requiere la producción de daños materiales, bastando cualquier incumplimiento de las condiciones expresamente pactadas en el contrato, incluso aunque no se trate de defectuosa construcción, sino de una mera falta de conformidad, poniendo el acento en que dicha responsabilidad no se limita a los expresamente pactado, sino que, por vía del artículo 1258 CC, cobra relevancia todo incumplimiento de la *lex artis* profesional, aun cuando no contravenga una expresa estipulación contractual. De este modo, la mayor parte de las obligaciones contractuales en este ámbito de la edificación habrán de ser analizadas bajo el prisma que constituyen los preceptos de la LOE, partiendo de la observancia de los requisitos básicos del edificio que establece su artículo 3⁴¹⁶, por cuanto su contenido sustantivo en el seno de un contrato deberá integrarse por remisión tácita a la ley especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.258 CC y sin perjuicio de las matizaciones que las partes puedan establecer al respecto. El mismo valor integrador del contrato tendrán las normas dictadas en desarrollo de la LOE, como sucede, principalmente, con el CTE, al que a continuación aludiremos. En consecuencia, la existencia de una responsabilidad ex LOE diferente de la responsabilidad contractual, debe nuclearse básicamente en lo relativo a las acciones de responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación ex artículo 17, y en cuanto al régimen prescriptivo del artículo 18, pero no respecto del resto del contenido de dicha norma, que proyecta también su eficacia al ámbito convencional. Y lo anterior sin perjuicio de que el artículo 17, en cuanto delimita la tipología de defectos constructivos —estructurales, de habitabilidad y acabado— tenga virtualidad para definir determinados incumplimientos contractuales, o de que, en determinados supuestos, las soluciones o determinaciones del régimen LOE puedan ser extrapoladas por analogía al ámbito de la responsabilidad contractual.

Del modo expuesto, debe hacerse notar que, en los contratos celebrados en este ámbito, el principio de la autonomía de la voluntad tiene un papel importante, pero matizado por la existencia de normas que establecen de forma detallada las obligaciones de las partes con carácter imperativo. En particular, en los contratos que se celebren entre los agentes de la edificación, aunque el artículo 8 LOE remite al contrato para determinar sus obligaciones, esta remisión operará en un segundo nivel, puesto que estos pactos tendrán un contenido obligacional imperativo, mínimo e inderogable, constituido por la propia LOE y las disposiciones dictadas en su

⁴¹⁴RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y ARIAS DÍAZ, M^a.D., “La responsabilidad por vicios o defectos constructivos en la LOE: sus caracteres básicos”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, p. 103.

⁴¹⁵MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 258.

⁴¹⁶RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Los principios básicos...”, *op. cit.*, pp. 21 a 23.

desarrollo. En consecuencia, el contenido de los contratos a celebrar por el promotor con el proyectista, directores de obra o constructor, vendrá señaladamente predeterminado por el elenco de obligaciones que la LOE y el CTE establecen respecto de cada uno de estos agentes constructivos⁴¹⁷.

2. El rol de los pactos contractuales en la aplicación de la LOE

El régimen jurídico de la LOE y el régimen jurídico de la responsabilidad contractual, constituyen dos regulaciones diferentes respecto de las responsabilidades que se pueden originar por la presencia de defectos en la edificación. No obstante, cada una de ellas no opera de forma totalmente independiente y como un compartimento estanco respecto de la otra, sino que, sin perjuicio de las diferencias nucleares que existen entre ambas, se produce una recíproca comunicación o trasvase de contenido jurídico entre los dos regímenes citados. En efecto, el sistema de responsabilidad legal que instaura la LOE opera sobre la base de un previo sustrato negocial, del que se derivan una serie de relaciones jurídicas con sus correspondientes acciones contractuales, y sobre el que se superponen las acciones de la LOE, adornadas, como nota distintiva, por la posibilidad de exigir responsabilidades a sujetos con los que no se mantiene una vinculación contractual. Sin embargo, aunque la LOE faculte para la exigencia de responsabilidades a los agentes de la edificación al margen de la existencia de un contrato, dicha norma presupone una realidad contractual subyacente, aunque ésta no relacione entre sí a todos los sujetos que intervienen en el hecho edificatorio, a la que viene a complementar. Así, el proceso edificatorio tiene un claro origen contractual y en el mismo pueden distinguirse, a grandes rasgos, dos tipos de relaciones jurídicas:

- Aquellas dirigidas a la construcción del edificio, que se entablan entre el promotor de una parte, como dueño del terreno y comitente (*dominus operis*), con los distintos agentes de la edificación y otros sujetos relacionados con el proceso constructivo —constructor, proyectista, directores de obra y de ejecución, laboratorios de control de calidad, asegurador o entidad financiera, entre otros—. En este tipo de relaciones el contrato predominante es el contrato de obra, aunque también concurren otros tipos contractuales como el arrendamiento de servicios, el contrato de consultoría, el *management* o el citado de seguro, entre otros.

- Aquellas dirigidas a la comercialización del edificio o de partes del mismo, que se entablan entre el promotor (*dominus operis*) con los interesados en su adquisición, señaladamente con los adquirentes de los inmuebles resultantes. En este caso el contrato predominante es el de compraventa, aunque pueden darse otros como el arrendamiento con opción de compra, la permuta, el leasing o contratos instrumentales preordenados a la comercialización del edificio, como el de agencia, comisión de venta o corretaje, entre otros.

En este haz de relaciones contractuales será el promotor, como figura ancilar del proceso constructivo, el que habrá entablado relaciones contractuales con todos o casi todos los sujetos mencionados, mientras que los demás generalmente sólo intervendrán en uno de los dos grupos de relaciones contractuales definidas, bien en

⁴¹⁷Así, entre otros, artículo 9 LOE en cuanto al promotor; artículos 10 LOE y 6 CTE en cuanto al proyectista; artículos 12 y 13 LOE y artículo 7 CTE en cuanto a los directores de obra y de ejecución de la obra; artículo 11 LOE en cuanto al constructor; artículo 14 LOE sobre las entidades y laboratorios de control de calidad en la edificación; artículo 15 LOE sobre los suministradores de productos.

la dirigida a la construcción del edificio —agentes de la edificación—, bien en la dirigida a su comercialización —futuros adquirentes—. De este modo, la LOE opera sobre este previo e insoslayable sustrato contractual y, por este motivo, el trasvase de contenido jurídico entre este régimen y el régimen de la responsabilidad contractual es bidireccional, en cuanto que también las normas que disciplinan los contratos en este ámbito, y las cláusulas contenidas en los mismos, serán aplicables para complementar e interpretar la ley especial, tal y como se desprende de las menciones que se contienen en su articulado en ese sentido. Así sucede cuando sus normas tienen cierto carácter dispositivo⁴¹⁸, o cuando expresamente se efectúan remisiones al marco convencional para integrar y complementar las obligaciones de los agentes de la edificación. Así, la LOE, en los artículos 8 a 15, alude al contrato como fuente complementaria a la regulación legal, no sólo en lo relativo a la responsabilidad por posibles incumplimientos, sino para configurar el objeto de la prestación, como ocurre con la remisión general del artículo 8⁴¹⁹, o en el artículo 11.1 respecto del constructor. De esta manera, el contenido del contrato adquiere relevancia como medio de atribución o reasignación de responsabilidades en el marco de la LOE o, incluso como medio de exoneración, si mediante sus estipulaciones se acredita que el contratante no es un agente de la edificación⁴²⁰. Item más, la misma identificación de una persona como agente de la edificación exigirá analizar la previa existencia de un contrato celebrado con el promotor y las concretas obligaciones que se asumen⁴²¹.

B) El Código Técnico de la Edificación: su eficacia contractual

El Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación⁴²², constituye la norma que desarrolla la LOE de acuerdo con la remisión que establece su artículo 3.2, constituyéndolo en “*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 artículo 2.2, de tal forma que permita el cumplimiento de los anteriores requisitos básicos*”. Es, por tanto, el marco normativo que establece las exigencias que deben cumplir los edificios en relación con los requisitos de seguridad y habitación que establece la LOE⁴²³. Como indica su exposición de motivos, el CTE se divide en dos partes, ambas de carácter reglamentario⁴²⁴. En la primera se contienen las disposiciones de carácter general —ámbito de aplicación, estructura, clasificación de usos, etc.— y las exigencias que

⁴¹⁸Así artículo 6 sobre recepción de la obra, apartado 1, “*cuando así se acuerde por las partes*”, y apartado 4, “*salvo pacto expreso en contrario*”.

⁴¹⁹Vid. artículo 8 cuando remite al contrato para determinar, en conjunción con la LOE, las obligaciones de los agentes de la edificación.

⁴²⁰ROMERO PAREJA, A., “La responsabilidad civil del arquitecto por defectos en la edificación (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002)”, *El consultor inmobiliario*, núm. 12, 2002, p. 14 a 16.

⁴²¹Así, p. ej., para determinar si el *project manager* tiene o no la condición de agente de la edificación, vid. SAP de Barcelona de 31 de mayo 2018, FD 2º (JUR 2018\166852), que no responsabiliza al *project manager* al estimar que no intervino en los aspectos técnicos de la obra, haciéndolo sólo en la planificación y control económico.

⁴²²BOE núm. 74, de 28 marzo 2006.

⁴²³Vid. GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., “El Código Técnico de la Edificación”, en *Derecho de la edificación y renovación urbana*, dirigido por M.M. Fernando Pablo y coordinado por M.A. González Bustos, Tecnos, Madrid, 2016, p. 210.

⁴²⁴Puede consultarse con más detalle su estructura en GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., “El Código Técnico...”, *op. cit.*, pp. 214 a 222.

deben cumplir los edificios para satisfacer los requisitos de seguridad y habitabilidad. La segunda parte está constituida por los Documentos Básicos (DB), cuya adecuada utilización garantiza el cumplimiento de las exigencias básicas⁴²⁵. En los mismos se contienen procedimientos, reglas técnicas y ejemplos de soluciones que permiten determinar si el edificio cumple con los niveles de prestación establecidos. Frente al sistema abierto precedente, representado por una multiplicidad de disposiciones dispersas, como eran las Normas Básicas de la Edificación, las Normas Tecnológicas de la Edificación y sus normas de desarrollo, el CTE se concibe como un cuerpo unitario pero flexible en sus contenidos, abierto a las nuevas innovaciones o modificaciones técnicas y a la incorporación de sucesivos DBs⁴²⁶. En cualquier caso, hay que tener presente el importante papel que juega en este ámbito la legislación de las Comunidades Autónomas, como normas de desarrollo del CTE, que, en la práctica, convierten la regulación del artículo 3 LOE y del propio CTE en una regulación de mínimos⁴²⁷.

1. Juridicidad

El CTE tiene por objeto disciplinar en cierta medida la *lex artis* para conseguir que la edificación cumpla los objetivos exigidos por la LOE⁴²⁸. Como señala CORDERO LOBATO⁴²⁹ el CTE no es una norma en el sentido tradicional y su contenido, plagado de guarismos, formulas y remisiones a normas técnicas, es más parecido a un tratado de arquitectura que a una norma jurídica. Además, destaca esta autora, que no se trata de una norma de corte clásico, pues la redacción de muchos preceptos no contiene una proposición lingüística prescriptiva o permisiva, sino que su contenido es puramente descriptivo, con definiciones simbólicas de tipo no lingüístico. Sin embargo, su carácter jurídico deriva de que tales preceptos establecen un *deber ser* y constituyen una prescripción técnica instrumental, para definir los requisitos de calidad en la edificación del artículo 3 LOE, cuyo incumplimiento puede comportar la responsabilidad que regula el artículo 17. Es el CTE una norma con un “enfoque basado en prestaciones”⁴³⁰, en la obtención de determinados niveles o resultados en la edificación, sin perjuicio de que para determinadas cuestiones se acuda a un criterio prescriptivo para facilitar la aplicación de los DBs o el control administrativo⁴³¹. Señala igualmente la autora mencionada, que el CTE no es una norma más en el ámbito del Derecho de la construcción, sino que es una disposición de tal calado que sin ella no sería posible entender el sistema jurídico aplicable a la construcción⁴³². No obstante, el contenido del CTE es heterogéneo y no todo el mismo

⁴²⁵ Los documentos básicos se pueden consultar en la dirección <http://www.fomento.gob.es/> (fecha de última consulta 7-1-2019)

⁴²⁶ OTEROS CERREZO, J.A., “Consideraciones sobre el Código Técnico de la Edificación”, en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Comte d'Urgell, 2006, p. 60.

⁴²⁷ Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Capítulo 7. “Requisitos básicos de la edificación”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 140.

⁴²⁸ SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 195.

⁴²⁹ Vid. CORDERO LOBATO, E., *El Código Técnico de la Edificación como Norma Jurídica. A propósito de la Eficacia Jurídica y los Límites del RD 314/2006*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 21 y 25 a 27.

⁴³⁰ Vid. DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 630, que destaca como este planteamiento la innovación de la técnica constructiva.

⁴³¹ OTEROS CERREZO, J. A., “Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 61.

⁴³² Vid. CORDERO LOBATO, E., *El Código...*, *op. cit.*, p.18

tiene carácter jurídico. Así, tiene carácter jurídico la parte I (artículos 1 a 15) y la parte II (Documentos Básicos, DB); y no tienen carácter jurídico los Documentos Reconocidos (DR), al no estar dotados de la publicidad que confiere la publicación en un diario oficial como requisito consustancial a toda norma jurídica. Cabe destacar que el CTE también puede ser fuente de responsabilidad aquiliana respecto de los terceros que usen el edificio, si éste no respeta los requisitos que establece aquella norma⁴³³.

a) Documentos Básicos (DB)

Los DBs tienen pleno valor jurídico y constituyen la parte II del CTE. Estos documentos contienen procedimientos, reglas técnicas y ejemplos de soluciones que permiten determinar si el edificio cumple con los niveles de prestación establecidos por el CTE⁴³⁴. Los DBs cumplen cuatro cometidos principales: (i) obligan a cumplir la parte I del CTE; (ii) cuantifican las exigencias básicas de la edificación en cada materia, marcando niveles objetivos o valores límite; (iii) imponen la obligación de cumplir otras normas técnicas que afecten a su objeto; y (iv) establecen procedimientos cuya utilización acredita el cumplimiento de las exigencias básicas de la edificación⁴³⁵ y cuya observancia, para cierto sector de la doctrina⁴³⁶, eximiría totalmente de responsabilidad a los agentes de la edificación⁴³⁷. De acuerdo con el artículo 9.2 CTE, los DBs establecen procedimientos no excluyentes, disponiendo a su vez el artículo 5.3 que su utilización es opcional. De este modo, bajo la responsabilidad del agente de la edificación que corresponda, se pueden emplear soluciones técnicas o procedimientos de verificación alternativos, siempre que los mismos garanticen niveles de calidad equivalentes a los establecidos por el CTE. Sin embargo, como señala CORDERO LOBATO⁴³⁸, la parte opcional de los DBs sólo puede ser aquella que no caracterice y cuantifique las exigencias básicas de la edificación, pues lo contrario desvirtuaría tales exigencias. Es decir, lo único opcional son los procedimientos de verificación o las soluciones técnicas alternativas que pueden utilizar los agentes de la edificación para cumplir el CTE, siempre que se justifique documentalmente que el edificio proyectado cumple las exigencias básicas del CTE, porque sus prestaciones son, al menos, equivalentes a las que se obtendrían aplicando los DBs. Tales soluciones deben adoptarse con la conformidad del promotor y bajo la responsabilidad del proyectista y/o del director de obra, si bien en tales casos su aplicación no implica directamente “*el cumplimiento de las exigencias básicas de la edificación con arreglo al estado actual de los conocimientos*”, como sucede con los procedimientos de verificación o las soluciones técnicas recogidas en los DBs.

b) Documentos Reconocidos (DR)

Como complemento para la aplicación del CTE se crean los DRs, constituidos por aquellos documentos técnicos externos e independientes del CTE, cuya utilización facilita el cumplimiento de determinadas exigencias y contribuyen al fomento de la

⁴³³CASTRO BOBILLO, C., “Aspectos jurídicos...”, *op. cit.*, p. 29, que alude al supuesto de que el suelo presente una mayor resbaladidad o a que la zona no esté iluminada incumpliendo las previsiones del CTE.

⁴³⁴*Vid.* DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 631 a 638.

⁴³⁵CASTRO BOBILLO, C., “Aspectos jurídicos...”, *op. cit.*, pp. 29 y 30

⁴³⁶*Vid.* Capítulo Quinto, § II.B).3.c).

⁴³⁷CASTRO BOBILLO, C., “Aspectos jurídicos...”, *op. cit.*, p. 19

⁴³⁸*Vid.* CORDERO LOBATO, E., *El Código...*, *op. cit.*, pp. 29 a 33.

calidad de la edificación⁴³⁹. Estos documentos se inscriben en el Registro General del CTE⁴⁴⁰, si bien no tienen carácter reglamentario al no ser publicados en ningún diario oficial, ostentado el valor de guía técnica o códigos de buena construcción⁴⁴¹.

c) ¿Son válidos los pactos contrarios al CTE?

Para CORDERO LOBATO⁴⁴², el pacto por el que se acuerde una calidad inferior a los niveles exigidos en el CTE, pese a contravenir una norma de carácter imperativo (artículo 6.3 CC), no es necesariamente nulo, sino que podrá dar lugar a la imposición de sanciones administrativas conforme al artículo 49 TRLCU y a la adopción de medidas correctoras en vía administrativa. Sí será nulo en caso de consumidores y usuarios en cuanto suponga una renuncia de derechos contraria al artículo 86 TRLCU. En cualquier caso, este pacto será inoponible frente a terceros que no hayan intervenido en su negociación, tanto si trata de consumidores, otros terceros que no tengan la condición de consumidores o agentes de la edificación ajenos al mismo. Se trata de una cuestión que afecta de lleno a la imperatividad misma sobre la que orbita el sistema que instaura la LOE, en un aspecto medular como es la calidad en la edificación, por lo que, según nuestro criterio y en línea de principio, los pactos contrarios al CTE habrían de reputarse nulos⁴⁴³, salvo casos concretos que respondan a una específica justificación compatible con la finalidad de la LOE.

d) La relativa relevancia del CTE en orden a exonerar de responsabilidad a los agentes constructivos

Esta interesante cuestión la abordamos más adelante, cuando estudiamos la delimitación de los defectos constructivos en la LOE, en el Capítulo V, § II.B).3.c), al que nos remitimos.

2. Relevancia contractual

Al igual que hemos comentado en el apartado A).1 sobre la relevancia contractual de la LOE, el CTE, en cuanto que desarrolla dicha norma en un aspecto tan sustancial como son los requisitos básicos de la edificación, tiene un alcance que incide de forma sustancial sobre el contenido de los contratos que se celebren en torno a la edificación, por cuanto define la características del objeto del contrato de obra o del contrato de compraventa, y concreta y complementa las obligaciones que según la LOE conciernen a los agentes de la edificación. Así, el artículo 4.1 CTE proyecta la obligación de cumplir las exigencias básicas del edificio sobre todas las fases de la edificación, e, indirectamente, sobre todos los sujetos que intervienen en este proceso, en el proyecto, la dirección técnica, la construcción, el mantenimiento, la conservación y el uso de los edificios y sus instalaciones, así como en las intervenciones en los edificios existentes. A su vez, el artículo 7.1 atribuye la condición de responsables respecto de la aplicación del CTE, a los agentes que participan en el proceso de la edificación según el capítulo III de la LOE. Por su parte el artículo 5.1 CTE establece que *“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*

⁴³⁹ Vid. DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, op. cit., pp. 638 y 639.

⁴⁴⁰ Loc. cit.

⁴⁴¹ Vid. CORDERO LOBATO, E., *El Código...*, op. cit., p. 29

⁴⁴² *Ibidem* pp. 34 a 36.

⁴⁴³ Vid. *supra* § II.D).3.

constructiva, y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra". De lo anterior se desprende la importancia y alcance que tendrán las determinaciones del CTE, para definir las obligaciones contractuales en los contratos que se desarrollen en este ámbito, al amparo de *la norma de integración masiva*⁴⁴⁴ que constituye el artículo 1.258 CC. Así, p. ej., el proyectista, no podrá sustraerse del cumplimiento de las obligaciones que le imponen los artículos 10 LOE y 6 CTE y el anejo I del mismo, respecto del contenido y función del proyecto, aunque dichas prescripciones no figuren expresamente en el contrato o en la hoja de encargo que haya suscrito al efecto con el promotor. Del mismo modo, los compradores del edificio podrán invocar como contenido obligatorio de los correspondientes contratos de compraventa, los requisitos básicos de la edificación exigidos por el CTE y las obligaciones que esta norma impone a los agentes de la edificación⁴⁴⁵.

C) Los requisitos básicos de la edificación

1. Categorías y regulación

El artículo 3 LOE establece los requisitos básicos de la edificación directamente en su apartado 1, y de forma indirecta en su apartado 2 por remisión al CTE. El apartado 1 dispone una serie de exigencias básicas "*con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente*", que deberán cumplirse a nivel de "*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*". Estas exigencias o requisitos básicos de la edificación se agrupan en varias categorías, como son la **funcionalidad** (apartado 1.a), que a su vez integra características tales como la posibilidad de utilización conforme a las funciones previstas en el edificio; accesibilidad para personas de movilidad o comunicación reducida; acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información; y servicios postales; **seguridad** (apartado 1 b), que a su vez integra los requisitos sobre seguridad estructural, para evitar se comprometa la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; seguridad en caso de incendio; y, seguridad en la utilización del edificio; **habitabilidad** (apartado 1 c), que a su vez se subdivide en requisitos sobre salubridad, estanqueidad 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. Por su parte, el apartado 2 de este artículo 3, remite al CTE para el desarrollo y concreción de los requisitos indicados, en los términos que hemos expuesto en el apartado B) precedente. Es por tanto en el CTE y en los DBs donde se concreta el detalle de los requisitos básicos de la edificación.

⁴⁴⁴Vid. CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., "Capítulo 4. Introducción...", *op. cit.* p. 91.

⁴⁴⁵Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 405, señalan que la inobservancia de la normativa técnica aplicable a los edificios o sus instalaciones determina una situación de incumplimiento contractual, pues "los estándares de calidad establecidos en estas disposiciones integran la prestación debida". Así STS de 25 enero de 2000 (RJ 2000\120), sobre ascensor que no cumplía la normativa aplicable; o SAP de la Rioja de 27 marzo de 2012 (JUR 2007\139183). La misma calificación de incumplimiento contractual merecen los déficits de calidad de los materiales que resulten inapropiados para la edificación. En este sentido *vid.* STS de 10 de septiembre de 2007 (RJ 2007\4963), salvo que estos hechos sean consentidos por el comitente, *vid.* STS 6 de abril de 2011 (RJ 2011\3148).

2. Nivel de protección en la LOE

Señala GONZÁLEZ CARRASCO⁴⁴⁶, que “los agentes de la edificación no responden porque en el edificio exista un incumplimiento de los requisitos del artículo 3, sino sólo si determinados defectos del edificio (los que señala el artículo 17) ocasionan determinados daños”. En concreto, la responsabilidad surge si determinados defectos comprometen la resistencia mecánica o estabilidad del edificio ex artículo 3.1.b.1) o si se incumplen los requisitos de habitabilidad del artículo 3.1.c). De este modo, no todos los requisitos básicos de la edificación que contempla el artículo 3, constituyen un daño resarcible conforme al artículo 17. En concreto, la falta de coordinación entre los artículos 17 y 3 se produce especialmente respecto de los requisitos de funcionalidad del artículo 3.1.a) —relativo a la posibilidad de utilización conforme a las funciones previstas en el edificio, accesibilidad, acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información y servicios postales—; y respecto de los requisitos del artículo 3.1.b.2) y 3) —relativos a la seguridad en caso de incendio y a la seguridad en la utilización del edificio—. Estos requisitos sólo podrían encontrar amparo en el artículo 17, en la medida en que puedan reconducirse al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad en virtud de la cláusula residual que contiene el artículo 3.1.c.4), cuando alude a “*otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*”⁴⁴⁷.

Del mismo modo, no basta con un incumplimiento abstracto de los requisitos del artículo 3 para que surja la responsabilidad del artículo 17.1, sino que es preciso que este incumplimiento se traduzca en un daño actual o potencial, que afecte a la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, o a los requisitos de habitabilidad. En cualquier caso, el artículo 3 puede alcanzar relevancia jurídica plena al margen del 17.1, en virtud del artículo 1.258 CC, en cuanto esta norma contractualiza los requisitos básicos de la edificación como contenido obligatorio aún sin mención expresa en el contrato, pudiendo dar lugar a responsabilidad contractual.

D) La recepción de la obra y otros actos y documentos con relevancia contractual

1. La recepción de la obra

La recepción de la obra es un acto jurídico de gran trascendencia en el ámbito que nos ocupa, en cuando deslinda y delimita los regímenes jurídicos de aplicación en materia de defectos constructivos. En efecto, antes de la recepción serán de aplicación las normas generales sobre responsabilidad contractual y extracontractual, según proceda; tras la misma regirá la LOE o, en su caso, los artículos 1907 y 1909 CC⁴⁴⁸, sin perjuicio de que, también en esta fase temporal, serán de aplicación las normas sobre responsabilidad contractual entre las partes vinculadas contractualmente y del posible juego del artículo 1.902 CC.

⁴⁴⁶Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Capítulo 7. Requisitos...”, *op. cit.*, pp. 142 y 143.

⁴⁴⁷*Loc. cit.* En el mismo sentido SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁴⁸Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La recepción de la obra en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *ADC*, Vol. LV, núm. II, 2002, pp. 623 a 625.

a) Concepto y clases: sin reservas y con reservas; provisional y definitiva; total y parcial; expresa, tácita y presunta.

El acto de recepción de la obra puede considerarse como un acto complejo⁴⁴⁹, integrado por cuatro distintos: el primero estaría a cargo del constructor y sería la puesta a disposición o, en su caso, entrega al promotor de la obra una vez finalizada; el segundo sería su verificación y examen por dicho promotor; el tercero sería el rechazo o la aprobación por éste de la obra; el cuarto, caso de aprobarse, sería la propia recepción de la construcción con o sin reservas⁴⁵⁰. Sobre este punto, precisa DÍEZ-PICAZO⁴⁵¹, que finalizada la edificación es necesario hacer un juicio respecto de la adecuación entre la prestación ejecutada y la programada en el contrato, que la costumbre denomina “recepción de obra”, distinguiendo entre la verificación, la aprobación y la recepción⁴⁵². Según el artículo 6.3 LOE, el promotor puede aprobar o rechazar la recepción, en este segundo supuesto por considerar que el edificio no está terminado o que no se adecua a lo pactado, lo cual debe expresarse y motivarse en el acta indicando un nuevo plazo para llevarla a efecto. Así, el rechazo del promotor no puede basarse en cualquier incumplimiento contractual, ni en un pequeño desajuste con lo pactado⁴⁵³, sino que será necesario un incumplimiento contractual grave y de importancia⁴⁵⁴, que se proyecte sobre las condiciones de la edificación contratada⁴⁵⁵. De este modo, el rechazo de la obra requiere que la misma adolezca de graves defectos de construcción, haciéndola impropia para la finalidad perseguida, o bien que la realizada sea distinta a la pactada —*aliud pro alio*⁴⁵⁶—. En otro caso, la ley prevé la recepción con reservas y el establecimiento de un plazo para su subsanación⁴⁵⁷. También cabe que la facultad de aprobación y recepción se atribuyan a un tercero, como dispone el artículo 1.598.2 CC, pudiendo pactarse que la emisión del Certificado Final de Obra (CFO) produzca tales efectos. Esta decisión del tercero

⁴⁴⁹Vid. DEL ARCOS TORRES, M.A. y GONZÁLEZ PONS, M., *Derecho de la construcción*, 8ª ed., Comares, Granada, 2010, p. 431, sobre la distinción entre la entrega como acto físico y la recepción como manifestación de voluntad.

⁴⁵⁰Vid. LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo II, versión española y notas de J. Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 319, indica que la recepción supone la entrega de material de la obra unida a la aprobación de la prestación por el comprador.

⁴⁵¹Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, Las particulares...*, *op. cit.*, p. 386.

⁴⁵²Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las modificaciones del proyecto y el control económico de la obra”, en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 107 a 136.

⁴⁵³VINADER CARRACEDO, J., “Los arrendamientos...”, *op. cit.*, p. 449.

⁴⁵⁴Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 747, que en su artículo 583-21, aunque remite la recepción de las obras regidas por la LOE a esta norma, dispone que el rechazo sólo es admisible cuando la obra manifiestamente no es conforme con el contrato.

⁴⁵⁵Vid. CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 151 y 152, en las que realiza un interesante comentario sobre los supuestos en los que se convenga que la obra ha de hacerse a satisfacción del propietario según dispone el artículo 1.598.1º CC, en los que, en caso de discrepancia, la cuestión será resuelta judicialmente con libre valoración del “juicio pericial” al que remite este artículo, de modo que la prueba de peritos no es decisoria *de iure* aunque pueda llegar a serlo *de facto*.

⁴⁵⁶Vid. MARTÍNEZ MAS, F., *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, Dykinson, Madrid 2001, p. 132

⁴⁵⁷VINADER CARRACEDO, J., “Los arrendamientos...”, *op. cit.*, p. 450.

tendría carácter decisorio, aunque quedaría sometida a valoración judicial, y no constituiría en principio una cláusula de arbitraje⁴⁵⁸.

La recepción requiere como presupuesto previo la entrega o puesta a disposición de la obra por el contratista, para que, a continuación, el promotor la examine y verifique su adecuación a lo pactado, lo cual puede conducir a la aprobación, en cuyo caso el promotor no puede negarse a recibirla, o a su rechazo. El artículo 6.2 LOE establece los requisitos del acto que analizamos, regulando una forma expresa y escrita mediante su documentación en el acta de recepción. En este acta, que debe firmarse al menos por el promotor y el constructor, se deben consignar las partes que intervienen, la fecha del CFO, el coste final de la ejecución material⁴⁵⁹ y la declaración de que la **recepción se efectúa con o sin reservas**, debiendo especificarse éstas, caso de que existan, de manera objetiva y con expresión del plazo en el que deben quedar subsanados los defectos observados, y las garantías que se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades. Al acta de recepción debe adjuntarse el CFO suscrito por los técnicos correspondientes. En caso de que se formulen reservas, una vez subsanadas, esta circunstancia deberá hacerse constar en un acta adicional suscrita por las mismas personas que firmaron la inicial. En este sentido, se destaca por la doctrina⁴⁶⁰ como la suscripción del CFO es previa al acto de la aprobación de la obra, por lo que los técnicos quedan expuestos a que ésta sea rechazada por el promotor, poniendo en cuestión aquel certificado. Lo anterior determina que, en la práctica, sea común consensuar la emisión del CFO con la aprobación de la obra.

Dada la parca regulación del contrato de obra en el Código Civil y por influjo de la contratación administrativa, que hasta la aprobación de la ya derogada Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, establecía una recepción provisional y otra definitiva, también en el ámbito privado ha sido frecuente establecer esta doble recepción. Entre ambas se establecía un plazo de garantía durante el cual el constructor debía reparar los defectos que se detectaran, lo cual se garantizaba practicándole una retención de un porcentaje del precio, para su devolución en el momento de la recepción definitiva, una vez entregada la obra sin defectos. La LOE, por el contrario, sólo alude a un acto de recepción, el que regula el artículo 6, que viene a suplir la insuficiente regulación que sobre este particular contiene el Código Civil. No obstante, es indudable que las partes pueden pactar una **recepción provisional**, como paso previo a la **recepción definitiva**⁴⁶¹. De este modo, como reza el precepto citado, la **recepción puede ser total o parcial**, y “*deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma cuando así se acuerde*”, y las partes pueden pactar respecto de cualquiera de ellas la existencia de una recepción provisional, un periodo de garantía y una recepción

⁴⁵⁸ Vid. FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁵⁹ Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C. “Comentario al artículo 6”, en, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3^a ed., A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 166, que precisa que el reflejo en el acta de recepción del coste final de la obra será fundamental para el establecimiento de las garantías decenales, cuya suma asegurada se fija en relación a dicho coste, el cual no puede ser confundido con el precio del contrato de obra.

⁴⁶⁰ FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 185 y 186.

⁴⁶¹ Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La recepción de la obra en el Código Civil y...”, *op. cit.*, pp. 593 a 596, que indica que en este caso los efectos previstos en la LOE operan desde la recepción definitiva.

definitiva, en cuyo caso los efectos propios de la recepción no se producen hasta que se verifica esta última⁴⁶², salvo pacto expreso que atribuya estos efectos respecto de la provisional⁴⁶³.

Para evitar el bloqueo de la fase final del proceso constructivo y para que comiencen los plazos de garantía en favor de los adquirentes del edificio, junto con la anterior forma expresa y escrita, la LOE articula una **recepción tácita**, que se produce si, una vez acreditada la finalización de la obra con el CFO, el constructor notifica esta circunstancia al promotor y éste, en el plazo de 30 días, no pone de manifiesto reservas o su rechazo motivado por escrito. En este punto cabe plantearse la situación que se produciría en tales supuestos, si no puede probarse la existencia de la comunicación dirigida al promotor. Al respecto, entendemos que surtirán análogos efectos a dicha comunicación, la acreditación por cualquier medio de que el promotor conocía la terminación de la obra, siempre que lo anterior se produzca tras la expedición del CFO. Esta recepción tácita puede operar cuando constructor y promotor sean la misma persona y haría innecesaria la suscripción del acta correspondiente⁴⁶⁴. En sintonía con el carácter imperativo de la LOE, la posibilidad de pacto en contrario que prevé el artículo 6.4 respecto de la recepción tácita, no podrá perjudicar a los terceros. Cabe plantearse la cuestión de, si tras la entrada en vigor de la LOE, caben otras modalidades no previstas en esta norma⁴⁶⁵, como serían la efectuada de modo verbal, u otras formas de recepción **tácita**⁴⁶⁶, como la ocupación del edificio⁴⁶⁷, o **presunta**⁴⁶⁸, como podría ser el pago del precio. Estas otras formas serían admisibles, si bien sus efectos quedan limitados a las partes contratantes, de modo que frente al ejercicio de las acciones del artículo 17.1, habrá de estarse al momento en el que se hayan producido las formas de recepción previstas en el artículo 6 LOE. Igual efecto jurídico tendrían las reservas que se formulen de formal verbal o sin ajustarse a lo dispuesto en el artículo 6.2.

b) Efectos de la recepción de la obra

La aprobación y recepción de la obra comportan importantes consecuencias para los contratos derivados del proceso de la edificación. En concreto, los efectos principales serían los siguientes:

⁴⁶²SSTS 16 de junio de 1.994 (RJ 1994\4927) y 14 de febrero de 2003 (RJ 2003\1019).

⁴⁶³Vid. FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad del arquitecto en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 182 y 183. En este sentido STS 10 de mayo de 1986. En contra SSTS de 19 de julio de 2001 o 12 de diciembre de 2002, que toman la fecha de la recepción provisional como fecha de terminación de la obra, y comienzo del plazo de garantía.

⁴⁶⁴VILLAGÓMEZ RODIL, A., "La edificación en el siglo XXI", en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Comte d'Urgell, 2006, p 121; vid. SAP de Islas Baleares de 22 de diciembre de 2015 (JUR 2015\33071), que fija el inicio del plazo de garantía en el de la emisión del CFO si promotor y constructor son la misma persona.

⁴⁶⁵Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C. *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 362 a 365.

⁴⁶⁶SALVADOR CODERCH, P., "Comentario al artículo 1.592", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1198.

⁴⁶⁷Vid. VILLAGÓMEZ RODIL, A., "La edificación...", *op. cit.*, p. 122.

⁴⁶⁸Vid. VINADER CARRACEDO, J., "Los arrendamientos...", *op. cit.*, pp. 448 y 449.

i) Inicio de los plazos de garantía del artículo 17 LOE

La recepción de la obra determina el inicio de los plazos de responsabilidad y garantía del artículo 17.1⁴⁶⁹. Sin embargo, existe cierta contradicción en la LOE, pues mientras el artículo 6.5 establece que estos plazos se iniciarán “a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción o cuando se entienda ésta tácitamente producida”, el artículo 17.1 dispone que lo hacen “desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas”. Al respecto la doctrina se encuentra dividida. Un sector doctrinal⁴⁷⁰ aboga por una **primera interpretación** conforme a la cual, aunque haya reservas, el plazo empieza con el acta de recepción, si bien respecto de las partes afectadas por las reservas no existirá responsabilidad ex LOE hasta que éstas no se subsanen y se suscriba el acta de subsanación⁴⁷¹. En este sentido parece apuntar el artículo 19.9.i) LOE, en cuanto dispone que, en caso de que en el acta de recepción se hayan formulado reservas, mientras las mismas no queden subsanadas y esta circunstancia se documente en una nueva suscrita por las partes que suscribieron aquella, los daños que tengan su origen en las partes de la obra a la que se refieran tales reservas, no quedan cubiertos por las garantías del artículo 19 LOE. En esta línea, yendo un paso más allá, se defiende que el inicio de los plazos de garantía pueda tener lugar en momentos diferentes, como cuando se produce una recepción parcial, pudiendo existir diferentes *dies a quo* para las garantías decenal, trienal y anual⁴⁷². Por otro sector de la doctrina⁴⁷³ se mantiene una **segunda interpretación**, según la cual esta contradicción se resuelve haciendo prevalecer el artículo 17.1, en cuanto establece una regulación especial, de modo que los plazos deben computar respecto del edificio entero cuando se subsanen las reservas⁴⁷⁴, pues una recepción con reservas es una recepción condicionada a su subsanación⁴⁷⁵. De esta manera, el plazo para todo el edificio comienza desde la firma

⁴⁶⁹Durante la vigencia del artículo 1.591 CC parte la doctrina computaba la garantía decenal desde la terminación de la obra, *vid.* SCAEVOLA, Q.M., *Código Civil*, Tomo XXIV, Parte 2ª, revisado por L. Rodríguez Arias, 2ª ed., Reus, Madrid, 1951, pp. 94 y 95; o CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 346 a 350; y parte desde la recepción, *vid.* SALOM ANTEQUERA, “La responsabilidad aquiliana...”, *op. cit.*, pp. 68 y 69 o CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La recepción de la obra”, *ADC*, Vol. XXXI, núm. II, 1978, pp. 307 y 308.

⁴⁷⁰En este sentido *vid.* CORDERO LOBATO, E., “Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 417 a 419, en las que aborda la discordancia entre ambos preceptos; *vid.* igualmente en esta línea PALAZÓN GARRIDO, Mª.L., “Los límites temporales de la responsabilidad por defectos por obra”, *ADC*, Vol. LXV, núm. II, 2012, p. 771 y 772, que invoca a estos efectos lo dispuesto en el artículo 1.796-2, segundo párrafo, del *Code*, en relación a la garantía de perfecta terminación, pues este precepto alude a las anomalías que se reflejen en el acta de recepción o a las que posteriormente se notifiquen por el propietario. Sin embargo, por nuestra parte hemos de destacar que en el derecho francés las garantías decenal y bienal computan desde el acta de recepción, con o sin reservas, según dispone el artículo 1792-6 del *Code*.

⁴⁷¹A esta tesis se adscribe la SAP de Córdoba de 26 de septiembre de 2016 (JUR 2016\263109).

⁴⁷²*Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 65 a 67.

⁴⁷³*Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 622 a 624; ARIAS DÍAZ, Mª.D., “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (II). La recepción de la obra”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y Mª.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 56 y 57.

⁴⁷⁴*Cfr.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La recepción de la obra en el Código Civil y...”, *op. cit.*, pp. 599 a 605; y en “La responsabilidad por vicios de la construcción en la LOE”, *ADC*, Vol. LIII, núm. II, 2000, pp. 474 y 475.

⁴⁷⁵*Cfr.* BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad del arquitecto*, Civilis, A Coruña, 2004, p. 127.

del acta de subsanación de las reservas, lo cual concuerda con la literalidad del artículo 17 y con la consideración de la obra como unidad. Según una **tercera interpretación**, más minoritaria⁴⁷⁶, el plazo computa desde el acta de recepción respecto de todo el edificio, aun cuando no se hayan subsanado las reservas, pues el inicio de los plazos de garantía y la responsabilidad ex LOE no es disponible para las partes mediante la formulación de reservas. Sobre este punto, conviene destacar que, en el Derecho francés, tras la Ley Spinetta de 4 de enero de 1978, que reforma el *Code* en esta materia y cuya regulación influyó en la LOE, los plazos computan desde la fecha de la recepción, aunque se formulen reservas, de forma que no existe una dualidad de plazos⁴⁷⁷.

ii) Transmisión de riesgos

Se produce la transmisión de riesgos del constructor al comitente por pérdida fortuita de la obra (*periculum operis*), en los términos de los artículos 1.589 y 1.590 CC⁴⁷⁸, de los que se desprende que esta transmisión se anuda a la entrega de la obra, aun cuando no se haya producido formalmente la recepción. De este modo, el constructor soporta el riesgo hasta dicho momento salvo que el comitente incurra en *mora accipiendi*⁴⁷⁹.

iii) Obligación del comitente respecto al pago del precio

Una vez recepcionada la obra, el constructor puede exigir el precio pactado, según dispone el artículo 1.599 CC, salvo que su abono se haya estipulado en otros plazos o condiciones, como sucede generalmente con el pago mediante certificaciones mensuales de obra ejecutada.

iv) Liberación por defectos aparentes no ruinógenos

El constructor queda liberado por los defectos y vicios constructivos aparentes, por analogía con el artículo 1484 CC⁴⁸⁰, si el promotor no efectúa ninguna reserva de acciones en este sentido. En consecuencia, la aprobación y recepción de la obra no extingue las acciones contractuales por vicios ocultos, aunque el comitente sea perito, y tampoco las acciones del artículo 17 LOE. No obstante, en ocasiones el carácter aparente o manifiesto habrá de ponderarse más que en relación a un concreto defecto constructivo, en relación a sus consecuencias⁴⁸¹, de modo que habrá que analizar si cabe la liberación de responsabilidad por defectos aparentes, de los que se desprendan consecuencias más graves que las que razonablemente se debían haber

⁴⁷⁶MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁷⁷Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 473 y 474.

⁴⁷⁸ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 781 y 782.

⁴⁷⁹Vid. SOLÉ RESINA, J., *Arrendamiento de obras o servicios (perfil evolutivo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 96 y 97, que precisa como la asunción de riesgos por el contratista diferencia el contrato de ejecución de obra de la compraventa, en la que éstos se asumen por el comprador.

⁴⁸⁰Vid. ARIAS DÍAZ, M^a.D., "Los presupuestos...", *op. cit.*, pp. 58 y 59. Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 748, que en su artículo 583-21, dispone que la recepción sin reservas libera al contratista de los defectos materiales visibles o manifiestos, y de aquellos otros que se han podido conocer fácilmente empenado la diligencia adecuada.

⁴⁸¹ARNAU MOYA, F., *Los vicios de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 287 y 288.

esperado en el momento de la recepción⁴⁸². Más concretamente se plantea esta cuestión respecto al carácter liberatorio de los vicios aparentes ruinógenos⁴⁸³, respecto de los que entendemos aplicable la doctrina intermedia que distingue entre la apariencia del vicio y sus consecuencias, por lo que no existirá liberación de responsabilidad respecto de estos defectos cuyas consecuencias no se manifiesten en el acto de la recepción⁴⁸⁴. En este sentido, señala CADARSO PALAU⁴⁸⁵, que la responsabilidad por vicios constructivos es más en cuanto vicios latentes que en cuanto vicios ocultos; que el carácter aparente debe abarcar no sólo el vicio sino sus consecuencias; y que la responsabilidad decenal⁴⁸⁶ nacerá en relación a cualquier clase de defecto siempre que sus consecuencias permanezcan inciertas. En todo caso, bajo el régimen de la LOE, la liberación será inoperante frente a los terceros adquirentes que no participen en el acto de recepción⁴⁸⁷, lo que ya llevó a considerar bajo el régimen precedente que era indiferente el carácter oculto o aparente del defecto frente a éstos⁴⁸⁸. No obstante, se habrá de tomar en consideración si los terceros han comprobado la existencia de las deficiencias y si han pagado un precio menor por este motivo, lo que puede comportar su conformidad y que no puedan reclamar por su existencia⁴⁸⁹. En consecuencia, la liberación sólo sería posible respecto de los vicios aparentes no ruinógenos entre constructor y promotor, pues, frente a los terceros, el acto de recepción no exonera de responsabilidad por estos defectos ni a constructor, ni a promotor, ni al resto de agentes de la edificación, incluso aunque el comprador no sea consumidor⁴⁹⁰.

⁴⁸² Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad por vicios...", *op. cit.*, pp. 504, que realiza esta precisión con fundamento en el debate planteado sobre esta cuestión en la doctrina francesa.

⁴⁸³ ÁLVAREZ OLALLA, P., "La responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 55 a 59.

⁴⁸⁴ CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal...*, *op. cit.*, pp. 155 a 159, que sigue en este punto a los hermanos MAZEAUD y la doctrina del Consejo de Estado francés.

⁴⁸⁵ *Loc. cit.*

⁴⁸⁶ Tras la LOE entendemos que esta opinión es aplicable a los defectos de habitabilidad con plazo de garantía trienal, dado que anteriormente la responsabilidad decenal abarcaba estos vicios a través del concepto de ruina funcional.

⁴⁸⁷ Vid. ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 780 y 781, precisa que, aunque el defecto aparente sin reserva no surta efecto respecto a los terceros adquirentes, seguirá teniendo efectos en las relaciones internas en perjuicio del promotor.

⁴⁸⁸ GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 187 a 190. En el mismo sentido vid. MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 26 a 29.

⁴⁸⁹ Cfr. *ibidem*, p. 28

⁴⁹⁰ Vid. sobre este punto infra Capítulo Quinto, II.B).3.d). Vid. COLINA GAREA, R., "La determinación del daño...", *op. cit.*, pp. 691 a 705. Siguiendo a este autor habría que distinguir dos planos en relación a la alcance de las reservas que se contengan en el acta de recepción: a) En el primero, entre constructor y promotor o en general entre agentes de la edificación, la liberación sólo se produce cuando los vicios aparentes no sean de carácter ruinógeno, es decir, cuando no supongan daños estructurales o de habitabilidad, pues los vicios aparentes de esta gravedad no producen la liberación de responsabilidad ni siquiera entre constructor y promotor, dado el carácter imperativo de la LOE y el interés público que ampara esta norma⁴⁹⁰; b) Respecto a terceros los agentes de la edificación no quedan liberados por la ausencia de reservas tampoco en relación a los vicios aparentes no ruinógenos. Ni frente a los adquirentes que tengan la condición de consumidores, por cuanto que una cláusula o actuación de este tipo entre constructor y promotor sería nula de pleno derecho por limitar los derechos del consumidor; ni tampoco frente a los adquirentes no consumidores, en base al principio de relatividad de los contratos, la desvinculación del régimen LOE del contrato de obra, el carácter imperativo de esta norma y la configuración de la no formulación de reservas frente a vicios aparentes como un supuesto de la renuncia en perjuicio de tercero.

v) Aprobación tácita de modificaciones

Igualmente, la recepción tácita equivale a la autorización que exige el artículo 1.593 CC respecto de los aumentos de obra, siempre que éstos sean aparentes o manifiestos.

vi) Entrega material del edificio

Generalmente la recepción comporta la entrega material de la obra al promotor. No obstante, DÍEZ-PICAZO⁴⁹¹ pone de relieve respecto de la posesión de la obra, que el constructor no es un poseedor, sino un servidor de la posesión, un instrumento posesorio del dueño de la obra o un poseedor en nombre ajeno, por lo que no goza de la tutela sumaria de la posesión⁴⁹². El servidor de la posesión en cuanto al *animus* no es poseedor, por lo que tampoco puede usucapir el dominio, aunque tiene un cierto poder jurídico respecto al *corpus* sobre el que se extiende su poder de hecho⁴⁹³. Además, es necesario precisar que la recepción puede o no coincidir en el tiempo con la entrega material de la obra⁴⁹⁴, pues la recepción como acto jurídico por el que el promotor acepta la obra y la entrega como acto desplazamiento material del contratista al promotor, pueden o no coincidir temporalmente, según lo estipulado por los contratantes⁴⁹⁵ o en función de las características y circunstancias del edificio en el momento de producirse estos actos.

vii) Limitado alcance en cuanto a la transmisión de la propiedad

En la doctrina se discute si la entrega y la recepción suponen la adquisición de la propiedad de la obra por el comitente, y si, hasta ese momento, el constructor es su propietario. Así lo mantienen SALVADOR CODERCH⁴⁹⁶ o CARRASCO PERERA⁴⁹⁷, incluso aunque los materiales hubiesen sido aportados por el comitente y aunque la obra se ejecute sobre suelo de éste, pues en este caso no resultarían de aplicación las normas sobre la accesión. Lo anterior comporta la posibilidad de embargo de la obra al constructor antes de la recepción. DÍEZ-PICAZO⁴⁹⁸ duda que la palabra “entrega” de los artículos 1.598 y 1.590 CC, pueda tener el mismo alcance que tiene en el contrato de compraventa y en el sistema de transmisión de la propiedad ex artículo 609 CC, aunque lo anterior puede tener cabida en el caso de ejecución de obra mueble. En el caso de edificios, DÍEZ-PICAZO también duda que se puedan aplicar las normas del Código Civil sobre la accesión (*superficie solo cedit*), pues no está claro si estos preceptos pueden resolver el conflicto entre el propietario y el

⁴⁹¹ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, Las particulares...*, op. cit., p. 398.

⁴⁹² Vid. SSAP de Córdoba de 2 de febrero de 2009 (JUR 2009\315451); o de Toledo de 24 de febrero de 2009 (JUR 2009\188192).

⁴⁹³ Vid. DORAL, J.A., “El servidor de la posesión”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 245.

⁴⁹⁴ FERNÁNDEZ MARTÍN, D., *La Promoción Inmobiliaria. Aspectos prácticos*, Dossat, Madrid, 2007, p. 306.

⁴⁹⁵ VICENTE TORRES, M., *Distribución de responsabilidades entre los principales agentes de la edificación*, Tesis Doctoral, Universidad Politécnica de Valencia, 2015, p. 138.

⁴⁹⁶ Cfr. SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 1592”, op. cit., p. 1198.

⁴⁹⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C. *Derecho de la construcción...*, op. cit., pp. 367 y 368.

⁴⁹⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, Las particulares...*, op. cit., p. 398. Una exposición sobre las distintas posiciones a este respecto se puede consultar en GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la Construcción*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 309 a 312.

constructor contratado por aquél, o sólo entre el dueño del terreno y el edificante *nomine proprio*. No obstante, parece que este autor se decanta por entender que el edificio pertenece en todo momento al propietario, en cuanto considera que la construcción la hace siempre éste, bien por sí, bien a “*través de otro que no es sino un intermediario en la construcción desde el punto de vista jurídico real*”⁴⁹⁹. Por lo anterior, la entrega sólo supone la transmisión de la propiedad en el caso de ejecución de obra sobre bienes muebles con materiales propios del contratista, por lo que, en el caso de edificaciones, la obra es propiedad desde el primer momento del comitente en cuanto que dueño del suelo, de modo que la entrega solo instrumenta la transmisión de riesgos y no opera como modo para la trasmisión del dominio⁵⁰⁰. A la misma conclusión llega CABANILLAS SÁNCHEZ⁵⁰¹, que es partidario de la adquisición originaria de la propiedad por el promotor, en cuanto que la transmisión de la propiedad no es un efecto propio de la recepción y entrega de la obra. Para ALBIEZ DOHRMANN⁵⁰², en el caso de edificación realizada en suelo del promotor, la propiedad se adquiere por accesión. También MARTÍNEZ ESCRIBANO⁵⁰³ considera que, en esos supuestos, el comitente adquiere la propiedad por accesión, aunque la realice el contratista con materiales propios. En nuestra opinión, aun asumiendo la complejidad dogmática de esta cuestión, entendemos que la obra es propiedad originaria del promotor. Además, considerar que la obra es propiedad del constructor hasta su entrega, no supondrá una gran ventaja para éste, pues difícilmente podría acceder este derecho al Registro de la Propiedad al estar inscrito el inmueble a nombre del comitente; ni tampoco el constructor podrá enajenar la edificación al margen del suelo; ni consideramos pueda retirar los materiales que hayan sido incorporados de forma fija al edificio. Más bien, el derecho del constructor sobre la obra ejecutada podría encontrar su garantía en el marco del crédito refaccionario, el cual existe tanto antes como después de la entrega de la edificación al promotor⁵⁰⁴, aunque con las limitaciones propias de esta institución, que se encuentra generalmente enervada por la previa existencia de una hipoteca sobre el suelo. Por su parte, el derecho de los acreedores del constructor deberá encontrar su defensa mediante la acción directa del artículo 1.597 CC, o mediante el embargo del crédito de aquél frente al promotor.

⁴⁹⁹Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, Las particulares...*, op. cit., p. 398.

⁵⁰⁰Cfr. VINADER CARRACEDO, J., “Los arrendamientos...”, op. cit., p. 447.

⁵⁰¹Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La recepción de la obra en el Código Civil y...”, op. cit., pp. 614 y 615.

⁵⁰²Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Comentario al artículo 1.588 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 1.224.

⁵⁰³MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Comentario al artículo 1.192 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, 2010, p. 1737. Vid. en este sentido GARCÍA MEDINA, J., “Adquisición de la propiedad por accesión”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 20, 2002, pp. 12 a 15, que habla de “accesión industrial inmobiliaria”.

⁵⁰⁴Vid. EIRANOVA ENCINAS, E., “El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario”, *Diario La Ley*, núm. 5521, 11 de abril de 2002, tomo 3, pp. 1812, que señala como “*en la práctica —desde la aparición de la Ley Hipotecaria— este privilegio está abandonado. Los profesionales de la financiación acuden para asegurar su crédito a la hipoteca; por su parte, el consumidor ha visto protegido su crédito por los anticipos que hace sobre la vivienda futura de manera suficiente por el seguro obligatorio previsto en la disp. adic. 1.ª Ley de Ordenación de la Edificación; los trabajadores disponen de un superprivilegio salarial en el art. 32.2.º ET, las garantías que hoy se pueden pactar son amplísimas; y la Jurisprudencia ha ampliado tanto este privilegio que prácticamente a todos cuantos créditos aparecen en la construcción se les puede llegar a reconocer el carácter de refaccionarios*”

2. Otros actos y documentos con relevancia contractual: proyecto técnico; memoria de calidades; libro de órdenes y asistencias; certificado final de obra; y libro del edificio.

Los documentos expresados también tienen o pueden tener incidencia en materia de responsabilidad por defectos constructivos, tanto cuando se ejerciten acciones con base en la LOE, como cuando se ejerciten acciones sobre responsabilidad contractual, pues se refieren a actuaciones o hitos de gran importancia en el proceso edificatorio. Se trata de documentos regulados o mencionados en la LOE, el CTE y en otras normas reglamentarias. Su relevancia puede ser crucial en muchos aspectos del desarrollo de un contrato. Así, el libro de órdenes y asistencias, el libro del edificio, el certificado final de obra o la documentación final de la obra ejecutada, serán fundamentales en diversos aspectos, como, por ejemplo, para comprobar si se ha cumplido el objeto del contrato determinado por el proyecto, con las modificaciones que, en su caso, el promotor haya convenido con el comprador o comitente. Igualmente, estos documentos tendrán una importancia decisiva de cara a establecer determinados extremos indispensables para el correcto ejercicio de las acciones de la LOE, o de las de responsabilidad contractual, por cuanto que, además de identificar a los sujetos intervinientes en la obra, en los mismos se contienen detalles y precisiones sobre su ejecución, que pueden resultar imprescindibles a la hora de atribuir las responsabilidades que se deriven de los vicios constructivos. Del mismo modo, el contenido del proyecto técnico, además de constituir presupuesto necesario para la celebración de contratos sobre plano, es un elemento clave para definir el objeto contractual y su contenido debe entenderse contractualizado, aunque no exista una expresa remisión en este sentido.

En el orden cronológico conforme al que estos documentos aparecen de ordinario en el proceso constructivo, procedemos a realizar un breve análisis de los mismos:

a) Proyecto técnico

El artículo 4 LOE lo considera como el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras contempladas en la LOE. Esta previsión legal se completa en su artículo 10 en cuanto a las obligaciones del proyectista, y en el artículo 6 y el Anejo I de la parte primera del CTE, en cuanto al contenido y determinaciones que debe comprender el documento que analizamos⁵⁰⁵. Del mismo modo antes citado, su contenido debe entenderse automáticamente contractualizado como parte integrante de los contratos de compraventa, como elemento que define el objeto de la prestación del promotor-vendedor. Así, el artículo 6.1 CTE prescribe que “*el proyecto describirá el edificio y definirá las obras de ejecución del mismo con el detalle suficiente para que puedan valorarse e interpretarse inequívocamente durante su ejecución*”. Por su parte, el Anejo I de la parte primera del CTE, relaciona con precisión y detalle el contenido del proyecto de edificación, sin perjuicio de lo que, en su caso, establezcan las Administraciones competentes, indicando también el contenido mínimo del proyecto básico. De este concepto de proyecto, se desprende el carácter de obligación de resultado que se atribuye a la que asume el proyectista, por lo que aquél deberá estar redactado para

⁵⁰⁵ Vid. DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, pp. 293 a 299, en cuanto a su contenido.

que se cumpla la finalidad perseguida, de modo que la obligación sólo podrá estimarse cumplida cuando estos fines se materialicen⁵⁰⁶.

b) Memoria de calidades

Se trata de un elemento que debe incluir el proyecto, si bien los contratos de compraventa o de obra pueden incluir la misma memoria u otra distinta, en la que se efectúen determinadas modificaciones, la cual podrá prevalecer sobre la contenida en el proyecto siempre que sea expresamente aceptada por las partes. Es éste un documento de marcada importancia, fundamentalmente en lo relativo a los elementos de acabado de los inmuebles, en cuanto define las calidades y características de los materiales, equipamiento, instalaciones y otros componentes que se van a emplear en la edificación y que tiene un carácter inequívocamente vinculante⁵⁰⁷.

c) Libro de órdenes y asistencias

Este documento se menciona en la LOE (artículos 12.3.c y 13.2.d) en relación con el director de obra y el director de la ejecución, aludiendo a la obligación de estos técnicos de hacer constar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto y la ejecución de la obra, respectivamente⁵⁰⁸. También alude a este libro el CTE, en el Anejo II de la parte primera sobre la documentación de seguimiento de la obra. Su regulación específica se efectúa por 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 edificación⁵⁰⁹, que debe entenderse matizado por las precisiones contenidas en el CTE. Al respecto, dispone el apartado II.1.4 del Anejo II de la parte primera del CTE, que, una vez finalizada la construcción de la edificación, el Libro de Ordenes y Asistencias junto con la demás documentación del seguimiento de la obra, será depositado por el director de la obra en el Colegio Profesional correspondiente o, en su caso, en la Administración Pública competente, que aseguren su conservación y se comprometan a emitir certificaciones de su contenido a quienes acrediten un interés legítimo. Se trata, en suma, de un elemento de prueba de primera magnitud en los procesos sobre defectos constructivos, en los que su no aportación al proceso operará en contra de quien estuviera obligado a hacerlo, en función del principio de facilidad probatoria ex artículo 217.6 LEC⁵¹⁰. No obstante, los técnicos no quedan exonerados de responsabilidad por el sólo hecho de hacer constar en este libro las irregularidades que constaten, o

⁵⁰⁶Vid. GÓMEZ TABOADA, J., “Los arrendamientos de obras y servicios. Parte primera. El arrendamiento de obra”, en *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por J. F. Delgado de Miguel, Tomo III, *Obligaciones y Contratos*, Volumen 3º, coordinado por V.L. Simó Santonja, Civitas, Madrid, 2003, p. 423.

⁵⁰⁷BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 505; *vid.* en este sentido ATS de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016\33069).

⁵⁰⁸Vid. DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 218 a 220, donde se resalta su importancia en todas las cuestiones relacionadas con la dirección de la obra, siendo un medio de prueba de clara importancia para delimitar responsabilidades, y que, en caso de estar en blanco, impedirá al director de obra defender que impartió las órdenes necesarias.

⁵⁰⁹BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1971.

⁵¹⁰SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 224.

las órdenes que impartan, sino que es preciso que comprueben su rectificación o subsanación antes de la emisión del CFO⁵¹¹.

d) Certificado final de obra (CFO)

Este certificado se menciona expresamente en la LOE, en sus artículos 12.3.e) y 13.2.2, aludiendo a la obligación del director de obra y del director de ejecución de suscribir dicho certificado. Se encuentra regulado por el Decreto 462/1971, de 11 de marzo, referenciado en el epígrafe anterior. A su vez, el apartado II.3 del Anejo III de la parte primera del CTE, establece el contenido de las declaraciones que deben efectuar en dicho certificado el director de obra y el director de ejecución, sobre su finalización con arreglo al correspondiente proyecto⁵¹². Su emisión debe ser previa a la suscripción del acta de recepción, en la que debe hacerse constar la fecha de su expedición. Además, es indispensable la firma de dicho certificado para que pueda producirse la recepción tácita de la obra ex artículo 6.4 LOE. A su vez, el CFO visado por los respectivos colegios profesionales debe adjuntarse a la solicitud de licencia de primera ocupación. Su función es acreditar la finalización de la obra⁵¹³, quedando reservada su aprobación al comitente, sin perjuicio de que se pueda pactar que la aprobación de la obra por el promotor se produzca por la sola emisión de este certificado.

e) Libro del edificio

El artículo 7 LOE se refiere a la documentación de la obra ejecutada para referirse al contenido que debe integrar el Libro del Edificio⁵¹⁴, cuyos destinatarios son los usuarios finales de la obra⁵¹⁵. En concreto, deben integrar este libro el proyecto, sus modificaciones debidamente aprobadas, el acta de recepción, la relación de agentes de la edificación, las instrucciones de uso y mantenimiento y sus

⁵¹¹*Ibidem.*, p 225. *Vid.* en este sentido STS de 19 noviembre de 1996 (RJ 1996\8276) o SAP de Zaragoza de 25 de abril de 2008 (JUR 2008\339671).

⁵¹²CTE, Parte Primera, Anejo III, apartado II.3: "*Certificado final de obra.*

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".*

⁵¹³DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 69 a 71.

⁵¹⁴*Ibidem*, pp. 249 a 254.

⁵¹⁵*Vid.* SAP de Madrid de 21 de marzo de 2012 (JUR 2012\14219), que indica que este libro se debe entregar directamente a los compradores, sin que sea válida la entrega en la notaría.

instalaciones⁵¹⁶. También alude al Libro del Edificio el artículo 8.2 CTE⁵¹⁷, precisando que en éste debe incluirse un Plan de Mantenimiento del Edificio, y lo que establezcan los DBs para el cumplimiento de las exigencias básicas del CTE. El Libro del Edificio se concibe con carácter dinámico, por lo que hay que ir incorporándole la documentación que se vaya generando por las actuaciones de reparación, reforma o rehabilitación que, en su caso, se acometan tras la finalización del edificio⁵¹⁸.

⁵¹⁶La SAP de Madrid de 7 de julio de 2015 (JUR 2015\203207), analiza un supuesto en el que en una promoción de cinco viviendas unifamiliares, se entrega por error a uno de los compradores el libro del edificio de una vivienda distinta a la adquirida y con calidades superiores a aquella, disponiendo la Audiencia que la consecuencia sólo debe ser la entrega del libro del edificio correcto, pues no quedó acreditado que la compra se hiciese contemplando las calidades superiores.

⁵¹⁷También lo hace el artículo 64 TRLCU cuando dispone que “*se facilitará, además, la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación*”.

⁵¹⁸Vid. VENTURA BUENO, J., “El edificio como bien”, en *Derecho de la edificación y renovación urbana*, dirigido por M.M. Fernando Pablo y coordinado por M.A. González Bustos, Tecnos, Madrid, 2016, p. 277, sobre el desarrollo del libro del edificio por la legislación autonómica.

CAPÍTULO TERCERO. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EL RÉGIMEN DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

I. ANTECEDENTES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

A) Introducción

1. La coexistencia de la responsabilidad contractual

Además de la responsabilidad legal por defectos constructivos derivada del régimen de la LOE, que permite a los propietarios y sucesivos adquirentes de los edificios o partes de los mismos, la reclamación por defectos constructivos al margen de que estén o no vinculados por un determinado contrato con los agentes de la edificación, hay que destacar la importancia, también en este ámbito, de la responsabilidad contractual. En efecto, el proceso constructivo está estructurado en base a una pluralidad de contratos, dirigidos bien a la construcción del edificio —como son los que el promotor concierta con los agentes de la edificación—, bien a su comercialización —como son los que el promotor concierta con los adquirentes del edificio—. Y resulta evidente que la existencia de vicios o defectos constructivos supone un incumplimiento de las obligaciones contenidas en dichos contratos⁵¹⁹. Señala O'CALLAGHAN⁵²⁰, que los compradores pueden exigir al promotor el cumplimiento del contrato mediante la entrega de una vivienda habitable y segura, ya que dicho promotor se ha obligado a todas las consecuencias que sean conformes con la naturaleza del contrato según la buena fe, el uso y la ley. Y esta obligación no la cumple el promotor que entrega una vivienda aparentemente habitable y segura, pero que al tiempo presenta defectos que causen su ruina total o parcial, actual o potencial, o que presente defectos constructivos. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO⁵²¹, remarcan que la existencia de defectos constructivos, además de activar el régimen de responsabilidad previsto en la LOE o en el artículo 1.591 CC, supone un incumplimiento contractual que la jurisprudencia resuelve aplicando las normas generales sobre esta clase de responsabilidad, contenidas en los artículos 1.101 y 1.124 CC, en tanto que la existencia de defectos supone un incumplimiento por falta de idoneidad de la cosa que se ha construido⁵²². De este modo, el Tribunal Supremo aplica una doctrina que supone la derogación tácita del régimen de saneamiento por vicios ocultos ex artículo 1.484 CC, al considerar que la entrega de una cosa con defectos constructivos no es un hecho integrable en este precepto, sino en los artículos 1.101 y 1.124 CC.

⁵¹⁹ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., p. 409. Vid en este sentido la STS de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1021) u otras anteriores como las SSTS de 8 octubre 1990 (RJ 1990\7585); 28 de enero de 1994 (RJ 1994\575), 27 de junio de 1994 (RJ 1994\6505) y 25 octubre de 1994 (RJ 1994\7682); 13 de octubre de 1999 (RJ 1999\8862) y 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8862); 21 de marzo de 1996 (RJ 1996\2233); u 11 de octubre de 2006 (RJ 2006\6444).

⁵²⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Contrato de obra. Responsabilidad por ruina.", *Act. Cív.*, núm. 27, Tomo 2, 1988, p. 1691

⁵²¹ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, op. cit., p. 407

⁵²² Vid. SSTS de 1 de junio de 1982 (RJ 1982\3401), 27 de enero de 1999 (RJ 1999\7), 23 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7266), 13 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3060) o 27 de marzo de 2015 (RJ 2015\1833).

Consecuentemente, ello plantea la posibilidad de entablar las acciones generales por responsabilidad contractual, y, en su caso, las particulares derivadas de cada contrato, así como la necesidad de analizar la correlación que esta opción guarda con la existencia de un régimen especial de responsabilidad en materia de defectos constructivos.

2. La incidencia de la nueva regulación

La modificación del marco legal que supuso la entrada en vigor de la LOE, ha puesto de relieve que, aunque esta norma ha constituido un importante avance en la ordenación de la edificación —fundamentalmente en cuanto a la elevación de los estándares de calidad, el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad decenal, la regulación de las obligaciones de los agentes de la edificación y la regulación de la documentación de la obra ejecutada—, también ha significado una devaluación de la protección de la que gozaba el consumidor de vivienda, y en general el adquirente de un edificio, antes de su entrada en vigor —principalmente por la drástica reducción del plazo de garantía por defectos de habitabilidad de diez a tres años, y del plazo de prescripción de quince⁵²³ a dos años, así como por la limitación objetiva de los daños reclamables a su amparo, ahora exclusivamente limitados a los materiales causados en el edificio⁵²⁴—. En este escenario, cabe plantearse las alternativas que asisten al propietario del edificio ante la existencia de defectos constructivos, en los supuestos en los que los daños ocasionados por tales vicios no queden amparados por el régimen de la LOE, bien sea porque queden excluidos del mismo, como sucede con los daños distintos de los materiales causados en el inmueble, bien porque hayan transcurrido los plazos de garantía o prescripción para accionar con base en esta norma. Por este motivo, resulta particularmente importante la posibilidad de poder acudir al ejercicio de las acciones para exigir responsabilidad de carácter contractual.

B) Planteamiento e importancia del problema

1. Las limitaciones de la LOE

El punto de partida de la cuestión que nos ocupa, deriva de la nueva regulación que instaura la LOE en materia de responsabilidad por defectos constructivos, la cual, aunque en algunos aspectos es heredera del acervo jurisprudencial generado en torno al artículo 1.591 CC, en otros supone una disrupción respecto al sistema precedente. Señaladamente en cuanto a la drástica reducción de los plazos de garantía y prescripción, y a la limitación de los daños reclamables, que se circunscriben a los materiales en el propio edificio. Del modo expuesto, la exigencia de responsabilidad con base en la LOE requiere, con carácter fundamental, la concurrencia de tres requisitos diferenciales respecto a la reclamación de responsabilidad contractual. Estos tres requisitos puede sintetizarse en la existencia de una determinada **clase de daños**, que deben ser exclusivamente daños materiales en el propio edificio,

⁵²³Actualmente, tras la modificación del artículo 1.964 CC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015), el plazo general de prescripción para las acciones que no tengan señalado uno especial se ha reducido de 15 a 5 años.

⁵²⁴Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los defectos...”, *op. cit.*, pp. 520 a 521, que señala que, dejando al margen los seguros obligatorios, la LOE respecto a los consumidores “*representa un paso atrás respecto de la situación de la que disfrutaban al amparo del artículo. 1591 o más exactamente de su interpretación jurisprudencial*”, con la que los Tribunales sí mostraron una auténtica voluntad de proteger a los compradores de viviendas, “*quienes hubieran quedado desamparados frente al problema de las anomalías en la construcción si se les hubiera aplicado estricta y literalmente el derecho codificado*”.

derivados de alguna de las tres tipologías de defectos previstas en el artículo 17.1 LOE —estructurales, de habitabilidad o de acabado—; en la necesidad de que dichos daños se manifiesten dentro del **plazo de garantía** que, según dicho precepto, corresponde a cada tipo de vicios constructivo —diez años si es estructural, tres si es de habitabilidad y uno si es de acabado—; y en que la acción se ejercite dentro del correspondiente **plazo de prescripción** de dos años ex artículo 18 LOE. Estas tres exigencias tienen como corolario que, al amparo de la LOE, sólo sea posible reclamar por los daños materiales en el propio edificio que deriven de las clases de defectos expresados, que se produzcan dentro de los plazos de garantía respectivos, y en el plazo de prescripción de dos años. Lo anterior comporta una excesiva limitación para la reclamación de responsabilidad con base en esta norma, lo cual ha sido valorado como uno de los aspectos más negativos de la nueva ley⁵²⁵.

De este modo, con LOE se plantean una serie de problemas prácticos de indudable calado, entre los cuales caben señalar los siguientes:

- ¿Es posible reclamar por defectos constructivos manifestados fuera del plazo de garantía?

- ¿Es posible reclamar cuando ha transcurrido el plazo de prescripción?

- ¿Es posible reclamar por daños y perjuicios distintos de los daños materiales en el edificio?

Además, estos problemas se plantean con frecuencia, por varias razones:

- Los plazos de garantía se computan desde la finalización de la edificación, una vez se produce la recepción de la obra ex artículo 6 LOE, y no desde que ésta se entrega al comprador.

- Cuando se adquiere el edificio pueden haber transcurrido ya algunos de los plazos de garantía, si su construcción finalizó hace más de un año —plazo de garantía por defectos de acabado— o de tres años —plazo de garantía por defectos de habitabilidad—, por citar aquellos que originan el mayor número de incidencias.

- Es frecuente que, además de daños materiales en el edificio, los defectos constructivos originen otros perjuicios —daños corporales, morales, en bienes muebles, indirectos o lucro cesante—.

En este sentido, bajo el régimen del artículo 1.591 CC, el Tribunal Supremo se pronunció en varias ocasiones negando la responsabilidad fuera del plazo de garantía decenal, así SSTs 21 de marzo de 1996⁵²⁶ o 15 de octubre de 1990⁵²⁷. Sin embargo, para CADARSO PALAU⁵²⁸, la responsabilidad se prolongaba fuera de este plazo, pero

⁵²⁵RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Principios básicos...”, *op. cit.*, pp. 23 y 24, indica que “la LOE supone un paso atrás en la protección de los consumidores, al reducir los plazos de garantía y prescripción de forma drástica, a cambio de obtener un aseguramiento obligatorio”.

⁵²⁶RJ 1996\2233.

⁵²⁷RJ 1990\7867.

⁵²⁸*Vid.* CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 108.

sin que fueran de aplicación las presunciones de causalidad y de culpa profesional propias de este régimen. En sentido contrario se pronuncia GÓMEZ DE LA ESCALERA⁵²⁹, que niega la responsabilidad más allá del periodo decenal. En cualquier caso, bajo el régimen de la LOE debe establecerse la irresponsabilidad ex artículo 17, por los daños que se manifiesten fuera de los plazos de garantía que este precepto dispone, por lo que como regla general éstos no quedarán cubiertos⁵³⁰. Además, como precisa ESTRUCH ESTRUCH⁵³¹, estos plazos de garantía no pueden interrumpirse ni suspenderse⁵³², por lo que el perjudicado perderá la protección de la LOE por su mero transcurso. Pero lo anterior no significa en modo alguno que, tras su expiración, el propietario quede totalmente desamparado, aunque para ello tendrá que accionar en base a otras vías, señaladamente conforme a las acciones de responsabilidad contractual en los términos que abordamos a continuación. Del modo expuesto, las limitaciones de la LOE han hecho necesario buscar opciones alternativas, que brinden una opción de indemnidad al dañado, siendo la opción principal la reclamación de responsabilidad con base contractual. Para centrar el núcleo del problema que abordamos, es preciso indicar que, generalmente, se admite unánimemente que pueda acudir a la responsabilidad contractual para reclamar por los daños y perjuicios no cubiertos por la LOE —daños corporales, morales, en bienes muebles, gastos de traslado, mudanza, estancia temporal, realojamiento, lucro cesante, entre otros—. El problema radica en afirmar o no esta compatibilidad cuando se pretende reclamar por los mismos defectos y daños amparados por la LOE. Si la respuesta a este interrogante es positiva, se ampliarán las posibilidades de reclamación para los propietarios de vivienda y demás edificios y, en la misma proporción, los plazos de responsabilidad de los agentes de la edificación al margen de la LOE. En cambio, si es negativa, se reducirán estas posibilidades para los titulares del edificio en beneficio de los agentes de constructivos.

2. Principales diferencias entre la responsabilidad contractual y el régimen de la LOE

El régimen jurídico de la LOE y el de la responsabilidad contractual presentan notables diferencias⁵³³, que afectan a aspectos tan importantes como los plazos de garantía y prescripción, la legitimación, la causalidad, los criterios de imputación de responsabilidad, la solidaridad y la responsabilidad por hecho ajeno, el tipo de incumplimientos frente a los que cabe accionar o los daños reclamables. Así, en el marco de las acciones contractuales, la legitimación solo se ostenta frente a la contraparte en el contrato correspondiente, mientras que, en las acciones de la LOE, la legitimación no se basa en los vínculos contractuales y corresponde a los propietarios y sucesivos adquirentes frente a los agentes de la edificación, al margen de cualquier contrato. Del mismo modo, mientras que en las acciones contractuales el principio general, si bien cada vez más matizado, es que la responsabilidad tiene un carácter subjetivo basado en la culpa, en la LOE esta responsabilidad tiene un carácter cuasi-objetivo. En el ámbito contractual el principio general, aunque también

⁵²⁹GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 181.

⁵³⁰SAP de Madrid de 20 de junio de 2012 (JUR 2004\261436).

⁵³¹*Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 620 y 621.

⁵³²*Vid.* en este sentido MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 184, que señala que, aunque el plazo de garantía no es un plazo de prescripción ni caducidad, puede asimilarse a éste en cuanto no es susceptible de interrupción ni de suspensión.

⁵³³Como estudiaremos a lo largo de este trabajo en muchas ocasiones estas diferencias no serán tan notables, pues ambos regímenes tienden a converger en su aplicación práctica en no pocos aspectos.

cada vez más atenuado, es el de la mancomunidad, mientras que en el régimen de la LOE, aun partiendo de la responsabilidad individualizada, existe un supuesto de solidaridad subsidiaria en el artículo 17.3, *ab initio*, cuando no puedan determinarse las causas del vicio constructivo o el grado de participación de los diferentes agentes de la edificación⁵³⁴, que se proyecta de forma muy importante en la práctica. Del mismo modo, ese artículo 17.3, *in fine*, establece una responsabilidad solidaria en todo caso del promotor, y los artículos 17.5.1º y 7.3º establecen otros supuestos de responsabilidad solidaria en caso de contratación conjunta de varios proyectistas o directores de obra, respectivamente. Igualmente, en la LOE se prevén unos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno que no son directamente aplicables en el marco de la responsabilidad contractual. También existen diferencias en cuanto a los incumplimientos o defectos constructivos que permiten el ejercicio de uno u otro tipo de acciones, pues, mientras en el ámbito de la LOE los incumplimientos deben reconducirse a los previstos en su artículo 17.1, en el ámbito contractual es posible reclamar por incumplimientos distintos, siempre que se incurra en una falta de conformidad respecto de la prestación convenida contractualmente. En sentido similar, existen otras diferencias en cuanto a los daños reclamables, por cuanto que con la LOE se reduce el ámbito de los que podían reclamarse con arreglo al artículo 1.591 CC, el cual queda limitado a los materiales causados en el propio edificio. Por el contrario, con el ejercicio de las acciones contractuales se puede reclamar cualquier tipo de daño, incluido el daño moral o el lucro cesante. Finalmente, y tal vez esta sea la diferencia con más relevancia práctica, los plazos de prescripción también son muy distintos, pues frente al plazo bianual que recoge el artículo 18 LOE, en el caso de las acciones contractuales regirá, con carácter general, el plazo del artículo 1.964 CC, de quince años, actualmente de cinco⁵³⁵. Lo anterior determina que, en orden a la reclamación por defectos constructivos, la responsabilidad contractual, en no pocos aspectos, tenga un radio de acción superior al régimen de la LOE, y que el balance comparativo entre ambos regímenes resulte netamente favorable a aquella en algunos extremos de gran importancia.

En términos generales y sintéticamente, la responsabilidad contractual presenta frente al régimen de la LOE las siguientes ventajas:

- Permite reclamar por daños que se produzcan fuera de los plazos de garantía previstos en la LOE
- Es posible reclamar por incumplimientos que no constituyan defectos constructivos, en los términos en los que este concepto se configura en el artículo 17.1 LOE.

⁵³⁴ Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Nº 2810. Comentario Sentencia núm. 411/2017 de 27 junio. RJ 2017\3197. Doctrina jurisprudencial sobre la interrupción de la prescripción en los supuestos de responsabilidad solidaria subsidiaria de los agentes que intervienen en el proceso de edificación", CCJC, núm. 105, 2017, ap. IV, que alude a estos supuestos como "solidaridad subsidiaria".

⁵³⁵ Vid. Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015). La disposición final 1ª de esta norma modifica este precepto y reduce el plazo general de prescripción para las acciones que no tengan señalado uno especial de 15 a 5 años. Por su parte la disposición transitoria 5ª establece el régimen transitorio por remisión al artículo 1.939 CC.

- Se pueden reclamar todo tipo de daños y no sólo los materiales causados en el edificio, es decir, también los daños corporales, morales, en bienes muebles, gastos de traslado, mudanzas, estancia temporal, realojamiento o lucro cesante.

- La acción prescribe a los quince años —actualmente cinco— desde que los daños se manifiesten, frente al plazo de dos años que establece el artículo 18 LOE.

Por el contrario, como principales inconvenientes se puedan indicar los siguientes:

- La responsabilidad contractual requiere la existencia de un vínculo contractual⁵³⁶ con la persona a la que se exijan responsabilidades. De este modo, el comprador podrá dirigirse contra el promotor y el autopromotor podrá hacerlo contra el constructor, proyectista, director de obra y director de ejecución, si ha contratado con todos ellos. Para reclamar frente a personas con las que no se mantengan vínculos contractuales —p. ej. en caso de insolvencia del promotor—, una vez excluida la posibilidad de reclamar con base en la LOE, se habrá de acudir a las normas sobre responsabilidad extracontractual, al régimen de responsabilidad por productos defectuosos ex artículo 135 TRLCU, o al régimen del artículo 149 TRLCU, si concurren los requisitos que se exigen en tales preceptos.

- No resultan de aplicación, en principio, las notas especiales que singularizan el régimen de la LOE, en concreto la presunción de causalidad, la responsabilidad cuasi-objetiva, los supuestos de solidaridad o los de responsabilidad por hecho ajeno que establece esta norma.

Entre las acciones y remedios contractuales frente a los defectos constructivos, el perjudicado, sin perjuicio de acudir a los que provea el tipo de contrato específico que en cada caso corresponda, podrá invocar las normas generales sobre responsabilidad contractual, y, en concreto, podrá accionar exigiendo una pretensión de cumplimiento para la reparación *in natura* de los vicios o defectos constructivos, ex artículos 1.096, 1.098 ó 1.099 CC; o, en los supuestos de mayor gravedad, podrá implementar otros remedios sinalagmáticos, como la resolución del contrato o la *exceptio non adimpleti contractus* ex artículo 1124 CC; o articular remedios indemnizatorios al amparo, fundamentalmente, del artículo 1.101 CC, mediante el cumplimiento por equivalencia o *id quod interest*⁵³⁷.

3. Estado de la cuestión bajo el régimen del artículo 1.591 CC

a) Admisión general de la compatibilidad

⁵³⁶Vid. STS de 14 de marzo de 2018 (RJ 2018\980), que dispone que “esta sala debe declarar, de acuerdo con el art. 1257 del C. Civil, que Gescal no mantenía relación contractual alguna con Simte, dado que esta solo había formalizado relación contractual con la UTE, por lo que Gescal no puede pretender ejercer acciones derivadas del contrato que solo le corresponderían a la UTE (sentencias nº 274/2017 de 5 de mayo (RJ 2017, 2391) y 572/2016 de 29 de septiembre (RJ 2016, 4724), sobre el principio de relatividad de los contratos)”.

⁵³⁷Vid. sobre el particular la clasificación que efectúa PANTALEÓN, F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, ADC, Vol. XLVI, núm. IV, 1993, pp. 1727 y 1728.

El artículo 1.591 CC, a diferencia del régimen de la LOE, permitió al perjudicado reclamar por incumplimientos constitutivos de ruina total, parcial o funcional, en los amplios términos en los que la jurisprudencia interpretó este concepto, así como exigir todos los daños y perjuicios derivados de los vicios constructivos, con un plazo único de garantía de diez años y otro de prescripción de quince, ex artículo 1.964 CC. De este modo, para tutelar eficazmente al adquirente de vivienda, la jurisprudencia ensanchó el ámbito del artículo 1.591 CC atribuyéndole el contenido sustantivo propio de la responsabilidad contractual, soslayando de *facto* las diferencias entre ambos regímenes⁵³⁸. No obstante, también durante la vigencia de esta norma cabe afirmar la coexistencia y compatibilidad entre la responsabilidad ex artículo 1.591 CC y la contractual. Como precisa ESTRUCH ESTRUCH⁵³⁹, la jurisprudencia⁵⁴⁰ ha afirmado que el promotor que vende un edificio que padece vicios ruinógenos, responde como si fuera contratista en virtud de la responsabilidad decenal, pero que, al margen de dicha responsabilidad y junto a ella, también responde por incumplimiento contractual, por cuanto que, en caso de existencia de defectos constructivos, el vendedor no ha cumplido su obligación de entregar una vivienda sin deficiencias y de presentar en el mercado un producto correcto, máxime cuando se trata de un bien de esta entidad. En cualquier caso, la ruina implica un incumplimiento contractual de las obligaciones de algunos de los intervinientes en el proceso constructivo, de modo que el artículo 1.591 CC no excluye la posibilidad de ejercitar las acciones derivadas del artículo 1.101 CC⁵⁴¹. En el mismo sentido, VICENTE DOMINGO⁵⁴² subraya que la opinión unánime sostiene que la acción del artículo 1.591 CC no excluye la posibilidad de ejercitar las acciones contractuales de los artículos 1.101 y 1.124 CC, pues la ruina implica un incumplimiento contractual en el proceso de construcción que puede dar lugar a la resolución o al cumplimiento forzoso o por equivalencia⁵⁴³, sin que sea imperativo acudir previamente al artículo 1.591⁵⁴⁴. Del mismo modo, MINGORANCE GOSÁLVEZ⁵⁴⁵ señala que este precepto no limita el ejercicio de acciones para exigir responsabilidad contractual⁵⁴⁶. Por este motivo, el acreedor contratante ostenta la posibilidad de hacer uso de los remedios que le brindan los artículos 1.101 y 1.124 CC, sin que la situación de ruina de un edificio imponga necesariamente la aplicación preferente del artículo 1.591, o sea obstáculo para aplicar el 1.124 CC. En sentido contrario, GÓMEZ DE LA ESCALERA⁵⁴⁷ considera a aquel artículo como una norma especial que impide la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad contractual, si el defecto constructivo se manifiesta después del plazo decenal. En todo caso, debido a la amplitud del régimen de artículo 1.591 CC, cuyo ámbito objetivo

⁵³⁸ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad...", *op. cit.*, p. 754.

⁵³⁹ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 409

⁵⁴⁰En este sentido refiere este autor las SSTS de 8 octubre 1990 (RJ 1990\7585); 28 de enero de 1994 (RJ 1994\575), 27 de junio de 1994 (RJ 1994\6505) y 25 octubre de 1.994 (RJ 1994\7682; 13 de octubre de 1999 (RJ 1999\8862) y 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8862); 21 de marzo de 1996 (RJ 1996\2233); u 11 de octubre de 2006 (RJ 2006\6444).

⁵⁴¹VINADER CARRACEDO, J., "Los arrendamientos...", *op. cit.*, p. 468.

⁵⁴²VICENTE DOMINGO, E., "Régimen de responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 1383 a 1394.

⁵⁴³Como ha señalado el Tribunal Supremo en las SSTS de 27 de enero de 1999 (RJ 1997\7) y 23 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7266).

⁵⁴⁴*Vid.* en el mismo sentido ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "Concepto de ruina a efectos de responsabilidad por vicios de construcción", *Act. Civ.*, núm. 11, tomo 1, 2007, pp. 1332 a 1662.

⁵⁴⁵*Vid.* MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., "Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 162.

⁵⁴⁶Como han precisado, entre otras, las SSTS de 21 de marzo de 1996 (RJ 1996\2233) o 19 de mayo de 1998 (RJ 1998\338).

⁵⁴⁷*Vid.* GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R. *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp.179 y 180.

y plazo de prescripción es el mismo que el de las acciones de responsabilidad contractual, la jurisprudencia⁵⁴⁸ señaló que las acciones dimanantes de los artículos 1.101 y 1.124 CC son compatibles y acumulables con las que se derivan de aquel precepto, pero que, cuando la acción se fundamenta en el cumplimiento defectuoso por vicios constructivos, prevalece la responsabilidad decenal, pues no puede imaginarse mayor cumplimiento defectuoso que la entrega de un inmueble con vicios ruinógenos. En este sentido, la STS de 27 de enero de 1999⁵⁴⁹ establece inicialmente la compatibilidad reseñada, si bien precisa que la acción del artículo 1.591 CC neutraliza a la del artículo 1.101 CC, de modo que, si el constructor es absuelto frente al ejercicio de aquella acción, no puede ser condenado en base a esta última cuando el incumplimiento contractual se fundamenta en la existencia de vicios ruinógenos.

No obstante, si bien la jurisprudencia ha admitido sin duda alguna la compatibilidad de las acciones de los artículos 1.591 y 1.101 CC, cabe destacar que, cuando los vicios presentan carácter ruinógeno⁵⁵⁰, lo ha manifestado con menos rotundidad que cuando no tenían este carácter⁵⁵¹, aunque, en los últimos años, el Tribunal Supremo admite claramente esta compatibilidad en todo caso en sentencias dictadas en relación al artículo 1.591 CC, como las de 28 de febrero de 2011⁵⁵² o 2 de marzo de 2012⁵⁵³. Pese a lo anterior, dada la amplitud del ámbito de aplicación del artículo 1.591 CC, la importancia de poder ejercitar las acciones del artículo 1.101 CC, radica sobre todo en los supuestos de vicios de carácter no ruinógeno, en cuanto éstos supongan un incumplimiento contractual. En esta línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO⁵⁵⁴ remarca que la responsabilidad contractual tuvo un mayor protagonismo en los casos en los que el incumplimiento no era constitutivo de ruina, por tratarse de defectos de escasa entidad, aunque con relevancia contractual por faltarse a los términos o calidades pactadas en el contrato ⁵⁵⁵.

b) Escasa trascendencia de la responsabilidad contractual durante la vigencia del artículo 1.591 CC

Según hemos expuesto, a diferencia de lo que sucede bajo el régimen LOE, en el régimen precedente del artículo 1.591 CC, no existían diferencias sustanciales entre la responsabilidad contractual por defectos constructivos y la derivada de este precepto⁵⁵⁶. Y no existían porque el plazo de prescripción era el mismo, de quince años ex artículo 1.964 CC, y porque el artículo 1.591 CC establecía un único plazo de garantía de diez años, para todos los defectos constructivos amparados bajo el omnicompreensivo concepto jurisprudencial de “ruina funcional”. Además, en ambos regímenes eran reclamables todos los daños y perjuicios sufridos y no sólo los materiales en el edificio⁵⁵⁷. Puede indicarse, pues, que el artículo 1.591 CC, hasta la

⁵⁴⁸STS de 21 de mayo de 1999 (RJ 1999\4581).

⁵⁴⁹RJ 1999\7.

⁵⁵⁰Así STS 23 de abril de 1999 (RJ 1999\2591).

⁵⁵¹STS 27 de enero de 1999 (RJ 1999\7).

⁵⁵²RJ 2011\2758.

⁵⁵³RJ 2012\4635.

⁵⁵⁴MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 246 y 247.

⁵⁵⁵Así STS de 21 de febrero de 2006 (RJ 2006\2902).

⁵⁵⁶*Vid.* ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 754, que indica que la jurisprudencia ensanchó el ámbito del artículo 1.591 CC para tutelar a los adquirentes de vivienda, suprimiendo en la práctica las diferencias con los resultados a los que se llegaría aplicando las acciones por incumplimiento contractual.

⁵⁵⁷*Vid. loc. cit.*

entrada en vigor de la LOE, fagocitó al régimen de responsabilidad contractual en el ámbito de los defectos o vicios constructivos. Así, como pone de relieve JIMÉNEZ HORWITZ⁵⁵⁸, la jurisprudencia realizó una interpretación extensiva del artículo 1.591 CC, que determinó que la responsabilidad decenal “*haya funcionado como una responsabilidad por incumplimiento del contrato de obra*”, bajo la cual late el concepto moderno de conformidad de la prestación contractual.

4. Situación tras la entrada en vigor de la LOE

La LOE, en varios de sus preceptos, hace alusión a la coexistencia del sistema de responsabilidades y garantías que instituye con la responsabilidad contractual. Así, el artículo 17.1 dispone que las responsabilidades que establece respecto a los agentes de la edificación, lo son “*sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*”; por su parte el artículo 17.9 abunda en esta idea indicando 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 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*”; también el artículo 18.1 previene que el plazo bianual de prescripción de las acciones LOE se entiende “*sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual*”. No obstante, pese a la aparente claridad que resulta de esta literalidad, es preciso delimitar el significado y alcance concreto de estas alusiones a la responsabilidad contractual.

a) Compatibilidad en los daños no amparados por la LOE

Con el propósito de posicionar en sus justos términos la cuestión objeto de estudio, ya hemos adelantado que, generalmente, se admite unánimemente que pueda apelarse a la responsabilidad contractual para reclamar por los daños y perjuicios no amparados por la LOE —daños corporales, en bienes muebles, gastos de traslado, mudanza, estancia temporal, realojamiento, otros daños indirectos, lucro cesante o daños morales.

b) El dilema de la compatibilidad en los daños amparados por la LOE

El problema radica en afirmar esa compatibilidad cuando lo que se pretende es reclamar por los mismos defectos o vicios constructivos y por los mismos daños amparados por la LOE. Además, el núcleo de la cuestión se centra en la admisión o no de la compatibilidad respecto de las acciones generales sobre responsabilidad contractual del artículo 1.101 CC, siendo menos discutida la compatibilidad en el caso de la acción resolutoria cuando existen daños muy graves, al tiempo que plantea escasas dudas la de las acciones edilicias. Si la respuesta a este interrogante es positiva, se ampliarán las posibilidades de reclamación de los propietarios de viviendas y demás edificios y, de modo proporcional, también se incrementarán los plazos de responsabilidad de los agentes de la edificación al margen de la LOE. En cambio, si es negativa se reducirán las posibilidades de aquéllos y la responsabilidad de éstos. En este sentido, de forma muy elocuente, ante la pregunta de si cabe acudir a la responsabilidad contractual cuando han transcurrido los plazos de garantía

⁵⁵⁸JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el derecho español (estudio comparado con el derecho alemán)”, *ADC*, Vol. LXV, núm. II, 2012, p. 555.

previstos en la LOE, GREGORACI FERNÁNDEZ⁵⁵⁹ afirma la compatibilidad de las acciones contractuales con el régimen de la LOE y se pregunta que, de no ser así “¿a quién estaría protegiendo realmente la LOE, a los adquirentes de vivienda o a los agentes de la edificación?”.

C) Posición de la doctrina

En relación a la cuestión de si es posible reclamar contractualmente por los mismos vicios constructivos amparados por la LOE, y por los mismos daños materiales en el edificio que ampara esta norma, la doctrina se encuentra dividida. Esta división tiene como trasfondo la significativa importancia que se anuda a la respuesta a este interrogante, en cuanto que afirmar esa compatibilidad significa, de *facto*, dinamitar la reducción de los plazos de garantía y prescripción que introduce la LOE en sustitución del centenario régimen del artículo 1.591 CC. A continuación, exponemos las opiniones doctrinales más relevantes, si bien hemos de afirmar que, la existencia de recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo que admiten la compatibilidad entre ambos tipos de responsabilidades, relativizan el alcance y significado de las opiniones doctrinales, aunque éstas conserven su validez e importancia como crítica o justificación del sistema vigente, o, en su caso, de *lege ferenda*.

1. Doctrina que no admite la compatibilidad o que lo hace con matices

Para contextualizar la posición de la doctrina que se expone a continuación, no es ocioso poner de manifiesto los motivos que latían tras la drástica reducción de los plazos de garantía y prescripción que establece la LOE. Así, MARTÍNEZ ESCRIBANO⁵⁶⁰ expone que la reducción de los plazos de garantía y prescripción que introduce la ley especial, tiene por objeto superar la gravosa situación a la que quedaban sometidos los agentes de la edificación con el concepto de ruina funcional, que extendía la garantía decenal a defectos que no comportaban la ruina de la edificación en su concepción inicial. Para esta autora, aunque la reducción de los plazos de garantía y prescripción que efectúa la LOE es excesiva, también los plazos anteriores eran igualmente excesivos, pues se podía llegar a responder hasta veinticinco años después de finalizado el edificio⁵⁶¹. En el mismo sentido, ESTRUCH ESTRUCH⁵⁶² pone de relieve que, el Proyecto de Ley 121/000043, de 1994, relativo a la modificación de los contratos de servicios y de obra, ya intentó establecer un plazo de prescripción más breve, de tres años, para la reclamación por defectos constructivos. Con rotundidad, ALONSO PÉREZ⁵⁶³ manifiesta que “ese estadio normativo que tiene como bastión fundamental el artículo 1.591 del Código Civil es el que proporciona el más alto grado de protección al adquirente de un edificio de reciente construcción”, al tiempo que atribuye a una deliberada voluntad de reducir ese altísimo nivel de protección la redacción de los artículos 17 y 18 LOE, pues “a nadie se le oculta que tras la LOE hay una voluntad deliberada de suavizar el régimen de responsabilidad para los operadores económicos del sector de la construcción que se ubican en el lado de la oferta⁵⁶⁴”. De este modo, tras la entrada en vigor de la LOE,

⁵⁵⁹ Vid. GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, p. 14.

⁵⁶⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 117

⁵⁶¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁶² ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 627 y 628

⁵⁶³ Vid. ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El difícil encaje...”, *op. cit.*, p. 562.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, pp. 582 y 583.

la doctrina se mostró inicialmente sorprendida por la alusión a la responsabilidad contractual que efectúa su artículo 17.1. Así, se consideró que esa alusión debía ser interpretada en referencia a la posibilidad de accionar contractualmente para exigir responsabilidades distintas a las que son objeto de la LOE⁵⁶⁵, bien para reclamar por daños distintos de los materiales en el edificio, bien para reclamar por otros incumplimientos que no son objeto de esta ley⁵⁶⁶. De este modo, parte de la más autorizada doctrina entendió que las acciones de responsabilidad contractual sólo pueden ejercitarse para reclamar daños distintos de aquellos que son cubiertos por la LOE. En este sentido, DÍEZ-PICAZO⁵⁶⁷, DEL ARCO TORRES y GONZÁLEZ PONS⁵⁶⁸, CORDERO LOBATO⁵⁶⁹ o MARÍN GARCÍA DE LEONARDO⁵⁷⁰. Por su parte, ALBALADEJO⁵⁷¹, aunque afirma esta compatibilidad indicando que la responsabilidad ex LOE lo es “*naturalmente, sin perjuicio de otras eventuales responsabilidades contractuales frente a las mismas personas, y las derivadas de las específicas relaciones obligatorias entre los diferentes agentes*”, a nuestro juicio también parece querer referirse a responsabilidades distintas de las que ampara la LOE. También en esta línea se pronuncia CABANILLAS SÁNCHEZ⁵⁷², que entiende que fuera de los plazos de garantía no se pueden aplicar las normas generales de responsabilidad contractual, en relación con los vicios constructivos amparados por la LOE, pues ello conduce a alargar excesivamente la responsabilidad de los profesionales, si bien admite el ejercicio de las acciones edilicias en la compraventa o de la acción resolutoria del artículo 1.124 CC en caso de vicios graves, aunque no las acciones generales de responsabilidad contractual, que quedan limitadas a los vicios no contemplados en la LOE⁵⁷³. En el mismo sentido, ZUMAQUERO GIL⁵⁷⁴ indica que, a partir de la LOE, “*parece admisible alegar la aplicación de los preceptos relativos al régimen de incumplimiento del Código Civil únicamente cuando el vicio no sea determinante de ruina*”. También DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ⁵⁷⁵ afirman la exoneración total de responsabilidad de los agentes de la edificación, una

⁵⁶⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., “Ley de edificación y Código Civil”, *ADC*, Vol. LIII, núm. I, 2000, p. 13 y 14; y 20 y 21, que pone como ejemplo la acción para reclamar a un arquitecto responsabilidad por la redacción de un proyecto de imposible construcción, contratado y cobrado en todo o en parte.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

⁵⁶⁷ *Loc. cit.* Posteriormente este autor, en su obra *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, Las particulares relaciones obligatorias*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 395, indica que “*la responsabilidad del artículo 17 es compatible con las responsabilidades contractuales que deben seguir su propio régimen jurídico*”, aunque no precisa el concreto alcance que reconoce a esa compatibilidad y si lo es respecto a los mismos daños amparados por la LOE, o sólo respecto de otros no comprendidos en su objeto.

⁵⁶⁸ DEL ARCO TORRES, M.A. y GONZÁLEZ PONS, M., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 541 a 544, defienden la compatibilidad de las acciones contractuales, pero sólo para la reclamación de defectos no amparados por la LOE.

⁵⁶⁹ *Cfr.* CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 17...”, *op. cit.*, pp. 343, que precisa que mediante las acciones contractuales el propietario podrá reclamar los daños y perjuicios no cubiertos por la LOE; en el mismo sentido se pronuncia esta autora en “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 425 y 426; y en *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, pp. 399 y 400, aunque sí reconoce la compatibilidad de las acciones contractuales con las acciones LOE para reclamar por vicios constructivos derivados del contrato de obra, pp. 407 a 409.

⁵⁷⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., *La figura del promotor...*, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁷¹ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, *op. cit.*, pp. 752 y 753.

⁵⁷² Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La responsabilidad por vicios...”, *op. cit.*, pp. 504 y 505

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 504.

⁵⁷⁴ Vid. ZUMAQUERO GIL, L., “La figura del promotor...”, *op. cit.*, p. 442.

⁵⁷⁵ DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 541 a 544.

vez transcurridos los plazos de garantía. Para ORTI VALLEJO⁵⁷⁶ la LOE constituye “*el marco normativo de referencia para solucionar todos los conflictos que surjan en caso de deficiencias de todo tipo en la construcción*”, por lo que no admite las acciones contractuales por defectos constructivos, pudiendo ejercitarse únicamente las acciones de la LOE. Señala este autor que podrán ejercitarse acciones contractuales para defectos o incumplimientos no amparados en la LOE, aunque sí admite la acción resolutoria del artículo 1.124 CC en caso de defectos de especial gravedad⁵⁷⁷. VINADER CARRACEDO⁵⁷⁸ establece una compatibilidad matizada, afirmando que si los vicios constructivos aparecen dentro de los plazos de garantía, únicamente se podrán ejercitar las acciones LOE y no otras, de modo que si éstas no se ejercitan dentro de los plazos de prescripción, ello implica una dejación de derechos que imposibilitará ejercitar ulteriormente las de carácter contractual; sin embargo, si los vicios se manifiestan fuera de estos plazos de garantía, sí se podrán ejercitar las acciones contractuales, aunque sin aplicación de los beneficios que establece la LOE sobre solidaridad o responsabilidad objetiva.

a) Precisiones respecto al contrato de obra

Parte de la doctrina que no admite la compatibilidad con carácter general, sí lo hace en el ámbito del contrato de obra. Este matiz se debe a motivos diversos, como la existencia de un régimen especial en el contrato de compraventa para los vicios ocultos, nucleado en torno a las acciones edilicias, o la expresa mención que el artículo 17.9⁵⁷⁹ realiza a este tipo de acciones, lo que se interpreta de modo excluyente respecto a las demás acciones contractuales. Así, cabe citar a CORDERO LOBATO⁵⁸⁰, que admite la compatibilidad sin limitaciones en el contrato de obra. En especial, esta autora⁵⁸¹ destaca la compatibilidad entre las acciones de la LOE y las derivadas del contrato de obra que existan entre los partícipes en la edificación, que podrán tener virtualidad al amparo de las normas generales sobre responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y 1.124 CC. Además, remarca que lo importante en este punto no es la vigencia del artículo 1.591 CC, pues el precepto relevante es el artículo 1.964 CC, en cuanto establece un plazo de prescripción distinto y superior al bianual de las acciones de la LOE.

b) Precisiones respecto al vendedor profesional

Parte de la doctrina que no admite la compatibilidad, sí parece admitirla respecto al vendedor profesional, mientras que la niega frente al vendedor no

⁵⁷⁶Cfr. ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 801 a 805.

⁵⁷⁷*Ibidem*, pp. 805 a 808.

⁵⁷⁸Vid. VINADER CARRACEDO, J., “Los arrendamientos...”, *op. cit.*, pp. 468 a 471.

⁵⁷⁹El artículo 17.9 LOE indica 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 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*”. No obstante, pese a la expresa mención a las acciones edilicias, parece que el inciso final sobre “*la demás legislación aplicable a la compraventa*”, permite entender comprendida en esta alusión el régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual.

⁵⁸⁰CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, pp. 399 y 400, reconocen la compatibilidad de las acciones contractuales con las acciones LOE para reclamar por vicios constructivos derivados del contrato de obra, pp. 407 a 409.

⁵⁸¹Vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 426.

profesional. Así MORENO-TORRES HERRERA y RUIZ-RICO RUIZ⁵⁸² que, aunque sostienen la compatibilidad con carácter general, consideran que en el contrato de compraventa el comprador sólo dispone de las acciones edilicias⁵⁸³ y de las acciones del artículo 17 LOE, pero no de las acciones generales de incumplimiento contractual, salvo en los casos en los que el vendedor sea un vendedor profesional, en los que éste sí incurre en un incumplimiento contractual. Frente al vendedor no profesional el comprador sólo podrá ejercer las acciones edilicias, pues no tiene sentido exigirle responsabilidad por un incumplimiento derivado de la actuación de los agentes de la edificación⁵⁸⁴. Por su parte, ORTI VALLEJO⁵⁸⁵, en coherencia con su postura contraria a la admisión de la compatibilidad, sólo admite el ejercicio contra el vendedor de las acciones edilicias, sin que admita contra el transmitente no profesional el ejercicio de las acciones contractuales por defectos constructivos, ni tampoco el de las acciones de la LOE, puesto que éste podría invocar la excepción de falta de legitimación pasiva al no ser el responsable de los defectos. En este sentido, también en el régimen de la LOE, respecto del autopromotor o promotor no profesional, se critica que su responsabilidad se equipare a la del promotor profesional⁵⁸⁶. Así, con la salvedad de la dispensa del seguro decenal⁵⁸⁷, la LOE no establece ninguna matización en cuanto a su régimen de responsabilidad, que se encuentra residenciado en el artículo 17 sin excepción alguna. De este modo, frente al régimen anterior a la LOE, en el que la jurisprudencia no había conceptualizado como promotor al autopromotor, esta norma sí

⁵⁸² Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Panorama general de las acciones utilizables por los sujetos afectados por vicios o defectos constructivos”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 341 y 342.

⁵⁸³ Vid. SAP de Barcelona de 28 de septiembre de 2018 (JUR 2018\272103), que admite una reclamación edilicia contra un vendedor no profesional, que en 2014 vende una vivienda construida en 1.957, y que padece aluminosis.

⁵⁸⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 319 a 321.

⁵⁸⁵ ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 805 a 808.

⁵⁸⁶ En este sentido vid. MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los defectos de las edificaciones...”, *op. cit.*, pp. 516 y 517, que indica que el promotor no profesional no responde de la calidad de las edificaciones. Puede responder de los hechos propios, pero no responde “*en todo caso*” de los actos de los demás agentes de la edificación, puesto que esta posición de garante sólo puede atribuirse al promotor profesional y no a quien ocasionalmente edifica para satisfacer una necesidad propia, que sólo responderá conforme a las acciones edilicias.

⁵⁸⁷ La disposición adicional 2^a LOE fue modificada por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, excluyendo de esta obligación al promotor individual de una única vivienda para uso propio. En caso de enajenación *inter vivos* de la vivienda antes de que transcurra el plazo de garantía, dicho promotor habrá de concertar un seguro por el plazo que reste, salvo que el adquirente exonere expresamente al autopromotor de esta obligación. La RDGRN de 9 de mayo de 2007 interpreta este requisito de forma amplia e incluye a las personas jurídicas. La DA 2^a dispone: “*Uno. La garantía contra 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. No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión «inter vivos» dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión «inter vivos» sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma. Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*”.

lo hace, lo cual tiene importantes consecuencias, al equiparar sus responsabilidades con las del promotor profesional en el caso de que enajene la vivienda⁵⁸⁸.

2. Doctrina que sí admite la compatibilidad

a) La compatibilidad como garantía de indemnidad

La mayor parte de la doctrina afirma claramente esta compatibilidad en los más amplios términos, tanto respecto del contrato de compraventa como respecto al contrato de obra. Para establecer esta compatibilidad y la independencia de las acciones contractuales respecto al régimen de la LOE, ESTRUCH ESTRUCH⁵⁸⁹ indica “que, si el legislador hubiera querido reducir o afectar al régimen general de responsabilidad contractual establecido en el Código Civil para la compraventa de viviendas, debería haberlo indicado de modo expreso y, evidentemente, no lo ha hecho. Antes al contrario, el legislador de modo expreso y reiterado ha señalado que las responsabilidades y acciones previstas en la Ley no causan perjuicio (por lo tanto, ni afectan negativamente, ni menos anulan) a las acciones generales de incumplimiento contractual”. MARTÍNEZ ESCRIBANO⁵⁹⁰ admite esta compatibilidad claramente para reclamar por los mismos vicios constructivos cubiertos por la LOE, aunque advierte que con sujeción a un diferente régimen jurídico del previsto en esta norma. También ABRIL CAMPOY⁵⁹¹ establece la compatibilidad entre las acciones de la ley especial y las contractuales derivadas de los artículos 1.101 y 1.124 CC, remarcando los disímiles plazos de prescripción al que unas y otras están sometidas, y afirma que, con base en las segundas, además de los daños materiales en el edificio se podrá reclamar el daño moral y el lucro cesante. También ALBIEZ DOHRMANN⁵⁹² admite esta compatibilidad ante la ausencia de un sistema específico para los incumplimientos en el contrato de obra, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, y sostiene que el perjudicado podrá interesar la reparación de los vicios constructivos, el cumplimiento por equivalencia o, en su caso, la resolución del contrato. Por su parte, LARROSA AMANTE⁵⁹³ admite esta compatibilidad y considera que es el medio que tiene el comprador para accionar contra el promotor, cuando al recibir la vivienda ya han prescrito las acciones de la LOE. Igualmente lo hacen

⁵⁸⁸MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 111 y 112, critica esta equiparación y entiende que la jurisprudencia debe establecer una interpretación correctora para moderar esta responsabilidad del autopromotor, fundamentalmente en cuanto a la responsabilidad solidaria que en todo caso corresponde a este agente de la edificación con los demás, aunque las causas de los vicios no le sean imputables. Entiende esta autora, que no puede compararse a efectos de responsabilidad al promotor profesional con ánimo de lucro con el autopromotor que se construye su propia vivienda. Por este motivo, defiende que, en caso de enajenación de la vivienda por el autopromotor, deberían ser admisibles pactos de moderación de la responsabilidad, ya que en estos supuestos existe una igualdad entre las partes que no justifica restringir el principio de autonomía de la voluntad.

⁵⁸⁹Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., p. 937.

⁵⁹⁰Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis práctico...*, op. cit., p. 249 a 243, respecto al contrato de compraventa; y pp. 256 a 260 respecto al contrato de obra.

⁵⁹¹ABRIL 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*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1246 y 1247. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, op. cit., pp. 506 y 507.

⁵⁹²ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Comentario al artículo 1.588 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 11.241 a 11.248.

⁵⁹³LARROSA AMANTE, M.A., “Los mecanismos...”, op. cit., p. 20.

MORENO-TORRES HERRERA y RUIZ-RICO RUIZ⁵⁹⁴, MONSERRAT VALERO⁵⁹⁵ o GREGORACI FERNÁNDEZ⁵⁹⁶. Esta última afirma la compatibilidad de las acciones contractuales con el régimen LOE y subraya su importancia cuando han transcurrido los plazos de garantía, en cuanto concibe la LOE como una directiva de mínimos compatible con los demás regímenes de responsabilidad. Además, remarca esta autora, que, si el propietario reclama contra los agentes de la edificación no vinculados a él contractualmente, podrá ampararse en el artículo 1902 CC, o, en su caso, en el artículo 149 TRLCU. Del mismo modo, admiten la compatibilidad SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN REPRESA⁵⁹⁷, quienes consideran igualmente compatible el artículo 17 LOE con las acciones de los artículos 1.101 y 1.124 CC y con las edificaciones del 1.484, éstas poco recomendables por la brevedad de su plazo semestral de caducidad. En el mismo sentido VICENTE DOMINGO⁵⁹⁸, que cita al efecto el artículo 18.1 LOE, indicando que no hubiera sido necesario que el legislador dijera nada al respecto para sostener dicha compatibilidad. También, en esta línea, HERBOSA MARTÍNEZ⁵⁹⁹ o DÍAZ BARCO⁶⁰⁰ afirman claramente esta compatibilidad.

b) Precisiones respecto al contrato de obra

La doctrina⁶⁰¹ afirma igualmente, incluso si cabe con menos dudas, la compatibilidad de las acciones de la LOE con aquellas que resulten del incumplimiento del contrato de obra⁶⁰². Esta responsabilidad está limitada subjetivamente a las partes del contrato, y reviste especial importancia respecto de las que pueda ejercitar el promotor frente los distintos agentes de la edificación, una vez que ya no sea propietario del edificio, en vía de repetición o, incluso antes, para exigir el correcto cumplimiento del contrato cuando el mismo haya sido requerido para la subsanación de los defectos constructivos. Por su parte y en esta línea, la PCCAPDC⁶⁰³ establece en su artículo 583-22.6, que la responsabilidad contractual del contratista frente al comitente es compatible con las que le pudieran corresponder como agente de la edificación; y, en su apartado 7, que la responsabilidad contractual del contratista no excluye la de los agentes de la edificación conforme a las leyes que resulten de aplicación.

D) Posición de la jurisprudencia

La compatibilidad entre las acciones contractuales y las acciones de la LOE viene expresamente establecida en varios preceptos de esta norma (artículo 17.1 y 9 y artículo 18.1), en los términos que hemos abordado, y ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en varias sentencias, que tienen su antecedente en la

⁵⁹⁴ MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Panorama...”, *op. cit.*, pp. 341 y 342.

⁵⁹⁵ *Vid.* MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

⁵⁹⁶ GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “La disciplina...”, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁹⁷ SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

⁵⁹⁸ VICENTE DOMINGO, E., “Régimen de responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 1383 a 1394.

⁵⁹⁹ *Cfr.* HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

⁶⁰⁰ *Vid.* DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 469 a 472.

⁶⁰¹ *Vid.* CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 400.

⁶⁰² STS de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012\1122).

⁶⁰³ *Vid.* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 748.

compatibilidad que bajo el régimen anterior el Alto Tribunal ya había proclamado entre las acciones ex artículo 1.591 y las acciones contractuales. De este modo, tras esta jurisprudencia se podrán ejercitar las acciones del artículo 1.591 CC o las del artículo 17 LOE, según que la licencia del edificio se solicitara antes o después de 6 de mayo de 2000; y, alternativa o cumulativamente, las acciones contractuales, pudiendo el perjudicado elegir a su vez entre las diversas acciones de esta índole, como son las edilicias, las generales sobre incumplimiento contractual, la resolutorias, o, en su caso, las acciones por vicios del consentimiento.

1. Doctrina del Tribunal Supremo a favor de la compatibilidad

Tras la entrada en vigor de la LOE, la primera sentencia que admite abiertamente la compatibilidad de las acciones que establece la ley especial con las acciones generales sobre responsabilidad contractual, es la STS de 27 de diciembre de 2013⁶⁰⁴. Esta resolución aborda la reclamación de un promotor⁶⁰⁵ contra dos empresas contratistas y un arquitecto contratado por éstas y sin vínculo contractual con aquel promotor. El primero ejercita acumuladamente las acciones de la LOE y las acciones sobre responsabilidad contractual por la aparición de defectos de insonorización, respecto de los que había prescrito la acción de la LOE, y por otros defectos relacionados con el incumplimiento de la normativa antincendios⁶⁰⁶, manifestados tras el transcurso del plazo de garantía. La sentencia condena a las dos contratistas demandadas porque *“en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en sus respectivos contratos con la demandante, habrían contribuido a causar los perjuicios, a cuya indemnización han sido condenados solidariamente”*. Además, revoca la condena de la Audiencia al arquitecto, pues no mantenía vínculo contractual con el promotor demandante. Este pronunciamiento favorable a la compatibilidad ya había sido anticipado por alguna sentencia⁶⁰⁷ que, aunque dictada bajo el régimen anterior, establecía esta compatibilidad invocando la LOE como norma que *“admite 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”*. La anterior sentencia de 2013 ha tenido su confirmación en otras como la STS de 7 de enero de 2014⁶⁰⁸, en la que se concluye que *“en todas las deficiencias descritas se ha apreciado la prescripción..., por lo que sólo el promotor será responsable de su reparación, en tanto que vendedor de los diferentes departamentos frente a los adquirentes de los mismos..., al ejercitarse acumuladamente contra la promotora la acción sobre cumplimiento contractual... y la acción por responsabilidad derivada del artículo 17 LOE”*; o la STS de 27 de marzo de 2015⁶⁰⁹. La misma línea sigue la STS de 15 de junio de 2016⁶¹⁰, que admite igualmente la responsabilidad, en una reclamación por defectos constructivos ruinógenos de una comunidad de propietarios contra el

⁶⁰⁴ Vid. STS de 27 diciembre 2013 (RJ 2014\1021).

⁶⁰⁵ Se trataba de la sociedad promotora de un hotel sobre un solar del que era arrendataria financiera.

⁶⁰⁶ La propia sentencia advierte respecto de este incumplimiento que, *“además de que no pueden incluirse en el ámbito de responsabilidad del art. 17.1.b) LOE, también consta acreditado que aparecieron una vez superado el plazo de garantía de tres años. De este modo, no cabía exigir responsabilidades a los agentes que intervinieron en la edificación del hotel, basadas en el art. 17 LOE, porque respecto de unos defectos había prescrito la acción, y respecto de otros, habían aparecido una vez extinguido el plazo de garantía y no constituye un incumplimiento amparado por la LOE”*

⁶⁰⁷ STS de 2 de marzo de 2012 (RJ 2012\4635) u 11 de octubre de 2012 (RJ 2013\2270).

⁶⁰⁸ RJ 2015, 97.

⁶⁰⁹ STS de 27 de marzo de 2015 (RJ 2015\1833).

⁶¹⁰ STS de 15 junio 2016, RJ 2016\2766).

promotor-vendedor de las viviendas, en un supuesto en el que en unos casos ya habían prescrito las acciones LOE, y en otro en el que los defectos se habían manifestado fuera del plazo de garantía⁶¹¹. La sentencia admite la compatibilidad de la responsabilidad contractual y establece que *“la existencia de defectos conlleva el cumplimiento defectuoso de su obligación de entrega”*⁶¹². También confirma esta compatibilidad la STS de 24 mayo de 2017⁶¹³, en la que el comprador de una vivienda demanda a la promotora por la colocación defectuosa de un terrazo cuando había prescrito la acción LOE, afirmando esta sentencia la compatibilidad, e indicando que *“como muy bien argumenta la sentencia de primera instancia, la acción ejercitada y estimada es la de incumplimiento contractual, que expresamente está excluida, por el art. 18.1 LOE, del plazo de dos años de prescripción. Y no consta que se hubiera cumplido el plazo general de las acciones personales del art. 1.964 CC, que tanto en el momento en que surgió la acción como cuando se ejercitó era de quince años”*.

a) Acciones directas

Las sentencias anteriormente indicadas del Alto Tribunal de 27 de diciembre de 2013, 15 de junio de 2016 y 24 de mayo de 2017, establecen la compatibilidad entre las acciones de la LOE y las acciones contractuales por los mismos daños que ampara esta norma, y admiten el ejercicio de la acción contractual aun transcurridos los plazos de garantía y prescripción que establece la ley especial. Se trata, en los tres casos, de acciones directas que, en un primer supuesto ejerce el promotor contra unos contratistas, en un segundo una comunidad de propietarios contra el promotor, y en

⁶¹¹ *Ibidem*, indica dicha resolución que *“con tales datos entiende el juzgador que en unos supuestos han transcurrido el plazo de garantía de un año, previsto en el artículo 17.1.b) 2º LOE, y en otros, aunque el plazo de garantía se eleve a tres años, la acción se ha ejercitado transcurridos más de dos años de la constatación del daño material y, por tanto, ha prescrito (artículo 18 LOE)”*.

⁶¹² Esta sentencia invoca las antes citadas de 27 de diciembre de 2013 y 7 de enero de 2015. En ésta se concluye que *“en todas las deficiencias descritas se ha apreciado la prescripción..., por lo que sólo el promotor será responsable de su reparación, en tanto que vendedor de los diferentes departamentos frente a los adquirentes de los mismos..., al ejercitarse acumuladamente contra la promotora la acción sobre cumplimiento contractual...y la acción por responsabilidad derivada del artículo 17 LOE”*; y también alude a la antes mencionada de 27 de marzo de 2015, en la que se establece que *“no es posible confundir vicios constructivos ruínógenos con incumplimientos contractuales de la promotora para con los compradores, con cita de la sentencia de 13 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3060) que, aunque referida al artículo 1591 CC, indica: «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 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. 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»*. Así el compromiso de entregar el inmueble litigioso, con fiel cumplimiento de lo estipulado, afecta a quien oferta la venta del inmueble y no lo construye en la forma convenida, esto es, al promotor, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1101 CC. Como decíamos, ello con independencia de la envergadura de los vicios o defectos de la construcción, cuya graduación puede tener variadas consecuencias en el ejercicio de la acción, pero no deja de ser incumplimiento de la obligación contractual o cumplimiento defectuoso”

⁶¹³ RJ 2017\2217.

el tercero un comprador contra un promotor, respectivamente. En los tres casos el actor ejerció acumuladamente las acciones directas de la LOE con las correspondientes acciones sobre responsabilidad contractual. Del mismo modo, cabe resaltar que en el primero de ellos las acciones se ejercitan en el marco de un contrato de obra, y en los otros dos respecto de contratos de compraventa.

b) Acciones de repetición

También ha afirmado el Tribunal Supremo la compatibilidad entre las acciones de repetición que establece la LOE con las acciones contractuales. Así, esta compatibilidad se admite en la STS de 18 de febrero de 2016⁶¹⁴, en la que un contratista reclama al suministrador fabricante del producto defectuoso lo que tuvo que abonar al propietario perjudicado, *“todo ello a partir de unas relaciones que no han sido cuestionadas; y que no aparecen vinculadas en su nacimiento a que los daños se manifiesten dentro de determinados plazos de garantía, pese a que otra cosa pudiera sugerir la cita del artículo 18.2 LOE, únicamente aplicable a las acciones de repetición derivadas de responsabilidades propias de la LOE (...). La Ley de Ordenación de la Edificación insiste con reiteración en señalar que las responsabilidades que establece se imponen con independencia de las responsabilidades contractuales que a cada sujeto, a cada agente de la edificación, se le puedan exigir”*. Esta compatibilidad se admite también por la STS de 8 de enero 2015⁶¹⁵, en un caso singular, en el que la aseguradora del arquitecto técnico, condenada solidariamente con el constructor en un proceso previo con base en el artículo 17 LOE, repite contra el subcontratista responsable de los daños, articulando esta pretensión con arreglo a los artículos 1.145 y 1902 CC, estimando la sentencia la demanda al considerar que el pago realizado produce la subrogación del *solvens* en las acciones contractuales del constructor contra el citado subcontratista. También la STS de 28 de febrero de 2014⁶¹⁶, admite el ejercicio de acciones contractuales a una cooperativa, como promotor, en un supuesto en el que ha vendido la mayoría de las viviendas y que se asimila a una acción de repetición.

2. Jurisprudencia menor

En la jurisprudencia menor existe una abrumadora mayoría de pronunciamientos que afirman la compatibilidad entre ambos tipos de responsabilidades, en los términos expuestos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes indicada, aunque no faltan algunas sentencias que niegan esta compatibilidad y desestiman la acción por haberse consumado los plazos de prescripción previstos en la LOE, y no ser posible ampliarlos mediante el ejercicio de acciones contractuales.

a) Algunas sentencias que no admiten la compatibilidad

No admiten la compatibilidad la SAP de Murcia de 21 de noviembre de 2013⁶¹⁷ o la de Pontevedra de 14 de enero de 2016⁶¹⁸. Esta última se refiere a las acciones de repetición y considera que el plazo de prescripción del artículo 18.2 LOE es un plazo fijado por una ley especial, la cual prevalece sobre la norma general del artículo

⁶¹⁴RJ 2016\577.

⁶¹⁵RJ 2015\435.

⁶¹⁶RJ 2014\1160.

⁶¹⁷JUR 2013\380297.

⁶¹⁸JUR 2016\58770.

1.101 CC⁶¹⁹, cuyo plazo de prescripción es el general ex artículo 1.964 CC. Además, indica que, a diferencia del artículo 18.1 LOE, que salva y alude a las acciones contractuales cuando dispone el plazo de prescripción de las acciones directas del artículo 17, el artículo 18.2 no lo hace así en el caso de las acciones de repetición⁶²⁰. En términos similares se pronuncia la primera sentencia citada, aludiendo al fraude de ley que supone eludir el plazo de prescripción del artículo 18.2 acudiendo al ejercicio de una acción contractual⁶²¹. En ambos casos las dos resoluciones se refieren a acciones de repetición y no a acciones directas. También cumple destacar, que alguna sentencia que ha declarado prescrita la acción de la LOE y no ha admitido el ejercicio de la acción contractual, lo ha hecho esgrimiendo que esta acción no fue ejercitada en la demanda y aduciendo que la compatibilidad sólo es posible si efectivamente se ejercitan ambas⁶²².

b) Posición mayoritaria que sí admite la compatibilidad

i) Acciones directas

La inmensa mayoría de las sentencias se pronuncia a favor de la compatibilidad con los mismos o similares argumentos que se recogen en las SSTs antes referenciadas. Así SAP de Murcia de 9 de septiembre de 2010 (JUR 2010\343779); SAP de Madrid de 20 de junio 2012 (JUR 2004\261436); SAP Madrid de 25 de julio de 2013 (JUR 2013\309732); SAP Guipúzcoa de 6 de junio de 2014 (JUR 2014\266052); SAP Madrid de 30 de marzo de 2015 (JUR 2015\146650); SAP Madrid de 31 de marzo de 2015 (JUR 2015\137994); SAP Guipúzcoa de 20 de mayo de 2015 (JUR 2015\175621); SAP de Valencia de 6 de noviembre de 2015 (JUR 2016\134853); SAP Barcelona 2 de marzo de 2016 (JUR 2016\96547); SAP Barcelona de 2 de marzo de 2016 (JUR 2016\102419); SAP de Granada de 12 de septiembre de 2016 (JUR 2016\263848); SAP Málaga 22 de junio de 2016 (JUR 2016\223592); SAP Álava de 23 de septiembre de 2016 (JUR 2016\248509); SAP de Pontevedra de 5 de junio de

⁶¹⁹Así indica esta sentencia que la actora pretende “*exigir responsabilidad al demandado en base al ejercicio de las acciones derivadas del contrato de arrendamiento de servicios suscrito con el arquitecto, lo que entraña un fraude de ley, ya que con ello pretende eludir el plazo de prescripción de la acción de repetición de dos años previsto en el artículo 18.2 LOE*”.

⁶²⁰En este sentido, la sentencia establece en referencia a la mención a la responsabilidad contractual que efectúa el artículo 18.1 LOE, que “*lo cierto es que tales acciones que salva lo son a favor de los propietarios y terceros adquirentes y referidas a las acciones que nacen de la responsabilidad propia del contrato de compraventa, de hecho, tal previsión no se contempla en el art. 18.2 LOE donde se regula específicamente la acción de repetición*”.

⁶²¹“*La entidad actora y apelante de manera interesada en la demanda no hace alusión a la acción de repetición, pretendiendo exigir responsabilidad a los demandados en base al ejercicio de las acciones derivadas de los contratos de arrendamiento de servicios suscritos con los mismos, planteamiento este que entraña un fraude de ley, ya que con base en los contratos de arrendamientos pretende eludir el plazo de prescripción de la acción de repetición de dos años previsto en el artículo 18.2 LOE*”.

⁶²²Vid. SAP de Segovia de 28 de enero de 2016 (JUR 2016\111653) en la que se declara prescrita la acción LOE, y no se admite la acción contractual “*porque cabe decir que, aunque el demandante diga en su oposición al recurso que también demandó por responsabilidad contractual, es lo cierto que la demanda nada dice al respecto más allá de la cita de una sentencia que habla de la compatibilidad entre responsabilidad contractual y legal. Compatibilidad que permite el ejercicio de ambas acciones, lo que aquí no ha hecho el actor, que no dice a qué incumplimiento contractual se refiere, quién habría incumplido y qué contrato habría sido incumplido y de qué forma*”. Parece, pues, que esta sentencia habría admitido la compatibilidad si se hubiera ejercitado la acción contractual e identificado el incumplimiento de esta índole.

2017 (JUR 2017\173375); SAP Guipúzcoa de 10 de noviembre de 2017 (JUR 2018\28050); SAP de Cuenca de 6 marzo de 2018 (JUR 2018\116820); SAP de Barcelona de 18 de junio 2018 (JUR 2018\199222); o SAP de Zamora de 31 de julio de 2018 (JUR 2018\245008).

Esta compatibilidad no se ve perjudicada por la prescripción de las acciones de la LOE, que no afecta ni impide el ejercicio de las acciones contractuales. En este sentido SAP de Vizcaya de 2 de junio de 2015 (JUR 2015\207330); SAP de Zamora de 23 de junio de 2015, (2015\175694); SAP de Asturias de 31 de julio de 2015 (JUR 2015\233832); SAP de Madrid de 25 de septiembre de 2015 (JUR 2015\244215); SAP de Sevilla de 23 de junio de 2016 (JUR 2016\225250); SAP de Vizcaya de 20 de octubre de 2016 (JUR 2016\273868); SAP de A Coruña de 30 de junio de 2016 (JUR 2016\194312); SAP de Barcelona de 18 de junio 2018 (JUR 2018\199222); o SAP de Zamora de 31 de julio de 2018 (JUR 2018\245008).

Además, la compatibilidad entre las acciones de la LOE y las de responsabilidad contractual, se admite tanto en el contrato de compraventa como en el de obra. A este último se refieren, entre otras, las SSAP de Baleares de 5 de octubre de 2006⁶²³ o de Murcia de 4 de junio de 2009⁶²⁴.

ii) Acciones de repetición

También la jurisprudencia menor afirma esta compatibilidad respecto de las acciones de repetición, así SAP de Pontevedra de 4 de junio de 2014 (JUR 2014\1432); SAP de Madrid de 31 de marzo de 2016 (JUR 2016\142406); SAP de Sevilla de 20 de febrero de 2017 (JUR 2017\189274); o SAP de Tarragona de 18 de abril de 2018 (JUR 2018\124638).

II. LAS CONSECUENCIAS DE LA COMPATIBILIDAD: LA AMPLIACIÓN DE LOS PLAZOS DE RESPONSABILIDAD

Ya hemos expuesto como la reducción de los plazos de garantía y prescripción que introduce la LOE, tuvo como una de sus motivaciones principales la de superar la gravosa situación a la que estaban sometidos los agentes de la edificación con el régimen del artículo 1.591 CC, en particular con el concepto de ruina funcional, que extendía la garantía decenal a defectos que no comportaban la ruina de la edificación en su concepción inicial, y que podían ser reclamados durante un plazo que podía llegar hasta veinticinco años después de la recepción del edificio⁶²⁵. Sin embargo, las notables limitaciones de la ley especial en cuanto a plazos y daños reclamables, hacían necesario encontrar un remedio adicional para evitar situaciones de desprotección, el cual se ha materializado a través del recurso a la responsabilidad

⁶²³JUR 2006\293947.

⁶²⁴JUR 2009\302164. Esta sentencia alude a la doctrina de la unidad de culpa civil, indicando que “*al margen del carácter eminentemente restrictivo en la aplicación de la prescripción, constantemente proclamado por la jurisprudencia, el Tribunal Supremo viene afirmando como doctrina comúnmente admitida, así en las Sentencias de 8 de Abril y 24 de Diciembre de 1999, que de acuerdo con el principio de unidad de culpa civil, en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño, sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber de no causar daño a otro*”.

⁶²⁵Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades...*, op. cit., p. 117.

contractual, siguiendo la estela marcada por la LOE al aludir a ella en varios de sus preceptos (artículos 17.1 y 9, y 18.1). De este modo, se ha consagrado por vía jurisprudencial una compatibilidad entre ambos regímenes, que de *facto* supone dinamitar el sistema que instaura la LOE, al menos, en cuanto a los escuetos plazos de garantía y prescripción que recoge esta norma. Por este motivo y en ese escenario, la responsabilidad contractual brinda una opción de indemnidad al consumidor de vivienda y, en general al adquirente de cualquier edificio, en los supuestos en los que los daños ocasionados por defectos constructivos no queden amparados por la ley especial, bien sea porque estén excluidos del mismo, como sucede con los daños distintos de los materiales causados en el edificio, bien porque hayan transcurrido sus plazos de garantía o prescripción. Así, la LOE opera como ley de garantía o de mínimos, pero sin agotar las posibilidades de reclamar, para lo cual es posible apelar a las acciones de carácter contractual⁶²⁶.

A) El mayor alcance de la responsabilidad

1. El principio de relatividad de los contratos como límite

El alcance de la responsabilidad contractual y las ventajas que reporta al titular del edificio para conseguir la total reparación de los daños sufridos, incluso una vez transcurridos los plazos de la LOE, tienen como limitación el principio que consagra el artículo 1.257 CC sobre la relatividad de los contratos⁶²⁷. En consecuencia, el dañado, con base en las acciones contractuales no podrá dirigirse contra los agentes constructivos con los que no mantenga vínculos de esta índole. Por este motivo, incluso aunque se acumulen las acciones de la LOE y las de carácter contractual, existirá un déficit de protección respecto al que deparaba el artículo 1.591 CC, pues frente a estos agentes la responsabilidad quedará limitada a los plazos que dispone la ley especial y a los daños materiales en el edificio⁶²⁸. De este modo, aun tras la admisión de la compatibilidad entre ambos regímenes, la LOE sí viene a acotar el desmesurado margen de responsabilidad que les atribuía el régimen precedente, por lo que, más allá de los plazos que fija esta norma, estos agentes sólo podrían verse afectados por una acción contractual de repetición, según abordamos a continuación, pero no podrán ser directamente demandados por los propietarios con los que no hayan contratado. En consecuencia, aunque el ejercicio acumulado de las acciones de la LOE y las de carácter contractual restaura en gran medida el nivel de tutela que al titular del edificio dispensaba el régimen del artículo 1.591 CC, aun así, queda un ángulo muerto a modo vacío de protección, en tanto que frente a los agentes de la edificación con los que aquél no mantenga vínculos contractuales, la responsabilidad

⁶²⁶ Vid. SAP Guipúzcoa de 10 de noviembre de 2017 (JUR 2018\28050).

⁶²⁷ En la misma línea STS de 9 de octubre de 2018 (RJ\2018\4441), que precisa que el principio de relatividad de los contratos impide que el promotor pueda accionar contractualmente contra el subcontratista, sin perjuicio de que el contratista pueda repetir ulteriormente contra su subcontrata.

⁶²⁸ Vid. PACHECO JIMÉNEZ, N., "Nº 2.861. Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual: los ámbitos de aplicación de la ley de ordenación de la edificación y del código civil. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\337)", *CCJC*, núm. 108, 2018, (versión digital, BIB 2018\13312), donde se deslindan con precisión aquellos incumplimientos que no son objeto de la ley especial (ejecución de partidas distintas de las contratadas, inexecución de otras, etc.) y de los que sólo responde la contraparte contractual, pero no los técnicos no vinculados contractualmente con el adquirente.

quedará limitada a los plazos que dispone la ley especial y a los daños materiales en el edificio⁶²⁹.

2. Efecto directo entre las partes vinculadas contractualmente

Como hemos indicado, la ampliación o, más bien, la inaplicación de los plazos que establece la LOE como límite para reclamar por defectos constructivos cuando se acciona por vía contractual, opera en principio sólo respecto de quienes mantengan lazos contractuales con los propietarios perjudicados⁶³⁰. De este modo, mediante este tipo de acciones no se podrá reclamar frente a los agentes de la edificación con los que el dañado, señaladamente el comprador o el promotor⁶³¹, no haya contratado⁶³², pero sí se podrá accionar, con base en el correspondiente contrato, frente a la contraparte contractual⁶³³ al margen de los plazos de garantía y prescripción que establece la ley especial. Así, el comprador normalmente sólo podrá hacerlo contra el promotor, y éste o, en su caso el autopromotor, contra los agentes de la edificación con los que haya contratado.

3. Efecto expansivo respecto a otros agentes de la edificación

Sin embargo, sería contraproducente detener aquí este planteamiento y desconocer que, una vez activada la responsabilidad contractual tras el transcurso de los plazos de garantía y prescripción ex LOE, contra el agente de la edificación que

⁶²⁹ Vid. STS de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1021), que, en su FD 17^o, en un caso en el que están prescritas las acciones LOE y sólo cabe ejercitar las de carácter contractual proclama que “*la audiencia, en primer lugar, condena no sólo a las dos empresas contratistas con las que tenía relación contractual, Studi y JAR, sino también a dos arquitectos con los que no les ligaba ningún vínculo contractual. Así pues, respecto de estos dos arquitectos, se ha producido la infracción normativa denunciada, pues la demandante carecía de acción frente a ellos*”; o STS de 7 de enero de 2014 (RJ 2015\97), que en su FD 3^o, *in fine*, al haber prescrito también las acciones de la LOE, indica, respecto de algunos de los daños en el edificio, que “*en todas la deficiencias descritas se ha apreciado la prescripción, lo que no ha sido combatido en el recurso, por lo que sólo el promotor será responsable de su reparación, en tanto que vendedor de los diferentes departamentos frente a los adquirentes de los mismos, conforme previene el art. 17.9 LOE y arts. 1484 y siguientes del CC, al ejercitarse acumuladamente contra la promotora la acción sobre cumplimiento contractual (arts. 1089, 1091, 1097 y 1101, en relación al art. 1445 CC) y la acción por responsabilidad derivada del art. 17 LOE*”; vid. en sentido similar STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\337).

⁶³⁰ De este modo, frente a los demás agentes sólo será posible el ejercicio de acciones LOE con sujeción al plazo de prescripción de dos años. Vid. STS de 14 de marzo de 2018 (RJ 2018\980) que dispone que “*esta sala debe declarar, de acuerdo con el art. 1257 del C. Civil, que Gescal no mantenía relación contractual alguna con Simte, dado que esta sólo había formalizado relación contractual con la UTE, por lo que Gescal no puede pretender ejercer acciones derivadas del contrato que sólo le corresponderían a la UTE (sentencias nº 274/2017 de 5 de mayo (RJ 2017, 2391) y 572/2016 de 29 de septiembre (RJ 2016, 4724), sobre el principio de relatividad de los contratos)*”. Vid. en este sentido algunas aplicaciones jurisprudenciales de lo anterior, en los supuestos que analizan las SSAP de Sevilla de 18 de julio de 2016 (JUR 2016\265832); Valencia de 20 de noviembre de 2016 (JUR 2015\95608); Granada de 6 de febrero de 2015 (JUR 2015\141059); Burgos de 18 de enero de 2016 (JUR 2016\35360); o Cantabria de 8 de julio de 2014 (JUR 2014\226865).

⁶³¹ Ha de hacerse notar que el promotor, al margen de su condición de agente de la edificación con responsabilidad en los defectos constructivos, es también sujeto protegido por LOE en tanto mantenga la condición de propietario del edificio, en orden a exigir responsabilidad a los demás agentes constructivos.

⁶³² Vid. SSAP de Toledo de 25 de abril de 2016 (JUR 2016\173281); de Madrid de 27 de julio de 2015 (JUR 2015\238763); o Alicante de 5 de febrero de 2014 (JUR 2014\104784).

⁶³³ De este modo, por lo general, el comprador sólo podrá reclamar contractualmente contra el promotor-vendedor, mientras que el autopromotor, que generalmente contrata con varios agentes, podrá reclamar a todos ellos. Vid. SAP de Pontevedra de 4 de junio de 2015 (JUR 2015\164127).

contrató con el perjudicado, sus efectos pueden desplegarse hacia los demás, aunque éstos no mantengan vínculos contractuales con el dañado, por la vía de las acciones contractuales de repetición. En efecto, aunque el adquirente de un edificio, en principio y fuera de los plazos de la LOE, sólo pueda reclamar frente al promotor que le transmitió la edificación con base en el correspondiente contrato, éste, una vez afrontada la responsabilidad que proceda, podrá dirigirse mediante una acción de repetición contractual⁶³⁴ frente al constructor y las demás empresas y profesionales con los que contrató la ejecución del edificio. De este modo, los agentes constructivos, aún después de que transcurran los plazos de garantía y prescripción ex LOE, podrán verse demandados por el ejercicio de una acción contractual por vía directa —si mantienen vínculos contractuales con el perjudicado— o, en otro caso, por vía de repetición, pues la prescripción de las acciones de la LOE no afecta a las acciones contractuales que los vinculen entre sí⁶³⁵. Se trata de una situación similar a la que se produce en el propio régimen de la LOE, cuando frente a algunos agentes de la edificación han prescrito las acciones directas —p. ej. por la aplicación selectiva de la interrupción de la prescripción ex artículo 1.974.1º CC, según la doctrina de la STS de 16 de enero de 2015⁶³⁶— y el perjudicado reclama contra otros frente a los que dichas acciones no han prescrito. En estos casos, el agente condenado podrá ejercer la acción de repetición frente a los beneficiados inicialmente por la prescripción, dada la autonomía del plazo de prescripción de la acción de repetición⁶³⁷. Como corolario de lo anterior, la situación de los agentes de la edificación se torna compleja y arriesgada, pues padecen una clara incertidumbre sobre el alcance temporal de sus responsabilidades, lo cual se proyecta de modo preocupante sobre la cobertura de los seguros de responsabilidad civil, la problemática de los daños diferidos y las cláusulas *claim made*⁶³⁸.

B) La reciente modificación del artículo 1.964 CC y su incidencia en este ámbito

1. La modificación del plazo general de prescripción de las acciones personales

Frente al plazo de prescripción bianual que previene el artículo 18 LOE, tanto para las acciones directas del artículo 18.1, como para las de regreso del artículo 18.2, las acciones contractuales se rigen con carácter general por el que dispone el artículo 1.964 CC, para las acciones personales que no tenga señalado uno especial. Este ha sido de quince años hasta que la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶³⁹, cuya entrada en vigor se

⁶³⁴Entendemos que, si un agente de la edificación ha sido demandado con base en una acción contractual, su eventual repetición no podría articularse con base en la LOE, sino sólo mediante la reclamación de la correspondiente responsabilidad contractual respecto a los agentes —subcontratistas, suministradores, etc.— con quienes éste, a su vez, contrató.

⁶³⁵Vid. SAP de Tarragona de 18 de abril de 2018 (JUR 2018\124638), que admite una acción de repetición contractual del contratista frente al subcontratista.

⁶³⁶Vid. STS de 16 de enero de 2015 (RJ 2015\277).

⁶³⁷Vid. *infra* Capítulo Decimosegundo, § II.E).

⁶³⁸Vid. sobre la problemática de las cláusulas *claim made*, CALZADA CONDE, M^a.A., “La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro”, en *La protección del cliente en el mercado asegurador*, dirigido por J. Bataller Grau y A.B. Veiga Copo, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 133 a 138; y *El seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 58 a 71.

⁶³⁹BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015

produjo el 7 de octubre de 2015⁶⁴⁰, ha modificado el artículo 1.964 CC⁶⁴¹ reduciendo el plazo general de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado uno especial, de quince a cinco años, con el propósito de acomodar su duración a la realidad actual. A su vez, la citada ley 42/2015 ha establecido un régimen transitorio por remisión al artículo 1.939 CC⁶⁴².

2. Su incidencia respecto a esta cuestión

Pues bien, llegados a este punto, no cabe duda de que los problemas de coordinación entre el régimen de la LOE y el de la responsabilidad contractual, no tienen la misma relevancia si la diferencia entre los plazos de prescripción de cada uno de ellos es de quince a dos años, que si dicha diferencia se reduce de cinco a dos años. De esta manera, la citada reforma del artículo 1.964 CC viene a aproximarlos, limitando el alcance temporal de las acciones contractuales, cuya compatibilidad con el régimen de la LOE hemos afirmado anteriormente. Así, en síntesis, dejando a salvo la posibilidad de interrumpir de prescripción y llevando estos plazos y los de garantía al máximo, con el régimen de la LOE la responsabilidad por defectos constructivos más usual, la de habitabilidad, sería exigible hasta transcurridos cinco años desde la recepción del edificio, si los defectos afloran al límite del plazo trienal —tres años para la manifestación del daño y dos para ejercitar la acción—. A su vez, con la responsabilidad contractual, antes de la reforma del artículo 1.964 CC, la misma podría llegar, al menos, hasta quince años después de la recepción de la obra⁶⁴³; y, tras la reforma del precepto indicado, podría llegar, como mínimo, hasta cinco años desde este hito, aunque con posibilidades de extenderse más allá, pues el *dies a quo* del cómputo prescriptivo será el de la manifestación del daño y no el de la celebración del contrato⁶⁴⁴.

C) Delimitación temporal de la responsabilidad contractual: un intento de aproximación

1. El problema del “*dies a quo*”

El alcance de la responsabilidad contractual debe precisarse en atención a dos factores fundamentales. El primero es la duración del plazo de prescripción de las acciones contractuales. El segundo el *dies a quo* de su *tempus praescriptionis*. Si el *dies a quo* se hace coincidir con la celebración del contrato, con la entrega de la vivienda o con la recepción de la obra, el plazo sería de cinco años desde estos hitos. Así, si se toma en consideración el momento de la celebración del contrato, si éste se celebra en un momento próximo a la recepción del edificio, se aproximaría mucho la duración de la responsabilidad en este régimen y en el de la LOE respecto a los

⁶⁴⁰ Vid. DA 12ª.

⁶⁴¹ Vid. la nueva redacción del artículo 1.964 CC, que incorpora un apartado segundo con este tenor: “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”.

⁶⁴² Vid. disposición transitoria 5ª; vid. *infra* Capítulo Décimosegundo, § III.A.1.b, donde abordamos este régimen transitorio.

⁶⁴³ Decimos “al menos” porque en este tipo de responsabilidad no existe plazo de garantía, y entendemos que la acción tiene como *dies a quo* del *tempus praescriptionis* el de la manifestación del daño, aunque la lógica de las cosas impedirá que esta responsabilidad pueda ir mucho más allá, pues cada vez será más difícil acreditar que el daño deriva de un defecto constructivo y no de un problema de mantenimiento

⁶⁴⁴ Vid. *infra* Capítulo Décimosegundo § III.B).

defectos de habitabilidad, si en éste los defectos se manifestasen al límite de la expiración del plazo trienal. Para alguna doctrina⁶⁴⁵, en la responsabilidad contractual el *dies a quo* sería el antes citado del momento de la entrega de la vivienda o del edificio al comprador o comitente⁶⁴⁶, en los contratos de compraventa y de obra, respectivamente, aunque en ambos casos esta conclusión lleva implícita una remisión matizada al momento de la celebración del contrato, o al de la suscripción del acta de recepción en el contrato de obra. No obstante, coincidimos con otro sector de la doctrina que entiende que el *dies a quo* sería la fecha en la que se produce o manifiesta el daño, que es cuando realmente se puede ejercitar la acción conforme al artículo 1.969 CC y el principio de la *actio nata*⁶⁴⁷. Así, la STS de 13 julio de 1987⁶⁴⁸, relativa a una acción de responsabilidad contractual por defectos constructivos, fija el *dies a quo* en el momento en el que la acción pudo ejercitarse al manifestarse externamente los daños⁶⁴⁹. Este *dies a quo* se admite por la jurisprudencia menor, así SAP de Murcia de 4 de junio de 2009⁶⁵⁰ o SAP de Salamanca de 19 de septiembre de 2016⁶⁵¹, aunque esta última precisa que no puede diferirse al momento de la emisión de un informe pericial. Con más razón entendemos aplicable este criterio, si se tiene en cuenta, por analogía, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁵² sobre la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, supuestos en los que se concluye que, el plazo de caducidad de cuatro años de la acción de anulabilidad del artículo 1.301 CC, debe computarse desde que el contratante sale del error excusable, o desde que tiene o puede tener cabal conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción⁶⁵³. Se trata de una conclusión basada en el principio de la *actio nata*, que soslaya la literalidad del artículo 1.301 CC, que, en caso de error, dolo o falsedad de la causa, computa dicho plazo desde la consumación del contrato⁶⁵⁴.

⁶⁴⁵Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 945 a 959, que alude a la relación entre los artículos 1.964 y 1.969 CC.

⁶⁴⁶Loc. cit., donde este autor indica que el *dies a quo* “es el momento de entrega de la vivienda o edificio” por ser este el momento en el que puede ejercitarse la acción, invocando los artículos 1.964 y 1.969. En el mismo sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 259 y 262 que vincula el inicio del plazo a la recepción como momento del cumplimiento de la prestación.

⁶⁴⁷MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, op. cit., p. 298.

⁶⁴⁸RJ 1987\5461, la cual indica que el plazo de prescripción es “es el de quince años establecido en el artículo 1.964 del Código Civil, y la raíz del inicio para su cómputo ha de contarse desde el día en que la acción pudo ejercitarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1969 del citado Código sustantivo, y en el caso de la controversia cuando se manifestaron externamente los indicios de la ruina”.

⁶⁴⁹Vid. MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 37 y 38.

⁶⁵⁰JUR 2009\302164. Esta sentencia alude a la doctrina de la unidad de culpa civil, indicando que “es lo cierto, que en este caso, y conforme consta en el escrito de la demanda, la parte actora ejercita la correspondiente acción por vicios constructivos, al amparo de la Ley de Ordenación de la Edificación y a su vez la acción de incumplimiento contractual con respecto al contrato de ejecución de obra convenido, con fundamento en los artículos 1124 y 1101 del Código Civil. Es cierto que, en relación con la primera, la acción efectivamente ha prescrito, pero no así con respecto a la segunda que se encuentra sometida al plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 del Código Civil computados desde que la acción pudo ejercitarse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1969 del citado cuerpo legal”.

⁶⁵¹JUR 2016\226130.

⁶⁵²SSTS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015\608) o 25 de febrero de 2016 (RJ 2016\1514).

⁶⁵³Vid. *infra* Capítulo Decimosegundo, § III.B).

⁶⁵⁴Vid. CAÑIZARES LASO, A., “Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 1201a 125, donde esta autora comenta esta

2. Ensayo de un criterio de delimitación temporal

Sobre la base de que el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción para exigir responsabilidad contractual, es aquel en el que se manifiesten los daños, en principio la responsabilidad contractual no estaría prescrita, aunque los daños se manifestasen tras un largo periodo desde la recepción del edificio. Empero, la lógica de las cosas impedirá considerar que unos vicios manifestados en tiempo muy lejano al de la recepción de la obra, puedan reputarse vicios constructivos⁶⁵⁵, por lo que, en estos casos, la cuestión se reconduce a un problema de prueba. A estos efectos, debe partirse del hecho de que el defecto constructivo que contempla la LOE es el vicio originario, descartando el sobrevenido, si bien se considera como originario todo aquel que se manifieste en los plazos de garantía⁶⁵⁶. Así, mientras más tarde se manifieste el daño, más fácilmente será atribuible a factores ajenos a la responsabilidad de los agentes constructivos, como puede ser la que corresponda al propietario por el mantenimiento o conservación del edificio⁶⁵⁷. De lo anterior se desprende de modo evidente que, tras la reforma del artículo 1.964 CC, la responsabilidad contractual podría extenderse, al menos, a los cinco años posteriores a la recepción del edificio, pero que será difícil se pueda proyectar por unos defectos que se manifiesten veinticinco años después de aquella recepción, por mucho que no resulten de aplicación las limitaciones temporales de la LOE. El problema estriba en establecer un criterio intermedio entre ambos extremos. Al respecto ese criterio debe quedar remitido al siempre difícil problema de la prueba, con la importante matización de que, en este ámbito y en línea de principio, no resulta de aplicación el régimen de responsabilidad cuasi-objetiva de la LOE, y que es el actor quien debe probar los hechos constitutivos de su pretensión, sin perjuicio de la aplicación del principio de facilidad probatoria ex artículo 217.6 LEC, o de otros mecanismos similares que flexibilicen esta exigencia. En cualquier caso, en términos generales y como criterio hermenéutico en relación a los defectos más comunes, los de habitabilidad, entendemos que un punto de referencia válido puede extraerse del régimen del artículo 1.591 CC. No precisamente para revigorizar esta norma, pero sí para poner en valor que, tanto pericial como jurisprudencialmente, bajo ese régimen se consideró unánimemente que los defectos constitutivos de ruina funcional, concepto equivalente a los vicios de habitabilidad del artículo 17.1 LOE, podían manifestarse en el plazo único de garantía decenal, de modo que sólo en contadas ocasiones se entendió que los defectos surgidos en ese plazo no obedecían a vicios constructivos, y sí a otros factores como problemas de mantenimiento imputables a los propietarios⁶⁵⁸. Bajo

jurisprudencia del Tribunal Supremo y precisa la diferencia entre “consumación” y “perfección” del contrato.

⁶⁵⁵Vid. SAP Madrid de 21 de marzo de 2018 (JUR 2018\149004), que indica que “*cuanto más nos alejamos de la fecha de recepción de las promociones aumenta la incertidumbre sobre si los daños están causados por vicios constructivos o por defectos de mantenimiento*”.

⁶⁵⁶PALAZÓN GARRIDO, M^a.L., “Los límites...”, *op. cit.*, p. 769.

⁶⁵⁷VINADER CARRACEDO, J., “Los arrendamientos...”, *op. cit.*, pp. 470 y 471; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 262 y 263, que indica que “*a medida que pase el tiempo, será más difícil acreditar que los daños se han debido a vicios constructivos originados por la actuación negligente de algún agente de la edificación, cobrando mayor peso la idea de que su origen se debe a una falta de mantenimiento adecuado del edificio, que hace responsable al propietario del mismo*”.

⁶⁵⁸Vid., entre otras muchas, STS de 19 junio de 2018 (RJ 2018\2784), que confirma la condena de los arquitectos en base al artículo 1.591 CC, por unos defectos de impermeabilización por ausencia de detalle en el proyecto y por la no resolución del problema durante la obra, en relación a un edificio

esas coordinadas, y sin que esto signifique revitalizar el plazo de garantía decenal en el ámbito de la responsabilidad contractual, entendemos que, salvo que las pruebas muestren claras evidencias en otro sentido, respecto a los defectos externalizados en el plazo de diez años desde la recepción del edificio, podrá existir una presunción favorable a su catalogación como vicios constructivos imputables a los agentes de la edificación, que habilite su reclamación por vía contractual⁶⁵⁹. De este modo, manifestados los daños en ese plazo de diez años, aunque sea fuera del plazo de garantía trienal de la LOE, el perjudicado podrá apelar a la responsabilidad contractual con máximas posibilidades de que prospere su pretensión de indemnidad. Fuera de ese periodo de diez años, el recurso a las acciones contractuales seguirá siendo posible, pero esa presunción favorable a la que hemos aludido irá perdiendo vigor en proporción inversa al retraso con el que se manifiesten los daños⁶⁶⁰. En consecuencia, el periodo “máximo-normal” para la apelación eficaz al régimen contractual, podría situarse como criterio general en la frontera de los quince años —diez años para que se manifiesten los vicios y cinco para el ejercicio de la acción desde su aparición—. No obstante, somos conscientes de que lo expuesto no deja de constituir un ensayo para delimitar, temporalmente y con carácter general, una responsabilidad que sólo podrá acotarse nítidamente en función de las pruebas que se practiquen en cada procedimiento. En cualquier caso, las diferencias de plazo para el ejercicio eficaz de las acciones de la LOE y las acciones contractuales, aún tras la reforma del artículo 1.964 CC, continúan siendo lo suficientemente significativas, como para que éstas conserven el renovado protagonismo que le confiere la admisión de su compatibilidad con el régimen de la LOE.

D) Valoración crítica

Según hemos expuesto, la ampliación por vía contractual de los plazos para exigir responsabilidad por defectos constructivos, merece un juicio complejo, con aspectos principalmente positivos y otros que no lo son tanto.

1. Aspectos positivos

Entre los aspectos positivos cabe destacar el hecho de que la responsabilidad contractual brinda una opción de indemnidad al perjudicado, tanto respecto a los daños no amparados por la LOE, como por los que también están amparados por esta norma, fundamentalmente si se exteriorizan cuando han transcurrido los plazos de garantía del artículo 17.1, o si se ha consumado el *tempus praescriptionis* bianual del artículo 18.1. Puesto que el plazo de garantía usual es el trienal, la LOE origina numerosas situaciones en las que su respuesta ante el problema de los defectos constructivos es insuficiente, señaladamente si se la compara con el tuitivo régimen del artículo 1.591 CC al que sucedió. Desde este punto de vista, la ampliación de estos

finalizado en el año 1990, y a una demanda presentada en el año 2006, habiéndose denunciado las patologías en el año 1997 y 1998.

⁶⁵⁹No obstante, somos conscientes de que, dentro del amplio concepto de defectos de habitabilidad, este criterio general podrá sufrir importantes matizaciones en función de los defectos que en concreto se pongan de manifiesto. Pues no será igual que se desprenda de modo generalizado el aplacado de una fachada a los 9 años de la recepción de un edificio, que se evidencien problemas de impermeabilización en el sellado de las ventanas en el mismo plazo.

⁶⁶⁰El criterio que establecemos es válido respecto al plazo de prescripción de 15 años, cuando el mismo aún resulte de aplicación, pues lo determinante, con las matizaciones expuestas, es la manifestación de los daños en el plazo de 10 años desde la recepción del edificio, a partir del cual operaría el correspondiente plazo de prescripción contractual.

plazos por vía contractual constituye un aspecto netamente favorable al consumidor, y en general al propietario de inmuebles. Así, si en otros aspectos la LOE y su interpretación jurisprudencial han supuesto una devaluación de la protección del titular del edificio, como sucede con la aplicación selectiva de la interrupción de la prescripción ex artículo 1.974.1º CC⁶⁶¹, la afirmada compatibilidad de la responsabilidad contractual merece un juicio netamente favorable.

2. Aspectos negativos

Entre los aspectos negativos cabe señalar la complejidad y la incertidumbre que la compatibilidad de la responsabilidad contractual con el régimen de la LOE, añade al ya de por sí complejo panorama que en nuestro ordenamiento reviste la responsabilidad por defectos constructivos, marcadamente en perjuicio de los agentes de la edificación y sus aseguradores, que ven ampliados sus plazos de responsabilidad sin un contorno claramente definido, y en un escenario en el que pueden responder en función de múltiples variables. Ponderando esta situación, parte de la doctrina⁶⁶², tras afirmar la compatibilidad de las acciones ex LOE y las acciones contractuales respecto de los vicios cubiertos por aquella norma, advierte de los importantes problemas de coordinación que esta situación genera, e indica que sería deseable limitar el plazo de la responsabilidad al previsto en la LOE, así como aclarar que las responsabilidades contractuales que deja a salvo esta norma, sólo son las derivadas de otros incumplimientos distintos a la existencia de defectos en la edificación. Como aspecto destacado más negativo, hemos de reiterar la situación en la que quedan los agentes de la edificación, significativamente los profesionales, pues quedan afectados de lleno por la problemática de los daños diferidos y las cláusulas *claim made*⁶⁶³, con un elevado riesgo de que sus responsabilidades no queden aseguradas por la existencia de vacíos de cobertura, dada la posibilidad de ser demandados más allá de los confines temporales que dispone la ley especial⁶⁶⁴.

III. LA ARTICULACIÓN ENTRE AMBOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD

La compatibilidad entre la responsabilidad ex LOE y la de carácter contractual, plantea una serie de cuestiones derivadas del diferente régimen jurídico al que las acciones de una y otra clase están sujetas. Así, el régimen jurídico de la LOE y el de la responsabilidad contractual presentan notables diferencias⁶⁶⁵, que afectan a aspectos tan relevantes como la legitimación, la causalidad, los criterios de imputación, la solidaridad y la responsabilidad por hecho ajeno, el tipo de incumplimientos o defectos frente a los que cabe accionar, los daños reclamables o los plazos de garantía y prescripción. Por este motivo, la opción por el ejercicio de las acciones derivadas de uno u otro régimen, no es indiferente y lleva aparejadas consecuencias de calado.

⁶⁶¹STS de 16 de enero de 2015 (RJ 2015\277).

⁶⁶²MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los defectos...”, *op. cit.*, pp. 551 y 552.

⁶⁶³*Vid.* sobre la problemática de las cláusulas *claim made*, CALZADA CONDE, M^a.A. “La protección...”, *op. cit.*, pp. 133 a 138; y *El seguro...*, *op. cit.*, pp. 58 a 71.

⁶⁶⁴*Ibidem.* pp. 65 a 67.

⁶⁶⁵Como estudiaremos a lo largo de este trabajo, en muchas ocasiones estas diferencias no serán tan notables, pues ambos regímenes tienden a converger en su aplicación práctica en no pocos aspectos.

A) Las opciones del perjudicado

Una vez afirmada la compatibilidad entre ambos regímenes para la reclamación de los mismos daños y perjuicios amparados por la ley especial, y, por supuesto para los que no son objeto de esta norma, el perjudicado afrontará el dilema de optar por el ejercicio de las acciones de uno de ellos. Sin lugar a dudas la responsabilidad ex LOE y la contractual constituyen distintos regímenes jurídicos, sujetos a una regulación diferenciada, de ahí que no sea indiferente el acogerse a uno u otro, pues cada acción responderá a las singularidades de aquél al que corresponde. No obstante, desde este momento hemos de avanzar la innegable ventaja que comporta el ejercicio de ambas acciones de forma acumulada, para evitar los desajustes que pueden producirse en caso de ejercicio exclusivo de las de una sola clase.

1. Las bases jurídicas de cada régimen

Será el actor en su demanda quien articulará su pretensión con base en la LOE o en la responsabilidad contractual, definiendo así su contenido jurídico. No obstante, será posible, e incluso recomendable, el ejercicio de ambos tipos de acciones de forma conjunta cuando concurren las condiciones que así lo permitan, si bien, también en estos casos de ejercicio acumulado de ambos tipos de responsabilidad, cada acción se regirá por su específica regulación.

a) Acciones de la LOE

i) El artículo 17 LOE como núcleo del sistema

Las acciones de la LOE son las que se contienen en el artículo 17, verdadera pieza angular de este régimen de responsabilidad, las cuales permiten reclamar si se producen daños materiales en el edificio originados por alguno de los tres defectos constructivos que este precepto establece: estructurales, de habitabilidad y de acabado. Es este importante artículo el que regula aspectos tan cruciales como los plazos de garantía, los tipos de defectos frente a los que cabe reclamar, los supuestos de responsabilidad solidaria, la responsabilidad por hecho ajeno, los criterios de imputación de responsabilidad o los daños reclamables, entre otras cuestiones.

ii) Legitimación

El régimen jurídico de la LOE presenta como una de sus principales características, derivada del carácter legal de la responsabilidad que instituye, el que el propietario y los sucesivos adquirentes puedan reclamar frente a los agentes de la edificación, al margen de que mantengan o no vínculos contractuales con éstos⁶⁶⁶. Esta nota, que afecta a la legitimación pasiva, se constituye en una diferencia principal entre ambas clases de responsabilidad⁶⁶⁷. De este modo, al igual que sucedía

⁶⁶⁶ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 965, que precisa que tras la entrada en vigor de la LOE, el artículo 1.591 CC no puede ya ser aplicado para reclamar responsabilidades a personas con las que no se mantienen vínculos contractuales, de modo que, vigente la LOE, no tendría ya justificación la excepción al principio de relatividad de los contratos que la jurisprudencia admitió respecto de este precepto.

⁶⁶⁷ Vid. MORÁN DÍAZ, A., *La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación*, Tesis Doctoral, dirigida por M. Linacero de la Fuente, Universidad de Complutense de Madrid, 2015, p. 518, que señala que, con la LOE, el arquitecto y los demás agentes de la edificación no asumirán responsabilidad frente a los compradores, y su responsabilidad quedará acotada a los supuestos en los que se ejerciten acciones LOE. Evidentemente, añadimos nosotros, siempre que no contraten con los mismos.

anteriormente bajo el artículo 1.591 CC, el propietario y los sucesivos adquirentes de edificios y partes de los mismos, podrán dirigirse contra agentes constructivos con los que no hayan contratado, sin que, dado el expreso reconocimiento legal de esta posibilidad por el artículo 17.1 LOE, haya de acudir al extremo de invocar una subrogación en las acciones del promotor, su cesión tácita o la existencia de una excepción al principio de relatividad de los contratos del artículo 1.257 CC, como se hacía bajo la vigencia del artículo 1.591 CC, antes de la entrada en vigor de la LOE, para justificar esta legitimación directa.

iii) Otros aspectos diferenciales

Como ya hemos abordado, constituyen notas principales de esta clase de responsabilidad la reducida extensión de los plazos de prescripción y la existencia de plazos de garantía, pero también el carácter tasado de los tipos de defectos constructivos frente a los que cabe accionar, y la limitación respecto a los daños y perjuicios reclamables, que esta ley circunscribe a los materiales en el propio edificio. No obstante, las diferencias no se agotan en estos puntos, sino que alcanzan a otros aspectos esenciales que derivan de las especialidades que incorpora la LOE frente a las normas generales de responsabilidad contractual. Entre estas singularidades cabe citar algunas como la presunción del nexo de causalidad, el criterio de responsabilidad cuasi-objetivo, los distintos supuestos de solidaridad y de responsabilidad por hecho ajeno, o la posibilidad de que los agentes de la edificación demandados acudan a la llamada en garantía que se regula en la DA 7ª de la LOE, entre otras cuestiones.

b) Acciones contractuales

i) Normas de aplicación

Entre las acciones y remedios contractuales frente a los defectos constructivos, el perjudicado, sin perjuicio de acudir a los que provea el tipo de contrato específico que corresponda, podrá invocar las normas generales sobre responsabilidad contractual, y, en concreto, podrá accionar exigiendo una pretensión de cumplimiento para la reparación *in natura* de los vicios o defectos constructivos ex artículos 1.096, 1.098 y 1.099 CC; o implementar, en los casos más graves, remedios sinalagmáticos como la resolución del contrato o la *exceptio non adimpleti contractus* ex artículo 1124 CC; o articular remedios indemnizatorios al amparo, fundamentalmente, del artículo 1.101 CC, mediante el cumplimiento por equivalencia o *in quod interest*⁶⁶⁸. Para ESTRUCH ESTRUCH⁶⁶⁹, estas acciones deben basarse en las normas generales sobre responsabilidad contractual —capítulos primero, segundo y tercero, del título primero, del libro cuarto del Código Civil— principalmente artículos 1.091, 1.101 y 1.124 CC, lo cual está en consonancia con la posición de este autor sobre la vigencia residual del artículo 1.591 CC, que sólo considera aplicable a las edificaciones de escasa entidad constructiva excluidas de la LOE, y sólo respecto de la garantía decenal. Por su parte, SIERRA PÉREZ⁶⁷⁰, sobre la base de admitir la vigencia del artículo 1.591 CC para la reclamación de los daños no amparados en la ley especial,

⁶⁶⁸ Vid. sobre el particular la clasificación que efectúa PANTALEÓN, F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC*, Vol. XLVI, núm. IV, 1993, pp. 1.727 y 1.728.

⁶⁶⁹ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 944; y 970

⁶⁷⁰ Vid. SIERRA PÉREZ, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 151 y 152

entiende que el ejercicio de acciones basadas en la responsabilidad contractual, debe fundarse en aquel precepto, y no en el artículo 1.101 CC, por ser éste más genérico.

ii) Legitimación

En sentido opuesto al régimen de la LOE, la responsabilidad contractual sólo podrá ser reclamada frente a las personas con las que se mantenga el correspondiente vínculo contractual⁶⁷¹, lo cual, en estos casos reduce significativamente la legitimación pasiva. Así, por este motivo, el comprador sólo podrá dirigirse en principio contra el promotor, y éste podrá hacerlo contra el constructor, proyectista, director de obra, director de ejecución u otros agentes de la edificación si ha contratado con ellos. Afirma MONSERRAT VALERO⁶⁷² que estas acciones se podrán dirigir contra el promotor, e incluso contra el constructor y los técnicos, mediante la subrogación del comprador en las acciones contractuales de aquél frente a éstos, pero no para exigirles daños distintos de los materiales en el edificio, pues la acción del promotor no ampara dichos daños, pues éste no es quien los sufre⁶⁷³. A nuestro juicio lo determinante no es que el promotor sufra o no esos daños, sino la posibilidad contractual de exigir responsabilidad por el defectuoso cumplimiento del contrato a unos agentes constructivos con los que no media una vinculación contractual. No admiten esta posibilidad MORENO-TORRES HERRERA y RUIZ-RICO RUIZ⁶⁷⁴. En sentido similar, MARTÍNEZ ESCRIBANO⁶⁷⁵ y ESTRUCH ESTRUCH⁶⁷⁶ afirman que tras la LOE no procede extender la responsabilidad contractual a personas no vinculadas contractualmente con el perjudicado, dado que la ley especial ya atribuye legitimación a los propietarios para dirigirse frente a agentes de la edificación con quienes no han contratado, por lo que no procede establecer ninguna excepción al principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257, como las que la jurisprudencia estableció al interpretar el artículo 1.591⁶⁷⁷, consideración ésta que compartimos.

⁶⁷¹ Vid. STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\337), que *desestima el ejercicio de acciones contra los técnicos no vinculados contractualmente con el comprador*, en sentido similar la STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\4272), indica que “*la estimación del motivo referente a la Constructora conlleva la de los recursos formulados por ambos técnicos en lo referente a la infracción de los artículos 1257, 1101, 1461 y 1591, por cuanto ninguno de ellos puede ser condenado de forma solidaria por el hecho de no haber respetado el proyecto inicial y de haber llevado a cabo las modificaciones que interesaron a la promotora, al carecer de vínculos contractuales con la actora, que puedan obligarlos frente a los compradores*”; vid. STS de 14 de marzo de 2018 (RJ 2018\980) sobre la relatividad de los contratos en este ámbito. La SAP de Asturias de 14 de marzo de 2016 (JUR 2016\76405), indica que frente a los arquitectos que no mantenían relación contractual con el actor, éste únicamente podía ejercitar las acciones LOE o las de responsabilidad extracontractual.

⁶⁷² Cfr. MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 299 y 300; y 287 y 288.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 298. En este sentido CARRASCO PERERA, A., “La jurisprudencia post-LOE, ¿ha cambiado algo en el régimen de responsabilidad por ruina?”, *Aranzadi Civil*, 2001, III, p. 2389, sostiene que a los técnicos no se les pueden reclamar responsabilidades por daños distintos de los materiales en el edificio, pues de los mismos sólo responde el deudor contractual.

⁶⁷⁴ MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Panorama...”, *op. cit.*, pp. 303 a 362.

⁶⁷⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 255,

⁶⁷⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 965

⁶⁷⁷ Como señala HIDALGO GARCÍA, S., *El contrato y los terceros*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 177, no cabe dudar de la aplicabilidad del artículo 1257 CC en la actualidad, como ponen de relieve multitud de sentencias del Tribunal Supremo, que establece la falta de legitimación con base en el principio *res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest*.

iii) Otras cuestiones

Por otro lado, habrán de considerarse las innegables ventajas de esta clase de responsabilidad en cuanto a la inexistencia de plazo de garantía, al mayor plazo de prescripción y a la posibilidad de reclamar por todo tipo de defectos constructivos, incluso aunque no se ajusten a la tipología del artículo 17.1 LOE, siempre que se puedan configurar como un incumplimiento contractual. En especial por esta vía se podrá reclamar cualquier falta de conformidad respecto a lo pactado, o cualquier incumplimiento que tengan encaje en el artículo 1.258 CC, o en la inobservancia de la *lex artis* profesional. Además, en este régimen no existe limitación alguna en cuanto a los daños reclamables, pudiéndose reclamar todos aquellos que quedaban amparados por el artículo 1.591 CC. Por el contrario, en línea de principio, no serán de aplicación las especialidades del régimen LOE a las acciones de carácter contractual. Así, en estas acciones será de aplicación el principio, cada vez más matizado, de la responsabilidad subjetiva basada en la culpa; también regirá como regla la mancomunidad y no serán de aplicación los supuestos de solidaridad y responsabilidad por hecho ajeno que establece la ley especial. No obstante, como abordamos en el epígrafe siguiente y desgranamos a lo largo de este trabajo, algunas de las diferencias apuntadas entre ambos regímenes se difuminan en su aplicación práctica, y ambos tienden a converger en algunos aspectos como los criterios de imputación de responsabilidad⁶⁷⁸, la solidaridad⁶⁷⁹ o los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno⁶⁸⁰.

c) Posible aplicación de las soluciones de la LOE a la responsabilidad contractual

Del modo expuesto, las diferencias entre el régimen LOE y la responsabilidad contractual comportan la aplicación de distintas consecuencias jurídicas en función de la concreta acción ejercitada. En este sentido, cuando se ejerciten acciones contractuales, no serán de aplicación las especialidades de la LOE en cuanto a la imputación de responsabilidad, ni regirá la presunción de causalidad⁶⁸¹, de modo que en el ámbito contractual será necesario probar los hechos constitutivos de la pretensión del actor conforme al artículo 217 LEC, sin el beneficio de ninguna presunción. Sin embargo, ya hemos avanzado que, en algunos extremos, ambos regímenes tienden a converger en su aplicación práctica. Así, entendemos con MONSERRAT VALERO⁶⁸² que, probado el cumplimiento defectuoso del contrato, también podrá presumirse la culpa de los agentes de la edificación. En relación a los criterios de imputación de responsabilidad, la diferencia entre el criterio objetivo de la LOE y el subjetivo de la responsabilidad contractual, aunque puede aceptarse como punto de partida, en la práctica se diluye debido a la tendencia a invertir la carga de la prueba, a la elevación del nivel de diligencia exigible a los agentes constructivos y a la naturaleza de resultado de muchas de sus obligaciones⁶⁸³. Pone de relieve MARTÍNEZ ESCRIBANO⁶⁸⁴, que también cuando se ejercitan acciones contractuales, la jurisprudencia no admite que el promotor pueda eludir su responsabilidad

⁶⁷⁸ Vid. *infra* Capítulo Séptimo, § II.

⁶⁷⁹ Vid. *infra* Capítulo Noveno, § I.C.

⁶⁸⁰ Vid. *infra* Capítulo Noveno, § II.C.

⁶⁸¹ Vid. MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁸² *Ibidem*, pp. 42 y 43.

⁶⁸³ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.* pp., 262.

⁶⁸⁴ Vid. *ibidem*, p. 252.

atribuyéndola a otro agente de la edificación, aunque haya sido éste realmente el causante del daño, de modo que aquél, también en el ámbito contractual, asume una posición de garante similar a la que ostenta en la LOE. En estos casos, el promotor estará legitimado para ejercer una acción de repetición con base en el vínculo contractual que le une con el resto de agentes de la edificación⁶⁸⁵. Incluso en algunos aspectos, la convergencia de régimen jurídico podrá venir de una aplicación analógica de las soluciones que incorpora la LOE al ámbito contractual, por existir una identidad de razón⁶⁸⁶.

2. La reclamación conjunta de ambos tipos de responsabilidad

Como hemos avanzado, la opción más recomendable⁶⁸⁷, siempre que ello sea posible por la existencia adicional de vínculos contractuales, será el ejercicio conjunto de ambos tipos de responsabilidad. Procesalmente esta opción requiere acudir al trámite de la acumulación de acciones, o, en su caso, al de acumulación de procesos —según indicamos a continuación—, en cuanto que esta institución procesal también permitirá que una sola sentencia resuelva conjuntamente sobre la aplicación de ambos regímenes de responsabilidad, en determinados casos.

a) Acumulación de acciones

La acumulación de acciones “*producirá el efecto de discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia*”⁶⁸⁸. Es una opción aconsejable en esta materia para garantizar la indemnidad del perjudicado⁶⁸⁹. Además, la acumulación evita que pueda operar el efecto preclusivo derivado del artículo 400 LEC, los efectos perjudiciales del principio de congruencia ex artículo 218 LEC, o, simplemente, que el juzgador no aplique el principio *iura novit curia*⁶⁹⁰, o el riesgo de prescripción de una de ellas⁶⁹¹. Esta figura procesal se regula en los artículos 71 a 73 LEC y, en la materia que nos ocupa, será frecuente que esta acumulación se lleve a efecto tanto en su modalidad objetiva —p. ej. acciones LOE para reclamar por los daños materiales en el edificio y acciones contractuales para accionar por otros daños distintos de los anteriores— como subjetiva —acciones de uno u otro tipo, o de

⁶⁸⁵ Vid. SAP Las Palmas de 9 de julio 2007 (JUR 2007\342345).

⁶⁸⁶ Vid. *infra* Capítulo Noveno, § I.C).4 sobre la solidaridad en la responsabilidad contractual por defectos constructivos. En este sentido *vid.* SAP de Sevilla de 20 de febrero de 2017 (JUR\2017\189274) que establece la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación, por existir identidad de razón con respecto al artículo 17.3 LOE, en un caso en que el promotor ejerció acciones contractuales frente a los mismos.

⁶⁸⁷ Vid. SSAP de Guipúzcoa de 20 de mayo de 2015 (JUR 2015\175621) o de Málaga de 22 de junio de 2016 (JUR 2016\223592), que disponen que el perjudicado puede optar por la acción que estime más conveniente, sin que se imponga el ejercicio de ninguna con carácter preferente; pudiendo acumular ambas, como indican las SSAP de Barcelona de 2 de marzo de 2016 (JUR 2016\96547) o de Madrid de 30 marzo 2015 (JUR 2015\146650).

⁶⁸⁸ Vid. artículo 71.1 LEC

⁶⁸⁹ SAP Madrid de 30 marzo 2015 (JUR 2015\146650).

⁶⁹⁰ Vid. SAP de Segovia de 28 de enero de 2016 (JUR 2016\111653), en la que se declara prescrita la acción LOE, y no se admite la acción contractual “*porque cabe decir que, aunque el demandante diga en su oposición al recurso que también demandó por responsabilidad contractual, es lo cierto que la demanda nada dice al respecto más allá de la cita de una sentencia que habla de la compatibilidad entre responsabilidad contractual y legal. Compatibilidad que permite el ejercicio de ambas acciones, lo que aquí no ha hecho el actor, que no dice a qué incumplimiento contractual se refiere, quién habría incumplido y qué contrato habría sido incumplido y de qué forma*”.

⁶⁹¹ SAP de Vizcaya de 2 de junio de 2015 (JUR 2015\207330).

ambos, contra varios agentes de la edificación—, constituyéndose la relación jurídico-procesal como un litisconsorcio pasivo voluntario.

b) Acumulación de procesos

En materia de defectos constructivos también reviste importancia esta institución procesal, regulada en los artículos 74 a 98 LEC. Mediante la acumulación de procesos se podrán resolver mediante una sola sentencia, distintos procedimientos en los que se ejerciten acciones sujetas a la misma o a diferente clase de responsabilidad. Así, es frecuente en la práctica el caso de que un propietario demande con base en la LOE al promotor y, que, a su vez, éste ejercite acciones contractuales contra los agentes de la edificación por razón de los mismos defectos constructivos, a modo de regreso anticipado, y se interese por alguna de las partes la acumulación, principalmente por el promotor, para soslayar el riesgo de sentencias contradictorias.

B) Otras cuestiones procesales

1. El artículo 400 LEC y la cosa juzgada virtual

a) Delimitación y alcance

Aunque con anterioridad, tanto la doctrina⁶⁹² como la jurisprudencia, habían establecido las bases en las que debía fundamentarse la aplicación del principio de preclusión que late en el actual artículo 400 LEC⁶⁹³, no ha sido hasta la entrada en vigor de la vigente LEC cuando esta regla se ha plasmado positivamente⁶⁹⁴. Con este precepto la *causa petendi* supera la teoría de la sustanciación y, conforme a la teoría de la individualización, queda integrada no sólo por los hechos y el *petitum*, sino también por la calificación jurídica de los primeros⁶⁹⁵. De este modo, se evita la inseguridad jurídica que puede comportar la indefinida posibilidad de reiterar un proceso judicial en base a los mismos hechos, acudiendo al simple trámite de alterar su calificación jurídica. Así, quien entable un proceso en el que inste una determinada pretensión, habrá de aducir en el mismo todas las causas —hechos y fundamentos jurídicos— que puedan fundamentarla, de modo que si no lo hace, precluye la posibilidad de hacerlo en un ulterior proceso, en cuanto que las instituciones procesales de la litispendencia y la cosa juzgada extienden sus efectos no sólo a los hechos y fundamentos jurídicos efectivamente alegados, sino a los que pudieron haberlo sido. En consecuencia, junto al objeto real o actual del proceso, surge el denominado *objeto virtual* del mismo, puesto que este artículo 400 determina la “*preclusión del derecho de acción como consecuencia de la extensión del efecto de cosa juzgada material a aquellas cuestiones de naturaleza litigiosa que, habiéndose*

⁶⁹²Vid. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal Civil I. El proceso de declaración. Parte General*. 2ª ed., Colex, Madrid, 2007, p. 546.

⁶⁹³Vid. STS de 30 de julio de 1996 (RJ 1996\6413), que establece que “*se considera correcto el razonamiento de la sentencia recurrida respecto a que los vicios o defectos de construcción existentes cuando se entabló el primer juicio, que eran conocidos de la actora, no podían ser objeto de otro ulterior, ya que ello atentaría al principio de la seguridad jurídica*”, si bien aquí la cuestión, a nuestro juicio, se sitúa en un espacio fronterizo entre la causa de pedir y la pretensión.

⁶⁹⁴El artículo 400.1 LEC dispone que “*Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior*”.

⁶⁹⁵CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 178 a 182.

*podido plantear ante los Tribunales de justicia en un determinado momento, dejaron de plantearse*⁶⁹⁶. Con arreglo a lo expuesto, la cosa juzgada se extiende no sólo a lo deducido, sino a lo deducible⁶⁹⁷. No obstante, si bien se evitan problemas de inseguridad jurídica y de fraude procesal impidiendo la reiteración de procesos con solo mutar el título jurídico que ampara los hechos, se crean otros nuevos que se nuclean en torno a la delimitación del contorno de lo deducible, el cual, en todo caso debe encontrar una lógica excepción en las circunstancias sobrevenidas que no pudieron ser alegadas en el primer proceso. Empero, deben distinguirse aquellos casos en los que las acciones acumuladas se dirigen a reclamar la misma pretensión, de aquellos en los que cada una de tales acciones se encamina a exigir una pretensión diferente, pues en este segundo supuesto su no acumulación no originará la preclusión del artículo 400 LEC, que sólo se refiere a las situaciones en las que una misma pretensión puede basarse en varios títulos, pero no cuando se trata de pretensiones distintas, las cuales podrían encauzarse en varios procesos⁶⁹⁸. De este modo, el artículo 400 LEC obliga a deducir todas las causas de pedir en el mismo proceso, pero no obliga a canalizar en un único procedimiento pretensiones diferentes⁶⁹⁹.

b) Su relevancia en esta materia

El objeto virtual del proceso y la preclusión de alegaciones sobre hechos y fundamentos jurídicos no incluidos en la demanda o en la reconvención, tienen una indudable proyección sobre nuestro estudio. En efecto, en la reclamación por defectos constructivos a menudo confluyen diferentes fundamentos jurídicos o causas de pedir, puesto que la reclamación de unos mismos daños es posible articularla en base a las acciones de la LOE, pero también con base en las acciones contractuales, en las de responsabilidad extracontractual, o incluso en las basadas en las específicas normas de protección de los consumidores en este ámbito. Incluso en algunos casos, como sucede en la responsabilidad contractual, es posible el ejercicio de diferentes acciones

⁶⁹⁶ *Ibidem*, pp. 185 y 186.

⁶⁹⁷ *Vid.* SAP de Cantabria de 13 de julio 2015 (JUR 2016\34055), que precisa que el demandado debe alegar en la contestación todos los defectos que padezca la obra, sin que pueda reservar algunos para un juicio posterior, por lo que si posteriormente interpone demanda en base a defectos ya existentes en aquel momento pero no alegados, será aplicable la excepción de cosa juzgada en base al artículo 400.2 LEC.

⁶⁹⁸ *Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Nº 2472 Defectos constructivos: Acumulación de acciones, reparación del daño moral y reparación del daño material presupuestado”, *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 150 a 152, sobre acumulación de una acción del artículo 1.591 CC para reclamar por defectos constructivos, con una acción de responsabilidad contractual para exigir una cláusula penal por el retraso en la entrega de unas viviendas, y para exigir la entrega de unos planos.

⁶⁹⁹ *Cfr.* STS de 13 diciembre de 2017 (RJ 2017\312720), que dispone que la preclusión derivada de lo dispuesto por el artículo 400 LEC, no opera cuando en el primer proceso se solicitó la nulidad del contrato y en el segundo la resolución por incumplimiento del vendedor. En el mismo sentido, *vid.* STS de 21 de julio de 2016 (RJ 2016\3212), según la cual “*la ley establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión, sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles «causas de pedir» con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda, pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula. Si no fuera así, carecería de sentido la norma del artículo 219.3 LEC que permite al demandante formular exclusivamente una pretensión de condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos, dejando para un proceso posterior los problemas de liquidación*”; *vid.* SAP de Cantabria de 13 de julio 2015 (JUR 2016\34055), que evidencia el problema práctico de distinguir entre pretensiones y causas de pedir en este ámbito.

de esta clase⁷⁰⁰. Por este motivo, la preclusión que establece el artículo 400 LEC, determina la conveniencia de alegar en la misma demanda todos los hechos y títulos jurídicos en los que pueda basarse la pretensión articulada, para evitar que opere la cosa juzgada virtual y que, ante una eventual desestimación de la demanda, no pueda entablarse otro proceso con base en otra causa de pedir.

c) La acumulación de acciones como remedio

De acuerdo con lo indicado, es más que recomendable, o, más bien casi imprescindible, el ejercicio acumulado en un mismo proceso de todas las acciones que sea factible invocar para conseguir una completa e íntegra reparación de los daños sufridos, so pena de perder la posibilidad de su ejercicio en un procedimiento posterior.⁷⁰¹ Con mayor razón procede esta acumulación, si se considera el distinto alcance objetivo de las acciones de la LOE y las acciones contractuales, en cuanto las primeras no cubren daños distintos de los materiales sufridos por el propio edificio, de modo que, sin el ejercicio de las segundas, no será posible conseguir la reparación de los demás, como el lucro cesante o el daño en bienes muebles entre otros⁷⁰².

2. El principio *iura novit curia*

a) Concepto y alcance

Con base en este principio —estrechamente vinculando con el aforismo “*da mihi factum, dabo tibi ius*”—, las partes quedan relevadas de probar el Derecho vigente y alegarlo con exhaustividad y completa precisión, pues el tribunal, dentro del respeto a la *causa petendi*, puede resolver el asunto aplicando unas normas distintas de las alegadas por los litigantes⁷⁰³. No obstante, la doctrina⁷⁰⁴ precisa que este principio faculta al tribunal para acudir a una distinta fundamentación, pero no a distinto fundamento del alegado por las partes, pues está vedado que el juzgador sorprenda a los litigantes aplicando normas sobre las que no han podido debatir. Así, el juzgador debe conducirse dentro de los límites sustantivos de la contienda procesal, sin que pueda generar indefensión invocando fundamentos distintos a los que se han aducido. Así resulta actualmente del artículo 218.1.2º LEC⁷⁰⁵.

b) Su aplicación en materia de defectos constructivos

En materia de vicios constructivos, antes de la entrada en vigor de la LOE, los tribunales han admitido la aplicación de normas no alegadas por el actor con base en este principio. Señala ESTRUCH ESTRUCH⁷⁰⁶, que, bajo la vigencia del artículo 1.591 CC, el hecho de que los daños y perjuicios que podían ser objeto de reclamación,

⁷⁰⁰Así las acciones de incumplimiento contractual o edilicias, entre otras.

⁷⁰¹Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 804 y 805.

⁷⁰²Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 280 y 281.

⁷⁰³DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosas juzgada en el proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 68 a 72.

⁷⁰⁴Loc. cit.

⁷⁰⁵El artículo 218.1.2º LEC dispone: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

⁷⁰⁶ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 806 a 810, que cita la STS de 28 de Julio de 1994 (RJ 1994\6930), en la que se condena por responsabilidad contractual al no considerar que los vicios tengan carácter ruinógeno, pese a que sólo se invocó el artículo 1.591 CC.

fueran los mismos en el régimen de la LOE que en la responsabilidad contractual, restaba trascendencia a la aplicación del principio *iura novit curia*. Sin embargo, este autor considera que, con la entrada en vigor de esta norma, esta cuestión debe ser de nuevo examinada, por cuanto que los daños y perjuicios reclamables con arreglo a la LOE son mucho más reducidos que los que pueden reclamarse con base en la responsabilidad contractual. De este modo, una demanda basada sólo en acciones ex LOE permite al demandado articular su contestación sólo en relación al ámbito de responsabilidad propio de esta norma, por lo que, si la sentencia resuelve con base en la responsabilidad contractual, se le podría generar indefensión si se condena por daños no amparados por la ley especial, es decir, por daños distintos de los materiales causados en el propio edificio. Un fallo en este sentido podría ser contrario al artículo 218.1.2º LEC, que no permite al juzgador acudir a títulos jurídicos no invocados por las partes. En este sentido, la pretensión determina el objeto del proceso, a su vez concretado en la petición y la causa petendi, por lo que hay incongruencia si se otorga más de lo pedido o algo distinto de lo pedido, pero también si se otorga algo por causa distinta a la invocada⁷⁰⁷. Empero, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sí admite la aplicación del principio *iura novit curia* en no pocas ocasiones, soslayando la aplicación de este precepto. Así, p. ej. la STS de 24 de mayo de 2012⁷⁰⁸, que, en un caso de responsabilidad civil por acto médico, permite al juzgador cambiar el punto de vista jurídico sin incurrir en incongruencia, manteniendo que la causa de pedir se define por los hechos y no por la fundamentación jurídica⁷⁰⁹, tal y como se ha defendido por PANTALEÓN⁷¹⁰. En la misma línea, GARBERÍ LLOBREGAT⁷¹¹ sostiene que la calificación jurídica no integra el deber judicial de congruencia, sino que la vigencia del principio de la sustanciación⁷¹² permite a los jueces aplicar el derecho que estimen adecuado a los hechos alegados (*iura novit curia*), con independencia de la norma jurídica en la que las partes hayan fundamentado su pretensión. En consecuencia, este principio continúa aplicándose, aunque con el límite de no mutar el verdadero fundamento de la pretensión⁷¹³. Es decir, el juez puede

⁷⁰⁷Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Análisis de sus fronteras", en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Editum, Murcia, 2011, p. 148.

⁷⁰⁸RJ 2012, 6539

⁷⁰⁹Vid. BANACLOCHE PALAO, J. "Algunas cuestiones procesales polémicas en los pleitos de daños", en *Derecho de daños 2013*, coordinado por M.J. Herrador Guardia, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 203 a 210, que cita esta sentencia, en la que la demanda se basó en la *culpa in eligendo* de la clínica respecto del anestesista y la comadrona, y la condena se produjo por *culpa in eligendo* por la elección del ginecólogo y el sistema de guardia, desestimándose el recurso extraordinario por infracción procesal, con el argumento tradicional de que la causa de pedir se define por los hechos y no por la fundamentación jurídica planteada, y de que los tribunales pueden cambiar el punto de vista jurídico sin incurrir en incongruencia.

⁷¹⁰PANTALEÓN, F., "Comentario al artículo 1902...", *op. cit.*, pp. 1977 a 1981.

⁷¹¹Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles*, dirigido por J. Garberí Llobregat, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 878 y 879. Desde este punto de vista, este autor considera que la *causa petendi* es el fundamento histórico de la acción, y está integrada por los hechos jurídicamente relevantes y no por las normas jurídicas que las partes consideran aplicables al caso, por lo que el juez puede aplicar las normas que procedan, aunque las partes las ignoren.

⁷¹²Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *op. cit.*, pp. 52 a 66, sobre las teorías del objeto del proceso, la sustanciación y la individualización y su relatividad.

⁷¹³Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "El ejercicio...", *op. cit.*, p. 148, que cita a DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005, p. 69, precisando que el tribunal no está vinculado por la fundamentación sino por el fundamento.

cambiar la fundamentación, aunque no el fundamento de aquella. En materia de vicios constructivos, la STS de 8 de enero 2015⁷¹⁴, estima la demanda sobre la base de una acción distinta de la ejercitada, ya que la parte demandante no reclamó con base en el artículo 1.158 CC, sino con base en los artículos 1.145 CC y 1.902 CC, indicando que “*es Jurisprudencia reiterada de esta Sala la que afirma que no hay incongruencia por el cambio del punto de vista del Tribunal respecto del mantenido por las partes, siempre que se observe un absoluto respeto por los hechos, únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, y que por tanto es posible el cambio de punto de vista jurídico, salvo cuando comporta una alteración de la causa petendi o mutación de la pretensión, con la consiguiente indefensión de la parte sorprendida (...)*”. No obstante, por las razones apuntadas por ESTRUCH ESTRUCH, en los términos que han quedado expuestos con anterioridad, entendemos que en materia de vicios constructivos se podría vulnerar el principio de congruencia, si en una demanda basada en la LOE, en la que se reclamen también daños distintos de los materiales en el propio edificio, el juzgador aplica de oficio las normas sobre responsabilidad contractual, y esto genera indefensión por no haberse discutido en el procedimiento tales normas, al no haber sido alegadas por el actor. En esta línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO⁷¹⁵ cita la STS de 23 de abril de 2014⁷¹⁶, que indica que no cabe una acumulación de acciones de oficio en base al principio que nos ocupa, en relación a un supuesto en el que se reclamó frente a un arquitecto sólo por responsabilidad contractual y no en base al artículo 1.591 CC⁷¹⁷. En el mismo sentido se pronuncia CALAZA LÓPEZ⁷¹⁸. Además, el artículo 400 LEC posiblemente impedirá la iniciación de un nuevo proceso con esa fundamentación jurídica no alegada. No obstante, esta autora, entiende que, con base en el principio de buena fe y guardando la necesaria imparcialidad y neutralidad, el juzgador puede enmendar los fundamentos jurídicos alegados por las partes, cuando considere que “*la calificación jurídica que éstas han tratado de transmitir ha sido otra y no la erróneamente aducida*”⁷¹⁹, dando siempre posibilidad a los litigantes de debatir sobre la fundamentación jurídica que consideren aplicable. Con esta interpretación se evitarían los perjudiciales efectos del artículo 400 LEC en cuanto extiende el alcance de la cosa juzgada no sólo a lo deducido sino a lo deducible.

⁷¹⁴Vid. STS de 8 de enero 2015 (RJ 2015\435), que, en un caso en el que la aseguradora del arquitecto técnico, condenada solidariamente con el constructor en un proceso previo con base en el artículo 17 LOE, repite contra el subcontratista responsable de los daños articulando esta pretensión con arreglo a los artículos 1.145 y 1902 CC, estima la demanda al considerar que el pago realizado produce la subrogación del *solvens* en las acciones contractuales del constructor contra el citado subcontratista.

⁷¹⁵Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 280.

⁷¹⁶RJ 2014\3849; Vid. en el mismo sentido SAP de Madrid de 2 de diciembre de 2015 (JUR 2016\37878).

⁷¹⁷MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 280.

⁷¹⁸CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada...*, op. cit., p. 196

⁷¹⁹Loc. cit.

CAPÍTULO CUARTO. LA LEGITIMACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS

I. INTRODUCCIÓN

La legitimación para el ejercicio de acciones contractuales requiere la previa existencia de un vínculo del que dimanen las concretas obligaciones exigibles, por imposición del principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC. En efecto, en relación a este principio ya indicaba MANRESA, que *“la ley y la jurisprudencia llegan conformes a la conclusión de que el contrato tiene fuerza de ley, establece un orden de derecho, pero que, por ser este orden particular creado por algunas personas, aquella fuerza de ley se limita a los mismos y a quienes vienen a reemplazarles jurídicamente”*⁷²⁰. De este modo, generalmente sólo el promotor dispondrá de acciones contractuales contra los principales agentes constructivos, mientras que éstos y los propietarios sólo podrán dirigir acciones contra alguno o algunos de ellos, siempre que mantengan el correspondiente vínculo contractual. A diferencia de lo anterior, la LOE establece una responsabilidad legal que se superpone a la derivada de los contratos subyacentes, y atribuye a los propietarios legitimación activa para ejercitar acciones directas de responsabilidad por defectos constructivos, frente a sujetos con los que no mantienen vínculos contractuales, como sucede de ordinario con el constructor, proyectista y directores de obra y de ejecución, fundamentalmente. Éstos quedan así legitimados pasivamente, pese a la inexistencia de una relación negocial con el propietario, en línea con la solución que instituyó la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Para esta jurisprudencia, el principio de relatividad de los contratos quebraba en el ámbito del artículo 1.591 CC. Así, ya la STS de 5 de mayo de 1961⁷²¹, reinterpreto en este ámbito el artículo 1257 CC, y concedió legitimación a los adquirentes y subadquirentes frente a los agentes de la edificación con los que no habían contratado, con la perceptible finalidad de otorgarles protección jurídica en los supuestos de ruina del edificio. En la actualidad, vigente la LOE, no parece justificado arbitrar ninguna excepción general al principio de relatividad de los contratos, en tanto que ya es aquella norma la que permite accionar al margen de los vínculos contractuales, sin perjuicio de que efectuemos algunas matizaciones respecto al subaquirente⁷²².

⁷²⁰Vid. MANRESA Y NAVARRO, J.M., “Comentario del artículo 1257”, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, 4ª ed. Reus, Madrid, 1929, pp. 558 a 561. Añade este autor que para “los terceros, es regla general la ineficacia del contrato en que no intervienen sin que dicha regla sufra excepción porque los terceros se hallasen ligados por un contrato distinto con alguno de los contratantes, y aun con referencia a los mismos objetos”.

⁷²¹RJ 1961\2310. Dispone esta resolución que “el comprador o adquirente percibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad”, sin que ello vulnere el principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC.

⁷²²Vid. *infra* § II.B.3.

II. LA LEGITIMACIÓN DEL PROPIETARIO

A) La legitimación activa en el régimen de la LOE

1. La propiedad del edificio como fuente de legitimación

La LOE, en su artículo 17.1, atribuye legitimación para el ejercicio de las acciones directas por defectos constructivos contra los agentes de la edificación, a los propietarios y a los terceros adquirentes de los edificios o de parte de los mismos, aunque no estén vinculados con aquéllos por ningún contrato⁷²³, plasmando positivamente lo que había reconocido la jurisprudencia en el ámbito del artículo 1.591 CC. En realidad, la expresión “terceros adquirentes” es un término redundante, que ya se encuentra englobado en el de “propietarios”, si bien parece que con su inclusión se quiere subrayar la legitimación de todo propietario, aunque no haya contratado con los agentes constructivos⁷²⁴. Esta legitimación del titular del edificio se superpone a su condición de asegurado en el seguro de daños materiales o en el seguro de caución del artículo 19 LOE⁷²⁵. En consecuencia, el promotor ostentará dicha legitimación mientras sea propietario del edificio o de parte del mismo, y dejará de ostentarla cuando deje de serlo. De este modo, como a continuación abordaremos, el promotor, mientras titule la propiedad también podrá ejercitar las acciones del artículo 17.1 LOE, y asumirá la condición de asegurado en los seguros del artículo 19 LOE. En cambio, cuando pierda la condición de propietario, perderá también la de asegurado, no podrá ejercitar las acciones de la LOE, salvo las de repetición, y sólo podrá accionar en base a la responsabilidad contractual para exigir el correcto cumplimiento del contrato a los agentes de la edificación, cuando así proceda⁷²⁶. De lo anterior, *contrario sensu*, se desprende que no ostentarán dicha legitimación los poseedores del inmueble que no titulen la propiedad del edificio, como sucede con los usufructuarios, arrendatarios o comodatarios, entre otros, cuyos intereses deberán encontrar amparo en la relación jurídica que les vincule con el propietario⁷²⁷ o en el ámbito del artículo 1902 CC. Al margen del supuesto en el que se ejerciten acciones por el propietario único de un edificio, cuya legitimación no plantea problema, cumple examinar la legitimación en los supuestos de copropiedad, bien sea ordinaria o propiedad horizontal.

2. La legitimación en la copropiedad ordinaria

Como señala CASTÁN⁷²⁸, por razón de su diversa organización, pueden distinguirse la comunidad romana por cuotas y la comunidad en mano común en la

⁷²³Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., p. 645, que señala que esta posibilidad de ejercicio de acciones sin vínculo contractual ya se recogía en el artículo 1792.1 del *Code Civil* francés, o en el artículo 1.669 del *Codice Civile*.

⁷²⁴*Ibidem* pp. 643 y 644.

⁷²⁵Así lo advierte MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 76

⁷²⁶*Loc. cit.*, que hace notar que esta legitimación para el ejercicio de acciones contractuales no se limita a los supuestos de *aliud pro alio*, sino que alcanza a cualquier falta de conformidad. Vid. SAP Islas Baleares de 17 marzo de 2014 (JUR 2014\91480).

⁷²⁷La STS 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1021013), reconoce legitimación al promotor, en su condición de arrendatario financiero, al considerar que la legitimación del propietario en la LOE “en ocasiones puede corresponder con quien goza de facultades para promover la edificación y usar o explotar lo construido durante un tiempo significativo, con vocación además de llegar a adquirir la propiedad del inmueble, como es el caso del arrendatario financiero”.

⁷²⁸Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Segundo, *Derecho de Cosas*, Volumen Primero, revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO, 14ª ed, Reus, Madrid, 1992, pp. 460 y 461.

que no existen tales cuotas. El régimen jurídico de la copropiedad se encuentra regulado en los artículos 392 a 406 CC, con arreglo al sistema romano de cuotas indivisas —*dominium pro parte o pars rei pro indiviso*— frente al germánico —la llamada propiedad colectiva o en mano común “*Gesamteigentum, Gemeinschaft zur gesamten Hand*”— a la que se aproximan otros tipos de comunidad que se regulan en el Código Civil, como es el caso de la sociedad de gananciales. En la copropiedad ordinaria, el ejercicio de acciones sobre reclamación por defectos constructivos con base en la LOE, habrá de regirse por las reglas aplicables a este tipo de comunidad, que son distintas en función de que el acto en cuestión pueda considerarse como un acto de administración o de disposición o, al menos, incardinable en el artículo 397 CC, relativo a las alteraciones en la cosa común⁷²⁹. Respecto de estas alteraciones en la cosa común, apunta CASTÁN⁷³⁰, que si afectan a la sustancia de la cosa será necesario el acuerdo de todos los condueños, según preceptúa el artículo 397 CC; pero si se trata de alteraciones de menor entidad, como las relativas a su mejor disfrute, bastará su aprobación por la mayoría de cuotas de participación en los términos del artículo 398 CC. Es decir, a estos efectos, las alteraciones de menor entidad se equipararían a los actos de administración, y las de mayor a los actos de disposición. Para ALBALADEJO⁷³¹, las llamadas alteraciones que no afectan a la sustancia de la cosa y sólo alcanzan a su mejor disfrute, no constituyen alteración en sentido jurídico. En este sentido, en línea de principio, el ejercicio de acciones por vicios constructivos habrá de incardinarse entre los actos de administración, aunque podrían darse supuestos dudosos⁷³². De este modo, junto con la innegable legitimación de todos los copropietarios cuando actúen conjuntamente, coexistirá la legitimación derivada del acuerdo adoptado por la mayoría de cuotas de participación en la comunidad. Sin embargo, junto a ambas modalidades de legitimación, debe admitirse la que deriva de la clásica y consolidada línea jurisprudencial⁷³³ que reconoce legitimación a cualquier comunero, para comparecer en juicio en asuntos

⁷²⁹Artículo 397 CC: “*Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos*”.

⁷³⁰Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Segundo..., *op. cit.*, pp. 526 y 527.

⁷³¹Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, revisada y puesta al día por M. Albaladejo Abarca, 12 ed, Edisofer, Madrid, 2016, p. 405.

⁷³²Como regla general, el ejercicio de acciones por vicios constructivos no parece pueda considerarse un acto de disposición. Y decimos como regla general, por cuanto que en supuestos de vicios graves y elevada cuantía, en los que se reclame directamente el cumplimiento por equivalencia, *id quod interest*, mediante la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, podríamos encontrarnos ante un supuesto asimilable a un acto de disposición, sobre todo si no existen garantías de que el importe reclamado sea suficiente para que los propietarios puedan efectuar, *ex post*, la reparación de la edificación con el importe obtenido, o si no existe una voluntad unánime de destinar ese importe íntegramente a dicha reparación. Piénsese en el supuesto de que, tres de los cuatro copropietarios de un edificio afectado por graves vicios constructivos, acuerden el ejercicio de acciones judiciales para obtener una suma de dinero sin destinarla, total o parcialmente, a su reparación, sino a su reparto entre los mismos. En este escenario, el acuerdo por el que se decida ejercitar acciones por defectos constructivos, o, al menos, aquellos aspectos del mismo que no vayan preordenados a conseguir la reparación *in natura*, podrían equipararse a un acto de disposición.

⁷³³Vid., entre otras, STS de 21 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6070) o de 8 abril de 1992 (RJ 1992\3023). Muchas de estas sentencias, como la de 8 de abril de 1992, indican que no es imprescindible la expresión en la demanda de que el comunero actúa en nombre e interés de la comunidad, bastando el ejercicio de una pretensión que, en caso de prosperar, redundará en provecho de aquella y siempre que no se demuestre que constituye una actuación en beneficio exclusivo del actor.

que afecten a los derechos de la comunidad, bien para ejercitarlos, bien para defenderlos, en cuyo caso la sentencia que se dicte en su favor aprovechará a los demás comuneros, sin que les perjudique la adversa. Así lo ponen de relieve CASTÁN⁷³⁴ o DÍEZ-PICAZO⁷³⁵. No obstante, esta doctrina jurisprudencial no debiera aplicarse cuando otro de los condueños se oponga a dicha actuación, al menos hasta que no se clarifique cuál es la actuación más beneficiosa para la comunidad⁷³⁶.

3. La legitimación del presidente en el régimen de propiedad horizontal

La legitimación para el ejercicio de las acciones de la LOE en el caso de edificios en régimen de propiedad horizontal, reviste las singularidades propias que derivan de la aplicación de Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal⁷³⁷, en cuanto desarrolla el artículo 396 del Código Civil⁷³⁸. No existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal⁷³⁹. Como indica GONZÁLEZ PORRAS⁷⁴⁰, esta figura en nuestro Derecho, al igual que en el italiano, no es una persona jurídica, sino que se trata de una institución de naturaleza compleja dentro del género propiedad, pero constituyendo una modalidad destacada dentro de las otras formas ya tradicionales. En este régimen, caracterizado por la existencia de elementos privativos y elementos comunes —éstos de extraordinaria importancia por cuanto que, además de la cimentación, estructura, fachadas, cubiertas o instalaciones generales, entre otros, comprenden todos los espacios comunes— el ejercicio de acciones judiciales tiene como elemento medular la figura del presidente de la comunidad de propietarios, como representante legal del edificio en régimen de horizontalidad. Al respecto, los elementos básicos que perfilan el contorno de la legitimación del presidente en la jurisprudencia dictada en el ámbito del artículo 1.591 CC, se han trasladado a la legitimación para el ejercicio de las acciones ex LOE, aunque, como veremos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado en el sentido de conceder mayor protagonismo a la junta de propietarios.

a) Introducción

⁷³⁴ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Segundo..., *op. cit.*, p. 525.

⁷³⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 1.032. Indica este autor que “con un plausible intento de facilitación del proceso nuestra jurisprudencia ha admitido que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio, en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, siempre que lo haga en beneficio e interés de todos los partícipes, caso en el cual la sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros, aunque no perjudicará a éstos la que les sea adversa o contraria”

⁷³⁶ Vid. en este sentido STS de 8 de abril de 1965 (RJ 1965\2150).

⁷³⁷ BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960.

⁷³⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI. Los Derechos Reales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 96, que indica como “con el nombre sin duda equívoco y bastante poco práctico de «propiedad horizontal» conoce nuestro Código Civil, la legislación especial y la doctrina lo que quizás con mayor exactitud se debería conocer como «propiedad de casas por pisos»”.

⁷³⁹ Vid. PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M.A., *Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal (Doctrina Científica y Jurisprudencia, Legislación, Formularios)*, 6ª ed., Comares, Granada 1.995, p. 6 a 15, donde se detallan algunas de las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

⁷⁴⁰ Vid. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., *El Acta de los acuerdos de las Juntas de Propietarios, Anotaciones al Derecho Español a la obra de Franco Girino*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1976, p. 42.

CARRASCO PERERA⁷⁴¹ pone de relieve que el artículo 13 LPH califica al presidente de “órgano”, y le confiere la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en los asuntos que afecten a aquella, lo cual “*supone la afirmación del carácter orgánico de la representación del presidente con respecto al ámbito de intereses de la comunidad, que había venido sosteniendo una jurisprudencia unánime*”⁷⁴². Pese a lo anterior, no faltan sentencias que atribuyen a dicha representación un carácter intermedio entre la representación orgánica y la voluntaria⁷⁴³. Para DÍEZ-PICAZO⁷⁴⁴ “*se trata de una representación orgánica que debe entenderse como una representación de carácter típico, de manera que sin especiales conocimientos de poderes o de las facultades que no constarán en ningún sitio, los terceros puedan tener la certidumbre de que tratan con la comunidad*”. Entre las funciones de su cargo, se deben considerar incluidas las acciones para reclamar por vicios constructivos en base a la LOE⁷⁴⁵. Esta legitimación no corresponde al administrador de la comunidad, que sólo puede, conforme al artículo 21.1º LPH y previo acuerdo de la junta, reclamar a los propietarios morosos por el cauce del procedimiento monitorio⁷⁴⁶, pero no ejercitar acciones de otra clase.

b) El presidente debe ser propietario de algún elemento del edificio

Como regla general, cabe indicar que es necesario que el presidente sea propietario de alguna unidad del edificio, por exigirlo así con carácter imperativo el artículo 13.2 LPH —“*el presidente será nombrado entre los propietarios*”—, siguiendo la línea marcada por esta Ley desde su entrada en vigor en 1960. En este sentido, la STS de 14 de octubre de 2008⁷⁴⁷ establece la nulidad de pleno derecho del nombramiento como presidente de un no propietario, sin que el acuerdo adoptado por la junta pueda subsanarse⁷⁴⁸ ni convalidarse, ni siquiera por el transcurso del plazo de impugnación del artículo 18 LPH, por tratarse de una nulidad *pleno iure*⁷⁴⁹. En este mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de septiembre de 2015⁷⁵⁰, que precisa que la condición de propietario se debe ostentar en el momento de la elección. No obstante, anteriormente, la STS de 11 de noviembre de 2009⁷⁵¹ parece admitir la subsanación por el transcurso del plazo de impugnación⁷⁵². No comparte esta

⁷⁴¹CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 942

⁷⁴²Vid. SSTS de 30 de abril de 2008 (RJ 2008\2690) o 19 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9154).

⁷⁴³Cfr. STS de 26 de mayo de 1982 RJ 1982\2601).

⁷⁴⁴Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI...*, *op. cit.*, p. 120.

⁷⁴⁵Vid. STS de 17 de julio de 2006 (RJ 2006\4961).

⁷⁴⁶Tal y como precisa la SAP Valencia de 17 julio 2009 (JUR 2010\53204), en estos casos procedería estimar la excepción de falta de capacidad procesal en la parte actora, y absolver a la demandada en la instancia sin entrar a conocer del fondo del asunto

⁷⁴⁷RJ 2008\5690.

⁷⁴⁸En la misma línea STS de 13 de julio de 2006 (RJ 2006\8874).

⁷⁴⁹LOSCERTALES FUERTES, D., *Propiedad Horizontal, legislación y comentarios*, 12ª ed., Sepin, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 212 y 213.

⁷⁵⁰RJ 2015\4024.

⁷⁵¹RJ 2009\7285.

⁷⁵²Según el artículo 18.3 LPH “*la acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la junta de propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9º*”.

posibilidad GALLEGO BRIZUELA⁷⁵³, que señala como la indulgencia de esta sentencia entronca con alguna jurisprudencia menor que admitía el nombramiento como presidente del cónyuge o el hijo del propietario, o incluso de un tercero⁷⁵⁴. En esta misma línea cabe citar la STS de 4 de mayo de 1998, que admite la sustitución del presidente por su hijo en caso de imposibilidad del primero. No obstante, en línea de principio, siguiendo la citada STS de 14 de octubre de 2008⁷⁵⁵, el nombramiento de un no propietario como presidente debe originar una nulidad radical de imposible convalidación por el transcurso del plazo de caducidad⁷⁵⁶. En estos casos, se podrá apreciar el defecto procesal de falta de personalidad en el actor⁷⁵⁷, y será oponible la excepción del artículo 416.1.1º LEC “sobre falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases”⁷⁵⁸. A efectos de ser designado presidente en caso de desmembración del dominio, esta condición recae en el nudo propietario; en caso de copropiedad podrá ser nombrado como presidente cualquier condueño⁷⁵⁹; y respecto de las personas jurídicas, procederá la designación como presidente de su representante legal o de quien designe éste a tal efecto.

c) El acuerdo de la junta de propietarios

Aunque lo normal será que el presidente actúe procesalmente tras la adopción del correspondiente acuerdo de la junta de propietarios, el cual le facultará para el ejercicio de acciones judiciales y otorgamiento de poderes a procuradores y abogados, aún sin tal acuerdo sería posible su intervención, pues la existencia de daños constructivos en los elementos comunes es un asunto incluido en el ámbito ordinario de sus competencias, en cuanto que afecta a la comunidad⁷⁶⁰. En este punto, se ha de destacar, que la LPH sólo exige expresamente acuerdo previo para el ejercicio de las acciones judiciales que se contienen en los artículos 7.2 —para el ejercicio de la acción de cesación de actividades contrarias a los estatutos— y 21.1 —para la reclamación de deudas a los propietarios morosos—. No obstante, la jurisprudencia ha adoptado diferentes posiciones a este respecto, y el propio Tribunal Supremo no muestra una dirección unívoca sobre la necesidad o no de acuerdo previo de la junta de propietarios a estos efectos, aunque la tendencia actual es la de exigirlo.

i) La línea jurisprudencial clásica

La línea jurisprudencial clásica ha mantenido que el presidente no necesitaba el acuerdo de la junta de propietarios, para ostentar legitimación activa en el ejercicio de acciones judiciales, “salvo en los supuestos expresamente excluidos en la Ley, o que exista (...) una oposición expresa y formal”. En este sentido SSTS de 2 diciembre

⁷⁵³Vid. GALLEGO BRIZUELA, C., *Ley de Propiedad Horizontal Comentada y con Jurisprudencia*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 1.015 a 1.017.

⁷⁵⁴SAP Tarragona de 22 de enero de 1998 (AC 1998\207).

⁷⁵⁵GALLEGO BRIZUELA, C., *op. cit.*, p. 1017.

⁷⁵⁶Este sentido vid. STS de 18 de marzo de 2003 (RJ 2003\2753).

⁷⁵⁷CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.A., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 942. Vid. STS de 13 de julio de 2006 (RJ 2006\8874).

⁷⁵⁸Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario al artículo 13”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 442 y 443.

⁷⁵⁹Así, dispone el artículo 15.1 LPH, que “la asistencia a la Junta de propietarios será personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar ésta un escrito firmado por el propietario. Si algún piso o local perteneciese «pro indiviso» a diferentes propietarios éstos nombrarán un representante para asistir y votar en las juntas”.

⁷⁶⁰ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 664 y 665

1989⁷⁶¹; 3 de marzo de 1995⁷⁶² y 10 de mayo de 1995⁷⁶³; 31 diciembre de 1996⁷⁶⁴; 18 de julio de 2007⁷⁶⁵; 22 de diciembre de 2009⁷⁶⁶; o 16 de marzo de 2011⁷⁶⁷. La citada de 18 julio de 2007, alude a la existencia de una presunción de autorización a favor del presidente, mientras no medie oposición expresa y forma de la comunidad de propietarios. Además, dicha legitimación no solo derivaría de su condición de presidente, sino de su condición de propietario, en cuanto que cualquier comunero puede comparecer en juicio para reclamar por los defectos constructivos existentes en los elementos comunes⁷⁶⁸.

ii) La línea jurisprudencial actual y sus vacilaciones

Sin embargo, la STS de 10 de octubre de 2011⁷⁶⁹ se pronuncia en sentido contrario, exigiendo un acuerdo previo de la junta de propietarios que autorice al presidente para el ejercicio de acciones judiciales⁷⁷⁰. Esta misma posición se mantiene en la STS de 27 de marzo 2012⁷⁷¹, salvo *“que los estatutos de la comunidad expresamente prevean lo contrario o en los supuestos en que el presidente ejercite acciones judiciales no en calidad de tal sino individualmente como copropietario”*, y en la de 12 de diciembre de 2012⁷⁷². La misma línea siguen las SSTS de 19 febrero de 2013⁷⁷³ y 30 de diciembre de 2014⁷⁷⁴. Pese a lo anterior, la STS 23 de abril de 2013⁷⁷⁵ retoma la tesis clásica, y dispensa al presidente de la necesidad de contar con autorización de la junta de propietarios para ejercitar acciones judiciales en beneficio de la comunidad. La STS de 7 octubre de 2015⁷⁷⁶, invoca también la doctrina sobre la

⁷⁶¹RJ 1989\8790.

⁷⁶²RJ 1995\1777.

⁷⁶³RJ 1995\4226.

⁷⁶⁴RJ 1996\9603.

⁷⁶⁵RJ 2007\5141.

⁷⁶⁶RJ 2010\300.

⁷⁶⁷RJ 2011\4251.

⁷⁶⁸*Vid.* STS 29 de noviembre de 1999 (RJ 1999\9139).

⁷⁶⁹RJ 2011\7404.

⁷⁷⁰En este sentido, cumple destacar, que el artículo 14.c) LPH atribuye competencia a la junta de propietarios en materia de obras de reparación de la finca, sean ordinarias o extraordinarias, lo cual está íntimamente relacionado con la interposición de una demanda sobre reclamación de vicios constructivos, en la que o bien se pide su reparación o su equivalente económico. Del mismo modo, la competencia residual de la letra e), atribuye a la junta competencia para conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad.

⁷⁷¹RJ 2011\7404.

⁷⁷²RJ 2013\370. Indica GALLEGO BRIZUELA, C., *op. cit.*, pp.1.028 a 1.030, que el precedente de esta doctrina se encuentra en la STS de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004\6698), y en otras de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, como las de 5 de abril de 2002 (RJ 2002\3853) y 29 de enero de 2008 (RJ 2008\443).

⁷⁷³RJ 2014\1135.

⁷⁷⁴RJ 2014\6808.

⁷⁷⁵RJ 2013\3496.

⁷⁷⁶RJ 2015\4744. Indica esta sentencia que *“existe, por tanto, en la jurisprudencia la presunción de que el Presidente está autorizado mientras no se acredite lo contrario —Sentencia 2 de diciembre de 1989—, sin que haya razón alguna para reducir tal autorización a los “vicios y defectos de construcción”, strictu sensu considerados, por afectar también el interés de la Comunidad a los incumplimientos contractuales afectantes a viviendas en particular (SSTS 10 de mayo 1995; 18 de julio 2007). A la vista de esta doctrina no existe óbice para que el presidente, conforme establece el art. 13 de la LPH represente a la comunidad, incluso en el ejercicio de las acciones relativas al cumplimiento del contrato dado que se sustentan en la existencia de menoscabos en el objeto entregado, que en este caso se refieren a la fachada del edificio y como tal, elemento común”*.

presunción de autorización salvo que se acredite lo contrario, aunque a continuación señala que, en el caso enjuiciado, existía un poder en el que consta el acuerdo de la junta facultando al presidente para ejercitar acciones por vicios constructivos⁷⁷⁷. Por su parte, la STS de 5 de noviembre de 2015⁷⁷⁸, vuelve a la doctrina de la necesidad del acuerdo, en relación a una acción judicial que pretendía declarar la ilegalidad de unas obras que alteran los elementos comunes, y estima la excepción de falta de legitimación activa, señalando que no consta autorización expresa al presidente para ejercitar la acción en nombre de la comunidad, y que el mismo tampoco actúa a título individual como propietario en defensa del interés general comunitario. Las SSTs de 24 junio 2016⁷⁷⁹ y 16 de junio de 2017⁷⁸⁰, también siguen esta última línea jurisprudencial e inciden en la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios⁷⁸¹, que autorice expresamente al presidente para ejercitar acciones judiciales en defensa de la comunidad, aunque este acuerdo no requiere estar revestido de ninguna formalidad especial.

En cualquier caso, aunque la jurisprudencia no evidencia una postura unívoca sobre este extremo, la posición mayoritaria aboga por exigir este acuerdo previo, pues, cumple destacar que, incluso en algunos de los casos en los que se aduce que el presidente no necesita del mismo, esta afirmación parece que se realiza *a fortiori*, pues en tales supuestos el acuerdo de la junta existía⁷⁸². Esta disparidad de criterios se reproduce en la jurisprudencia menor. Así, entre las resoluciones que no exigen acuerdo de la junta de propietarios cabe citar las SSAP de Valladolid de 11 de junio de 2013⁷⁸³ o de Madrid 13 de mayo de 2013⁷⁸⁴; y entre las que exigen dicho acuerdo

⁷⁷⁷Vid. FD 1º de esta sentencia, donde consta que existía acuerdo de la junta de propietarios autorizando al presidente: *“Igualmente consta escritura de poder notarial, de 17 de junio de 2010, en la que se recoge el acuerdo de junta general extraordinaria de 12 de enero de 2010 en la que se faculta al presidente para ejercitar acciones contra los promotores, constructores y facultativos”*.

⁷⁷⁸RJ 2015\4969.

⁷⁷⁹RJ 2016\2869. Esta resolución indica que *“según esta doctrina, aunque la Ley de Propiedad Horizontal únicamente exige de modo expreso el acuerdo previo para que el presidente pueda ejercitar acciones judiciales en defensa de la comunidad de propietarios, en los supuestos de acción de cesación de actividades prohibidas por los estatutos que resulten dañosas para la finca (art. 7.2 LPH) y de reclamación de cuotas impagadas (art. 21 LPH), esta sala ha entendido que no resulta razonable sostener que la facultad de representación que se atribuye de modo genérico al presidente le permita decidir unilateralmente sobre asuntos importantes para la comunidad, entre los que la citada STS de 27 de marzo de 2012 considera comprendida precisamente «la realización de obras en elementos privativos de un comunero que comporten alteración o afectación de los elementos comunes».* (...) Así las cosas, y por más que el razonamiento de la sentencia recurrida sobre la no necesidad de autorización de la junta al presidente para el ejercicio de acciones no se ajuste a la doctrina jurisprudencial antes expuesta, el motivo ha de ser desestimado porque, dado el orden del día, que incluía la aprobación, si procediera, del cerramiento de las terrazas de la fachada que daba al puerto y al jardín, y dado el desarrollo de la junta, en la que por mayoría no se aprobó el cierre de las terrazas y se acordó que la comunidad *«tome las acciones legales pertinentes para que se restituyan las terrazas de la fachada que dan al puerto y a la zona de jardín, a su estado original»*, ha de entenderse suficientemente cumplido el requisito de la autorización expresa al presidente de la comunidad para demandar al hoy recurrente, ya que lo contrario supondría exigir adiciones superfluas o fórmulas sacramentales que no aportarían nada esencial a la expresión de la voluntad de la junta”.

⁷⁸⁰RJ 383\2017.

⁷⁸¹Vid. LOSCERTARLES FUERTES, D., *Propiedad Horizontal...*, op. cit., pp. 219 y 220, sobre la necesidad de acuerdo de la junta de propietarios para el ejercicio de acciones judiciales.

⁷⁸²STS de 7 octubre de 2015 (RJ 2015\4744).

⁷⁸³JUR 2013\235344.

⁷⁸⁴JUR 2013\209182.

cabe citar las SSAP de Alicante de 29 de mayo de 2013⁷⁸⁵ o de Valencia 25 de abril de 2013⁷⁸⁶.

iii) Posible incidencia de la modificación del artículo 10 LPH por la Ley 8/2013, de 26 de junio

El artículo 10 LPH, según la redacción dada por el número cuatro, de la disposición final primera, de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas⁷⁸⁷, establece el carácter obligatorio, sin necesidad de acuerdo previo de la junta de propietarios, de determinadas obras, en los siguientes términos: *“1. Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengan impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones: a) Los trabajos y las obras que resulten necesarias para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, así como las condiciones de ornato y cualesquiera otras derivadas de la imposición, por parte de la Administración, del deber legal de conservación”*. Este artículo enlaza directamente con las obligaciones que a los propietarios imponen los artículos 9.1.b) LPH, 16 LOE y 8.2 del CTE, y debe destacarse que el mismo menciona expresamente, entre otras, las obras necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad, conceptos recogidos en el 3.1. b) y c) LOE, y que aluden a dos de las tipologías de daños materiales que tipifica el artículo 17 —seguridad estructural y habitabilidad—. Del mismo modo, este artículo 10 alude a las obras “necesarias”, lo que a nuestro juicio limita su campo objetivo de aplicación. Al respecto cumple remarcar que, una cosa es ejecutar tales obras y otra distinta el ejercicio de acciones judiciales para reclamar por vicios constructivos, aunque sea para que los agentes de la edificación ejecuten estas obras a su costa o procedan a su reparación por equivalencia. No obstante, aun partiendo de dicha distinción, se trata de dos actuaciones estrechamente relacionadas, por lo que este artículo 10 LPH puede constituir un aval para la línea jurisprudencial que mantiene la innecesidad de acuerdo de la junta, para el ejercicio de acciones en materia de defectos constructivos. Al respecto, ha de hacerse notar que, existiendo tales vicios y ante la insuficiencia de medios económicos, la comunidad no tendrá otra alternativa que demandar como vía para conseguir la efectiva ejecución de las citadas obras, las cuales, según el citado artículo 10, no requieren acuerdo de la junta de propietarios. En cualquier caso, la doctrina critica esta modificación del artículo 10 en diversos aspectos. Para GALLEGO BRIZUELA⁷⁸⁸, este precepto se ha redactado de espaldas a la junta de propietarios como institución central de la comunidad, al tiempo que hace notar que las situaciones que se contemplan en esta norma pueden hacer indispensable la emisión de informes periciales, la elección entre las diversas alternativas existentes para la ejecución de las obras o la aprobación de presupuestos, por lo que entiende se debiera haber arbitrado un trámite para habilitar un rápido pronunciamiento de la junta sobre estos

⁷⁸⁵JUR 2013\266684.

⁷⁸⁶JUR 2013\256079.

⁷⁸⁷BOE núm. 153, de 27 de junio de 2013.

⁷⁸⁸GALLEGO BRIZUELA, C, *op. cit.*, pp. 920 y 921

extremos. LOSCERTASLES FUERTES⁷⁸⁹ considera que, al final, de uno u otro modo, será preciso que la junta se pronuncie mediante el correspondiente acuerdo. En sentido similar, ESTRUCH ESTRUCH y VERDERA SERVER⁷⁹⁰, ponen de relieve que, la innecesariedad de acuerdo previo por parte de la junta, no impide que dicho acuerdo pueda existir “*con la finalidad de remover futuros inconvenientes*”; y cuestionan que, aun habiéndose admitido la obligatoriedad de tales actuaciones, la junta de propietarios no deba pronunciarse acerca de determinados extremos como la aprobación de presupuestos, por lo que entienden que “*los acuerdos posteriores de la junta de propietarios serán indispensables en la mayoría de los supuestos*”. ECHEVERRÍA SUMMERS⁷⁹¹, considera que siempre será necesaria la existencia de un acuerdo, si bien el mismo no versará sobre si se ejecuta o no la obra, sino sobre determinados aspectos de dicha ejecución como la distribución de los costes. Se trata en cualquier caso de una cuestión que suscita grandes dudas, por lo que es aconsejable que, siendo posible, se adopten siempre los acuerdos que amparen todas las actuaciones que emprenda la comunidad.

iv) La subsanación de la falta de acuerdo de la junta de propietarios

En estos casos en los que se omite el acuerdo de la junta, será oponible la excepción del artículo 416.1.1.º LEC, “*sobre falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases*”. Esta excepción se regula en el artículo 418 LEC y, como pone de relieve RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI⁷⁹², es la tradicionalmente denominada falta de legitimación activa o pasiva *ad procesum*, frente a la excepción de falta de legitimación activa *ad causam*, que es estrictamente falta de legitimación en el sentido que dispone el artículo 10 LEC⁷⁹³, de parte procesal legítima en cuanto que titular de la relación jurídica objeto del litigio. Este artículo 418 faculta al juez para que, en el acto de la audiencia previa y con suspensión de la misma, conceda un plazo de hasta diez días para subsanar este tipo de defectos, si no fuera posible subsanarlos en ese momento. De este modo, entendemos posible⁷⁹⁴ la subsanación mediante acuerdo de la junta *ex post*, que autorice el ejercicio de acciones judiciales por el presidente, con base en los principios de economía procesal y *pro actione* y con fundamento en el artículo 231 LEC⁷⁹⁵. En este sentido se pronuncian la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de abril de 2002⁷⁹⁶, o las SSAP de Murcia de 4 de marzo de 2014⁷⁹⁷ o de Madrid de 29 de noviembre de 2017⁷⁹⁸.

d) Alcance subjetivo: determinación de los demandados

⁷⁸⁹Cfr. LOSCERTARLES FUERTES, D., *Propiedad Horizontal...*, op. cit., p. 195.

⁷⁹⁰ESTRUCH ESTRUCH, J. y VERDERA SERVER, R., *Acuerdos y actuaciones en propiedad horizontal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 62 y 63.

⁷⁹¹ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M., “Comentario al artículo 10”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 362.

⁷⁹²Vid. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Comentario al artículo 418”, en *Enjuiciamiento Civil, Comentarios y Jurisprudencia, Ley 1/2000 de 7 de enero*, Tomo II, coordinado por J.A. Xiol Ríos, Sepin, Las Rozas (Madrid) 2.008, pp. 2.589 a 2.591.

⁷⁹³Vid. STS 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8136)

⁷⁹⁴GALLEGO BRIZUELA, C, op. cit., p. 1030

⁷⁹⁵Loc. cit.

⁷⁹⁶RJ 2002\3853.

⁷⁹⁷JUR 2014\91925.

⁷⁹⁸JUR 2018\40242.

En principio, la reclamación de la comunidad se dirigirá contra los agentes de la edificación que sean responsables de los vicios constructivos existentes. No obstante, en ocasiones esta cuestión puede suscitar problemas si la demanda se dirige contra agentes no mencionados en el acuerdo de la junta. La STS de 20 de octubre de 2004⁷⁹⁹, pone de relieve que, en el ejercicio de su facultad de representación, el presidente debe ejecutar la voluntad de la junta sin que pueda suplirla, corregirla o anularla, de modo que si la comunidad sólo acuerda el ejercicio de acciones contra la promotora, y el presidente demanda también al arquitecto, éste ostentará legitimación activa, pero estará actuando en base a un poder insuficiente, requisito subsanable pero que, como en el caso que aborda esta sentencia no se subsanó, determinó la estimación del recurso y la desestimación de la demanda. La SAP de la Coruña de 31 de mayo de 2012⁸⁰⁰, parece remitir el problema de la extralimitación del presidente respecto de lo acordado por la junta, a una cuestión *ad intra* entre ambos órganos, siendo los copropietarios los que, en su caso, podrán exigir responsabilidad al presidente, sin que el demandado pueda invocar este extremo, si bien la propia sentencia alude a los amplios términos y facultades que se conceden al presidente en el acuerdo que aborda. En este sentido, la STS 24 de junio de 2016⁸⁰¹, aunque no se refiere a un supuesto de vicios constructivos y no aborda la complejidad de la legitimación pasiva de este tipo de procesos, podría avalar una relajación formal del contenido del acuerdo también en lo relativo a la determinación de los demandados contra los que la comunidad dirija sus acciones.

e) Alcance objetivo: elementos comunes y privativos

Aunque en principio la legitimación del presidente debiera circunscribirse a los elementos comunes, en cuanto que los asuntos que afectan a la comunidad se concretan a tales elementos, la jurisprudencia admite su legitimación para reclamar también por los defectos constructivos que existan en los de carácter privativo. Esta legitimación se reconoce tanto en los supuestos en los que los vicios constructivos existentes en los elementos comunes y en los privativos son inescindibles, como también en aquellos en los que los citados defectos son diferenciables⁸⁰². Esta doctrina se recoge en numerosas resoluciones, como las SSTS de 23 de abril⁸⁰³ y 24

⁷⁹⁹RJ 2004\6698.

⁸⁰⁰JUR 2012\243259.

⁸⁰¹RJ 2016\2869. Esta resolución indica que, con el acuerdo que faculta al presidente para que “*tome las acciones legales pertinentes para que se restituyan las terrazas de la fachada que dan al puerto y a la zona de jardín, a su estado original*”, ha de entenderse suficientemente cumplido el requisito de la autorización expresa al presidente de la comunidad para demandar al hoy recurrente, ya “*que lo contrario supondría exigir adiciones superfluas o fórmulas sacramentales que no aportarían nada esencial a la expresión de la voluntad de la junta*”.

⁸⁰²Vid. SALAS CARCELLER, A., “Reclamación por defectos constructivos formulada por la comunidad de propietarios con inclusión de los que afectan a propietarios individuales. (Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 278/2013, de 23 abril)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2013, pp. 1 a 5, sobre la legitimación de la comunidad de propietarios para reclamar por defectos privativos de los edificios, en el que este autor subraya como la cosa juzgada afectará a los propietarios por los que la comunidad reclame.

⁸⁰³RJ 2013\3496.

de octubre⁸⁰⁴ de 2013, o 16 de junio de 2017⁸⁰⁵, entre otras muchas⁸⁰⁶. La STS de 22 de diciembre de 2009⁸⁰⁷, justifica la legitimación para reclamar por los defectos existentes en los elementos privativos, indicando que “*no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical privada o común, pues tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de la comunidad*”. De este modo, se reconoce la legitimación del presidente para reclamar por los defectos que afecten a los elementos privativos, salvo que medie oposición de los propietarios afectados⁸⁰⁸. Algunas sentencias, como la STS de 9 de marzo de 1988⁸⁰⁹, establecen tal legitimación sin aludir a que exista una inescindibilidad entre los daños en los elementos comunes y los privativos. En la doctrina, GONZÁLEZ CARRASCO⁸¹⁰ o ESTRUCH ESTRUCH⁸¹¹, critican esta postura jurisprudencial, en cuanto entienden que “*el Tribunal Supremo, sin ningún apoyo legal, presume, salvo prueba en contrario, una autorización de los propietarios de los elementos privativos dañados al presidente para la interposición en su nombre de las acciones que puedan proceder*”. Para este último autor, la representación orgánica que ostenta el presidente en los asuntos que afecten a la comunidad, no le faculta para defender “*intereses privativos de los propietarios o intereses vinculados exclusivamente a los elementos privativos del edificio*”. Lo anterior salvo que, de modo expreso o, al menos, tácito, el propietario afectado autorice al presidente, matizando que esta autorización expresa o tácita es distinta de la presunta que presupone la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada, y exigiría un plus más allá de la ausencia de oposición expresa o formal⁸¹².

f) La legitimación residual del copropietario

La jurisprudencia también reconoce la legitimación activa del comunero o copropietario, para reclamar la reparación de los defectos que afecten a los elementos comunes. En este sentido se pronuncia una abundante línea jurisprudencial, entre las que cabe citar las SSTS de 7 de octubre de 1999⁸¹³ o 6 de abril de 2006⁸¹⁴. Sin embargo, esta línea jurisprudencial clásica se opone a la que se mantiene por las SSTS de 14 de mayo de 2007⁸¹⁵ y 30 de diciembre de 2009⁸¹⁶, que fundamentan el

⁸⁰⁴RJ 2013\7859.

⁸⁰⁵RJ 383\2017. Cumple destacar que en esta sentencia “*en las actas se había facultado al presidente en dos ocasiones para ejercer las acciones que procediesen «según ley» respecto a los elementos privativos*”.

⁸⁰⁶SSTS de 16 de marzo de 2011 (RJ 2011\4251), 22 de diciembre de 2009 (RJ 2010\300), 30 abril de 2008 (RJ 2008\2690), 17 julio de 2006 (RJ 2006\4961), 8 julio de 2003 (RJ 2003\4612), entre otras.

⁸⁰⁷RJ 2010\300.

⁸⁰⁸Así, en la misma línea que la anteriores, SSTS de 3 de marzo de 1995 (RJ 1995\1777) o 10 de mayo de 1995 (RJ 1995\4226), que remarcan que así se evitan procesos con innumerables personas.

⁸⁰⁹RJ 1988\1609

⁸¹⁰Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario al artículo 13”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal...*, op. cit., p. 466.

⁸¹¹Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 660 a 671.

⁸¹²Loc. cit.

⁸¹³RJ 1999\7316.

⁸¹⁴RJ 2006\5321.

⁸¹⁵RJ 2007\3110.

⁸¹⁶RJ 2010\407. Indica esta resolución que “*hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, no existía duda respecto a la posibilidad de que cualquier comunero pudiera defender los intereses generales, lo que ha constituido el criterio uniforme de la doctrina jurisprudencial, y se señala como muestra la STS de 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8115), que también puede extenderse a las urbanizaciones, un bloque contra otro, conforme a la STS de 29 de noviembre de 1999 (RJ 1999,*

cambio de criterio respecto a línea anterior en el artículo 7.6 de la vigente LEC, en cuanto que el mismo sólo faculta para comparecer en juicio a quien la ley atribuya representación al efecto, lo que, conforme al artículo 13 LPH, llevaría a admitir exclusivamente la representación del presidente⁸¹⁷. No obstante, la STS de 30 de octubre de 2014⁸¹⁸ admite la legitimación del comunero, siempre que actúe en beneficio de la comunidad, aun sin ser necesario que esta manifestación conste de modo expreso, si no existe oposición de la comunidad.

Sobre este particular, la ilustrativa SAP de Badajoz de 12 de diciembre de 2012⁸¹⁹ establece las siguientes pautas⁸²⁰:

- Existiendo acuerdo de la junta contrario al ejercicio de acciones judiciales, el comunero no podrá entablarlas para reclamar por vicios constructivos que afecten a los elementos comunes, de modo que el mismo sólo podrá impugnar el acuerdo de la comunidad contrario a su ejercicio.

- Si no existe acuerdo de la junta, el comunero podrá accionar si no existe oposición expresa o tácita de la comunidad⁸²¹, y se dan determinados requisitos, como la adopción de un acuerdo por dicho órgano que reconozca los defectos constructivos y la intención de ejercitar acciones judiciales, sin que se proceda a su efectivo ejercicio, y siempre que haga constar de forma expresa que actúa en beneficio de la comunidad.

En cualquier caso, esta legitimación del comunero no puede comprender la defensa de intereses particulares de otro propietario sin la autorización adecuada⁸²². También será posible que el comunero reclame a la comunidad la reparación de los vicios constructivos, con base en los artículos 10.1 y 17.3 LPH, en cuanto que la misma está obligada a efectuar las obras que, aun implicando innovación de los elementos constructivos originales, vayan destinadas a la conservación y reparación del inmueble para garantizar su uso, estabilidad y seguridad, pues lo contrario dejaría sin contenido obligaciones fundamentales del régimen de propiedad horizontal⁸²³.

B) La legitimación activa en la responsabilidad contractual

De forma paralela a la legitimación que los propietarios ostentan para el ejercicio de las acciones ex LOE, los mismos pueden ejercitar igualmente las acciones derivadas de los vínculos contractuales que les relacionen con los distintos agentes de la edificación. Por lo común, salvo que el propietario sea promotor o, en su caso, autopromotor, sólo estará contractualmente ligado al agente constructivo que le transmitió el inmueble, a quien podrá demandar en base a las acciones generales

9139). *En la actualidad, está en vigor el artículo 7.6 de la citada Ley Procesal, que sólo permite comparecer en juicio a quién la Ley conceda representación, por lo que la aplicación literal de la norma nos llevaría exclusivamente a admitir la representación legal del Presidente, o, en su caso, del Vicepresidente que le sustituye*".

⁸¹⁷Cfr. STS de 28 de junio de 2011 (RJ 2011\4644), que parece admitir de nuevo la legitimación del comunero.

⁸¹⁸RJ 2018\5430.

⁸¹⁹JUR 2013\29714.

⁸²⁰Vid. GALLEGO BRIZUELA, C., *op. cit.*, pp.1031 y 1032

⁸²¹Vid. SAP de Madrid de 19 de abril de 2018 (JUR 2018\191729), que niega la legitimación del comunero porque no contaba con la anuencia de la comunidad y porque se votó en contra de adherirse a su demanda.

⁸²²ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 671

⁸²³SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., "Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 200.

sobre incumplimiento contractual ex artículos 1.101 o 1.124 CC, sin perjuicio de las demás acciones que puedan proceder⁸²⁴.

1. Alcance subjetivo

Estas acciones, como hemos indicado, tienen una legitimación pasiva más reducida que las acciones de la LOE, puesto que exigen la preexistencia de un vínculo contractual, pero, por el contrario, tienen un ámbito objetivo superior, por cuanto que, en base a las mismas, no sólo se podrán reclamar los daños materiales causados en el edificio, sino los demás que se hayan irrogado a los propietarios, como daños personales, daños morales, daños indirectos, en bienes muebles o lucro cesante, entre otros. Para el ejercicio de estas acciones contractuales en situaciones de copropiedad o de propiedad horizontal, es extrapolable lo anteriormente indicado para estos supuestos, con las matizaciones que realizamos a continuación.

2. La legitimación del presidente en la propiedad horizontal

La jurisprudencia ha admitido la legitimación del presidente de la comunidad de propietarios, no sólo para el ejercicio de las acciones del artículo 1.591 CC y, actualmente, las de la LOE, sino también para el ejercicio de acciones contractuales⁸²⁵. Así, en este sentido, la STS de 10 de mayo 1995⁸²⁶, que admite la legitimación del presidente para el ejercicio de acciones contractuales por defectos constructivos no determinantes de ruina, que afectan tanto a elementos comunes como privativos, sobre la base de la legitimación que ostenta el subaquirente para dirigirse contra el promotor, como excepción al principio de relatividad de los contratos; o la más reciente de STS de 7 octubre 2015⁸²⁷, que hace referencia a un procedimiento en el que se presentó demanda por la comunidad de propietarios contra la promotora, en ejercicio de una acción derivada de incumplimiento contractual, en el que se entiende facultado al presidente para el ejercicio de acciones contractuales, manifestando que “(...) *no existe óbice para que el presidente, conforme establece el art. 13 de la LPH represente a la comunidad, incluso en el ejercicio de la acciones relativas al cumplimiento del contrato dado que se sustentan en la existencia de menoscabos en el objeto entregado, que en este caso se refieren a la fachada del edificio y como tal, elemento común*”. En el mismo sentido se pronuncian la SSTS de 23 de abril de 2013⁸²⁸ y de 16 de junio de 2017⁸²⁹. Esta última admite que el presidente pueda ejercitar acciones contractuales, tanto respecto de vicios existentes en elementos comunes como privativos. Se trata de una jurisprudencia que aplica de forma extensiva y generosa los poderes de representación orgánica del presidente, en base a una autorización implícita que puede plantear dudas cuando los acuerdos no se adopten por unanimidad, en orden a identificar cuáles son las acciones contractuales que se ejercitan y en nombre de quien⁸³⁰. Además, según abordamos a

⁸²⁴ Vid. *infra*, Capítulo Sexto § III.

⁸²⁵ También para la reclamación de daños morales mediante el ejercicio de acciones contractuales. Vid. STS de 13 de abril de 2012 (RJ 2012\5902).

⁸²⁶ RJ 1995\4226.

⁸²⁷ RJ 2015\4744.

⁸²⁸ RJ 2013\3496.

⁸²⁹ RJ 383\2017. Cumple destacar que en esta sentencia “*en las actas se había facultado al presidente en dos ocasiones para ejercer las acciones que procediesen «según ley» respecto a los elementos privativos*”

⁸³⁰ GONZÁLEZ CARRASCO., M^a.C., “Comentario al artículo 13...”, *op. cit.*, pp. 458 a 460.

continuación, en la práctica no se exige al presidente acreditar el vínculo contractual que fundamenta el ejercicio de las acciones de esta índole.

3. La legitimación del subadquirente

En línea de principio, entendemos que cuando se ejerciten acciones contractuales, resulta necesario que exista y se acredite el vínculo contractual del que deriva la legitimación para su ejercicio, adjuntando a la demanda los documentos correspondientes. Esta afirmación, que parece evidente, no lo es tanto cuando se ejercitan acciones contractuales por las comunidades de propietarios, supuestos en los que, por lo común, a la demanda no se acompaña ningún contrato o escritura de compraventa que demuestre la existencia de una relación convencional entre los propietarios integrados en la comunidad y el promotor, sin que, sorprendentemente, casi nadie ponga excesivas objeciones a esta práctica⁸³¹. Así, parece como si las comunidades de propietarios tuvieran patente de corso en este aspecto, de modo que la legitimación “*ad procesum*” del presidente, solapara la indispensable legitimación “*ad causam*” de carácter contractual, que cada propietario debe ostentar para que aquél ejercite acciones de este tipo en su nombre. Así, en el supuesto de una comunidad que esté integrada únicamente por subadquirentes, por haberse revendido todos sus viviendas o locales, resultaría que ninguno de los propietarios estaría ya ligado al promotor por un vínculo contractual. En este escenario, resulta necesario plantear algunas cuestiones.

a) El ejercicio de acciones contra el promotor

Cabe preguntarse si es posible el ejercicio de acciones contractuales por el subadquirente —“sucesivo adquirente” en la terminología del artículo 17.1 LOE— o si, por el contrario, no sería posible su ejercicio ante la inexistencia de un contrato que lo ligue al promotor.

i) Posición contraria a su admisión

En contra de esta posibilidad se pronuncian algunas sentencias. Así SAP de Madrid de 17 de febrero de 2014⁸³², que niega a la comunidad legitimación para demandar a la constructora, pese a que se constituyó por los socios de la cooperativa promotora; o la SAP de Madrid de 23 de mayo de 2016⁸³³, que niega a la comunidad de propietarios la posibilidad demandar al promotor, porque el edificio se adquirió de una tercera sociedad; o la SAP de Madrid de 12 de julio de 2016⁸³⁴, en la que se aduce que el comprador pactó con el vendedor un precio menor en atención al estado de la vivienda⁸³⁵, y que éste no le cedió las acciones. Las tres sentencias anteriores aplican de forma inflexible el principio de relatividad de los contratos en este ámbito, tras la entrada en vigor de la LOE. En este sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO⁸³⁶ y ESTRUCH

⁸³¹La SAP de Alicante de 23 de noviembre de 2015 (JUR 2016\133114), aborda esta cuestión y concluye que los contratos estaban en poder de la promotora, y era ésta quien podía haberlos aportado. No obstante, no se plantea la cuestión de si hay pisos que se hayan transmitido a terceros y propietarios que no mantenían ninguna relación contractual con el promotor.

⁸³²JUR 2014\81987.

⁸³³JUR 2016\255523.

⁸³⁴JUR 2016\199893.

⁸³⁵En los casos en los que el comprador abona un precio inferior por la existencia de los defectos constructivos, parece lógico que la acción frente al promotor la conserve el vendedor.

⁸³⁶Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 255,

ESTRUCH⁸³⁷, afirman que, tras la LOE, no procede extender la responsabilidad contractual a personas no vinculadas contractualmente con el perjudicado, pues la norma citada ya atribuye legitimación a los propietarios para dirigirse frente a agentes de la edificación con quienes no han contratado. Es decir, ya no resulta justificada ninguna excepción al principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC, como las que la jurisprudencia estableció al interpretar el artículo 1.591 CC⁸³⁸.

ii) Posición favorable a su admisión

No obstante, entendemos que las anteriores manifestaciones de estos reconocidos autores, se refieren más bien a negar al propietario el ejercicio de acciones contractuales contra agentes distintos del promotor, y que no tratan expresamente la situación en la que se encuentran los subadquirentes, de cara a accionar frente a dicho promotor. En este supuesto, no se trata de conceder al subadquirente acciones contra terceros con los que ni siquiera había contratado su transmitente, como sucedía en la aplicación jurisprudencial del artículo 1.591 CC, sino de atribuirles acciones contra una persona, el promotor, contra el que sí había contratado su causante. Por nuestra parte, compartiendo la opinión de tales autores respecto la imposibilidad, o, más bien, la inconveniencia de quebrar el principio de relatividad de los contratos, para dirigir acciones contra agentes de la edificación con quienes ni siquiera contrató el primer adquirente, entendemos, como excepción que confirma la regla general, que los sucesivos adquirentes sí estarían legitimados para dirigirse contra el promotor, ejercitando acciones contractuales por defectos constructivos, tal y como admite la jurisprudencia en diversas resoluciones —SSAP de Las Palmas de 3 de febrero de 2016⁸³⁹; de Cantabria de 1 de febrero de 2018⁸⁴⁰; o de Madrid de 26 de febrero de 2018⁸⁴¹—. A tal efecto, basta con rescatar la doctrina jurisprudencial sobre la transmisión tácita de acciones entre cedente y cesionario del edificio⁸⁴², aunque adaptada a la entrada en vigor de la LOE, y, en consecuencia, acotando la cesión respecto de la contraparte contractual del causahabiente, y no frente a todos los agentes constructivos. No en vano, como puso de relieve MANRESA⁸⁴³, aunque el artículo 1.257 CC no se ocupa de los causahabientes a título

⁸³⁷ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades*, op. cit., p. 965

⁸³⁸Como señala HIDALGO GARCÍA, S., *El contrato...*, op. cit., p. 177, no cabe dudar de la aplicabilidad del artículo 1.257 CC en la actualidad, como ponen de relieve multitud de sentencias del Tribunal Supremo que establece la falta de legitimación con base en el principio *res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest*.

⁸³⁹JUR\2016\90631. Esta sentencia admite esta legitimación con total rotundidad, si bien va más allá y sostiene la compatibilidad de la LOE con el artículo 1.591 CC.

⁸⁴⁰AC 2018\230. Esta resolución admite con claridad que el subadquirente ejercite acciones contra la estructura y técnicos con los que su causante contrató la ejecución de la vivienda.

⁸⁴¹AC 2018\600. En este caso, la sentencia de primera instancia estima la demanda de la comunidad, pese a que por la promotora se alegó que parte de las viviendas habían sido vendidas por otras mercantiles, si bien este asunto ni siquiera se plantea ya en la apelación.

⁸⁴²Así lo establece la STS de 21 marzo 1988 (RJ 1988\2222) cuando precisa que “*si bien es cierto que esta Sala, prescindiendo de excesivos rigores dogmáticos, entiende que quien adquiere la finca percibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y las puede ejercitar contra el constructor, equiparando en otras ocasiones al promotor-vendedor con el contratista a efectos de la responsabilidad decenal*”.

⁸⁴³Vid. MANRESA Y NAVARRO, J.M., “Comentario el artículo 1.257 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, Volumen II, 2ª ed., Revisada por M. Moreno Mocholí, Reus, Madrid, 1967 pp. 427 y 428 pp. Este mismo autor en la edición de 1929, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, 4ª ed. Reus, Madrid, 1929, p. 560, añade respecto a la otra cara de la moneda, es decir, las obligaciones que se transmiten al causahabiente, “*que entre los actos ejecutados por los primeros*

particular⁸⁴⁴ —v. gr. el subadquirente respecto de su vendedor—, el Tribunal Supremo admitió que las consecuencias del contrato afectan a los sucesores a título singular. Así, cita este autor la STS de 18 de abril de 1921, según la cual, aunque el “*artículo 1.257 CC no menciona a los causahabientes, no obsta para que, como sucesores a título singular de sus causantes, ostenten el mismo carácter que éstos y ejerciten los derechos y acciones que a los mismos competen respecto a los actos y contratos celebrados*”. GONZÁLEZ PACANOWSKA⁸⁴⁵ distingue a estos efectos entre el cesionario del contrato y el causahabiente a título particular. Así, el primero ocupa la posición de parte en el contrato cedido y puede ejercitar plenamente todas sus acciones y derechos; por el contrario, el segundo sólo puede ejercitar algunas facultades que se entienden transmitidas con el contrato, como ha ocurrido en el ámbito del artículo 1.591 CC⁸⁴⁶. Entendemos que lo anterior comporta innegables ventajas, en orden a no privar a los propietarios de las acciones contractuales frente al promotor que, como hemos estudiado⁸⁴⁷, pueden ser de gran utilidad dadas las limitaciones de la LOE. En otro caso, es decir, si en estos supuestos estas acciones quedaran limitadas al primer adquirente, se perderían gran parte de las ventajas que a los perjudicados brinda la admisión de la compatibilidad entre el régimen de la LOE y la responsabilidad contractual. Además, así se relevaría *de iure* la necesidad de prueba del vínculo contractual de cada propietario, cuando se ejerciten acciones de esta índole por el presidente de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Con la admisión de la legitimación del subadquirente, se evitaría el caos que se generaría si, en un edificio con múltiples propietarios, se interpone demanda por el presidente de la comunidad en ejercicio de acciones contractuales, y sólo algunos de ellos fueron los que compraron directamente al promotor demandado⁸⁴⁸. Llegado el caso, ¿qué sucedería?, ¿que sólo podría actuar el presidente por los comuneros que contrataron con el promotor, es decir, que sólo se podría conseguir la reparación de la parte proporcional del edificio que les corresponde? Por último, enlazando con la cuestión que abordamos a continuación, otro argumento favorable a admitir la legitimación del adquirente sucesivo, sería la línea doctrinal que sostiene la imposibilidad, al menos inicial, de que este demande al vendedor no profesional por

contratantes, hay algunos que son la base de la que arranca sus derechos el causahabiente, y, por tanto, le obligan, mientras que con relación a otros que le son extraños, y aun pueden perseguir como fin su perjuicio, se encuentra en las condiciones de un tercero”.

⁸⁴⁴Esta expresión de “causahabientes a título particular” se utiliza en este caso por los autores como sinónimo de adquirente por acto *inter vivos*. Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “Comentario al artículo 1.257 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. XVII, Vol. 1º A, Edersa, Madrid, 1993, p. 349.

⁸⁴⁵Cfr. *ibidem*, pp. 346 a 351, que subraya, no obstante, que la jurisprudencia ha acudido en ocasiones a la existencia de una responsabilidad legal, para justificar el ejercicio de las acciones del artículo 1591 CC por el causahabiente a título particular.

⁸⁴⁶Estas acciones contractuales por incumplimiento de contrato se transmiten al segundo comprador, que no es tercero civil sujeto al artículo 1.257, por lo que está activamente legitimado para reclamar al promotor según el contrato de compraventa, como es que se instale el ascensor a las plazas de garaje. Vid. SSTS de 28 de noviembre de 2003 (RJ 2003\8361), 30 de junio de 1997 (RJ 1997\5406), 2 de noviembre (RJ 1981\4412) o 20 de febrero de 1981 (RJ 1981\1007).

⁸⁴⁷Vid. Capítulo Tercero, *supra*, § III.

⁸⁴⁸En este escenario, se plantearía la cuestión de si para exigir responsabilidad contractual por vicios constructivos en los elementos comunes, es preciso que todos los propietarios del edificio mantengan vínculos contractuales con el promotor, o basta con que los tengan sólo algunos de ellos, o la mayoría.

vicios constructivos, en cuanto debe dirigir en primer lugar su demanda contra los agentes de la edificación que los ocasionaron.

b) El ejercicio de acciones contra el vendedor no profesional

También es preciso analizar si el subadquirente ostenta legitimación para reclamar por vicios constructivos contra su transmitente, generalmente por razón del contrato de compraventa, cuando éste no tiene la condición de agente de la edificación. Esta respuesta estará en íntima conexión con la cuestión analizada en el epígrafe anterior, pues si no se le reconoce legitimación para reclamar contractualmente contra el promotor, resulta lógico que pueda hacerlo contra su vendedor. Sin embargo, si se reconoce al subadquirente aquella legitimación, parece razonable que no pueda reclamar contra su vendedor. En estos supuestos entendemos que podría demandarlo sólo si éste conocía, o debía conocer, la existencia de tales defectos y lo ocultó, o si éstos se han originado por el incumplimiento de sus obligaciones de conservación y mantenimiento del inmueble⁸⁴⁹, de modo que, en otro caso, sólo podrá dirigirse contra los agentes constructivos con los que contrató su vendedor, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de la LOE y de la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias, si su plazo de caducidad lo permite. En este sentido, la doctrina no admite de forma incondicional el ejercicio de acciones contractuales contra el vendedor no profesional. Así, MORENO-TORRES HERRERA y RUIZ-RICO RUIZ⁸⁵⁰, sostienen que, en el contrato de compraventa, el comprador sólo dispone de las acciones edilicias y de las acciones del artículo 17 LOE, pero no de las acciones generales de incumplimiento contractual, salvo en los casos en los que el vendedor sea un profesional, en los que éste sí incurre en un incumplimiento contractual. Frente al vendedor no profesional el comprador sólo podrá ejercer las acciones edilicias, pues no tiene sentido exigirle responsabilidad por un incumplimiento que le es ajeno, derivado de la actuación de los agentes de la edificación⁸⁵¹. En sentido similar se pronuncia ORTI VALLEJO⁸⁵². También establecen las mismas conclusiones MORENO-TORRES HERRERA⁸⁵³, MILÁ RAFEL⁸⁵⁴ y MARTÍNEZ ESCRIBANO⁸⁵⁵, en relación a la responsabilidad del autopromotor⁸⁵⁶, que

⁸⁴⁹ *Vid. infra* § II.C).

⁸⁵⁰ MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., "Panorama...", *op. cit.*, pp. 341 y 342.

⁸⁵¹ *Cfr. ibidem*, pp. 319 a 321.

⁸⁵² ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 805 a 808.

⁸⁵³ En este sentido *vid.* MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., "Los defectos...", *op. cit.*, pp. 516 y 517, que indica que el promotor no profesional no responde de la calidad de las edificaciones. Puede responder de los hechos propios, pero no responde "*en todo caso*" de los actos de los demás agentes de la edificación, puesto que esta posición de garante sólo puede atribuirse al promotor profesional y no a quien ocasionalmente edifica para satisfacer una necesidad propia, que sólo responderá por vicios ocultos ex artículo 1.484 CC. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 111 y 112, entiende que la jurisprudencia debe establecer una interpretación correctora para moderar esta responsabilidad del autopromotor, y que deberían ser admisibles pactos de moderación de su responsabilidad, ya que en estos supuestos existe una igualdad de entre las partes que no justifica restringir el principio de autonomía de la voluntad.

⁸⁵⁴ *Vid.* MILÁ RAFEL, R., "Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios o defectos constructivos en la Ley de Ordenación de la Edificación", *Revista de Urbanismo y Edificación*, enero 2014, pp. 1 a 42, que advierte de que la garantía adicional que brinda la responsabilidad del promotor "en todo caso", sólo está justificada respecto del promotor profesional, pero no cuando aquél es un autopromotor que ha promovido la edificación para uso propio, aunque se trate de una autopromoción colectiva.

⁸⁵⁵ *Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 104 a 111.

⁸⁵⁶ *Vid. infra*, § III.B).3.

se asimila a estos efectos al vendedor no profesional, si bien la exoneración de responsabilidad de este último tiene mayor fundamento, pues ni siquiera ha promovido la construcción del edificio.

C) La cuestión de la legitimación pasiva de los propietarios y usuarios

1. Falta de legitimación pasiva en el régimen de la LOE

Aunque el artículo 16 LOE aborde la figura de los propietarios y usuarios junto a los demás agentes constructivos, dicho término no parece muy adecuado a la realidad de las cosas, en cuanto que son los destinatarios del edificio, pero no intervienen en el proceso edificatorio⁸⁵⁷. En consecuencia, las obligaciones de conservación y mantenimiento⁸⁵⁸ que, tanto el citado precepto como el artículo 8.2 CTE imponen a los titulares del inmueble, podrán dar lugar a una moderación o, en su caso, exoneración de la responsabilidad de los agentes de la edificación, pero, en principio, no habilitarán para interponer una demanda contra aquellos por defectos constructivos, por lo que no cabe hablar de legitimación pasiva de los propietarios con base en la LOE⁸⁵⁹. Por su parte, el artículo 16.2 LOE establece como obligación de los usuarios, sean o no propietarios, la de utilizar adecuadamente el edificio conforme a las instrucciones de uso y mantenimiento contenidas en la documentación de la obra ejecutada, pero la conclusión es la misma antes expresada. Las consecuencias de la falta de conservación y mantenimiento del edificio han sido reconocidas por la jurisprudencia, que, en resoluciones como la STS de 8 de Julio de 1.993⁸⁶⁰, viene estableciendo que cuando las denuncias de ruina de la comunidad se deben al incumplimiento de sus propios deberes de conservación, ello “*debe conllevar la*

⁸⁵⁷ Vid. en el mismo sentido DE LA ROCHA GARCÍA, E. y del ARCO TORRES M.A., *Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre*, 2ª ed., Comares, Granada, 2007, p. 105.

⁸⁵⁸ El deber de conservación es un deber de derecho privado y de derecho público, que deriva de numerosos preceptos, entre los que cabe citar, además del artículo 16 LOE y 8.2 CTE, los artículos 389, 391, 1.902, 1907, 1.908 y 1909 CC; artículos 9 b) y 10.1 LPH; y artículos 21 y 28 LAU, entre otros. En el ámbito del derecho público este deber viene establecido, fundamentalmente, por la legislación urbanística. Sobre el deber de conservación y mantenimiento *vid.* DÍAZ BARCO, F. y CELADA ABAD, C., *Régimen Jurídico de la Inspección Técnica de Edificios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 20 a 26. En Andalucía, la Orden de 30 de noviembre de 2009, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio (BOJA núm. 7, de 13 de enero de 2010), aprueba el Manual General para el uso, mantenimiento y conservación de los edificios destinados a viviendas, y establece criterios sobre los plazos y tipos de actuaciones necesarias para el mantenimiento y la conservación de determinados elementos constructivos.

⁸⁵⁹ Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y, GARCÍA ALGUACIL, Mª.J., “Los criterios de imputación de los distintos agentes de la edificación: la delimitación de su ámbito de responsabilidad”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y Mª.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 178 a 180.

⁸⁶⁰ RJ 1993\6327. En la práctica sólo en casos muy groseros se reconoce la responsabilidad por las obligaciones de conservación y mantenimiento. Vid. SAP de Vizcaya de 5 de octubre de 2015 (JUR 2015\304088) que absuelve al constructor por unas manchas y humedades en la fachada al imputarlas a falta de mantenimiento; en sentido similar vid. SAP de Vizcaya de 20 de octubre de 2016 (JUR 2016\273868) que absuelve al promotor por daños derivados de falta de mantenimiento. También, vid. SAP de Murcia de 28 de noviembre de 2017 (JUR 2018\29390), sobre incumplimiento de la obligación de mantenimiento durante diez años en relación a unas filtraciones en sótanos, que determina una moderación de la responsabilidad en un 50%; o SAP de Guipúzcoa de 10 de noviembre de 2017 (JUR 2018\25445).

desestimación de sus pretensiones, o, al menos, la apreciación de una compensación de culpas”.

2. La legitimación pasiva en la responsabilidad contractual y aquiliana

Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad contractual o en el de la extracontractual, si se incurre en un incumplimiento relevante de las obligaciones de conservación y mantenimiento, es posible, que, con base en el contrato por el que se proceda a la cesión del inmueble, o, conforme a los artículos 1.907 a 1.909 CC⁸⁶¹, respectivamente, el propietario o el usuario en caso de utilización inadecuada, puedan responder por la existencia de defectos constructivos. Lo anterior resulta indudable en el marco de la responsabilidad aquiliana si se producen daños a terceros, pero también en el escenario contractual, en el que el vendedor no profesional⁸⁶² debe responder si la existencia de los defectos constructivos no aparentes es imputable al incumplimiento de sus obligaciones de conservación y mantenimiento, y tal circunstancia no se tuvo en cuenta al fijar el precio de la transmisión.

III. LA LEGITIMACIÓN DEL PROMOTOR

A) El promotor: concepto y notas características

1. En el régimen del artículo 1.591 CC

En la jurisprudencia previa a la LOE, el promotor se caracterizaba por dos notas principales, determinadas por la asunción del control sobre el proceso constructivo y el ánimo de lucro o la intención de obtener un beneficio económico, mediante la transmisión de los inmuebles resultantes⁸⁶³. Así, la STS de 28 enero de 1.994⁸⁶⁴, entre otras muchas⁸⁶⁵, justifica la inclusión del promotor en el ámbito del artículo 1.591⁸⁶⁶, en base a: (i) la realización de la obra en su beneficio o ánimo de lucro; (ii) la finalidad de enajenar los inmuebles resultantes; (iii) la responsabilidad frente a los compradores derivada de los contratos de compraventa; (iv) la comercialización del edificio con la consiguiente confianza que los adquirentes depositan en su prestigio comercial; y (v) la contratación del contratista y de los técnicos. Lo anterior conduce a la insoslayable inclusión del promotor en el ámbito del artículo 1.591 CC, para no “*desamparar a los adquirentes de los pisos frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción*”⁸⁶⁷. De este modo, pese a que el promotor no estaba inicialmente incluido en el ámbito de este precepto, la jurisprudencia estimó que debía estarlo, tanto si se trataba del promotor-constructor, como si actuaba sólo como promotor-vendedor, por cuanto que, en ambos casos, ostenta un rol central y principal en el proceso edificatorio. Sin embargo, en la jurisprudencia anterior a la LOE no

⁸⁶¹ *Vid. supra*, Capítulo Primero § II.C).3.

⁸⁶² *Vid. supra*, § II.B).3.b).

⁸⁶³ Este es el concepto de promotor que se puede apreciar en el artículo 1 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1989).

⁸⁶⁴ RJ 1994\575.

⁸⁶⁵ SSTS de 9 marzo 1988 (RJ 1988\1609), 19 de diciembre 1989 (RJ 1989\8843), 8 de octubre 1990 (RJ 1990\7585), 1 octubre de 1991 (RJ 1991\7255) u 8 de junio 1992 (RJ 1992\5168).

⁸⁶⁶ Alguna doctrina califica al promotor como “sujeto elíptico” debido a su ausencia del artículo 1.591 CC, *vid.* en este sentido MORÁN DÍAZ, A., *La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación*, Tesis Doctoral, dirigida por M. Linacero de la Fuente, Universidad de Complutense de Madrid, 2015, p. 516 a 518.

⁸⁶⁷ *Vid.* STS de 28 enero de 1.994 (RJ 1994\575) o 20 junio de 1995(RJ 1995\4934).

ostentan la condición de promotores ni el autopromotor, ni la figura del “promotor mediador”⁸⁶⁸, alusiva a las cooperativas de viviendas⁸⁶⁹ y a las comunidades de propietarios, en cuanto actúan sin ánimo de lucro, o, al menos, con un ánimo de lucro relativo y en todo caso distinto respecto al del promotor ordinario.

2. En el régimen de la LOE

El artículo 9 LOE define al promotor en términos más amplios que aquellos que había utilizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta ese momento, para caracterizar a este agente de la edificación. De este modo, el concepto de promotor se concibe en términos más extensivos por la LOE, para la que este agente constructivo puede ser una “*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*”. Así, desaparecen del concepto legal de promotor, como notas anudadas de modo imprescindible a su figura, la finalidad de transmitir las viviendas y el ánimo de lucro. Se opera así una equiparación legal entre el promotor con ánimo de lucro, el promotor-mediador y el autopromotor⁸⁷⁰. Lo anterior tiene como corolario la sujeción de todos los promotores al régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE⁸⁷¹, ante la inexistencia de matices en este punto. En este sentido, se ha indicado⁸⁷² que esta uniformidad responde a la voluntad del legislador de que todo el proceso constructivo se someta al mismo régimen jurídico, y de que, como indica la Exposición de Motivos de la LOE, se garanticen unos niveles mínimos de calidad en todos los edificios cualquiera que sea el promotor.

B) Tipología

Además del supuesto del empresario, persona física o jurídica, que promueve como profesional con ánimo de lucro, que fue el que monopolizó este rol bajo el régimen del artículo 1.591 CC, y que es el que encaja con mayor precisión en la figura del promotor —bien sea promotor-constructor (promueve y construye), bien promotor-vendedor (promueve y encarga la construcción a un tercero)—, existen otros tipos de promotores en los que no concurren todas las notas del anterior, pero que caen bajo el ámbito de este agente de la edificación, según los términos que lo singularizan en el artículo 9 LOE. Algunos de estos tipos son hoy muy comunes en la práctica, como sucede con las cooperativas de viviendas o las reuniones de autopromotores o comunidades de propietarios, puesto que, a la intención de obtener una vivienda por un precio más reducido, eludiendo el margen de beneficio del promotor profesional, se unen los cambios y las consecuencias de la crisis económica e inmobiliaria, que ha restringido el crédito a la promoción tradicional, favoreciendo otras fórmulas que

⁸⁶⁸ Vid. STS de 23 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7266).

⁸⁶⁹ Vid. STS de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989\1212).

⁸⁷⁰ Es significativa al respecto la STS de 13 diciembre de 2007 (RJ 2008\329), que niega la condición de promotor a la Mutualidad General de Previsión del Hogar Divina Pastora, porque según sus estatutos no actúa con ánimo de lucro, siendo su finalidad realizar obras sociales facilitando el acceso a la vivienda a sus mutualistas, “mediante su adjudicación a precio de costo”, reseñando el propio tribunal que, de haberse aplicado la LOE, la conclusión hubiera sido distinta.

⁸⁷¹ Aplicable también a los promotores públicos, como establece la STS de 21 de octubre de 2013 (RJ 2014\2493), respecto a la Empresa Pública de Suelo de Andalucía (EPSA); o la STS de 20 de mayo de 2013 (RJ 2013\3705), respecto del Instituto de la Vivienda de la Comunidad de Madrid (IVIMA).

⁸⁷² MARTÍNEZ ESCRIBANO. C., *Análisis...*, op. cit., p.106,

ofrecen mayores garantías para las entidades financieras⁸⁷³. A continuación, analizamos las formas más comunes que adopta esta figura.

1. El promotor-constructor

Con esta denominación se alude al promotor profesional que, además de promover, construye directamente la edificación sin encargar su ejecución a un tercero. Si la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁸⁷⁴ equiparó al contratista con el promotor, esta equiparación, por razones obvias, se produjo sin excesivos problemas en el caso de quien, además de esta función, construye directamente el edificio sin encomendar esta tarea a un contratista. En este caso, la equiparación no ampliaba el círculo de sujetos legitimados conforme al artículo 1.591 CC, aunque sí añadía un título adicional de imputación a la responsabilidad del constructor.

2. El promotor-vendedor

Con la denominación de promotor-vendedor se alude al que encarga la ejecución de la edificación a un tercero. La inclusión del mero promotor-vendedor en el ámbito del artículo 1.591 CC, sí planteaba mayores problemas dogmáticos porque, en principio, éste se limita a contratar a los agentes de la edificación y no es, o, al menos, parece no puede ser, directamente responsable de los vicios constructivos. Sin embargo, esta equiparación se produjo en cuanto que la jurisprudencia⁸⁷⁵ consideró que el desarrollo de la labor constructiva no es una nota determinante del concepto de promotor, sino que el elemento crítico viene constituido por la finalidad de obtener un beneficio con la transmisión de los inmuebles resultantes. De este modo, lo es quien dirige e impulsa el proceso, siendo indiferente que también construya con sus propios medios o que encargue la construcción a terceros⁸⁷⁶. Con la entrada en vigor de la LOE, este mero promotor-vendedor encaja sin problema alguno en el concepto que de esta figura se recoge en su artículo 9.

3. El autopromotor individual

A diferencia de las cooperativas de viviendas y de las reuniones de autopromotores o comunidades de propietarios, que constituyen fórmulas de autopromoción colectiva a las que se alude como “promotores-mediadores”, el autopromotor individual promueve de forma aislada e individual una vivienda o un edificio para sí mismo. También esta figura entra dentro del concepto que de este agente constructivo instituye la LOE, cuyo artículo 9 expresamente alude a la promoción “para sí”. De este modo, respecto de la autopromoción individual, con la salvedad de la dispensa del seguro decenal⁸⁷⁷, la ley especial no establece ninguna

⁸⁷³Estas fórmulas presentan mayores ventajas para las entidades financieras, porque, cuando se aprueba la concesión de los créditos hipotecarios, todas las viviendas están asignadas a un cooperativista o autopromotor, que, previo estudio de su capacidad financiera, recibe el crédito. De este modo, se eluden las contingencias propias del proceso de comercialización y venta de las viviendas, que son inherentes a la promoción tradicional.

⁸⁷⁴Vid. entre otras muchas SSTs de 8 octubre 1990 (RJ 1990\7585) o de 28 de enero de 1994 (RJ 1994\575).

⁸⁷⁵Vid. entre otras muchas SSTs de 8 octubre 1990 (RJ 1990\7585) o de 28 de enero de 1994 (RJ 1994\575).

⁸⁷⁶Vid. STS de 6 de mayo de 2004 (RJ 2004\2098).

⁸⁷⁷La disposición adicional 2ª LOE fue modificada por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, excluyendo de la obligación de

matización en cuanto a su régimen de responsabilidad, que se encuentra residenciado en el artículo 17 sin modulación alguna⁸⁷⁸. En este sentido, frente al régimen precedente, en el que la jurisprudencia no había conceptualizado como promotor al autopromotor, la LOE sí lo considera como tal, lo cual tiene importantes consecuencias en punto a sus responsabilidades en el caso de que enajene la vivienda. No obstante, en la doctrina se rechaza esta asimilación, interpretando la expresión “para sí” del artículo 9, sólo en relación a las cooperativas de vivienda que promueven para sus socios, lo cual resolvería la injusta equiparación entre promotor profesional y autopromotor⁸⁷⁹. En este sentido, MORENO-TORRES HERRERA y RUIZ-RICO RUIZ⁸⁸⁰, MILÁ RAFEL⁸⁸¹ o MARTÍNEZ ESCRIBANO⁸⁸² critican esta homologación. Esta última autora, entiende que la jurisprudencia debe establecer una interpretación correctora para moderar la responsabilidad del autopromotor de vivienda, fundamentalmente en cuanto a la responsabilidad solidaria ex artículo 17.1,

constituir la garantía decenal al promotor individual de una única vivienda para uso propio. En caso de enajenación *inter vivos* de la vivienda antes de que transcurra el plazo de garantía, habrá de concertar un seguro por el plazo que reste, salvo que el adquirente exonere expresamente al autopromotor de esta obligación. Esta norma establece al respecto lo siguiente: “La garantía contra 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. No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión «inter vivos» dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión «inter vivos» sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma. Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”. La RDGRN de 9 de mayo de 2007 interpreta este requisito de forma amplia e incluye a las personas jurídicas. *Vid.* sobre este particular RODRÍGUEZ DE ALMEIDA GOÑI, M^a. “La excepción del autopromotor en el seguro decenal: análisis jurisprudencial de sus requisitos”, *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 443 a 444, donde esta autora plantea si la no constitución del seguro decenal puede ser exonerada por renuncia del comprador cuando se adquiera la vivienda directamente, sin que antes hubiera sido utilizada por el autopromotor como residencia, inclinándose por una interpretación restrictiva.

⁸⁷⁸En este sentido, *vid.* la SAP de Toledo de 18 de enero de 2013 (JUR 2013\63058), que establece la responsabilidad solidaria de los autopromotores con los demás agentes y respecto de los daños materiales, frente a los sucesivos adquirentes. En otro sentido y *ad intra*, en relación a la distribución de responsabilidad entre el autopromotor individual y los agentes de la edificación, ante la reclamación del primero, la SAP de Madrid de 13 de febrero de 2012 (JUR 2012\97124), exonera de responsabilidad al autopromotor individual que no tiene la condición de profesional. En el mismo sentido, la SAP de Segovia de 29 de julio de 2011 (JUR 2011\330174), en relación a unos defectos de proyecto que requieren unos conocimientos técnicos de los que el autopromotor carece; o la SAP de Madrid de 22 de julio de 2011 (JUR 2011\330356), que lo exonera de responsabilidad en base a que no asumió ninguna función en el proceso constructivo.

⁸⁷⁹*Vid.* RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA ALGUACIL, M^a.J., “Los criterios de imputación...”, *op. cit.*, p. 147.

⁸⁸⁰MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Panorama general...”, *op. cit.*, pp. 341 y 342.

⁸⁸¹*Vid.* MILÁ RAFEL, R., “Responsabilidad del promotor...”, *op. cit.*, p. 1 a 42, que advierte que la garantía adicional de la responsabilidad del promotor “en todo caso” sólo está justificada respecto del promotor profesional, pero no cuando aquél es un autopromotor que ha promovido la edificación para uso propio, aunque se trate de una autopromoción colectiva.

⁸⁸²MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis práctico...*, *op. cit.*, pp. 111 a 113.

in fine, LOE, que, “en todo caso” corresponde a este agente de la edificación, aunque las causas de los defectos sean atribuibles a otro agente constructivo. Por este motivo, para el caso de ulterior enajenación de la vivienda y pese al carácter imperativo de la ley especial, debieran ser admisibles los pactos de moderación de la responsabilidad, ya que en estos supuestos existe una igualdad entre las partes que no justifica restringir el juego del principio de autonomía de la voluntad. Así, parece excesivo el criterio de la LOE de equiparar formulas tan distintas de promoción, con las graves consecuencias que ello comporta, fundamentalmente en los supuestos en los que el autopromotor es una persona física que actúa al margen de cualquier actividad profesional o empresarial y que, aunque posteriormente venda la vivienda, no actúa en una relación de consumo, conclusiones que son trasladables al autopromotor colectivo⁸⁸³. Sin embargo, pese a lo expuesto, esta equiparación legal también se produce a efectos de su calificación como sujeto activo del delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2º del Código Penal⁸⁸⁴.

4. La cooperativa de viviendas

La cooperativa de viviendas constituye una fórmula de acceso a la propiedad, caracterizada porque esta entidad actúa como promotor de las viviendas sin ánimo de lucro, o, al menos, con un ánimo de lucro relativo, con la intención principal de reducir los costes de acceso a la propiedad de sus socios⁸⁸⁵. Esta circunstancia, en el régimen precedente del artículo 1.591, CC, llevó a diferenciar esta figura de la del promotor profesional, y a excluirla de su régimen de responsabilidad. Por lo anterior, hasta la entrada en vigor de la LOE, la jurisprudencia ha reconocido legitimación activa a la cooperativa frente al constructor, arquitecto y arquitecto técnico, como *dominus operis*, y le ha negado la pasiva y, su carácter de auténtico promotor, a los efectos de que le pudiera ser exigida responsabilidad como tal⁸⁸⁶. Así, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO⁸⁸⁷ distinguen la cooperativa de viviendas en el plano jurídico, como una sociedad de capital variable y estructura y gestión democráticas, que asocia, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, a un mínimo de socios que tienen por interés común el de obtener, a través de una actividad empresarial cooperativizada, la propiedad o el uso de viviendas o locales para sí o para quienes convivan con ellos; y en el plano económico, como instrumento contra la especulación inmobiliaria, “desde el momento en que, al menos en teoría, reduce el número de intermediarios e influye en el precio de las viviendas en la zona en la que actúan”. Jurídicamente, el socio no formaliza con la cooperativa ni un contrato de obra ni una compraventa, sino un contrato de tipo asociativo que comporta la adjudicación provisional de un inmueble por precio aproximado, de modo que las cantidades a cuenta o derramas para afrontar el coste de la vivienda, pueden

⁸⁸³MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas para uso propio: obligaciones y responsabilidades en derecho de la edificación*, Tesis Doctoral, dirigida por P. Salvador Coderch, Universidad Pompeu Fabra, 2012, pp. 461 y 463.

⁸⁸⁴ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 772 a 783. Así, la STS, Sala de lo Penal, de 27 noviembre de 2009, FD 1º, que siguiendo el criterio de las de 26 de junio 2001 y 14 de mayo de 2003, considera que este delito puede ser cometido por el autopromotor, y no sólo por los promotores y constructores profesionales.

⁸⁸⁵ROUANET MOTA, E., “Los agentes intervinientes en el proceso constructivo y su responsabilidad en el hecho ruinógeno”, *RDP*, núm. 6, junio, 2002, pp. 500 y 501.

⁸⁸⁶*Loc. cit.*

⁸⁸⁷CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 1070 y 1071.

calificarse como provisiones de fondos o reembolsos, que el socio debe asumir aunque el negocio no haya salido bien⁸⁸⁸. La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas⁸⁸⁹, regula en sus artículos 89 a 93 las cooperativas de vivienda, aunque en este punto cumple tener en cuenta la legislación sobre cooperativas emanada de las Comunidades Autónomas que han dictado leyes en esta materia⁸⁹⁰.

Como hemos indicado anteriormente, la ausencia de ánimo de lucro determinó que, antes de la LOE, no se las considerara promotores en base al artículo 1.591 CC⁸⁹¹. Al respecto, pone de relieve ESTRUCH ESTRUCH⁸⁹² las críticas que generó esta conclusión, porque, en caso de vicios ruinógenos de una vivienda, parece más lógico que asuma el coste la cooperativa, en su caso girando una derrama a todos los socios, que no el cooperativista perjudicado, el cual en este supuesto sólo tendría acciones contra los demás agentes de la edificación, si no han desaparecido y son solventes. Actualmente, con el concepto de promotor del artículo 9 LOE, las cooperativas sí tienen la consideración de promotores. En consecuencia, responderán conforme al artículo 17 LOE. No obstante, al igual que sucede con las reuniones de promotores o comunidades de propietarios, lo usual es que estas cooperativas desde su nacimiento estén impulsadas y gestionadas en todos sus extremos por una entidad gestora, que es la que adopta todas las decisiones relevantes del proceso constructivo. Así, el socio ve reducida su actividad a realizar las aportaciones al capital para ingresar en la cooperativa, y a efectuar los pagos correspondientes a su vivienda, de modo que en la praxis se encuentra en una situación equiparable a la de un comprador⁸⁹³, aunque no la adquiera mediante un contrato de compraventa. Pues bien, si se dan estas circunstancias, con base en el artículo 17.4 LOE, la responsabilidad correspondiente al promotor podría exigirse a las entidades que actúen como gestores de cooperativas, que dominen de hecho y mediante mecanismos jurídicos articulados para ese fin, las decisiones propias de la actividad cooperativizada⁸⁹⁴. En este escenario, las cooperativas no tendrían la consideración de promotores y no podrían ser demandadas⁸⁹⁵. No obstante, a falta de ese gestor o, si su poder no incluye facultades decisorias o, si por cualquier motivo no las asume, la condición de promotor recaerá en la cooperativa⁸⁹⁶. En este sentido, sí parece adecuado que esta entidad, en ausencia de un gestor que intervenga decisoriamente, tenga la condición de promotor, pues actúa como empresario social y su ausencia de ánimo de lucro es relativa⁸⁹⁷. Además, deben concertar la garantía decenal y constituir las previstas para las cantidades anticipadas que perciban, según dispone la DA 1ª LOE⁸⁹⁸.

⁸⁸⁸GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor...*, op. cit., Dikynson, Madrid, 2004, pp. 57 y 58.

⁸⁸⁹BOE núm. 170, 17 julio 1999.

⁸⁹⁰En Andalucía, vid. Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2012).

⁸⁹¹Vid. STS de 20 febrero de 1989 (RJ 1989\1212). De este modo, las cooperativas no respondían como garantes de la edificación por ruina en base al artículo 1.591 CC.

⁸⁹²ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 771.

⁸⁹³MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 119.

⁸⁹⁴Vid. GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad...*, op. cit. p. 56.

⁸⁹⁵RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA ALGUACIL, Mª.J., "Los criterios...", op. cit., p. 156.

⁸⁹⁶GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad...*, op. cit., p. 56.

⁸⁹⁷MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas...*, op. cit., pp. 463 y 464.

⁸⁹⁸Vid. sobre las garantías por los anticipos en la adquisición de vivienda, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 a la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, reformada por la Ley

5. La reunión de autopromotores

Bajo los nombres de reunión de autopromotores o de comunidad de propietarios, se conoce una modalidad de autopromoción colectiva, en la que una serie de personas se agrupan para construir su propia vivienda, caracterizada porque, desde el primer momento, cada autopromotor es dueño de su parte del suelo y de la edificación que sobre éste se va construyendo⁸⁹⁹. Esta figura se constituye inicialmente como un supuesto de copropiedad regido por los artículos 392 a 406 CC, de modo que pueda procederse a la disolución del condominio, para atribuir a los autopromotores fincas totalmente independientes o en régimen de propiedad horizontal. Esta fórmula de promoción ha sido admitida en nuestro ordenamiento de forma amplia como comunidad *ad aedificandum*, y puede ser ordinaria indivisa o revestir la fórmula conocida como “comunidad valenciana”⁹⁰⁰. En la primera la división horizontal no se produce hasta que la edificación está construida, mientras que en la segunda la horizontalidad se produce *ab initio*, con carácter previo al comienzo de la edificación, de forma que cada comunero construye su propia vivienda⁹⁰¹. A su vez, la llamada “comunidad valenciana” se admite tanto cuando se atribuyan a los copropietarios parcelas independientes, como cuando la promoción se desarrolle mediante propiedad horizontal en sentido vertical⁹⁰². Esta fórmula también puede darse en las actuaciones de rehabilitación, a través de la comunidad de propietarios de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, puesto que esta clase de obras están sujetas a la LOE⁹⁰³. La naturaleza jurídica de la comunidad *ad aedificandum* se asemeja, más que a la de la comunidad de bienes, a la de la sociedad civil irregular ex artículo 1.669 CC, pues no se persigue mantener una propiedad en común, sino su edificación, lo que origina que surja una *affectio societatis*. Puesto que, generalmente, los pactos se mantienen en secreto entre los socios, las reuniones de autopromotores carecen de personalidad jurídica, por lo que resultarán de aplicación las normas sobre la comunidad de bienes en cuanto al patrimonio común, aplicándose las normas del negocio asociativo en cuanto a las relaciones entre los socios. Esta

20/2015”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2015, pp. 23 a 74; PÉREZ VEGA, A., “Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compra de la vivienda”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40, 2016, pp. 1 a 23; y MARTÍN BRICEÑO, M^a.R., “Análisis de la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio”, *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 1.939 a 1.985.

⁸⁹⁹GADEA SOLER, E., “Notas características y ventajas e inconvenientes que presenta la realización de una promoción en régimen de comunidad y la construcción de viviendas en régimen de cooperativa especial. Incidencia en el régimen legal de las cooperativas de viviendas”, en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 399.

⁹⁰⁰MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas...*, *op. cit.*, pp. 156 a 159.

⁹⁰¹*Loc. cit.*, que pone de relieve como en derecho francés a diferencia del español, sí existe una regulación específica para la *comunidad ad aedificandum*, la cual debe vehicularse mediante las sociedades de atribución, sometidas a un régimen jurídico especial previsto en los artículos 212-1 a 212-17 del *Code de la construction et de l'habitation*.

⁹⁰²VICENTE TORRES, M., *Distribución de responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 46, que cita la Resolución de 3 de diciembre del 2003, de la Dirección General de Registros y del Notariado, sobre la interpretación que debe darse a las modificaciones introducidas en la D.A. 2^a LOE, por el artículo 195 de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en la que se admite esta posibilidad cuando se construyan diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, pero siendo cada uno de ellos dueño *ab initio* de su propia vivienda con carácter independiente, es decir, cuando existe autopromoción individual de sus respectivos elementos independientes

⁹⁰³MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas...*, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

ausencia de personalidad jurídica de la comunidad *ad aedificandum*, determina la necesidad de demandar a todos sus miembros⁹⁰⁴. A diferencia de la situación existente con la jurisprudencia previa a la LOE, y, aunque estas comunidades no tengan ánimo de lucro, en ausencia de un gestor de la reunión que actúe como promotor —a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, como indica el artículo 17.4 LOE— cada comunero ostentará esta condición, si bien este carácter no alcanza a quienes adquieran una vivienda tras la finalización de las obras. No obstante, lo usual será que concorra una entidad que actúe como promotor-gestor y que, en su caso, asumirá las responsabilidades propias de este agente de la edificación⁹⁰⁵. Así, al igual que en las cooperativas de viviendas, suele ser habitual la presencia de una entidad gestora que puede asumir la gestión y control de todo el proceso, supuesto en el que le serán exigibles las responsabilidades del promotor ex artículo 17.4 LOE⁹⁰⁶. Estas gestoras suelen ser las “gestadoras” de la promoción, en tanto que son las que localizan el inmueble que posteriormente comprará la comunidad y las que captan a los comuneros⁹⁰⁷. Por este motivo, habrá que indagar si ha existido una entidad gestora y el alcance de sus funciones, para determinar si ésta ha asumido las funciones del promotor o si dichas funciones han sido desarrolladas por los propietarios, que, en este escenario, serán los promotores⁹⁰⁸. De este modo, si los inmuebles se enajenan a terceros, la responsabilidad de la comunidad⁹⁰⁹ será solidaria con la de los demás agentes de la edificación⁹¹⁰. En materia de garantías estas entidades deben concertar el seguro decenal⁹¹¹ y constituir las previstas en la DA 1ª LOE por las cantidades anticipadas que perciban.

6. Otros supuestos

A continuación examinamos otras figuras próximas al promotor, que en puridad no constituyen modalidades de promoción —aunque en algunos casos pueden serlo, p. ej. algunas configuraciones del contrato de permuta de solar por obra futura— y que intervienen generalmente como auxiliares de aquél, tales como el *project manager* o

⁹⁰⁴*Ibidem*, pp. 169 y 170. Cfr. SSAP de Zaragoza de 9 de diciembre de 2011 (AC 2012\12) y de Jaén de 14 de febrero de 2007 (JUR 2001\175496), entienden que la comunidad tiene capacidad para ser parte procesal conforme al artículo 6.1.2. LEC.

⁹⁰⁵*Ibidem*, pp. 174 y 175. Así SAP de Córdoba de 28 de julio de 2003 (JUR 2003\220299), en la que se indica que “*si bien formalmente PROICOSA era un autopromotor más, materialmente era la auténtica promotora del inmueble, y desde este punto de vista no solo eligió y contrató los técnicos intervinientes en el proceso constructivo, tal y como con pleno acierto viene a decirse en la sentencia apelada, sino que además, en definitiva, era la mandataria de todos los demás autopromotores para gestionar y solucionar todas las cuestiones que suscitara el proceso constructivo que gestionaba y por el que cumplidamente se lucraba*”.

⁹⁰⁶GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 64 y 65.

⁹⁰⁷Vid. GADEA SOLER, E., “Notas características...”, op. cit., pp. 401.

⁹⁰⁸Cfr. GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad...*, op. cit., p. 65, que precisa que en este caso responderán de forma mancomunada y en proporción a su cuota ex artículo 393.1 CC, debiendo ser demandados todos los comuneros

⁹⁰⁹Vid. STS de 2 diciembre de 1994 (RJ 1994\9394), que parece concluir que la responsabilidad es mancomunada entre los miembros de la comunidad.

⁹¹⁰GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad...*, op. cit., p. 208.

⁹¹¹Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 215 a 220, donde estudia este punto, y, del análisis de la doctrina de la DGRN, concluye la exclusión de la obligatoriedad del seguro decenal cuando se trate de una única vivienda en comunidad, o de varias viviendas, pero en este caso siempre que cada una corresponda a un autopromotor distinto, aunque actúen conjuntamente, sin que a un autopromotor correspondan varias, y, además, siempre que no haya elementos comunes. Vid, entre otras, RDGRN de 16 de mayo, 14 de mayo y 29 de abril de 2014.

el gestor de promociones, si bien, en determinadas circunstancias, pueden asumir la responsabilidad que corresponde al promotor.

a) El gestor de promociones

En la mayor parte de los casos, el gestor de promociones —al que se alude en el artículo 17.4 LOE y en los artículos 32.3 y 91.1 c), de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas⁹¹²— es quien asume la gestión de las cooperativas de vivienda y de las reuniones de autopromotores. La actuación del gestor puede subdividirse en dos fases: en una primera, persigue aglutinar un determinado número de interesados para viabilizar el proyecto, y su intervención puede incardinarse jurídicamente en la figura de la gestión de negocios ajenos; en una segunda, en la que propiamente gestiona la autopromoción, su intervención responde a la figura del arrendamiento de servicios en la cooperativa de viviendas y a la del mandato para promover ligado a la prestación de servicios en la comunidad de propietarios⁹¹³.

i) Mandatario del promotor versus promotor de hecho

Si los gestores de promociones asumen unas funciones y un protagonismo que anulan la autonomía de los cooperativistas o autopromotores, esta figura se desnaturaliza en tanto que la gestora actúa como un promotor de hecho⁹¹⁴. Precisa ESTRUCH ESTRUCH⁹¹⁵, que ya la jurisprudencia anterior a la LOE consideraba a las entidades de gestión inmobiliaria como auténticos promotores, pese a sus intentos de eludir su responsabilidad alegando su condición de simples mandatarios del promotor, puesto que “*la realidad de las cosas era que actuaban en el tráfico jurídico como auténticas promotoras, teniendo en sus manos el control de la edificación, y la realización de actividades de ideación, planificación, coordinación, organización, acometida y financiación de la construcción*”⁹¹⁶. Sin embargo, no serán promotores quienes sólo actúen como meros mandatarios del promotor, siempre que sólo realicen gestiones por cuenta de éste⁹¹⁷. De este modo, la imposición de la responsabilidad del promotor a cargo de estos gestores está condicionada, según el propio enunciado del artículo 17.4 LOE, a que, según el “*tenor del contrato*” o de su “*intervención decisoria*”, asuman las funciones del principal agente de la edificación, lo que será una cuestión de hecho deducible del análisis del contenido material de sus atribuciones y facultades y de circunstancias tales como si la agrupación de autopromotores existía o no en el momento de la adopción de las decisiones fundamentales —elección de la forma jurídica de la promoción, adquisición del terreno, financiación, entre otras⁹¹⁸—.

⁹¹²BOE núm. 170, de 17 julio 1999.

⁹¹³Vid. GONZÁLEZ TAUSZ, R., “La promoción inmobiliaria encubierta: un fraude de ley”, *RCDI*, núm. 717, 2010, pp. 102 a 105.

⁹¹⁴Vid. SAP de Zaragoza de 26 diciembre 2017 (JUR 2018\52546), que señala como la gestora “*desplaza a la cooperativa en los ámbitos de la propia promoción*”; en sentido similar vid SAP de Madrid de 24 de junio de 2016 (JUR 2016\198643).

⁹¹⁵ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 784

⁹¹⁶En este sentido SSTS de 3 octubre de 1996 (RJ 1996\7006), 15 octubre de 1996 (RJ 1996\7111) 15 marzo de 2001 (RJ 250\2001), 16 de diciembre de 2004 (RJ 2005\272), o 12 de marzo de 1999 (RJ 1999\2375). En esta última, se indica que, antes de sentar otra tesis, se debió combatir la interpretación que de la situación jurídica hizo la sentencia recurrida, que llegó a la conclusión de que la comunidad de propietarios que se constituyó comprando suelo para edificar y repartirse las viviendas, fue en realidad un montaje jurídico, bajo el cual subyace la figura del promotor, encarnada en el recurrente y en el señor C. F

⁹¹⁷STS 23 diciembre de 1993 (RJ 1993\10111).

⁹¹⁸GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 70 a 84.

En consecuencia, cabe distinguir dos tipos de gestores: el gestor-mandatario, representante o prestatario de servicios; y el promotor-gestor o promotor de hecho, que debe responder como promotor a todos los efectos⁹¹⁹. La delimitación de la figura en la práctica requiere un análisis individualizado de cada situación escrutando su intervención en la promoción y el tenor de su contrato⁹²⁰.

ii) Criterios de delimitación

Como venimos indicando, el problema que plantea esta figura del gestor de promociones es que, en algunas ocasiones, bajo ella se oculta un auténtico promotor inmobiliario que persigue con esta apariencia eludir fraudulentamente las obligaciones y responsabilidades que pesan sobre éste⁹²¹. Según la doctrina⁹²², su legitimación pasiva como auténtico promotor dependerá de que concurren determinadas circunstancias que asimilan su actuación a la de éste⁹²³, entre las que cumple considerar si es el gestor quien busca a los comuneros, definiendo *ex ante* sus derechos y obligaciones; el precio y objeto de su participación en la comunidad; la elección del terreno, los arquitectos y las características principales del proyecto; o si percibe un beneficio empresarial⁹²⁴. Así, es necesario examinar si la figura del gestor se ha desnaturalizado, para lo cual es preciso detectar si concurren determinados indicios de promoción encubierta, como son la existencia de un reducido número de autopromotores en el momento en el que se adoptan las decisiones fundamentales del proyecto; la escasa rotación de los miembros de los órganos de gobierno de la autopromoción; si éstos se limitan a ratificar las decisiones del gestor; si se producen irregularidades en la enajenación de los locales de la promoción; entre otros⁹²⁵. Un

⁹¹⁹MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas...*, *op. cit.*, pp. 463 y 464.

⁹²⁰*Loc. cit.*, que precisa que existen una serie de cláusulas que permiten identificar la figura del promotor-gestor, tales como: a) la retribución equivalente a un porcentaje sobre el coste de la obra; b) la irrevocabilidad del mandato o el apoderamiento concedido a favor del gestor; c) las cláusulas penales por resolución del contrato del gestor; d) la amplitud de facultades otorgadas a favor del promotor-gestor, para que adopte decisiones sobre actos en los que sea preceptivo el acuerdo del consejo rector o de la asamblea general de la cooperativa; así como actos de riguroso dominio, entre los que se incluyen los actos de disposición.

⁹²¹ROUANET MOTA, E., "Los agentes intervinientes...", *op. cit.*, RDP, núm. 6, p. 501.

⁹²²*Loc. cit.*

⁹²³Niega esta legitimación la STS de 5 de mayo de 2015 (RJ 2015\1566), por cuanto la gestora sólo prestaba labores de asesoramiento y asistencia técnica. En sentido similar SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2018 (JUR 2018\87829) considerando que fue la cooperativa quien asumió el control del proceso decisorio; o SAP de Valladolid de 9 enero 2018 (AC 2018\120).

⁹²⁴*Vid.* ROUANET MOTA, E., "Los agentes intervinientes...", *op. cit.*, p. 501, en el que este autor destaca las siguientes características a título meramente enunciativo: a) La comunidad de bienes creada para llevar a efecto la construcción no es una figura que existiese previamente, sino que es la propia gestora la que busca y capta a los potenciales clientes, futuros comuneros; b) la gestora, normalmente en el contrato de adhesión suscrito con cada comunero, determina ya la vivienda y/o plaza de garaje en que se transformaría la cuota pro indivisa y sus características principales; c) antes de la constitución de la comunidad, el proyecto del edificio ya está redactado o se realizará por profesionales elegidos por la gestora; d) la gestora concreta el precio de la vivienda, así como la forma de pago y garantiza al comunero que dicho precio no excederá del fijado, más un porcentaje previamente determinado; e) el cliente, futuro comunero, se obliga a otorgar a favor de la gestora un amplísimo poder, con carácter irrevocable, hasta la terminación de la obra; f) en el propio contrato de adhesión la gestora establece los estatutos de la comunidad que se va a constituir, con la finalidad de comprar y construir hasta que se constituya la propiedad horizontal; g) por todas las actividades antes relacionadas la autodenominada gestora busca y obtiene un beneficio, como cualquier promotor inmobiliario.

⁹²⁵*Vid.* GONZÁLEZ TAUSZ, R., "La promoción inmobiliaria...", *op. cit.*, pp. 105 a 108.

criterio relevante para clarificar la naturaleza del gestor, es si concurre en éste la presencia del ánimo de lucro propio del promotor⁹²⁶. En consecuencia, para desenmascarar al promotor-gestor es imprescindible analizar la génesis del proceso de adopción de decisiones sobre los elementos principales del proyecto inmobiliario, así como el grado de autonomía real de los autopromotores o cooperativistas y de sus órganos de gobierno respecto al gestor⁹²⁷. En definitiva, la “promoción inmobiliaria encubierta” puede constituir un fraude de ley⁹²⁸, si, bajo determinadas relaciones jurídicas que operan como normas de cobertura —regulación sobre cooperativas, comunidad de bienes, mandato o arrendamiento de servicios, principalmente—, se pretende soslayar el régimen jurídico de carácter contractual y legal que pesa sobre el promotor⁹²⁹.

b) El *project manager*

La actividad del *project management* se conoce en España como dirección integrada de proyecto (DIP), y es también denominada como administración o gerencia de proyectos⁹³⁰. Según HEREDIA⁹³¹ “*el Project Management, es el proceso de optimización de los recursos puestos a disposición del promotor con el fin de conseguir sus objetivos*”. La figura del *project manager* o *project contracting*, deriva de la insuficiencia del planteamiento tradicional del proceso constructivo, para gestionar con éxito proyectos de edificación complejos y de gran presupuesto, necesidad que se ve agudizada en las situaciones en las que la condición de promotor la asume una entidad que no realiza habitualmente esta función, y que no cuenta con equipos adecuados a tal efecto⁹³². El objetivo del *project management* se centra en el control sobre tres variables fundamentales en todo proyecto de edificación, como son (i) el plazo de ejecución o cuándo estará finalizado el proyecto; (ii) el coste de ejecución o cuánto costará el proyecto; (iii) y la tecnología y calidad del mismo, o cómo quedará el proyecto.

i) Funciones del *management*

⁹²⁶RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y, GARCÍA ALGUACIL, M^a.J., “Los criterios de imputación...”, *op. cit.*, pp. 156.”

⁹²⁷GONZÁLEZ TAUSZ, R., “La promoción inmobiliaria...”, *op. cit.*, pp. 122 a 124.

⁹²⁸Vid. CARRASCO PERERA, A., *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 351 a 353, donde este autor destaca que el fraude de ley se puede considerar como una forma de abuso de derecho, abuso objetivo de la norma de cobertura, o abuso subjetivo de la persecución de fines indirectos amparados en dicha norma, que pretende obtener un fin contrario al querido por el ordenamiento jurídico bajo el amparo de la norma de cobertura, y cuya consecuencia incondicional debe ser la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

⁹²⁹Vid. GONZÁLEZ TAUSZ, R., “La promoción inmobiliaria...”, *op. cit.*, pp. 122 a 124. Vid. STS de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999\2375).

⁹³⁰Los orígenes de esta actividad se encuentran en EEUU, cuyos perfiles y características están contenidos en la *Guía de los fundamentos del Project Management*, PM BOOK, editada por el Project Management Institute (PMI), 2004. En España existe la Asociación Española de Dirección Integrada de proyecto (AEDIP), que edita el *Libro Blanco de la Dirección Integrada de Proyecto en Construcción*, en el que se adopta para el *project management* esta denominación.

⁹³¹Vid. HEREDIA, R., *Dirección Integrada de Proyectos –DIP- Project Management*, 3^a ed., Editorial ETSHUPM, 1999, p. 3.

⁹³²Así sucede actualmente con los bancos en cuanto titulares de numerosos inmuebles.

SABORIDO SÁNCHEZ⁹³³ caracteriza el contrato que liga al *project manager* con el promotor, como contrato atípico de gestión que participa del contrato de mandato y del arrendamiento de obra o servicios, mediante el cual el primero asume gran parte de las tareas del segundo. CADARSO PALAU⁹³⁴ destaca la importancia del resultado final para el propietario que contrata al *project*, lo que determina que, generalmente, estemos ante una obligación de resultado. Como pone de relieve este autor⁹³⁵, la complejidad técnica y económica del proceso constructivo y la influencia del mundo anglosajón, son las que han motivado la irrupción de esta figura en algunas construcciones de envergadura, para optimizar los objetivos de coste, plazo y calidad. Debido a que la figura del *project manager* se suele equiparar a las entidades de gestión inmobiliaria, como son los gestores de cooperativas o de comunidades de propietarios, es necesario también abordarla al tratar del promotor, en cuanto puede alcanzarle la responsabilidad prevista en el artículo 17.4 LOE. Así, las tareas que asume van desde la intervención en la elaboración del proyecto, la solicitud de licencias, el análisis de riesgos, la coordinación de todos los agentes de la edificación, la participación en el estudio de viabilidad y vigilancia de todo el proceso constructivo, si bien, según cada contrato, su actuación podrá comprender todas o sólo algunas de tales atribuciones. En este sentido, precisa CADARSO PALAU⁹³⁶, que las funciones del *project manager* en ocasiones vienen a coincidir y solaparse con las que corresponden al arquitecto, lo que, por una parte exige una adecuada coordinación para evitar conflictos y, por otra, determina que la intervención decisoria de la propiedad a través de este actor, se pueda traducir, en no pocas ocasiones, en una posible exoneración de responsabilidad del arquitecto. De este modo, el *project* va a matizar aún más la caracterización jurisprudencial que se había dado del arquitecto, como supremo responsable de la edificación y garante, prácticamente incondicional, de los defectos derivados de la actuación de los demás agentes constructivos⁹³⁷.

ii) Alcance de su responsabilidad

Cabe preguntarse si el *project manager* es un agente de la edificación y si puede responder con base en la LOE. CORDERO LOBATO⁹³⁸ analiza la responsabilidad de los agentes de la edificación no mencionados en el artículo 17, y establece al respecto tres posibles opciones. La primera sería que sólo responderían los agentes mencionados en el citado artículo 17; la segunda que también serían responsables los agentes mencionados en los artículos 8 a 15 LOE; y, según la tercera, podrían serlo todos los partícipes en el proceso de la edificación, aunque no hayan sido expresamente mencionados en ninguno de estos preceptos,

⁹³³ Vid. SABORIDO SÁNCHEZ, P., "La figura del gestor de proyecto: su imprecisa responsabilidad como agente de la edificación", en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 338 a 340.

⁹³⁴ Vid. CADARSO PALAU, J., "Gestores de proyecto, arquitectos y Ley de Ordenación de la Edificación", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, 2003, pp.1.525.

⁹³⁵ *Loc. cit.*

⁹³⁶ *Ibidem*, pp.1.525 a 1.537.

⁹³⁷ *Loc. cit.* SSTS 29 mayo de 1997 (RJ 1997\4117) o 18 de octubre de 1998 (RJ 1996\162).

⁹³⁸ Vid. CORDERO LOBATO, E., "Responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 384 a 387. En el mismo sentido CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C. en *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 426.

decantándose por esta tercera opción. RAYÓN BALLESTEROS⁹³⁹ destaca como este actor tiene responsabilidad conforme a la LOE⁹⁴⁰ y que, aunque tiene un perfil propio que debe ser delimitado en su contrato, a efectos de responsabilidad podría asimilarse al proyectista, director de obra o al promotor, según los casos. Señala dicho autor⁹⁴¹, que se puede establecer cierto paralelismo entre la falta de regulación de esta nueva figura en la LOE, y la ausencia del promotor en el artículo 1.591 CC, suplida luego jurisprudencialmente. En cualquier caso, puesto que el *project manager* no se menciona en la ley especial, ni en esta norma se establecen sus obligaciones, a diferencia de lo que sucede con otros agentes constructivos, en orden a definir su responsabilidad revestirá una importancia capital el contrato que motive su intervención, en el que se podrán concretar y comprobar sus funciones, y verificar si monopoliza o comparte tareas de modo coordinado con otros agentes de la edificación⁹⁴² o si su actuación se reduce exclusivamente a aspectos colaterales de carácter económico sin conexión con el proceso edificatorio⁹⁴³. SABORIDO SÁNCHEZ⁹⁴⁴ considera al *project manager* incluido en el artículo 8 LOE a efectos de responder según el artículo 17, y hace extensivo al mismo el régimen de la solidaridad, pese a que no se menciona expresamente en este precepto, así como la posibilidad de ser traído al proceso conforme a la DA 7ª LOE⁹⁴⁵. Por su parte, SOLER SEVERINO⁹⁴⁶ considera que debe responder en el ámbito de la LOE, pese a que no se menciona en esta norma, pues la enumeración del artículo 8 no es cerrada. En este

⁹³⁹ Vid. RAYÓN BALLESTEROS, M^a.C., “Project and construction management: plazo, coste, calidad y satisfacción del cliente en el ámbito de la construcción”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm.18, 2008, p. 14. Entre los distintos servicios o modalidades de contrato que se pueden concertar con el *project manager* según su objeto, vid. p. 16: *Construction Management, Monitoring, Cost Management, Design Management, Due Dilligence, Engineering, Consulting engineering, Engineering operativo*, entre otros, A su vez, en atención a la participación del cliente en el contrato, se pueden diferenciar el Contrato clásico de asesoramiento, el Contrato *in house*, el Contrato de gestión de proyecto, el Contrato llave en mano o *turn key, Property Management o Facility Management*. También vid. ÁLVAREZ MORENO, M. y SOLER SEVERINO, M., “Análisis de la gestión de contratos con metodología PMI® y su interacción con modelos estándar de contratos internacionales”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 35, 2015, pp. 1 a 21, sobre los diferentes modelos de contratos estándar internacionales de uso en proyectos de edificación, desde la perspectiva de la aplicación por parte del director de proyecto o *project manager* de la metodología de gestión desarrollada por PMI (Project Management Institute), en su estándar para la dirección de proyectos Guía del PMBOK®1 (Project Management Book of Knowledge).

⁹⁴⁰ La SAP de Córdoba de 19 de junio de 2015 (JUR 2015\194071), exonera de responsabilidad a un “director de desarrollo de proyecto”, con titulación de delineante, puesto que sus funciones se limitaban a la gestión administrativa del proyecto sin intervención en las tareas técnico-constructivas.

⁹⁴¹ RAYÓN BALLESTEROS, M^a.C., “Project and construction...”, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁴² Vid. SABORIDO SÁNCHEZ, P., “La figura del gestor de proyecto...”, *op. cit.*, p. 344

⁹⁴³ Vid. DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho de la construcción*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 260 a 463; vid. SAP de Barcelona de 31 de mayo 2018, FD 2º (JUR 2018\166852), que no responsabiliza al *project manager* al estimar que no intervino en los aspectos técnicos de la obra, haciéndolo sólo en la planificación y control económico; vid. E. BARREDA, “Algunas aclaraciones sobre la responsabilidad legal del Project Manager en la construcción. Análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de mayo de 2018”, *Diario La Ley*, núm. 9322, 20 de diciembre de 2018, pp. 1 a 6, que considera acertada la línea que establece esta resolución de no atribuir al *project manager* responsabilidad como agente de la edificación de modo automático.

⁹⁴⁴ Vid. SABORIDO SÁNCHEZ, P., “La figura del gestor de proyecto...”, *op. cit.*, pp. 348 a 351.

⁹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 351 a 355.

⁹⁴⁶ Vid. SOLER SEVERINO, M.J., “Introducción a la Dirección Integrada de Proyecto (“Project Management”)”, en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez L. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 264 a 269.

sentido, aunque su concreta responsabilidad vendrá determinada por el grado y alcance de su intervención en el proceso constructivo, en la actualidad existe una tendencia a asimilarlo a la figura del arquitecto director de obra, y otra a equipararlo al promotor-gestor⁹⁴⁷. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO⁹⁴⁸ o MARTÍNEZ ESCRIBANO⁹⁴⁹, lo equiparan a las entidades de gestión inmobiliaria, como los gestores de cooperativas o de comunidades de propietarios. Así las SSTs de 3 de octubre⁹⁵⁰ y 15 de octubre⁹⁵¹ de 1996 y 15 marzo de 2001⁹⁵², consideran al *project manager* como sujeto responsable conforme al artículo 1.591 CC, aludiendo al “gestor constructivo” y a las sociedades de gestión, en el caso de comunidades de propietarios⁹⁵³. Por su parte, VICENTE TORRES⁹⁵⁴ considera que, puesto que el gestor de proyectos puede actuar como verdadero agente de la edificación, de manera similar al contratista, promotor o arquitecto, pueden dirigirse contra él las acciones de la LOE en los mismos términos que respecto a cualquiera de estos agentes.

c) El cedente en la permuta de solar por obra futura

En nuestro ordenamiento jurídico este contrato cuenta con una escueta regulación en el artículo 13 RH⁹⁵⁵ y, en lo que respecta a Cataluña, tras la derogación

⁹⁴⁷SOLER SEVERINO, M.J., *El análisis de la dirección integrada de proyectos (project & construction management) en el marco europeo: propuesta de regulación en España y su inclusión en la Ley de la Ordenación de la Edificación*, Tesis Doctoral, dirigida por A.E. Humero Martín, Universidad Politécnica de Madrid, 2012, pp. 446 y 447.

⁹⁴⁸Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, op. cit., p. 486.

⁹⁴⁹MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 120

⁹⁵⁰RJ 1996\7006.

⁹⁵¹RJ 1996\7111.

⁹⁵²RJ 2001\250.

⁹⁵³Vid. SOLER SEVERINO, M.J., “Introducción a la Dirección Integrada de Proyecto...”, op. cit., pp. 268 y 269.

⁹⁵⁴VICENTE TORRES, M., *Distribución de responsabilidades...*, op. cit., p. 48.

⁹⁵⁵Así, el Artículo 13 RH dispone que, “*el régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción. No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria*”. Este precepto fue redactado por el artículo primero del R.D. 1867/1998, de 4 septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario (BOE núm. 233, de 29 septiembre de 1998), si bien la STS, Sala de lo contencioso administrativo, de 31 enero 2001, lo declaró nulo de pleno derecho, en cuanto modifica y redacta, entre otros, el artículo 13, párrafos primero, segundo y tercero, del Reglamento Hipotecario, que disponían lo siguiente: “*En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de diez años. Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá por sí solo otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega. Salvo pacto en*

de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, su regulación se ha efectuado por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto⁹⁵⁶, en los que se regula, en sus artículos 621-58 a 621-66, el contrato de cesión de finca o aprovechamiento urbanístico, a cambio de construcción futura⁹⁵⁷.

i) Naturaleza jurídica

Indica SERRANO CHAMORRO⁹⁵⁸, que son tres las líneas que la doctrina mantiene sobre la naturaleza jurídica de este contrato: una mayoritaria sería la que lo considera como una permuta especial de cosa presente por cosa futura; otra sería la que lo califica como permuta con prestación subordinada de obra; la tercera sería aquella que aglutina diversas calificaciones, como contrato atípico o contrato de aportación. Para CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO⁹⁵⁹, la operación económica de permuta de solar por edificaciones futuras no constituye en la praxis un tipo específico de contrato, sino una diversidad de formas contractuales distintas. Para ARNAU MOYA⁹⁶⁰ este contrato podrá ser considerado como permuta —contrato atípico *do ut des*—, contrato complejo o mixto, permuta con prestación subsidiaria de obra, compraventa o arrendamiento de obra o sociedad. Por este motivo, destaca este autor⁹⁶¹, que frente a la denominación tradicional de contrato de “permuta de solar por obra”, en la actualidad adquiere mayor protagonismo el término de “cesión o cambio de solar”, en cuanto que este concepto permite englobar todas las modalidades contractuales a través de las que se puede instrumentar. ARANA DE LA FUENTE⁹⁶² también indica que el contrato de cesión de solar por obra futura participa de la naturaleza de diversos tipos contractuales, como la permuta, la compraventa de solar y pisos o locales con precios compensados, el contrato de obra con pago mediante aportación de suelo o la constitución de una comunidad para la construcción, aunque la doctrina se inclina por la calificación de permuta con prestación subordinada de obra. No obstante, esta calificación presenta la particularidad respecto a la permuta típica, de que las prestaciones del cesionario no consisten en dar, sino en construir la obra y entregar al cedente parte de la misma, lo que comporta la aplicación de las normas de la permuta —artículos 1.539 a 1541 CC—, las de la compraventa por la remisión a éstas del artículo 1.541 CC, las del contrato

contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación”.

⁹⁵⁶BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2017.

⁹⁵⁷Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 715 y 716, que en su artículo 551-3 aborda este contrato bajo la rúbrica “permuta de solar por inmueble a construir”.

⁹⁵⁸SERRANO CHAMORRO, M^a.E., *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1997, p. 132.

⁹⁵⁹Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, op. cit., pp. 289 a 291.

⁹⁶⁰ARNAU MOYA, F., “Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra futura”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, pp. 4 a 7. Cfr. SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “Contrato atípico de aportación de solar por edificación futura”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.13, 2006, pp. 4 a 6.

⁹⁶¹ARNAU MOYA, F., “Los incumplimientos...”, op. cit., p. 3.

⁹⁶²Vid. ARANA DE LA FUENTE, I., “Cesión de suelo por obra futura: Incumplimiento del cesionario y remedios del cedente. La cláusula Penal”, en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 52 a 54.

de obra —artículos 1.588 a 1.600 CC— e incluso las de la LOE. En cuanto a la jurisprudencia, la STS de 19 de julio 2002⁹⁶³ califica este contrato como “permuta especial atípica de cosa futura” y la STS de 21 de junio de 2018⁹⁶⁴ alude a “permuta de solar por obra futura”. En otras resoluciones se califica como contrato de sociedad, contrato de cesión o retención de derecho de vuelo con prestación mixta de obra, como contrato atípico *do ut des*, contrato mixto de permuta y sociedad, o como una modalidad atípica de contrato mercantil de cuentas en participación⁹⁶⁵.

ii) Posible asimilación al promotor

Entre las modalidades que puede revestir el objeto de este contrato, destacan las siguientes⁹⁶⁶: la cesión del solar o de la edificación para demoler o rehabilitar por inmuebles determinados; o a cambio de un porcentaje a modo de cuota indivisa de la edificación resultante; o por una participación en los beneficios de la venta de los pisos o locales; o la cesión de vuelo sobre varias plantas a cambio de planta baja construida; o que la contraprestación del cedente sea parte en especie y parte en metálico; o la aportación para desarrollar entre varios propietarios una autopromoción, constituyendo una copropiedad en la cual los comuneros se hacen recíprocas concesiones, aportaciones y prestaciones, hasta obtener cada uno su piso, local, garaje o trastero, al modo de una comunidad para edificar⁹⁶⁷. Pues bien, el propietario del terreno que lo permuta con un empresario a cambio de parte de los inmuebles resultantes, en principio no puede considerarse promotor, ni antes ni después de la LOE, por cuanto se limita a ser un destinatario de parte de la promoción que realiza el otro permutante. Sin embargo, aquél propietario sí puede tener la consideración de promotor, si participa en la actividad de promoción reservándose una participación en los beneficios, o si interviene en el proceso de comercialización de los inmuebles⁹⁶⁸.

C) La legitimación en el régimen de la LOE

El promotor se encuentra activamente legitimado para ejercitar acciones ex LOE, contra los distintos agentes de la edificación, en cuanto es el primer propietario del edificio. Al mismo tiempo, en cuanto que principal agente constructivo y garante del proceso edificatorio, ostenta legitimación pasiva para ser demandado por los propietarios en base a las acciones del artículo 17 LOE. A continuación, abordamos los distintos aspectos que reviste la legitimación del promotor en la ley especial.

⁹⁶³RJ 2002\9097.

⁹⁶⁴RJ 2018\2677. Esta resolución aborda un contrato de permuta de solar por obra futura, en el que el dueño del suelo lo aporta a la sociedad que va a ejecutar la obra y recibe participaciones sociales de esta sociedad emitidas mediante una ampliación de capital, que posteriormente se amortizarán cuando reciba las viviendas pactadas. El Tribunal Supremo admite su validez estableciendo que su naturaleza responde al contrato de permuta de solar por obra futura y no al de sociedad, y que las participaciones sociales se recibieron sólo en función de garantía.

⁹⁶⁵Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, op. cit., pp. 291 y 292.

⁹⁶⁶RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M^a. y LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M., “Parte civil: XVII, tipos de contratos inmobiliarios”, en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y L. Pozuelo Martín, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p.917.

⁹⁶⁷SERRANO CHAMORRO, M^a.E., op. cit., pp. 263 a 269, que desarrolla las distintas posibilidades en las que puede consistir el intercambio de prestaciones.

⁹⁶⁸Así STS 28 de enero de 1994 (RJ 1994\575).

1. Legitimación activa

La legitimación del promotor en el ámbito de la ley especial abarca el ejercicio de acciones directas, pero también de acciones de regreso cuando responda por daños y perjuicios cuyo causante final sea otro agente de la edificación. A continuación, las abordamos.

a) Acciones directas

i) *La indispensable condición de propietario*

El promotor ostenta legitimación activa con base en la LOE para el ejercicio de las acciones del artículo 17⁹⁶⁹, pero esta afirmación esta indefectiblemente anudada al hecho de ser el primer propietario del edificio, pues deriva de esta circunstancia y no de su condición de principal agente constructivo ni de ningún contrato. Así, la jurisprudencia niega la legitimación activa al titular de un derecho de servidumbre de paso para personas y vehículos⁹⁷⁰, o al contratista-concesionario de una instalación portuaria que no supone cesión del dominio público portuario ni de las facultades dominicales de la Administración⁹⁷¹, si bien la admite respecto del arrendatario financiero⁹⁷². Lo anterior tiene como corolario el que sólo mientras sea propietario, podrá el promotor ejercitar las acciones de la LOE⁹⁷³, al punto que perderá dicha legitimación cuando ya no ostente dicha condición, sin perjuicio de que conserve, en su caso, las de carácter contractual⁹⁷⁴. Lo expuesto hasta el extremo de que, si por la especial caracterización del promotor, éste nunca llegar a adquirir un derecho de propiedad sobre la edificación, nunca podrá ser titular de las acciones de la LOE. Así sucederá en el caso de las entidades de gestión inmobiliaria de cooperativas o de comunidades de propietarios, a las que el artículo 17.4 LOE atribuye las responsabilidades del promotor, las cuales no podrán ejercitar las acciones que corresponden a éste por no ser titulares de la edificación. La jurisprudencia dictada en torno al artículo 1.591CC ya reconocía esta legitimación al promotor⁹⁷⁵. Como señala ZUMAQUERO GIL⁹⁷⁶, el promotor tiene interés en velar por el correcto cumplimiento del contrato y así evitar ser demandado por los propietarios, pudiendo acudir a las acciones generales sobre incumplimiento contractual y a la acción directa de ruina, que resultaban compatibles. Con la entrada en vigor de la LOE, esta norma permite al promotor ejercitar las acciones del artículo 17 contra los demás agentes de la edificación, con arreglo a su especial régimen jurídico, y, en particular, con aplicación

⁹⁶⁹Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 956 y 957.

⁹⁷⁰STS 18 de octubre de 2013 (RJ 2013\7906)

⁹⁷¹STS 14 de marzo de 2018 (RJ, 2018\980)

⁹⁷²STS de 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1021)

⁹⁷³RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y PASTOR VITA, F.J., "Los daños cubiertos por la LOE: el concepto de «daños materiales en el edificio» y su posible justificación. Los sujetos dañados: la legitimación activa para reclamar la reparación", en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 80 a 82.

⁹⁷⁴Vid. SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., "Responsabilidad civil...", op. cit., p. 201, en el mismo sentido CASTILLEJO MANZANARES, R., "Legitimación en el proceso civil según la Ley de ordenación de la edificación", *El consultor inmobiliario*, núm. 7, 2006, p. 4.

⁹⁷⁵SSTS de 26 de noviembre de 1984 (RJ 1984 \5659), 10 de febrero de 2004 (RJ 2004\457) o 16 de enero de 2008 (RJ 2008\8), aunque en las dos últimas no prospera la demanda por la falta de prueba de perjuicio patrimonial alguno.

⁹⁷⁶Vid. ZUMAQUERO GIL, L., "La figura del promotor...", op. cit., pp. 430 y 431.

del régimen de solidaridad previsto en este precepto. Ello sin perjuicio de que estos agentes constructivos puedan excepcionar la contribución exclusiva o concurrente del promotor-actor en la causación de los daños, tal y como autoriza el artículo 17.8. El reconocimiento de esta legitimación no está exento de críticas, pues se puede dar el caso de que el promotor, tras el ejercicio de la correspondiente acción, no repare los defectos constructivos, o lo haga de forma más económica para lucrarse, privando o impidiendo ejercer a los propietarios las oportunas acciones⁹⁷⁷. Esta preocupación tiene su antecedente directo en el voto particular que recoge la STS de 9 de junio de 1989⁹⁷⁸ y, además de lo indicado, en ella late la intención de evitar que el promotor desvíe o descargue su responsabilidad en los demás agentes para excluir la suya. En cualquier caso, en el régimen de la LOE, cuando ya no sea dueño de ninguna parte del edificio no podrá ejercitar las acciones directas del artículo 17, pese a que bajo la vigencia del artículo 1.591 CC lo anterior sí llegó a admitirse en numerosas ocasiones⁹⁷⁹, incluso considerando que así podía anticiparse a la reclamación que le dirijan los compradores⁹⁸⁰. Sin embargo, esta posibilidad ya no existe con la LOE. Así, CARRASCO PERERA, CODERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO⁹⁸¹, subrayan que la ley especial sólo reconoce legitimación a los propietarios; MARTÍNEZ ESCRIBANO⁹⁸² remarca, refiriéndose a la legitimación que la jurisprudencia reconocía al promotor no propietario en el régimen del artículo 1.591 CC, que “*esta extraña legitimación no se conserva con la LOE*”; en el mismo sentido, ESTRUCH ESTRUCH⁹⁸³ subraya que, en este caso, el promotor sólo conserva las acciones

⁹⁷⁷En igual sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis práctico*, op. cit., pp.72 y 73

⁹⁷⁸RJ 1989\4417. En este voto particular, el magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo, establece que, “(...)1.ª *El ejercicio de la expresada acción, como el de cualquiera otra, requiere un interés jurídico directo en quien la ejercita, que sólo puede tenerlo el que, como dueño de cada vivienda o del edificio en su conjunto (comunidad de propietarios respectiva), se ve directamente afectado o perjudicado por los expresados vicios ruinógenos, sin que en el promotor, que ya había vendido a terceros todas las viviendas y locales integrantes del edificio (o edificios) en cuestión, pueda, en principio, advertirse dicho interés directo en el ejercicio anticipado o prematuro de esta acción contra contratista y técnicos, sino más bien la posibilidad de introducir, por esa vía indirecta, una cierta desviación de la responsabilidad de que ahora se hablará*”.

⁹⁷⁹Entre otras SSTS de 7 noviembre de 2005 (RJ 2005\8068), 20 diciembre de 2007 (RJ 2007\8664) o 28 de Febrero de 2011 (RJ 2011\455), disponiendo esta última: “*Se precisa con carácter previo que no es de aplicación al caso la Ley de Ordenación de la Edificación, en razón al tiempo en que se inició la construcción, por lo que la cuestión suscitada debe resolverse exclusivamente con los criterios expresados en 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, 9 de junio de 1989 y 21 de junio de 1999), 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*”.

⁹⁸⁰Vid. SSTS de 9 de junio de 1989 (RJ 1989\4417), la cual cuenta con el voto particular antes citado; la ya citada de 20 de diciembre de 2007v(RJ 2007\8664), que alude a esta acción como un regreso anticipado, o la de 10 febrero de 2004 (RJ 2004\457), que admite esta legitimación del promotor si ha pagado a los adquirentes, aunque en este caso, en puridad, no se trata de una acción ex artículo 1.591 CC, sino de un acción regreso ex artículo 1.145.2º CC.

⁹⁸¹Vid. CARRASCO PERERA, A., CODERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., *Derecho de la Construcción...*, op. cit., p. 424.

⁹⁸²Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C, *Análisis Práctico...*, op. cit., pp. 72 y 73; y 76, que cita la SAP de Islas Baleares de 17 de marzo de 2014 (JUR 2014\91480).

⁹⁸³Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Responsabilidades...*, op. cit., pp. 973 y 974.

contractuales⁹⁸⁴. Por el contrario, ZUMAQUERO GIL⁹⁸⁵ insiste en esta posibilidad aún tras la entrada en vigor de la LOE. Por nuestra parte, en línea con la doctrina dominante antes citada, entendemos que la legitimación activa ex LOE sólo cabe mientras continúe siendo dueño de todo o de parte del edificio. No obstante, en este caso último caso, no tendrá la autonomía de la que disponía cuando era dueño de todo el inmueble, pues su actuación podrá quedar sujeta al régimen de propiedad horizontal, y a cuanto hemos indicado sobre el ejercicio de acciones por el presidente de la comunidad de propietarios⁹⁸⁶. Además, puesto que es la propiedad del edificio la que lo convierte en asegurado respecto de los seguros del artículo 19, también perderá esta condición⁹⁸⁷, y será posible el ejercicio en su contra de las acciones que la aseguradora adquiera por subrogación ex artículo 43 LCS, para dirigirse contra el responsable de los daños⁹⁸⁸.

ii) Las opciones del promotor no propietario

En los términos apuntados, el promotor no propietario no podrá ejercitar las acciones de la LOE, de modo que, los derechos que le asistan frente a los demás agentes de la edificación, deberá articularlos por vía contractual y en base a los correspondientes contratos. Está será su principal opción en cuanto que, sólo en la responsabilidad de esta clase, podrán encontrar acomodo sus pretensiones dirigidas a que el causante de los daños proceda a su reparación, o a que éste le reintegre los costes incurridos, cuando haya debido asumir la subsanación de los defectos constructivos que los propietarios le reclamen.

b) Acciones de regreso

i) Supuestos habilitantes

También ostenta el promotor legitimación ex LOE para el ejercicio de las acciones de regreso⁹⁸⁹ del artículo 18.2. Dicha legitimación le habilitará para accionar en ejercicio de un derecho de repetición en las dos situaciones siguientes⁹⁹⁰:

- Cuando se decrete su responsabilidad solidaria “en todo caso”, como agente de la edificación, en su condición de garante del artículo 17.3, *in fine*, LOE.

⁹⁸⁴Al respecto, precisa CORDERO LOBATO, en, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 381 y 382, que “nos parece, por tanto, que si la legitimación activa del promotor enajenante en el artículo 1.591 se fundaba en su interés contractual en el contrato de obra, tal fundamento desaparece en el artículo 17 LOE, pues este precepto no es una norma que tutele el interés del comitente, sino sólo el interés de los propietarios, quienes, aunque puedan ser comitentes, sólo podrán ver resarcido su interés contractual en los estrechos márgenes del artículo 17.1. LOE”. En el mismo sentido MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 200

⁹⁸⁵Cfr. ZUMAQUERO GIL, L., “La figura...”, *op. cit.* p. 431a 433.

⁹⁸⁶Vid. *supra*, Capítulo Cuarto, § II.A).3.

⁹⁸⁷SAP de Madrid de 7 de julio de 2014 (JUR 2014\235986).

⁹⁸⁸En este sentido CARRASCO PERERA, A., “Capítulo 22. Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 465; y ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 909 y 910, que matiza lo anterior será así, salvo que la aseguradora excluya en la póliza el recurso contra el promotor.

⁹⁸⁹Vid. sobre el derecho de repetición, *infra* Capítulo Décimo.

⁹⁹⁰La configuración del promotor como responsable solidario en todo caso, deja en segundo plano su posible responsabilidad por hecho ajeno.

- Cuando se decrete su responsabilidad en los supuestos en los que “no pueda individualizarse la causa de los daños materiales o cuando quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que pueda precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido”, ex artículo 17.3, *ab initio*, LOE.

ii) Régimen del regreso

En ambos casos podrá repetir contra el agente responsable de los daños, bien sea por el todo, si no tiene ninguna responsabilidad en los defectos existentes, bien sea *pro cuota*, cuando sí la tenga. En principio, puede pensarse que la responsabilidad directa del promotor en los vicios constructivos es excepcional, pues sus obligaciones no conciernen al ámbito de la ejecución material de la obra⁹⁹¹. No obstante, puede tener responsabilidad directa en los defectos constructivos en muchos supuestos, como cuando elige materiales defectuosos o inadecuados; impone los tiempos de ejecución de la obra de forma inconveniente; ordena modificaciones en el proyecto para ahorrar costes; no realiza las modificaciones que resulten necesarias con el mismo motivo; o prescinde del proyecto y dirección técnica y la obra se ejecuta sin estos elementos⁹⁹². Esta acción de regreso tiene su fundamento último en el artículo 1.145.2º CC, y mediato en el artículo 18.2 LOE, pero será necesario que el promotor acredite la culpa de los demás agentes de la edificación, pues aquí no rige el carácter cuasi-objetivo de la responsabilidad ex LOE, que sólo se aplica a las acciones directas⁹⁹³. Además, en todo caso la acción de regreso requiere como presupuesto el previo pago. Aunque, con carácter general, en estos casos no rige la solidaridad, precisa MARTÍNEZ ESCRIBANO⁹⁹⁴, que cuando la responsabilidad del promotor deriva únicamente de su condición de garante ex artículo 17.3, *in fine*, podrá regresar por el todo, debiendo quedar indemne. En estos casos, si junto a esta solidaridad concurre otra ex artículo 17.3, *ab initio*, y son condenados otros agentes de modo solidario, también responderán de esta forma frente al promotor. Sin embargo, si la condena de éste se basa en el artículo 17.3, *ab initio*, sólo podrá regresar *pro cuota*, y el régimen de esta acción no tendrá carácter solidario, sino que se adecuará a lo previsto en el artículo 1.145.2º CC⁹⁹⁵.

2. Legitimación pasiva

El promotor ostenta en el régimen de la LOE legitimación pasiva en vía directa y de regreso, según desarrollamos a continuación.

a) Acciones directas

La legitimación pasiva del promotor es la clave de bóveda del régimen jurídico que instaura la LOE y sitúa a este agente como sujeto principal de las acciones que pueden ejercitar los propietarios. Así, a diferencia del artículo 1.591CC, que ni siquiera menciona al promotor —omisión que, como hemos analizado, fue salvada por el Tribunal Supremo—, la LOE brinda un generoso concepto de esta figura, al desposeerla de las notas de ánimo de lucro y profesionalidad, y al atribuir también su responsabilidad a otros actores que asumen funcionalmente sus atribuciones, tal y

⁹⁹¹MILÁ RAFEL, R., “Responsabilidad del promotor...”, *op. cit.*, p. 3

⁹⁹²*Ibidem*, pp. 4 a 6.

⁹⁹³*Vid.* STS de 22 de mayo de 2009 (RJ 2009\3034), que desestima la pretensión de regreso del promotor por no fundamentar la culpa de los demás agentes de la edificación.

⁹⁹⁴*Cfr.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 120 a 122.

⁹⁹⁵*Vid.* sobre el régimen de las acciones de regreso Capítulo Décimo, § II.C).1 y § II.E).

como prevé el artículo 17.4 LOE respecto de los gestores de cooperativas o comunidades de propietarios, cuando éstos participan con carácter decisorio en el proceso constructivo. Las acciones directas podrán dirigirse contra el promotor en base a los tres títulos de imputación que a continuación abordamos.

i) Solidaridad “en todo caso” ex artículo 17.3, in fine

La LOE erige al promotor en responsable solidario “en todo caso” con los demás agentes de la edificación, según dispone el artículo 17.3, *in fine*, incluso aunque se determine e identifique cuál de ellos ha sido el causante del defecto constructivo⁹⁹⁶. Esta solidaridad por hecho ajeno o de carácter vicario, también supone una novedad respecto al régimen del artículo 1.591 CC, que, salvo algunas excepciones⁹⁹⁷, sólo había consagrado su responsabilidad solidaria en supuestos equivalentes a los previstos en el artículo 17.3, *ab initio*, cuando no se podía individualizar la causa de los defectos existentes o el grado de participación de cada agente constructivo. Con la LOE, el promotor responde en todo caso, aunque las responsabilidades puedan individualizarse, tal y como establece la STS de 2 de febrero de 2018⁹⁹⁸. No obstante, cumple indicar que, bajo el régimen del artículo 1.591 CC, algunas sentencias ya esbozaban esta responsabilidad incondicional⁹⁹⁹. Con arreglo a ella responde “en todo caso”, como consecuencia de su posición de garante de la edificación, y obligado a contratar el seguro decenal del artículo 19. Como hemos indicado, esta solidaridad surge incluso aunque pueda individualizarse la responsabilidad e imputarse por completo a otro agente constructivo¹⁰⁰⁰, tal y como como confirma la jurisprudencia¹⁰⁰¹ y se infiere de la expresión legal “en todo caso”¹⁰⁰². En este punto, la LOE atribuye un plus de responsabilidad al promotor respecto del régimen aplicable bajo la esfera del artículo 1.591 CC¹⁰⁰³, pues éste responde de forma omnicompreensiva, aunque sólo en las relaciones externas, en las que frente al perjudicado no podrá evitar tener que responder, aunque acredite la culpa exclusiva de otro partícipe en el proceso

⁹⁹⁶ Vid., sobre esta clase de solidaridad, *infra* Capítulo Noveno, § II.B).2.a.i).

⁹⁹⁷ Vid. STS de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999\2375).

⁹⁹⁸ RJ 2018\282. Esta sentencia indica sobre esta responsabilidad que “*significa conforme a reiterada jurisprudencia de esta sala, 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» (...)*”; Vid. el mismo sentido, SSTS 2 de marzo de 2012 (RJ 2012\4635), 11 de abril de 2012 (RJ 2012\5746) o 24 de mayo de 2013 (RJ 2013\4620).

⁹⁹⁹ Vid. SSTS de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999\2375), de 24 de mayo (RJ 2007\4008) y 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8654). Esta última dispone que, “*el promotor, en definitiva, viene a hacer suyos los trabajos ajenos, realizados por personas a las que ha elegido y confiado, y los enajena a los adquirentes de los pisos. Su obligación de entrega, caso de que tengan vicios incurridos en el art. 1591, la ha cumplido de modo irregular, defectuoso, y no puede quedar liberado alegando responsabilidad de terceros ligados con él mediante los oportunos contratos*”.

¹⁰⁰⁰ VARGAS BENJUMEA, I., “La responsabilidad del promotor en el proceso de la edificación”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 76, febrero 2007, p. 22.

¹⁰⁰¹ STS de 11 de abril 2010 (RJ 2010, 5746).

¹⁰⁰² Vid. LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad personal individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 148 y 149. En el mismo sentido ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 790; o ABRIL CAMPOY, J.M., “La responsabilidad del promotor...”, *op. cit.*, p. 1246.

¹⁰⁰³ Precisa FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad ...*, *op. cit.*, pp. 229 a 231, que la solidaridad del promotor se erige en una responsabilidad universal provisoria, que tiene la naturaleza de solidaridad de origen, que existe desde que se formula la demanda.

edificatorio¹⁰⁰⁴. Responde, pues, “aunque no tuviera culpa”¹⁰⁰⁵ y debe afrontar cualquier vicio o defecto que presente la edificación, por lo que esta responsabilidad presenta un carácter objetivo más amplio y acusado que la de los demás agentes constructivos, lo que permite concluir que el importante contenido obligacional que le impone el artículo 9 LOE, guarda correspondencia con la legitimación incondicional que le endosa el artículo 17¹⁰⁰⁶. Es, en suma, una responsabilidad objetiva de carácter vicario, a la que siempre se acude, *responsabilité relais* según la doctrina francesa, o *responsabilidad en garantía* a la que alude la doctrina italiana¹⁰⁰⁷. De este modo, la LOE atribuye al promotor una solidaridad en estricta función de garantía, como garante de las obligaciones de los demás agentes de la edificación¹⁰⁰⁸.

ii) Solidaridad por causa ignota ex artículo 17.3, ab initio

También será el promotor responsable solidariamente cuando no se pueda individualizar la causa de los defectos existentes¹⁰⁰⁹ o, en caso de concurrencia de culpas —*rectius* concurrencia de diferentes causas o conductas¹⁰¹⁰— el grado de participación de cada agente constructivo ex artículo 17.3, *ab initio*. Se trata del trasunto en el régimen de la LOE de la solidaridad que, en situaciones equivalentes, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo instituyó bajo el régimen del artículo 1.591 CC, para no desamparar a los adquirentes de vivienda

iii) Responsabilidad por hecho propio ex artículo 17.2

Además, ha de reconocerse al promotor una responsabilidad ex LOE por hecho propio, cuando la causa de los vicios constructivos pueda atribuirse a su actuación, por tener éstos su origen en una modificación del proyecto ordenada por aquél, cuando aporte datos erróneos al proyectista¹⁰¹¹, o, en general, en cuanto el incumplimiento de las obligaciones a su cargo ex artículo 9 LOE puedan generar defectos constructivos¹⁰¹², como sucede cuando imponga al contratista la adquisición de determinados materiales defectuosos, o la ejecución de determinadas soluciones técnicas inadecuadas.

b) Acciones de regreso

¹⁰⁰⁴RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y, GARCÍA ALGUACIL, M^a.J., “Los criterios de imputación...”, *op. cit.*, pp. 140 y 144.

¹⁰⁰⁵Vid. MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 208

¹⁰⁰⁶ABRIL CAMPOY, J.M., “La responsabilidad del promotor...”, *op. cit.* p. 1.245.

¹⁰⁰⁷MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “El promotor...”, *op. cit.*, pp. 2.450 a 2.452.

¹⁰⁰⁸CADARSO PALAU, J., “La responsabilidad de los constructores en la Ley de Ordenación de la Edificación. Una aproximación a la nueva disciplina”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 7, noviembre 2000, p. 7

¹⁰⁰⁹Vid., sobre esta clase de solidaridad, *infra* Capítulo Noveno, § II.B).2.b.

¹⁰¹⁰Puesto que la LOE instaura una responsabilidad de carácter objetivo, no parece que aludir a la expresión “concurrencia de culpas” sea lo más correcto en buena técnica jurídica. No obstante, utilizaremos esta expresión por ser la que emplea la ley, y la que habitualmente se utiliza, aunque asumiendo esta matización.

¹⁰¹¹Vid. ZUMAQUERO GIL, L. “La figura del promotor...”, *op. cit.*, pp. 443 a 445.

¹⁰¹²Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C, *Análisis práctico...*, *op. cit.*, pp. 113 a 116. Precisa esta autora, que la modificación del proyecto sólo debería hacer surgir la responsabilidad del promotor, cuando la misma se realice a su instancia, pero no cuando la iniciativa parta de la dirección de obra, aunque aquél la autorice. A su vez, también remarca que el incumplimiento de las obligaciones del promotor, puede aparejar que se desencadenen responsabilidades a cargo de otros agentes de la edificación, en cuanto consientan actuaciones del primero que resulten contrarias a la *lex artis* profesional.

También podrá ostentar el promotor legitimación pasiva en base a las acciones de regreso¹⁰¹³ del artículo 18.2 LOE, en los casos en los que haya sido exigida a otro agente de la edificación una responsabilidad solidaria ex artículo 17.3, *ab initio*, por no haberse podido individualizar la causa del defecto o el grado de participación de cada agente constructivo, y se acredite posteriormente que es imputable a una actuación del primero. En estas acciones, la repetición podrá ser por el todo o *pro cuota*, en función de que el promotor tenga o no responsabilidad exclusiva en los daños. Se trata de un regreso que no tiene carácter solidario, regido en este punto por el artículo 1.145.2º CC.

D) La legitimación en la responsabilidad contractual

En el haz de relaciones contractuales que se articulan en torno al fenómeno de la edificación, será el promotor, como figura central del proceso constructivo, el que, por lo general, habrá entablado relaciones contractuales con todos o casi todos los agentes de la edificación, mientras que éstos, usualmente sólo intervendrán en alguno de los contratos que se concierten para la construcción del edificio, generalmente con el citado promotor. En el ámbito contractual, la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de acciones de esta índole, viene determinada por la necesidad de la previa existencia de un vínculo negocial, del que dimanen las concretas obligaciones exigibles por vía de acción o reconvención, como derivación del principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC. De este modo, de ordinario sólo el promotor tendrá acciones contra todos los intervinientes en el proceso constructivo, las cuales serán diferentes según la naturaleza del contrato suscrito con cada uno de ellos. El resto de agentes y los propietarios sólo dispondrán de acciones contra alguno o algunos de tales intervinientes. Así, será lo común que los adquirentes del edificio sólo tengan acción contractual contra el promotor en base al contrato de compraventa; y el constructor y los técnicos —proyectistas y directores de obra—, también sólo frente al promotor en base a los contratos suscritos con el mismo. Mediante estas acciones se podrá reclamar cualquier falta de conformidad respecto a lo pactado, cualquier incumplimiento que tengan encaje en el artículo 1.258 CC o en la inobservancia de la *lex artis* profesional.

1. Legitimación activa

El ejercicio de cualquier acción en este ámbito, parte de la insoslayable premisa de que, la construcción de un edificio con defectos constructivos, constituye un incumplimiento contractual¹⁰¹⁴, por lo que la finalidad del ejercicio de estas acciones por el promotor debe estar preordenada a conseguir el correcto cumplimiento de los contratos concertados con los agentes de la edificación, mediante la reparación de los vicios existentes. En este punto, conviene tener presente que, mientras no se haya producido la recepción de la edificación, sólo podrá aplicarse el régimen de responsabilidad por incumplimiento contractual¹⁰¹⁵, con arreglo a las normas generales que la regulan —artículos 1.091, 1.101, 1.124 ó 1.258 CC, principalmente—,

¹⁰¹³Vid., sobre las acciones de regreso, *infra* Capítulo Décimo, § II.C).1 y § II.E).

¹⁰¹⁴Como afirma ZUMAQUERO GIL, L., “La figura del promotor...”, *op. cit.* p. 425, “habrá por tanto incumplimiento de contrato cuando la obra no se realice en el tiempo pactado, no se ajuste a lo convenido o presente vicios constructivos de tal magnitud que frustren la finalidad del contrato”.

¹⁰¹⁵Vid., sobre la responsabilidad anterior al inicio de los plazos de garantía de la LOE, *infra* Capítulo Quinto, § IV.B).

si bien la resolución contractual sólo procederá en los casos de incumplimientos de especial gravedad¹⁰¹⁶. Una vez producida la recepción, resulta posible el ejercicio de las acciones de la LOE, y también las citadas de carácter contractual, dada la compatibilidad existente entre las mismas¹⁰¹⁷. La responsabilidad contractual está limitada subjetivamente a las partes del contrato¹⁰¹⁸, y reviste especial importancia cuando el promotor no pueda ejercitar aquellas, una vez ya no sea propietario del edificio, y lo habilitan para accionar en vía de repetición o, incluso antes, para exigir el correcto cumplimiento del contrato, cuando el mismo haya sido requerido al efecto en este sentido por los propietarios. Además, las acciones contractuales, no están sujetas a ningún plazo de garantía, y se pueden ejercitar aun cuando hayan transcurrido los de este carácter o los de prescripción que dispone la LOE¹⁰¹⁹.

a) Acciones directas

Con el ejercicio de la acción directa contractual por defectos constructivos, el promotor persigue exigir el correcto cumplimiento de los contratos a los agentes de la edificación con los que contrató, para evitar ser demandado por los propietarios. Se trata, en realidad, de una acción con finalidad cautelar, que actúa a modo de regreso anticipado, y que opera como una vía que puede activar cuando conozca la existencia de defectos constructivos, con mayor razón cuando haya sido requerido para su subsanación o incluso cuando ya haya sido demandado, pero aún no haya hecho frente a su responsabilidad¹⁰²⁰. En este último caso, de forma paralela a la demanda recibida del propietario, el promotor podrá demandar a los agentes de la edificación exigiéndoles responsabilidad contractual, siendo aconsejable interesar la acumulación de procesos¹⁰²¹, para evitar sentencias contradictorias y acompasar el ritmo de ambas reclamaciones. En ocasiones, se da la circunstancia de que, existiendo varios vicios constructivos, el promotor ya haya reparado algunos de ellos o lo haya hecho en cierta medida, de forma que la acción ejercitada en parte es directa y en parte de repetición.

i) Su ejercicio por el promotor no propietario

A diferencia de lo que sucede respecto de las acciones directas de la LOE, que el promotor pierde al dejar de ser propietario del edificio, las de carácter contractual perduran, como efecto de los contratos suscritos entre aquél y los diferentes agentes de la edificación. En este sentido, la jurisprudencia, siguiendo la doctrina¹⁰²² que permitió al promotor ejercitar la acción directa de ruina pese a no ser propietario, admite que pueda ejercitar en esta situación las acciones contractuales. Así, se le reconoce legitimación para el ejercicio de acciones contractuales, aunque haya vendido todo el edificio y aunque no se trate de acciones de repetición, para solucionar los problemas existentes y evitar ser demandado por los adquirentes, incluso para

¹⁰¹⁶ *Vid. infra* Capítulo Sexto, § III.B).

¹⁰¹⁷ *Vid. supra*, Capítulo Tercero, § I, sobre la compatibilidad entre ambos tipos de acciones.

¹⁰¹⁸ *Vid. en este sentido* CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 412, que afirman la compatibilidad de las acciones LOE con aquellas que existan entre los partícipes de la edificación por razón del contrato de obra.

¹⁰¹⁹ *Loc. cit.*

¹⁰²⁰ Si ya ha hecho frente a la responsabilidad la acción sería de regreso.

¹⁰²¹ *Vid.*, sobre la acumulación de procesos, *supra* Capítulo Tercero, § III.A).2.b).

¹⁰²² *Vid.* SSTS de 9 de junio de 1989 (RJ 1989\4417); 20 de diciembre de 2007 (RJ 2007\8664); o 10 de febrero de 2004 (RJ 2004\457).

exigir la *reparación in natura* mediante las reparaciones correspondientes¹⁰²³. De este modo, cuando haya vendido todo el edificio no podrá accionar con base en la LOE, pero sí podrá hacerlo con base en las acciones contractuales¹⁰²⁴. Esta legitimación la ostenta dado su indudable interés en que la prestación sea correctamente cumplida, siquiera sea para evitar ser demandado y no responder ante los propietarios.

ii) Limitaciones y cautelas

Bajo el régimen del artículo 1.591 CC, el reconocimiento de legitimación al promotor para el ejercicio de la acción directa de ruina tras la venta de todo el edificio, no estuvo exento de críticas, en las que latía la intención de evitar que aquél descargase la responsabilidad en los demás agentes para excluir la suya¹⁰²⁵, y también el temor de que pudiera perjudicar las ulteriores acciones de los adquirentes de vivienda. No en vano, aparte de otras consideraciones, se podría dar el caso de que el promotor, tras la estimación de su demanda, no repare los defectos constructivos, o lo haga de forma más económica para lucrarse, privando o impidiendo ejercer a los propietarios las oportunas acciones¹⁰²⁶. Por este motivo, entendemos que cuando el promotor ya haya vendido todo el edificio y no ejercite acciones de repetición, su legitimación en vía directa debe limitarse a reclamar la *reparación in natura*, o, incluso el cumplimiento por equivalencia, si bien en este caso los propietarios del edificio deberían designarse en el suplico de la demanda como beneficiarios de los pagos que deban efectuar los demandados¹⁰²⁷.

b) Acciones de regreso

Frente a las dudas que suscita el ejercicio de la acción directa contractual, la acción de repetición presupone que el promotor ya ha afrontado la responsabilidad derivada de los vicios constructivos frente a los propietarios, de modo que su acción ahora se dirige a recuperar lo desembolsado o lo invertido en la *reparación*¹⁰²⁸. Este

¹⁰²³ Vid. SAP de Barcelona de 23 de septiembre de 2010 (JUR 2009\302164). Esta resolución indica lo siguiente: “*PRIMERO. Siguiendo el orden de las cuestiones planteadas y resueltas en la sentencia y utilizando también en lo posible la misma economía de medios, cabe referirse en primer lugar a la legitimación de la actora, entidad promotora de las obras, para reclamar frente a los técnicos que han intervenido en las mismas. La sentencia sólo le reconoce legitimación para ejercitar las acciones de repetición por las cantidades que ha tenido que abonar para subsanar los defectos, pero no para el ejercicio de la acción de reparación "in natura", por corresponder sólo a los propietarios actuales. Consideramos que no se puede restringir la capacidad de actuación de la promotora, sino que ha de reconocérsele legitimación aun cuando haya vendido los distintos departamentos a los actuales propietarios. El que éstos adquieran las acciones para reclamar no significa que las pierda la promotora, que contrató con la constructora y los técnicos, con los que conserva acción para exigir el correcto cumplimiento contractual con vínculo nacido precisamente del mismo (STS de 7/11/2005), además del interés razonable que puede tener en solucionar los problemas constructivos para evitar las reclamaciones que puedan dirigir en su contra los adquirentes. Se podrá entrar a considerar la responsabilidad de los demandados en toda su integridad, es decir por las acciones de reintegro y por las de reparación*”.

¹⁰²⁴ Vid. SAP de Islas Baleares de 17 de marzo de 2014 (JUR 2014\91480).

¹⁰²⁵ Esta preocupación tiene su antecedente directo en el voto particular de la STS de 9 de junio de 1989 (RJ 1989\4417). Vid. *supra* § III.C).1.a)

¹⁰²⁶ En el mismo sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis práctico...*, *op. cit.*, pp.72 y 73

¹⁰²⁷ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J. “Comentario a la Sentencia de 28 de febrero de 2011”, *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 322 a 323, que indica que, el promotor que ha transmitido la totalidad de la edificación, sólo puede pedir la *reparación in natura*, salvo respecto a los defectos constructivos que ya hubiera abonado.

¹⁰²⁸ Vid. sobre la repetición de carácter contractual, *infra* Capítulo Décimo § III.

regreso, a diferencia de la repetición ex LOE, exige una base contractual, constituida por los diferentes contratos suscritos con los agentes de la edificación. La necesidad de regresar podrá venir motivada porque previamente los propietarios hayan exigido al promotor el cumplimiento de sus obligaciones como vendedor, y, éste, tras haber afrontado esta responsabilidad, repita contra los responsables finales con los que se encuentra contractualmente vinculado. La LOE no prevé ningún supuesto de responsabilidad por hecho ajeno del promotor, dado que, al establecer su responsabilidad solidaria “en todo caso”, aquella queda en segundo plano. Sin embargo, en el ámbito contractual, su responsabilidad como vendedor le hará responder en no pocas ocasiones por hecho ajeno, en cuyo caso podrá regresar en base a los diferentes contratos suscritos con los responsables de los defectos constructivos, pudiendo hacerlo por el todo o *pro cuota*, en función de que la responsabilidad sea o no exclusiva del demandado.

2. Legitimación pasiva

También con base en las acciones contractuales, podrá el promotor ser demandado por razón de los distintos contratos suscritos con los propietarios de las edificaciones, singularmente por incumplimiento del contrato compraventa, debido a la entrega de un edificio con defectos constructivos¹⁰²⁹.

a) Acciones directas

En estos supuestos, será sujeto pasivo de las acciones que puedan ejercitar los adquirentes del edificio, en base a los correspondientes contratos de compraventa, aun cuando hayan transcurrido los plazos de garantía previstos en la LOE y con arreglo al régimen prescriptivo del artículo 1.964 CC¹⁰³⁰. Estas acciones, en los términos que hemos abordado, podrán incluso ser ejercitadas por los subadquirentes¹⁰³¹, y mediante ellas se reclamará la entrega de una edificación libre de defectos constructivos. Especial singularidad presenta la posibilidad de que el promotor sea demandado en base al artículo 43 LCS, sobre la base de que el asegurador se subrogue en la acción que corresponde al dañado. Como ya hemos adelantado, su legitimación activa ex LOE sólo cabe mientras continúe siendo dueño de todo o parte del edificio. De este modo, si pierde la condición de propietario deja de poder utilizar las acciones ex LOE, y, puesto que es aquella condición la que lo convierte en asegurado respecto de los seguros del artículo 19, también perderá este cualidad, y será posible que el asegurador lo demande mediante las acciones que adquiera por vía de subrogación en base al artículo 43 LCS¹⁰³². Estas acciones serán todas las que titule el propietario, tanto las basadas en la LOE, como las de carácter contractual.

b) Acciones de regreso

También es posible el ejercicio contra el promotor de una acción de regreso con base contractual. Este supuesto puede darse en diversas circunstancias, como podrá suceder cuando un agente de la edificación haya respondido frente a los

¹⁰²⁹ Vid. sobre los defectos constructivos como incumplimiento contractual Capítulo Sexto, § I.

¹⁰³⁰ Vid. sobre la ampliación del plazo de responsabilidad que se implementa por vía contractual, Capítulo Tercero, §, II.

¹⁰³¹ Vid. *supra* § II.B).3.

¹⁰³² En este sentido CARRASCO PERERA, A., “Capítulo 22. Garantías por daño...”, *op. cit.*, p. 465; y ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 909 y 910.

propietarios, por el ejercicio contra el mismo de una acción basada en la LOE, en un supuesto de responsabilidad solidaria por causa ignota ex artículo 17.3, *ab initio*, y, siendo, la causa directamente atribuible a una decisión del promotor, el *solvens* se dirija contra éste, no en base a las acciones del artículo 18.2 LOE —v. gr. porque estas hayan prescrito—, sino en base al contrato suscrito entre ambos.

IV. LA LEGITIMACIÓN DE OTROS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN

A) El concepto de agente de la edificación

La integración del concepto de agente de la edificación no resulta una cuestión resuelta con la recomendable claridad en la LOE, lo cual genera dudas y discrepancias en torno a la determinación de quiénes sean los sujetos que deben responder con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17. Este concepto tiene una indudable trascendencia jurídica, por cuanto que al mismo se anuda la responsabilidad que la ley especial regula. Así, el artículo 17 está precedido por la rúbrica: “*Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación*”; luego matizada en su primer párrafo en cuanto hace alusión a “*las personas físicas y jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación*”, en línea con la literalidad del artículo 8. En este sentido, resulta llamativa es la falta de correspondencia existente entre el capítulo III (artículos 8 a 16) y el capítulo IV (artículos 17 a 20), en cuanto no mencionan ni se refieren a los mismos sujetos en todos los casos. Así, por un lado, la LOE, en su artículo 8, primero del capítulo III, intitulado “agentes de la edificación”, nos brinda un concepto amplio de éstos: “*son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación*”. Por otro, en el capítulo III se relacionan y regulan los siguientes agentes de la edificación: artículo 9, el promotor; artículo 10, el proyectista; artículo 11, el constructor; artículo 12, el director de obra; artículo 13, el director de la ejecución; artículo 14, las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación; artículo 15, los suministradores de productos; artículo 16, los propietarios y usuarios¹⁰³³. Por otro, el artículo 17 LOE, primero del capítulo IV, intitulado “responsabilidades y garantías”, relaciona a otras figuras no citadas en el capítulo III, como son los profesionales que realizan cálculos, estudios, dictámenes o informes (artículo 17.5.2º); el jefe de obra (artículo 17.6.1º); el subcontratista (artículo 17.6.2º.) y el gestor de cooperativas o comunidades de propietarios (artículo 17.4.); pero no menciona expresamente al suministrador de productos de construcción con la amplitud que el mismo se define en el artículo 15 —fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores—; ni a las entidades y laboratorios de control de calidad reguladas en el artículo 14. Finalmente, ni en el capítulo III, ni el artículo 17 se mencionan otros agentes como es el caso del *project manager*¹⁰³⁴.

1. Los sujetos responsables en la LOE

Ante esta falta de coordinación, cabe preguntarse quiénes son los agentes de la edificación llamados a responder con arreglo al artículo 17, si sólo los mencionados en este precepto, de forma que, v. gr., los laboratorios y entidades de control de calidad no responderán ex LOE, pese a estar incluidos en su artículo 14; o si

¹⁰³³En realidad, los propietarios y usuarios no pueden considerarse agentes de la edificación. *Vid. supra* § II.C). En este sentido ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 709 y 710

¹⁰³⁴Sobre esta figura *vid supra* § III.B).7.

responderán ex artículo 17 todos los mencionados en cualquier precepto de la ley especial, pero sólo éstos; o si responderá quien interviene en el proceso de construcción y sea el causante material del daño, aunque no esté incluido en la LOE o aunque en esta norma no se contemple su responsabilidad directa¹⁰³⁵. Al respecto en la doctrina se mantienen dos teorías según exponemos a continuación.

a) *Numerus apertus*

CORDERO LOBATO¹⁰³⁶ admite la responsabilidad ex LOE de todos los partícipes en el proceso de la edificación, aunque no estén expresamente mencionados en la LOE. En sentido similar, MARTÍNEZ ESCRIBANO¹⁰³⁷ considera que debe responder el causante material del daño, se encuentre o no incluido en el capítulo III. En la misma línea, ESTRUCH ESTRUCH¹⁰³⁸ considera igualmente que deben responder todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso constructivo, según el tenor del artículo 17.1, aun cuando no sean mencionados en este precepto ni en los artículos 8 a 15 LOE. De este modo, este autor admite la responsabilidad directa de los subcontratistas, suministradores de productos, entidades y laboratorios de control de calidad o de otros profesionales que pudieran haber participado en el proceso edificatorio, “*aun cuando no se encuentren expresamente mencionados en la Ley*¹⁰³⁹”. También comparte esta opinión SIERRA PÉREZ¹⁰⁴⁰, que precisa que, dado el tenor del artículo 8, la enumeración de los agentes de la edificación que se hace en los artículos siguientes tiene carácter ejemplificativo, y no excluye la atribución de dicha condición a cualquier otro partícipe en la construcción del edificio. CADARSO PALAU¹⁰⁴¹ considera al *project manager* como agente de la edificación, y entiende que lo relevante es la función efectivamente desempeñada en el proceso constructivo, de modo que es el carácter objetivo de la intervención lo que determina la responsabilidad según el artículo 17. También participa de esta doctrina SABORIDO SÁNCHEZ¹⁰⁴², que considera al *project manager* incluido en el artículo 8 LOE, a efectos de responder según artículo 17¹⁰⁴³ y hace extensivo al mismo el régimen de la solidaridad, pese a que no se menciona expresamente en este precepto, así como la posibilidad de ser traído al proceso conforme a la DA 7ª LOE¹⁰⁴⁴. CASTILLEJO MANZANARES¹⁰⁴⁵ también califica como agentes a todos los que son parte en el proceso edificatorio, con base en el concepto contenido en el artículo 8 LOE. MONSERRAT VALERO destaca que la omisión del subcontratista en los artículos 9 a 15 LOE no impide su consideración como agente de la edificación con base en el artículo 8, pues la responsabilidad por hecho ajeno del constructor ex artículo 17.6.2º, no excluye la responsabilidad directa de aquél¹⁰⁴⁶.

¹⁰³⁵CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 426.

¹⁰³⁶Vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, op. cit. pp. 384 a 387.

¹⁰³⁷Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis Práctico...*, op. cit., p. 102

¹⁰³⁸Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Responsabilidades...*, op. cit., pp. 707 a 710.

¹⁰³⁹Loc. cit., donde precisa este autor que este es el caso de los geólogos.

¹⁰⁴⁰Vid. en este sentido SIERRA PÉREZ, I. “La responsabilidad...”, op. cit., p. 118. En el mismo sentido VINADER CARRACEDO, J., “Los arrendamientos...”, op. cit., p. 491.

¹⁰⁴¹CADARSO PALAU, J., “Gestores de Proyecto, arquitectos...”, op. cit., pp.1.530 y 1531.

¹⁰⁴²SABORIDO SÁNCHEZ, P., “La figura del gestor de proyecto...”, op. cit. pp. 351 a 355.

¹⁰⁴³*Ibidem*, pp. 348 a 351.

¹⁰⁴⁴*Ibidem*, pp. 351 a 355.

¹⁰⁴⁵CASTILLEJO MANZANARES, R., “Legitimación...”, op. cit., pp. 4 y 5.

¹⁰⁴⁶MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 261.

También defienden esta posición de *numerus apertus* GÓMEZ MARTÍNEZ¹⁰⁴⁷ o SANTANA NAVARRO¹⁰⁴⁸.

b) Numerus clausus

Para SIERRA GIL DE LA CUESTA¹⁰⁴⁹, pese a los amplios términos del artículo 17.1, los restantes apartados de ese precepto limitan el círculo de los responsables al promotor, constructor, proyectista, director de obra y director de ejecución. En sentido similar, SEIJAS QUINTANA y REPRESA SACRISTÁN¹⁰⁵⁰ sólo consideran agentes de la edificación a las personas que establece la LOE, e indican que el hecho de que el artículo 17 aluda a las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de construcción, no autoriza a traer al proceso a personas distintas de las que la ley menciona. De ahí que esta norma establezca una serie de responsabilidades por hecho ajeno, que no tendrían sentido si el causante del daño pudiera ser llamado directamente al proceso. También señalan estos autores que la DA 7ª solo permite llamar a los agentes que se mencionan en la LOE. Éstos serían el promotor, proyectista, director de obra, director de ejecución de la obra, constructor, suministradores de productos, entidades y laboratorios del control de calidad, subrayando ambos autores la ausencia del geólogo, pese a la importancia del estudio geotécnico. Mantiene también esta postura ORTI VALLEJO¹⁰⁵¹, que sólo considera agentes a los regulados en los artículos 9 a 15, con la excepción de los laboratorios y entidades de control de calidad, por considerar que no intervienen directa ni indirectamente en la obra. La STS de 14 de marzo de 2018¹⁰⁵² niega el carácter de agente de la edificación al subcontratista y no admite el ejercicio en su contra de las acciones directas de la LOE.

2. ¿Permite la LOE reclamar directamente al causante material del daño?

Esta cuestión, directamente relacionada con la anterior, se suscita, principalmente, respecto de los supuestos en los que la LOE establece una

¹⁰⁴⁷ Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Algunos aspectos procesales en la aplicación del régimen de responsabilidad del artículo 1.591 CC y de la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, pp. 94 y 95.

¹⁰⁴⁸ Vid. SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp.182.

¹⁰⁴⁹ Vid. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, pp. 926 a. 936. Este autor indica que, pese a los amplios términos del 17.1, los siguientes apartados acotan quienes pueden ser demandados al amparo de la LOE; y que la LOE remite la responsabilidad del subcontratista al ámbito contractual con el contratista, excluyendo su legitimación pasiva según dispone el artículo 17.6 LOE.

¹⁰⁵⁰ SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 201 a 203.

¹⁰⁵¹ ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 788 y 789.

¹⁰⁵² RJ 2018\980, esta sentencia indica que “el subcontratista es referido en otros preceptos de la LOE, dado que la evidente realidad de su existencia en las obras no podía ignorarse, lo cual no significa que se le diese estatus de «agente de la edificación»”. A tal efecto, se cita al subcontratista en los artículos 17.6.2 y 11.2.e), especialmente para determinar que el responsable de su actuación es el constructor; también, en este sentido, *vid.* STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015\1029), que no admite la llamada del subcontratista ex DA 7ª LOE, al negarle el carácter de agente de la edificación.

responsabilidad por hecho ajeno en el artículo 17¹⁰⁵³, en los que cabe plantearse si sólo se puede reclamar a quien responde por otro según la previsión legal, o si también cabe hacerlo frente al responsable final del daño. Esta cuestión la abordamos al tratar la responsabilidad por hecho ajeno¹⁰⁵⁴.

B) Legitimación activa

1. Exclusiva legitimación para el ejercicio de acciones de regreso

a) En la LOE

Salvo el promotor, los demás agentes de la edificación sólo ostentarán legitimación activa para ejercitar acciones de regreso, bien sea cuando hayan sido condenados solidariamente ex artículo 17.3, *ab initio*, LOE, para reclamar contra los demás responsables, bien cuando deban responder por hecho ajeno¹⁰⁵⁵, a fin de exigir la responsabilidad correspondiente al causante final de los daños. Estas acciones de repetición o regreso podrán ejercerse con base en lo dispuesto en el artículo 18.2 LOE, cuando la condena o la responsabilidad que hayan asumido se fundamente en esta norma. Esta legitimación limitada a la acción de regreso deriva de la vinculación que la LOE establece entre la propiedad del edificio y la acción directa del artículo 17. Por este motivo, sólo el promotor, mientras sea titular del edificio, podrá ejercitar la acción directa de la ley especial.

b) En la responsabilidad contractual

Sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar las acciones de regreso ex LOE, los agentes de la edificación también podrán apelar, como vía para articular la repetición, a las acciones de carácter contractual, en base a los singulares vínculos de este orden que mantengan con los demás agentes o con las personas respecto de las que deben responder por hecho ajeno. Así, p. ej., sucederá cuando un constructor repita contra su subcontratista, por haber hecho frente previamente a una reclamación de responsabilidad contractual del promotor, por un hecho imputable al citado subcontratista.

2. Falta de legitimación para el ejercicio de acciones directas

a) En la LOE

Al abordar la legitimación de los demás agentes de la edificación distintos del promotor, tanto en la LOE como en el ejercicio de acciones de carácter contractual, se ha de partir de la base de que, en lo que a vicios constructivos se refiere, los mismos carecen de legitimación activa para accionar por vía directa a fin de conseguir la reparación de tales defectos. Lo anterior, puesto que el artículo 17.1 LOE sólo reconoce legitimación a los propietarios, circunstancia que sólo concurrirá en el promotor mientras no transmita todo el edificio.

¹⁰⁵³ Vid. LOE, artículos 17.5.2º, en relación al proyectista respecto de otros profesionales; 17.6 sobre el constructor respecto del jefe de obra, subcontratista y suministradores de productos; y 17.7.2º en relación al director de obra respecto del proyectista.

¹⁰⁵⁴ Vid. *infra* Capítulo Noveno § II.D).

¹⁰⁵⁵ Vid. LOE, Artículo 17.5.2º, proyectista respecto de otros profesionales; 17.6 constructor respecto del jefe de obra, subcontratista y suministradores de productos; 17.7.2º director de obra respecto del proyectista.

b) En la responsabilidad contractual

En el ámbito contractual tampoco sería posible el ejercicio de acciones directas, en cuanto que los contratos que dichos agentes hayan suscrito, que de ordinario sólo lo habrán sido con el promotor o entre ellos mismos, no les facultarán para reclamar por unos hechos que nos les perjudican, en cuanto que no son los titulares del bien dañado. Si esta cuestión se admite con dudas en el caso del promotor¹⁰⁵⁶, dado su papel central en el proceso constructivo, entendemos no cabe aceptarla respecto de los demás agentes constructivos. A lo sumo, cabría plantear que éstos, con base en los contratos suscritos con el promotor o con otros agentes, ostentaran legitimación para ejercitar acciones directas por vicios constructivos, para articular una pretensión meramente declarativa, a fin de que se decretase su irresponsabilidad en algún defecto de particular relevancia. Incluso yendo más allá de esta posición, se podría pensar en que, al igual que sucede en el caso de promotor que ha dejado de ser propietario, pudieran ejercitar acciones contractuales directas, en base al interés que también ostentan en el correcto cumplimiento de los contratos que hayan suscrito. No obstante, esta posibilidad debe entenderse en términos muy restrictivos, dadas las dudas y críticas que estas acciones suscitan en el caso del promotor, con las mismas o mayores limitaciones propuestas respecto de éste¹⁰⁵⁷, y, además, esta hipótesis sólo cabría instrumentarla si media contrato entre el agente en cuestión y el sujeto destinatario de la demanda, —v. gr. entre contratista y subcontratista¹⁰⁵⁸—.

C) Legitimación pasiva

A la hora de delimitar la legitimación pasiva en la LOE y en la responsabilidad contractual de estos otros agentes de la edificación, emerge la distinta naturaleza de cada uno de estos regímenes. Así, en cuanto que en aquella norma la responsabilidad tiene un fundamento legal, la legitimación pasiva se articula al margen de los vínculos negociales, mientras que, por el contrario, en el ámbito contractual es imprescindible la existencia un previo contrato que vincule a las partes¹⁰⁵⁹.

1. En la LOE

Con base en estas normas los agentes de la edificación podrán ser objeto de acciones directas y de acciones de repetición

a) Acciones directas

Las acciones directas se basarán, de ordinario, en la responsabilidad individual que establece el artículo 17.2 LOE, bien sea por hecho propio o en los supuestos en los que se establece una responsabilidad por hecho ajeno. También podrán ejercitarse acciones directas con base en los distintos supuestos de solidaridad que previene la ley especial, bien sea la solidaridad subsidiaria por causa ignota del artículo 17.3, *ab initio*, o en los otros supuestos que recoge el artículo 17, cuando se produce una

¹⁰⁵⁶ Vid. *supra* § III.C.1.a).

¹⁰⁵⁷ Vid. *supra* § III.C.1.a).

¹⁰⁵⁸ Ya respecto del promotor indicábamos *supra* § III.C.1.a), que cuando haya vendido todo el edificio y no ejercite acciones de repetición, su legitimación debe limitarse a reclamar la reparación *in natura*, o, incluso el cumplimiento por equivalencia, si bien en este caso los propietarios del edificio deberían designarse como beneficiarios de los pagos que deban efectuar los demandados.

¹⁰⁵⁹ Vid. *supra* Capítulo Tercero, § III.A.1.b).i).

actuación conjunta de los proyectistas o directores de ejecución, regulados en los apartados 5 y 7, respectivamente, de este precepto.

b) Acciones de regreso

La responsabilidad en vía de regreso de los agentes de la edificación, podrá generarse por dirigirse contra los mismos una acción de repetición en los supuestos de solidaridad en garantía del promotor ex artículo 17.3, *in fine*; en los que se establezca la responsabilidad solidaria subsidiaria ex artículo 17.3, *ab initio*; o en los que algún agente responda por hecho ajeno¹⁰⁶⁰ —v. gr. responsabilidad por hecho ajeno del director de obra respecto del proyectista ex artículo 17.7 LOE—.

2. En la responsabilidad contractual

En este ámbito, los agentes de la edificación distintos del promotor podrán ser demandados también en vía directa o de regreso.

a) Acciones directas

Esta responsabilidad directa contractual, de ordinario, sólo les será exigible por el promotor, pues, por un lado, no habrán contratado con los compradores del edificio; y, por otro, y, por lo común, sólo en casos muy concretos y de forma muy matizada sería admisible que agentes distintos del promotor puedan ejercitar acciones directas para la reparación de defectos constructivos¹⁰⁶¹.

b) Acciones de regreso

Esta responsabilidad en vía de regreso les podrá ser exigida generalmente por el promotor, o por cualquier otro agente con el que hayan contratado, en los mismos casos antes expuestos en los que puede operar la responsabilidad solidaria “en todo caso” del promotor ex artículo 17.3, *in fine*; en los que se establezca la responsabilidad solidaria por causa ignota ex artículo 17.3, *ab initio*; o en los que algún agente responda por hecho ajeno respecto de otro de ellos —v. gr. responsabilidad por hecho ajeno del director de obra respecto del proyectista ex artículo 17.7 LOE—. No obstante, como ya hemos avanzado, la articulación de esta repetición por vía contractual exige la presencia de un vínculo negocial entre las partes¹⁰⁶², pues, en otro caso, la repetición sólo se podrá ejercitar con base en la LOE si la responsabilidad asumida deriva del ejercicio de una acción basada en esta norma.

¹⁰⁶⁰ Vid. LOE, artículos 17.5, proyectista respecto de otros profesionales; 17.6 constructor respecto del jefe de obra, subcontratista y suministradores de productos; y 17.7.2 director de obra respecto del proyectista.

¹⁰⁶¹ Vid. *supra* § IV.B).2.b).

¹⁰⁶² Vid. STS de 14 de marzo de 2018 (RJ 2018\980), que remarca la vigencia del principio de relatividad de los contratos. Vid. HIDALGO GARCÍA, S., *El contrato...*, op. cit., p. 177.

CAPÍTULO QUINTO. LOS DEFECTOS CONSTRUCTIVOS EN LA LOE. PLAZOS DE GARANTÍA Y ACCIONES

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo se nuclea en torno al estudio de la responsabilidad civil derivada de los defectos¹⁰⁶³ o vicios constructivos, en cuanto éstos constituyen la causa de diversos daños y perjuicios, entre ellos los materiales en el propio edificio, pero también otros como daños corporales, morales, en bienes muebles, daños indirectos o lucro cesante. Existe, por tanto, una relación de causa-efecto entre aquéllos y éstos. A su vez, los primeros suelen ir anudados a un incumplimiento de la *lex artis* por parte de los agentes de la edificación. El tratamiento de los vicios constructivos y de la responsabilidad civil asociada a los daños que originan, es distinto en el artículo 1.591 CC y en la LOE, pese a que esta norma ha venido a sustituir a aquella y a que, en muchos aspectos, es heredera del acervo jurisprudencial generado en la interpretación de aquel precepto. En particular, en lo que concierne a los defectos constructivos, la LOE establece una triple clasificación que diferencia entre los estructurales, los relativos a la habitabilidad y los de terminación o acabado. Además, esta norma precisa su alcance en función de tres criterios: el temporal, que se proyecta en los distintos plazos de garantía en los que deben manifestarse los citados vicios; el de localización, relativo al elemento constructivo al que afecten; y el del daño producido o utilidad menoscabada¹⁰⁶⁴. De este modo, esta norma se caracteriza por establecer una regulación impregnada de un carácter netamente selectivo, totalmente ausente en el artículo 1.591 CC, que sólo se refiere a la ruina del edificio sin matización alguna, y que la jurisprudencia interpretó dando lugar al amplio concepto de “ruina funcional”.

II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DEFECTO CONSTRUCTIVO EN LA LOE

A) El régimen del artículo 1.591 CC y el concepto de ruina funcional

Como hemos indicado, el régimen del artículo 1.591 CC sólo alude a la ruina del edificio, que, en sede de responsabilidad extracontractual, se extrapola a los artículos 1.907 y 1.909 CC. Este concepto de ruina da lugar a la responsabilidad decenal, así denominada por la duración del plazo de garantía en el que debe manifestarse —“dentro de los diez años contados desde que se concluyó la construcción”—. A su vez, la alusión inicial de este artículo 1.591 CC al edificio “que se arruina por vicios de construcción”, lleva a considerar que el supuesto objeto de regulación lo constituye el derrumbamiento total. No obstante, el hecho de que esta interpretación habría limitado en exceso la aplicación de precepto, reduciéndolo a algunos casos excepcionales, unido a la inexistencia de cualquier otro que

¹⁰⁶³En cuanto a la terminología, el artículo 17 LOE alude a los daños materiales causados en el edificio por “vicios o defectos”. Por su parte el artículo 1.591 CC alude a “vicios de la construcción” o “vicios del suelo o de la dirección”.

¹⁰⁶⁴CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 418.

estableciese un régimen de responsabilidad para los defectos constructivos de menor gravedad, llevaron a la jurisprudencia a ensanchar su ámbito de material a supuestos distintos a los inicialmente previstos en su literalidad. De este modo, la jurisprudencia ha delimitado un concepto de ruina poliédrico, que, junto a la ruina total o derrumbamiento general del edificio, también considera como tal la ruina parcial, la ruina potencial, la ruina funcional, la ruina contractual o incluso, en algún caso, la ruina estética¹⁰⁶⁵. Así, el concepto puramente gramatical de ruina ha sido superado en base a una interpretación extensiva, que proyecta su aplicación no sólo a los vicios más graves, *gros ouvrages* del Derecho francés, sino también a las *mal façons* u obras meramente defectuosas¹⁰⁶⁶. De este modo, este concepto engloba también aquellos defectos constructivos que determinan que la obra resulte inútil para la finalidad que le es propia, lo que el Alto Tribunal perfiló en torno al amplio y versátil concepto de “ruina funcional”. Pese a todo, quedan extramuros del artículo 1.591CC algunos defectos constructivos que la jurisprudencia estima no son constitutivos de ruina, por tratarse de defectos de pequeña entidad, o por consistir en incumplimientos contractuales que no se traducen en daños materiales, sino en diferencias entre lo ejecutado y lo proyectado¹⁰⁶⁷. Como hemos indicado, de entre los conceptos de ruina manejados por la jurisprudencia, el que ha tenido mayor alcance práctico ha sido el de “ruina funcional”, que alude a defectos o daños alejados de la idea original de ruina, pero que suponen la existencia de *“desperfectos y deficiencias que 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 ruínógenos a los efectos de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil”*¹⁰⁶⁸. Este término de ruina funcional entronca, en líneas generales, con los defectos de habitabilidad del artículo 17.1.b) LOE, aunque cumple reseñar que, en el régimen del artículo 1.591 CC, existe un único plazo decenal de garantía para todos los vicios con independencia de su entidad. En cualquier caso, la determinación de la ruina es una *quastio facti*¹⁰⁶⁹, cuya determinación se atribuye al tribunal de instancia. Como corolario de lo anterior, el criterio de la jurisprudencia no ha sido uniforme al interpretar este concepto, de modo que el mismo defecto constructivo es considerado como ruínógeno en unos casos y no en otros, sin que sepa la razón que origina este tratamiento dispar¹⁰⁷⁰.

B) La responsabilidad selectiva de la LOE

1. La correlación entre la tipología del defecto y el plazo de garantía

De modo diferente al artículo 1.591 CC, el artículo 17.1 LOE regula la responsabilidad por defectos constructivos de modo selectivo, delimitándolos en función de los requisitos básicos de la edificación que se vean afectados,

¹⁰⁶⁵ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis Práctico...*, op. cit., pp. 32 a 37; CORDERO LOBATO, E, “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, op. cit., pp. 364 y 365

¹⁰⁶⁶ RUBIO SAN ROMÁN, J.I., *La responsabilidad civil en la construcción*, Colex, Madrid, 1987, p. 242.

¹⁰⁶⁷ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis Práctico...*, op. cit., pp. 37 y 38.

¹⁰⁶⁸ STS de 19 julio de 2010 (RJ 2010\6559) o 27 abril de 2009 (RJ 2009\2899). Esta dispone que “en definitiva, el concepto de “ruina” no es el restrictivo que significa destrucción de la obra, sino otro 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 (SSTS de 30 de enero de 1997 (RJ 1997, 845) 4 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1039) y 21 de junio de 1999 (RJ 1999, 4390)”.

¹⁰⁶⁹ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., p. 79.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*, p. 101.

singularmente la seguridad estructural o la habitabilidad. Lo anterior, se traduce en defectos de distinta gravedad, a los que se vinculan diferentes plazos de garantía¹⁰⁷¹, cuya duración se gradúa en atención a aquella gravedad. En este sentido, se caracterizan tres tipos de defectos o vicios constructivos, como son los estructurales, los de habitabilidad y los de terminación o acabado, a los que se anudan tres plazos de garantía, de diez, tres y un año, respectivamente. A su vez, las diferencias también se proyectan sobre los sujetos responsables de cada tipología, pues de los defectos de terminación y acabado, en principio, sólo responderá el constructor¹⁰⁷²; y sobre las garantías del artículo 19, que serán diferentes y tendrán diferentes coberturas y cuantías en función del tipo de defecto asegurado. De este modo, frente al trato general y uniforme con el que el artículo 1.591 CC aborda esta materia, el artículo 17.1 LOE la regula de forma analítica, disponiendo un régimen jurídico distinto en función de la triple clasificación que de los defectos efectúa, aunque condicionado por la incompleta coordinación que existe entre este precepto y el artículo 3.1 LOE, en cuanto éste establece los requisitos básicos de la edificación. Con este planteamiento legal, sólo surgirá la responsabilidad ex LOE si el defecto constructivo puede ser incardinado en alguna de las tres categorías indicadas¹⁰⁷³. Así, la precisión y detalle con la que el artículo 17.1 describe cada tipo de vicio, parece indicar que nos encontramos ante una enumeración limitativa, que impide extender el régimen de la LOE a otros distintos¹⁰⁷⁴. No obstante, no se responde por el defecto, sino por el daño que aquél haya causado en el edificio, aunque el concepto de daño debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo no solo la destrucción o el deterioro, sino la necesidad de efectuar costes de reparación para recuperar el uso pleno de la cosa¹⁰⁷⁵. Del modo expuesto, los vicios constructivos activan la aplicación del régimen de la LOE y a los mismos, en función de su gravedad, les resulta de aplicación un determinado plazo de garantía¹⁰⁷⁶, incumbiendo al actor probar el afloramiento del daño dentro del correspondiente plazo de cobertura¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷¹Este modelo con plazos de distinta duración en función de las características del defecto, es el establecido en el modelo francés desde 1978, principal fuente de inspiración de la LOE. Vid. GÓMEZ DE LA ESCALERA, R.C., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 43 a 50, que precisa como la ley núm. 78/12, de 4 de enero de 1978, modifica los artículos 1.792 y 2.270 del *Code*, estableciendo un plazo de "garantía decenal" para vicios ocultos o aparentes, si sus consecuencias sólo son evidentes con el paso del tiempo, que comprometan la solidez de la obra o la hagan impropia para su destino; un plazo de "garantía de buen funcionamiento" de dos años en relación a los elementos de equipamiento del edificio, que parece quedar limitado a los bienes muebles; y un plazo de "garantía de perfecta terminación" que se extiende a los desperfectos que presente la obra durante el año siguiente a la recepción, a cargo este último plazo exclusivamente del constructor.

¹⁰⁷²Salvo lo anterior, el artículo 17 LOE no establece más criterios de atribución de responsabilidad, a diferencia de las previsiones contenidas en el artículo 1.591 CC, que atribuía la responsabilidad al constructor cuando se trate de "vicios de la construcción", y al arquitecto cuando se trate de "vicios del suelo o de la dirección". De este modo, en la LOE la responsabilidad deberá atribuirse en función de las competencias y obligaciones de los distintos agentes de la edificación, determinadas por esta norma, el CTE, los respectivos estatutos profesionales, las demás normas que resulten de aplicación en cada supuesto y la *lex artis* profesional. En este sentido vid. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., "Responsabilidad...", op. cit., p. 198.

¹⁰⁷³Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 418

¹⁰⁷⁴Loc. cit.

¹⁰⁷⁵COLINA GAREA, R., "La determinación del daño...", op. cit., p. 679.

¹⁰⁷⁶*Ibidem*, p. 680.

¹⁰⁷⁷Vid. CORBAL FERNÁNDEZ, J.F. "El tiempo en la responsabilidad por vicios de defectos en la edificación", en *Derecho de la edificación*, coordinado por P. Sala Sánchez, 2^a ed., Bosch, Barcelona,

2. Los defectos constructivos como incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación

a) Los requisitos básicos de la edificación

Desde su Exposición de Motivos, la LOE revela una preocupación de primer orden por la calidad de la edificación, que se proyecta en su artículo 3 en cuanto relaciona y regula los requisitos básicos de la edificación¹⁰⁷⁸. Así, este artículo recoge estos requisitos de forma directa en su apartado 1, y de forma indirecta en su apartado 2, por remisión al Código Técnico de la Edificación (CTE). Estas exigencias o requisitos básicos de la edificación se agrupan en tres categorías, como son la **funcionalidad** (apartado 1.a) —que a su vez integra características tales como la posibilidad de utilización conforme a las funciones previstas en el edificio; accesibilidad para personas de movilidad o comunicación reducida; acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información; y servicios postales—; **seguridad** (apartado 1 b) —que a su vez integra los requisitos sobre seguridad estructural, para evitar que se comprometa la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; seguridad en caso de incendio; y, seguridad en la utilización del edificio—; y **habitabilidad** (apartado 1 c) —que a su vez se subdivide en requisitos sobre salubridad, estanqueidad 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. De este modo, los defectos constructivos constituyen un incumplimiento de los requisitos básicos de calidad en la edificación, es decir suponen el reverso de una misma moneda¹⁰⁷⁹.

b) Su desarrollo por el Código Técnico de la Edificación

El apartado 2 del artículo 3 LOE remite al CTE¹⁰⁸⁰ como “*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 artículo 2.2, de tal forma que permita el cumplimiento de los anteriores requisitos básicos*”. Además, el CTE, según dispone el párrafo tercero de este apartado 2, “*podrá completarse con las exigencias de otras normativas dictadas por las Administraciones competentes y se actualizará periódicamente conforme a la evolución de la técnica y la demanda de la sociedad*”. De este modo, la LOE y el CTE establecen un marco normativo mínimo en lo que a calidad de la edificación se refiere, que puede ser mejorado por las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en esta materia. En concreto, el CTE, en sus artículos 9 a 15, establece las exigencias básicas de los edificios¹⁰⁸¹, que pueden cumplirse mediante los procedimientos técnicos descritos en los Documentos Básicos (DBs) del artículo 3.2; mediante los que se contengan en los Documentos Reconocidos (DRs) del artículo 4, como complemento de los anteriores; o mediante soluciones alternativas justificadas en proyecto bajo la responsabilidad del proyectista

2001, pp. 337-341; VICENTE TORRES, M., *Distribución de responsabilidades entre los principales agentes de la edificación*, Tesis Doctoral, Universidad Politécnica de Valencia, 2015, pp. 137 y 138.

¹⁰⁷⁸ Vid. *supra* Capítulo Segundo, § III.C).

¹⁰⁷⁹ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 39 y 48.

¹⁰⁸⁰ Vid. *supra* Capítulo Segundo, § III.B).

¹⁰⁸¹ El artículo 3.3 CTE remite la regulación de los requisitos básicos de funcionalidad a su normativa específica.

o director de obra con la conformidad del promotor, siempre que con ellas se alcancen prestaciones equivalentes a las derivadas de la aplicación de los DBs. Además, el CTE, pese a su carácter codificador, establece remisiones a normas externas que conservan su vigencia, como sucede con la Norma de Construcción Sismorresistente¹⁰⁸², entre otras.

3. Delimitación del concepto de defecto constructivo en la LOE

Del modo expuesto, el régimen jurídico aplicable para la reclamación de los daños causados en un edificio, fundamentalmente en cuanto a los plazos de garantía, vendrá determinado por la calificación que merezca el defecto constructivo que lo ocasiona —estructural, de habitabilidad o de terminación o acabado—, pero, a su vez, este defecto merecerá una u otra clasificación en función del daño causado¹⁰⁸³. El vicio que contempla la LOE es el originario, descartando el sobrevenido, si bien se considera como *ab origine* todo aquel que se manifieste en los plazos de garantía¹⁰⁸⁴. De esta manera, se evidencia una estrecha relación causa-efecto entre vicio constructivo y daño producido, de carácter bidireccional, en cuanto que el defecto se califica en función de los daños producidos y, a su vez, aquél condiciona las posibilidades de reclamación respecto de éstos. En consecuencia, procede delimitar el concepto que abordamos por su vinculación con el incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación del artículo 3 LOE, y por la necesidad de que el defecto se proyecte en la existencia de un daño material en el edificio¹⁰⁸⁵, aunque el concepto de daño debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo no solo la destrucción o el deterioro, sino la necesidad de efectuar costes de reparación para recuperar el uso pleno de la cosa¹⁰⁸⁶. Por este motivo, cumple advertir que la LOE no ampara cualquier defecto constructivo, sino sólo aquellos que puedan ser calificados con arreglo a las tres categorías que tipifica su artículo 17.1, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por esta norma, entre ellos la producción de un daño material en el edificio, dentro del correspondiente plazo de garantía¹⁰⁸⁷. De lo anterior resulta que, para la LOE, el concepto de defecto constructivo tiene carácter normativo, que se integra por dicha norma y por el CTE, referenciado al incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación a los que alude el artículo 17.1, si bien no basta con el mero incumplimiento de estas normas, sino que se requiere la producción de un daño material en el edificio. Sólo cuando concurren todas estas circunstancias se activa la responsabilidad ex LOE. Además, con arreglo a esta norma sólo será posible accionar si tales defectos se manifiestan dentro de los plazos de garantía previstos en el artículo

¹⁰⁸² Vid. Real Decreto 97/2002, de 27 de septiembre, por el que se aprueba la norma de construcción sismorresistente: parte general y edificación (NCSR-02), BOE núm. 244, de 11 de octubre de 2004.

¹⁰⁸³ Cfr. TAPIA GUTIÉRREZ, P., “La protección de los consumidores y la Ley de Ordenación de la Edificación”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 8, 2000, p. 47, que, en relación a esta triple clasificación, considera que no es acorde con la jurisprudencia precedente, que únicamente exigía al perjudicado probar el hecho de la ruina, sin que debiera establecer hipótesis o valoraciones sobre relaciones de causalidad en relación a concretos defectos constructivos.

¹⁰⁸⁴ PALAZÓN GARRIDO, M^a.L., “Los límites...”, *op. cit.*, ADC, Vol. LXV, núm. II, 2012, p. 769.

¹⁰⁸⁵ Vid. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 914 a 916.

¹⁰⁸⁶ COLINA GAREA, R., “La determinación del daño...”, *op. cit.*, p. 679.

¹⁰⁸⁷ Vid. AVILÉS INGLÉS, F.M., *Identificación de los daños estructurales herramienta de la nueva atribución de responsabilidades. Análisis crítico de la transición del art. 1591 CC al art. 17 LOE*, Tesis Doctoral, Universidad Politécnica de Madrid, 2013, pp. 7 a 24, precisa en este sentido, en relación a los defectos estructurales, que el incumplimiento de una norma no excluye la seguridad de la edificación.

17.1, y siempre que la reclamación se entable dentro del plazo de prescripción bianual del artículo 18.1.

a) La inexacta correlación entre los artículos 17.1 y 3.1 LOE

Como ya hemos adelantado, no cualquier incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación que se recogen en el artículo 3.1 LOE y en el CTE, constituye un defecto constructivo en este régimen. Lo anterior se debe a que, por un lado, es preciso que se traduzca en un daño en el edificio y, por otro, a que no existe una plena coordinación entre los artículos 3.1 y 17.1 LOE. Como señala CORDERO LOBATO¹⁰⁸⁸, el primer precepto recoge las exigencias de calidad en la edificación, mientras que el segundo regula siniestros. En el mismo sentido, precisa GONZÁLEZ CARRASCO¹⁰⁸⁹, que “*los agentes de la edificación no responden porque en el edificio exista un incumplimiento de los requisitos del artículo 3, sino sólo si determinados defectos del edificio (los que señala el artículo 17) ocasionan determinados daños*”¹⁰⁹⁰. En concreto, la responsabilidad ex LOE surge si determinados defectos comprometen la resistencia mecánica o la estabilidad del edificio (artículo 3.1.b.1); o si se incumplen los requisitos de habitabilidad (artículo 3.1.c); sin perjuicio de la específica responsabilidad del constructor —y del promotor “en todo caso” ex artículo 17.3, *in fine*—, respecto de los defectos de terminación y acabado. De este modo, concluye esta autora, no todos los requisitos básicos de la edificación que contempla el artículo 3.1 constituyen un daño resarcible conforme al artículo 17.1. En particular, la falta de coordinación entre ambos preceptos se produce especialmente respecto de los requisitos de funcionalidad del artículo 3.1.a) —relativos a la posibilidad de utilización conforme a las funciones previstas en el edificio, la accesibilidad para personas de movilidad y comunicación reducida, el acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información, y servicios postales—; y respecto de los del artículo 3.1.b.2) y 3) —sobre seguridad en caso de incendio y seguridad en la utilización del edificio, de forma que el uso normal del mismo no suponga riesgo de accidente para las personas—. Estos requisitos sólo podrían encontrar amparo en el artículo 17, en la medida en que puedan reconducirse al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, en virtud de la cláusula residual que contiene el apartado 3.1.c.4), sobre otros “*aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*”. En este sentido, entendemos que la jurisprudencia seguirá esta línea y tenderá a subsanar la deficiente coordinación existente entre los artículos 17.1 y 3.1 LOE, atribuyendo responsabilidad por todo defecto que suponga un incumplimiento de cualquiera de los requisitos básicos de la edificación que se contienen en este último¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁸ Vid. CORDERO LOBATO, E., *El Código...*, *op. cit.*, pp. 84 y 85

¹⁰⁸⁹ Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C. “Capítulo 7. Requisitos básicos de la edificación...”, *op. cit.*, pp.142 y 143. En el mismo sentido CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 373 y 374.

¹⁰⁹⁰ En la misma línea DE LA ROCHA GARCÍA, E. y del ARCO TORRES M.A., *Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, 2ª ed.*, Comares, Granada, 2007, p. 105. Estos autores remarcan que, para que un daño sea indemnizable, es preciso que esté incluido en alguna de las tres categorías que establece el artículo 17, pues la responsabilidad ex LOE sólo puede derivarse de esos tipos daños, que son los que han de ser objeto de las garantías del artículo 19. En el mismo sentido, CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 373.

¹⁰⁹¹ Así, la SAP Madrid 20 de junio de 2012 (JUR 2004\261436), equipara los defectos de habitabilidad con la ruina funcional, e incluye entre los mismos los defectos estéticos.

b) La necesidad de que exista un daño material en el edificio

También hemos avanzado, que no basta un mero incumplimiento abstracto de los requisitos del artículo 3 para que surja la responsabilidad del artículo 17.1, sino que es preciso que ese incumplimiento se traduzca en un daño actual o potencial¹⁰⁹², que afecte a la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio o a los requisitos de habitabilidad, sin perjuicio de lo dispuesto sobre la responsabilidad del constructor en relación a los defectos de terminación o acabado. De este modo, no es suficiente con que se incumplan los requisitos básicos de seguridad estructural o de habitabilidad, sino que resulta preciso que se produzcan daños materiales. No obstante, el concepto de daño debe entenderse en un sentido cada vez más amplio, pues también constituirá un daño la necesidad de invertir dinero para recuperar el pleno uso de la cosa¹⁰⁹³ o, en ocasiones, el mero incumplimiento de los requisitos del CTE¹⁰⁹⁴ o incluso dicho concepto puede equipararse a un menoscabo en el patrimonio del propietario¹⁰⁹⁵. A su vez, se requiere que el daño en cuestión pueda ser incluido en alguna de las tres categorías del artículo 17.1¹⁰⁹⁶, que utiliza dos criterios de delimitación para los daños indemnizables, determinados por el tipo de vicio o defecto causante del daño y el tiempo en el que deben manifestarse. El daño material en el inmueble no tiene que ser de una determinada gravedad o extensión, sino que debe ajustarse a la tipificación que del mismo efectúa el artículo 17.1, sin que se exija un grado concreto más allá de lo dispuesto en este precepto sobre la necesidad del daño material en el edificio, siquiera sea de modo potencial. En este sentido, la STS de 2 de febrero de 2018¹⁰⁹⁷ remarca la yuxtaposición que, con arreglo a la LOE, debe concurrir entre los defectos constructivos y los daños materiales. Lo anterior, sin perjuicio de que el mero incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación, no asociado a un daño concreto, pueda tener relevancia en el ámbito contractual. Así, todo el contenido del artículo 3.1 LOE, puede alcanzar relevancia jurídica plena mediante la responsabilidad contractual, en virtud de la contractualización de los requisitos básicos de la edificación que se instrumenta a través del artículo 1.258

¹⁰⁹²BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 128 y 129, que precisa que la responsabilidad ex LOE requiere una lesión patrimonial efectiva.

¹⁰⁹³Vid. CASTRO BOBILLO, J.C., "El Código Técnico de la Edificación", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 47, 2.003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 156. No obstante, el concepto de daño debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo no solo la destrucción o el deterioro, sino la necesidad de efectuar costes de reparación para recuperar el uso pleno de la cosa. Vid en este sentido COLINA GAREA, R., "La determinación del daño...", op. cit., p. 679.

¹⁰⁹⁴SEOANE PRADO, J. "Una mirada reciente a la aplicación de la LOE por los Tribunales" *Actualidad Civil*, núm. 9, 2018, pp. 15 a 18.

¹⁰⁹⁵Vid. STS de 5 de mayo de 2014 (RJ 2014\3293) y SEOANE PRADO, J., "Una mirada...", op. cit., pp. 15 a 18.

¹⁰⁹⁶MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C, "Responsabilidad...", op. cit., pp. 196 y 197

¹⁰⁹⁷Vid. STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\337), que, en relación a determinadas deficiencias de bastante entidad, indica que "las acciones de responsabilidad previstas en el art. 17 son por los daños materiales dimanantes de vicios o defectos, «sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual». 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 propia de la LOE, sino a acciones y a responsabilidades distintas, vinculadas al cumplimiento contractual de los artículos 1.091, 1.089, 1101, 1.258, 1.124, 1.484 y siguientes, todos ellos del Código Civil, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen el calificativo de dañosos, como resulta de las sentencias de esta Sala de 13 de mayo (RJ 2008, 3062) y 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 3307) y 27 de junio de 2012 (RJ 2012, 8014)".

CC¹⁰⁹⁸. De esta manera, este precepto desempeña así una función crucial, pues, aunque las partes no hayan convenido en el contrato la observancia de tales requisitos, el edificio habrá de respetar las exigencias reguladas en el CTE por remisión de la LOE¹⁰⁹⁹.

c) La relativa relevancia del CTE

Como hemos indicado, no basta el incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación, para que surja un defecto que origine responsabilidad ex LOE. Pero a la inversa, también cabe preguntarse si basta el cumplimiento del CTE para que ya no pueda hablarse, en sentido técnico-jurídico, de la existencia de un defecto constructivo, y para que los agentes de la edificación queden exonerados de responsabilidad, pese a que se hayan generado daños. A tal efecto, la doctrina mantiene distintas posiciones, según exponemos a continuación.

i) El cumplimiento del CTE no agota el concepto de defecto constructivo

Para ESTRUCH ESTRUCH¹¹⁰⁰ o MARTÍNEZ ESCRIBANO¹¹⁰¹, aunque se cumplan las prescripciones del CTE, si, por cualquier motivo no imputable a caso fortuito o fuerza mayor, se producen defectos constructivos que generan daños actuales o potenciales en el edificio, podrá surgir la responsabilidad de los agentes de la edificación. En este sentido se orienta la jurisprudencia, que, en unos casos determina la existencia de un defecto constructivo, sin necesidad de invocar una infracción del CTE, y, en otros, aprecia el incumplimiento de esta norma como un elemento de prueba más que revela el defecto, además de la propia evidencia de la patología, aunque sin asignar a tal incumplimiento un carácter esencial¹¹⁰². También COLINA GAREA¹¹⁰³ entiende que, si bien el mero incumplimiento de estas normas en lo que respecta a las exigencias de habitabilidad, ya supone un defecto de este tipo, por el contrario, su cumplimiento no permite “*concluir definitivamente que la edificación carece de toda deficiencia que impida un uso satisfactorio de la misma*”, pues en la realidad se dan supuestos en los que se originan daños, pese al cumplimiento de las normas técnicas. Así, en tales casos, considera este autor que se podría reclamar con base en la cláusula residual del 3.1.c).4 LOE, relativo a “*otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*”.

ii) El cumplimiento del CTE sí agota el concepto de defecto constructivo

En sentido contrario, para otro sector de la doctrina, el papel del CTE tiene una mayor relevancia y una eficacia superior en orden a delimitar el concepto de defecto constructivo o, más bien, en orden a exonerar de responsabilidad a los agentes de la edificación. MONSERRAT VALERO¹¹⁰⁴ sostiene que la precisión y detalle con el que

¹⁰⁹⁸ Vid. *supra* Capítulo Segundo, § III.A) y III.B).

¹⁰⁹⁹ CARUANA FONT DE MORA, G., “La compraventa de vivienda...”, *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁰⁰ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 598 y 599, que cita la SSTS 11 de octubre de 2006 (RJ 2006\6444) y 27 de febrero de 2003 (RJ 2003\2515), en las que se destaca que la imputación de responsabilidad es independiente del cumplimiento de las normas reglamentarias

¹¹⁰¹ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 43 a 46.

¹¹⁰² Vid. SSAP de Zamora de 20 de septiembre de 2012 (AC 2012\1900) y de Zaragoza de 25 de abril de 2008 (JUR 2008\339671).

¹¹⁰³ COLINA GAREA, R., “La determinación del daño...”, *op. cit.*, pp. 688 a 691.

¹¹⁰⁴ MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 77.

el CTE regula el proceso de la edificación, permite concluir que el cumplimiento de sus requisitos exonerará de responsabilidad a los agentes constructivos, en cuyo caso, si pese a ello se producen daños, pudiera plantearse una posible responsabilidad de la Administración por haber promulgado normas insuficientes. Por su parte, CASTRO BOBILLO¹¹⁰⁵ también entiende que la observancia de los requisitos y procedimientos previstos en los DBs¹¹⁰⁶, eximirán de responsabilidad a los agentes de la construcción.

iii) La posición de CORDERO LOBATO

CORDERO LOBATO¹¹⁰⁷ matiza las anteriores afirmaciones en función de que nos encontremos ante un defecto estructural o de habitabilidad. Precisa esta autora que, en el primer caso, el concepto de seguridad estructural está ya totalmente delimitado en el artículo 3.1.b.1) LOE, de modo que, aunque se cumpla el CTE, si el daño se produce, el agente responsable no puede quedar exonerado. Así, el artículo 3.1.b.1) citado, al igual que el artículo 17.1 de la misma norma, definen la exigencia de seguridad estructural, aludiendo a la necesidad de que no existan vicios que comprometan la resistencia mecánica o la estabilidad del edificio. Por lo anterior, aunque se cumplan los parámetros que determina el artículo 10 CTE, en cuanto al comportamiento estructural adecuado, si se produce un compromiso de la resistencia mecánica del edificio, existirá responsabilidad para el agente responsable, aunque éste haya cumplido el CTE¹¹⁰⁸. Por el contrario, en lo que respecta a los vicios que afecten a las exigencias de habitabilidad, hay que partir de la base de que el artículo 3.1.c) LOE sólo define estos parámetros de modo general e impreciso, mediante conceptos jurídicos indeterminados, en cuanto alude a “*condiciones aceptables de salubridad*”, a que “*no se ponga en peligro la salud de las personas*”, al “*uso racional de la energía*” o al “*uso satisfactorio del edificio*”. De este modo, es imprescindible que el CTE delimite y cuantifique estas exigencias de calidad en la edificación, tarea que se lleva a cabo fundamentalmente en los DBs¹¹⁰⁹. Por este motivo, si se cumple el CTE, en cuanto que se alcanzan los parámetros exigidos por esta norma, no habrá responsabilidad ex LOE, puesto que el cumplimiento de los requisitos de habitabilidad viene definido en el CTE y no en la ley especial¹¹¹⁰. V. gr., si el CTE exige un aislamiento acústico de 45 decibelios en el ruido aéreo en fachadas, y el edificio cumple este parámetro, no podrá existir responsabilidad ex LOE en base a los artículos 3.1.c) y 17.1 LOE, por cuanto esta norma en este punto sólo alude a conceptos indeterminados, de modo que “*el CTE es el patrón que determina la diligencia exigible en el logro de aquellos requisitos que no están perfectamente definidos en el artículo 3 LOE*”¹¹¹¹.

iv) Otras posiciones

Por nuestra parte, en este punto asumimos parcialmente la posición de CORDERO LOBATO, en función de la distinta regulación que de los requisitos básicos de la edificación, estructurales y de habitabilidad se efectúa en la LOE. No obstante,

¹¹⁰⁵CASTRO BOBILLO, C., “Aspectos jurídicos...”, *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁰⁶*Vid. supra* Capítulo Segundo, § III.B), sobre el CTE y los DB.

¹¹⁰⁷Cfr. CORDERO LOBATO, E., *El Código Técnico...*, *op. cit.*, pp. 97 a 105.

¹¹⁰⁸*Loc. cit.*

¹¹⁰⁹*Vid. supra* Capítulo Segundo, § III.B), sobre el CTE y los DB.

¹¹¹⁰Cfr. CORDERO LOBATO, E., *El Código Técnico...*, *op. cit.*, pp. 97 a 105.

¹¹¹¹*Ibidem*, p. 103.

pese a la aparente claridad de la matización que introduce esta autora, consideramos que, de algún modo, las exigencias de seguridad estructural también están definidas de forma imprecisa en la LOE. Así, cuando el artículo 3.1.b.1) alude a que no se produzcan daños que comprometan directamente la resistencia mecánica o estabilidad del edificio, tampoco puede decirse que ambos elementos estén perfectamente definidos. Con lo anterior, pretendemos indicar que, según los casos, aunque se cumplan los requisitos que señala el CTE respecto de las exigencias de habitabilidad, también podría existir responsabilidad para los agentes constructivos. De este modo, para CORDERO LOBATO, en lo que respecta a los defectos decenales, aunque se cumplan los parámetros que delimitan un comportamiento estructural adecuado según el CTE, puede existir responsabilidad si, pese a ello, se produce un compromiso de la resistencia mecánica o de la estabilidad del edificio. Pero, con ese mismo argumento, en cuanto a los defectos de habitabilidad, también se podría llegar a idéntica conclusión cuando, aunque se cumplan los parámetros sobre aislamiento acústico según el CTE, se ponga en peligro la salud de las personas por problemas de esta índole. Lo anterior nos lleva a considerar que no se pueden establecer criterios generales, de manera que habrá que analizar cada particular defecto constructivo, estudiar el grado de concreción de la correspondiente exigencia de calidad en la LOE y en el CTE y, en función del resultado de este análisis, determinar si el cumplimiento de esta norma exonera de responsabilidad al agente, en cuanto que ha cumplido con el estándar de diligencia exigible o, si, pese a dicho cumplimiento, debe responder en cuanto que el CTE no agota el cúmulo de obligaciones que impone la *lex artis* profesional. SEIJAS QUINTANA y REPRESA SACRISTÁN¹¹¹², consideran que los DBs están destinados a proporcionar seguridad técnica y jurídica a los agentes de la edificación, y que su cumplimiento por un agente determinado puede enervar su responsabilidad trasladándola a otros, o bien a los que dieron viabilidad a unos documentos deficientes, aunque matizan que la diligencia exigible no se agota en el cumplimiento de una norma reglamentaria, salvo que el estado del conocimiento científico y técnico no permita una solución constructiva distinta.

d) ¿Es necesario que los defectos sean ocultos?

Al analizar el concepto de defecto constructivo, es preciso interrogarse sobre si solo pueden calificarse como tales los que sean ocultos en el momento de la recepción de la obra¹¹¹³, o si también merecen esta consideración los aparentes en dicho momento, aunque no se formulen reservas sobre ellos¹¹¹⁴. Como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO¹¹¹⁵, aunque la LOE al regular la recepción parece apuntar en el sentido de que la recepción sin reservas elude la responsabilidad del contratista, esta norma alude a las reservas únicamente de cara al inicio de los plazos de garantía, y no aborda el problema de los defectos aparentes. Al respecto, considera que será posible reclamar en todo caso por éstos si se formula expresa reserva sobre los mismos¹¹¹⁶.

¹¹¹²SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 219 y 220.

¹¹¹³Argumento ex artículo 1.484 CC por analogía.

¹¹¹⁴*Vid. supra* Capítulo Segundo, § III.D).1.b).iv), sobre la distinción entre la apariencia del defecto y la de sus consecuencias.

¹¹¹⁵Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 50 a 54

¹¹¹⁶En relación a los defectos aparentes se plantea también el problema de la formulación o no de reservas sobre el retraso en la ejecución de la obra. En este sentido *vid.* MARTÍNEZ MAS, F., *La cláusula penal en el contrato de obra*, DAR, Las Palmas de Gran Canaria, 2005, pp. 127 a 131, que

En ausencia de tal reserva habrá que distinguir si quien recibe la edificación es o no empresario o profesional de la construcción. Entre estos profesionales, es decir, entre los agentes de la edificación, en ausencia de reserva, cabe establecer, como regla general, la imposibilidad de reclamar, en cuanto que el silencio equivale a una aceptación tácita de la edificación en el estado en el que es entregada¹¹¹⁷. Sin embargo, cuando la entrega se haga a un no profesional, la apariencia del defecto no privaría a este de la opción de reclamar, siempre que su importancia y consecuencias no se puedan comprender con un simple examen superficial por quienes no sean peritos en la materia¹¹¹⁸. Por lo demás, es preciso destacar, que la recepción entre constructor y promotor no vinculará ni producirá efectos respecto de los adquirentes del edificio que no participaron en ese acto¹¹¹⁹, en coherencia con el carácter tuitivo, irrenunciable e imperativo de la LOE. En este sentido, CORDERO LOBATO¹¹²⁰ remarca que la recepción sólo tiene efectos liberatorios frente al comitente, pero no frente a los adquirentes posteriores, pues entrañaría una renuncia a exigir responsabilidad por defectos constructivos, por lo que no es congruente extender sus efectos al comprador. Así, el Tribunal Supremo vino a establecer, durante la vigencia del artículo 1.591 CC, la nulidad de las cláusulas en las que dicho comprador renuncia a exigir responsabilidad por defectos ruinógenos¹¹²¹. Este pronunciamiento jurisprudencial cobra mayor virtualidad si cabe en la actualidad, dado el carácter de responsabilidad legal indisponible, desvinculada del contrato, que singulariza al régimen de la LOE. Como precisa MINGORANCE GOSÁLVEZ¹¹²², la protección ex LOE no deriva de la subrogación del adquirente en la posición del promotor, sino que se trata de una legitimación expresa de carácter legal, que impide que el constructor quede liberado de responsabilidad frente al tercer adquirente que no participó en el acto de recepción de la obra. Así, frente a los terceros, este acto no exonera de responsabilidad por vicios aparentes ni a constructor, ni a promotor, ni al resto de agentes de la edificación, incluso aunque el comprador no sea consumidor¹¹²³. No obstante, se defiende con acierto que hay que distinguir entre el carácter aparente del vicio y sus consecuencias, en cuanto a si las mismas son evidentes en el acto de la

señala que, aunque la recepción de la obra sin reservas supone la extinción de las pretensiones dirigidas a reclamar por cualquier incumplimiento aparente, ello no comporta la imposibilidad de reclamar por el retraso en la terminación o entrega de la obra, pudiéndose exigir la cláusula penal establecida a estos efectos aunque no se haya efectuado reserva o manifestación sobre este extremo. Así, la recepción se dirige a prestar conformidad con la obra, sólo y exclusivamente en cuanto a que la misma no adolece de deficiencias constructivas. En apoyo de esta tesis, cita las SSTS de 5 de julio de 1996 (RJ 1996\4853) y 3 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8460), de las que parece desprenderse que la recepción sin reservas no invalida la eficacia y exigibilidad de la cláusula penal por retraso en la entrega.

¹¹¹⁷STS de 10 de mayo 1989 (RJ 1989\3754) y 27 abril de 2009 (RJ 2009\2899), sobre exoneración de responsabilidad del contratista por defectos aparentes.

¹¹¹⁸SAP de Pontevedra de 22 de octubre de 2009 (JUR 2009\2309).

¹¹¹⁹Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... Las particulares relaciones...*, op. cit., p. 703, que precisa que el examen de la prestación por el comitente o *dominus operis*, no descarga de responsabilidad a los contratistas y arquitectos frente a los compradores.

¹¹²⁰Vid. CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidad civil...", op. cit., pp. 374 y 375.

¹¹²¹SSTS de 13 de junio de 1984 (RJ 1984\3236), 12 de febrero de 1988 (RJ 1988\941) y 2 de octubre de 1992 (RJ 1992\5168), entre otras. Así la STS de 13 de junio de 1984, indica 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 art. 1591 del C. Civ., que sanciona una obligación legal a la exigencia de cuyo cumplimiento no puede renunciar de antemano el perjudicado".

¹¹²²Vid. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., "Responsabilidad civil...", op. cit., p. 199.

¹¹²³COLINA GAREA, R., "La determinación...", op. cit., pp. 691 a 705.

recepción¹¹²⁴, y que dado el carácter indisponible de la LOE, incluso entre promotor y constructor, la liberación sólo sería posible respecto a los vicios aparentes no ruínógenos. En cualquier caso, cumple remarcar que, una vez manifestado e identificado el defecto, los propietarios del edificio sí podrán pactar la moderación o exoneración de responsabilidad que convengan al respecto.

C) Delimitación negativa

Una vez efectuada la delimitación positiva del concepto de defecto constructivo en la LOE —nucleada en torno al incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación a los que aluden los artículos 3.1 y 17.1 LOE, que, de modo actual o potencial, generen daños materiales en el edificio—, para perfilar con mayor nitidez su significado y alcance, se hace necesario proceder a su delimitación negativa. Lo anterior nos conduce a abordar este concepto en el ámbito contractual, en el que goza de mayor amplitud y comprende, además de los supuestos que generan responsabilidad ex LOE, otros que quedan extramuros de esta norma. En efecto, más allá de la tripe categorización de los defectos constructivos que nos brinda la LOE, acotada a tres tipologías —estructurales, de habitabilidad y de acabado—, y condicionada por la necesidad de que se produzcan daños materiales en el edificio, desde la óptica contractual este concepto se amplifica, en la medida en que podrán considerarse como tales, no sólo los incumplimientos de todos los requisitos básicos de la edificación¹¹²⁵, sino también todos aquellos desajustes entre las características del edificio contratado y el efectivamente entregado, incluso aunque no se produzcan aquellos daños. Así, en el ámbito contractual, el concepto de defecto constructivo se *ensancha*, de modo que también generarán esta clase de responsabilidad otras anomalías o deficiencias que, aunque no sean objeto de la LOE, supongan un incumplimiento de las características técnicas, cualitativas, morfológicas, de localización, espaciales o estéticas que se pactaron en el contrato de compraventa o de obra, fundamentalmente. En consecuencia, podemos concluir que todo defecto constructivo ex LOE constituirá un incumplimiento contractual, aunque no a la inversa. En este punto hay que remitir a lo indicado sobre como la prestación contractual queda integrada por el contenido de la LOE y el CTE, en última instancia en virtud del artículo 1.258 CC y de las obligaciones que dimanen de la *lex artis* profesional¹¹²⁶. Por lo expuesto, en los casos en los que el inmueble entregado no se ajuste a lo pactado en el contrato, aunque lo anterior no implique la existencia de un defecto constructivo en el marco de la ley especial, sí podrá constituir un defecto constructivo contractual que genere responsabilidad en este ámbito, en cuanto contravenga lo estipulado¹¹²⁷.

¹¹²⁴CADARSO PALAU, *La responsabilidad decenal...*, *op. cit.*, pp. 155 a 159, que sigue en este punto a MAZEAUD y la doctrina del Consejo de Estado francés.

¹¹²⁵Es decir, todos los del artículo 3.1 LOE, y no sólo lo que se reproducen por el artículo 17.1 de esta norma.

¹¹²⁶*Vid. supra*, Capítulo Segundo, § III.A).

¹¹²⁷*Vid.* VICENTE TORRES, M., *Distribución...*, *op. cit.*, pp. 118 y 119, que cita como ejemplo la instalación del gas no conforme con las normas de seguridad contractualmente previstas, utilización de materiales distintos a los contratados, la utilización de aislamientos acústicos que aunque cumplan los parámetros técnicos no se ajusten a las características pactadas, etc.

III. CLASES DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS

A) Defectos estructurales

Se trata de los defectos de mayor gravedad y que más puedan asimilarse al primigenio concepto de ruina del artículo 1.591 CC, en cuanto concebía ésta como derrumbamiento del edificio. Así, estos defectos son aquellos que, según el artículo 17.1.a), “*comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio*”, a los que se asigna un plazo de garantía de diez años, coincidente con el clásico plazo de aquel precepto, de ahí que esta responsabilidad también se califique como decenal, denominación que se extiende a la garantía que respecto de ella se regula en el artículo 19 LOE. En consecuencia, habrán de manifestarse necesariamente en este plazo de garantía para dar lugar a responsabilidad ex LOE. En cualquier caso, estos defectos son los que afectan a los elementos esenciales de la edificación, y no a aquellos de trascendencia irrelevante o que afecten a elementos no fundamentales del edificio¹¹²⁸. En este sentido, la LOE es más restrictiva que su modelo francés, pues en éste la responsabilidad decenal también procede respecto de los vicios constructivos que hacen al edificio “impropio para su destino”¹¹²⁹.

1. Concepto y requisitos

Estos defectos inciden en los requisitos que regulan los artículos 3.1.b.1) LOE y 10 del CTE, por lo que se manifiestan como un incumplimiento de los requisitos básicos de seguridad estructural que exigen ambas normas. Además, deberán causar daños que se manifiesten en el plazo de garantía decenal que establece el artículo 17.1.a). Este precepto define los vicios o defectos estructurales aludiendo a los daños materiales que originan, en base a dos requisitos cumulativos¹¹³⁰, en cuanto exige: (i) que dichos daños en el edificio sean causados por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales; y (ii) que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. De este modo, cuando ambos no concurren conjuntamente, el vicio sólo podrá ser considerado, en su caso, como de habitabilidad¹¹³¹.

a) Elementos estructurales

En cuanto a la concurrencia del primer requisito antes mencionado, que requiere que los daños sean causados por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, la doctrina¹¹³² coincide en que se trata de una relación enunciativa —“u otros elementos estructurales”—, por lo que el daño podría afectar a cualquier elemento estructural. GONZÁLEZ PÉREZ¹¹³³ pone de relieve el hecho de que el texto legal no alude a un elemento estructural al que se ha referido constantemente la

¹¹²⁸ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 600.

¹¹²⁹Vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 377, que cita el artículo 1.792 *Code Civil*.

¹¹³⁰Vid. en este sentido ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 599; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 420; SIERRA PÉREZ, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p.129

¹¹³¹COLINA GAREA, R., “La determinación...”, *op. cit.*, p. 684.

¹¹³²Vid. SIERRA PÉREZ, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.* p. 129.

¹¹³³Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La responsabilidad civil por defectos en la construcción en la nueva ley de ordenación de la edificación”, Volumen II, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, dirigido y coordinado por L. Martínez-Calcerrada Gómez, Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 1.543.

jurisprudencia, como es la cubierta del edificio, que habrá de entenderse comprendida en la expresión “otros elementos estructurales”. No se consideran como tales los enumerados en el artículo 2.3 LOE, es decir, las instalaciones fijas, el equipamiento propio y los elementos de urbanización adscritos al edificio, aunque tengan la consideración de edificación¹¹³⁴. Además, se entiende que el vicio puede haberse originado en elementos del edificio distintos de los estructurales, por lo que sólo se precisa que despliegue sus efectos sobre éstos, aunque se haya originado en otros que no revistan este carácter¹¹³⁵.

b) La resistencia mecánica y la estabilidad del edificio

El segundo requisito requiere que se comprometa directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio¹¹³⁶. La ley remarca el compromiso del edificio con el adjetivo “directamente”, lo que parece exigir un derrumbamiento total, parcial o potencial. Lo anterior se constata al comprobar el importe mínimo del capital asegurado que el artículo 19.5.c) LOE fija para la garantía decenal, que debe coincidir con el 100% del coste total de la obra. En consecuencia, habrá defectos estructurales que no generarán responsabilidad decenal en base al artículo 17.1 a), si los mismos no ponen en peligro la estabilidad del edificio¹¹³⁷, si bien podrán originarla, en su caso, como defectos de habitabilidad¹¹³⁸. Así, esta exigencia de que se produzca el compromiso de la resistencia mecánica del edificio, debe actuar como límite a las pretensiones abusivas con base el artículo 7.2 CC, pero no debe operar como causa de exclusión de responsabilidad por vicios estructurales¹¹³⁹, pues el compromiso de

¹¹³⁴ Vid. SAP Madrid de 20 de junio de 2012 (JUR 2004\261436), que establece que “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 [v. art. 17.1 a)], sino, en su caso, a los plazos de garantía trienal o anual del art. 17.1 b) LOE”. En el mismo sentido vid CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p 376; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41; BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad del arquitecto...*, *op. cit.*, p. 127. En sentido contrario ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 776, que no admite este concepto restringido de edificio.

¹¹³⁵ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 41; SIERRA PÉREZ, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 129; ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 775 y 776, que pone el ejemplo de un defecto en la caldera de calefacción, que puede provocar una explosión, o un defecto en la instalación eléctrica que puede causar un incendio, comprometiendo en ambos casos la estabilidad del edificio.

¹¹³⁶ Vid. SAP de Lleida de 11 de julio de 2013 (JUR 2013\341691), que considera defecto estructural el desprendimiento del aplacado de la fachada, por existir riesgo de desprendimiento total, originando un problema en la estabilidad del edificio.

¹¹³⁷ Así, un sistema de cimentación inadecuado, como sucede con la losa de cimentación cuando se emplea en terrenos con arcillas expansivas, puede ocasionar movimientos y asentamientos en el edificio, que produzcan grietas y fisuras en su fachada y en su interior, pero no dará lugar a un defecto estructural que genere responsabilidad decenal, si llega a poner en peligro, siquiera sea potencialmente, la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. Es decir, si no hay riesgo de que se derrumbe total, parcial o potencialmente, o, al menos, de que su estructura ceda haciéndolo inhabitable.

¹¹³⁸ Vid. SAP de Madrid de 20 de junio de 2012 (JUR 2004\261436).

¹¹³⁹ MORENO-TORRES HERRERA, M^º.L., “Los plazos de garantía...”, *op. cit.*, pp. 196 a 200.

la solidez y estabilidad puede ser potencial¹¹⁴⁰, aunque no sea inmediato¹¹⁴¹. Debe entenderse como compromiso potencial, aquél que provocaría la pérdida de las cualidades del edificio citadas si no se acometen las reparaciones necesarias. Lo contrario limitaría esta garantía a los supuestos de derrumbamiento efectivo del inmueble¹¹⁴². En este sentido, se afirma que el edificio no sólo ha de ser “actualmente” estable¹¹⁴³, sino que ha de ser “potencialmente” estable en relación con el futuro¹¹⁴⁴. No obstante, también ese compromiso potencial habrá de manifestarse en el plazo de garantía decenal¹¹⁴⁵. En este punto cabe destacar la STS de 5 de mayo de 2014¹¹⁴⁶, que considera como defectos estructurales unos incumplimientos relativos a la seguridad contra incendios del artículo 3.1.b.2) LOE, en principio excluidos del artículo 17.1, en cuanto que comprometen la solidez y estabilidad del edificio, aun de modo potencial. Además esta resolución establece que, en el caso enjuiciado, se ha producido un daño material por el menoscabo patrimonial padecido por el infravalor

¹¹⁴⁰Vid. ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 776, que precisa que basta un compromiso; *vid.* SSAP de Barcelona de 19 de enero de 2018 (JUR 2018\84362) o Madrid de 15 de julio de 2016 (JUR 2016\210721).

¹¹⁴¹COLINA GAREA, R., “La determinación...”, *op. cit.*, p. 684, señala que el artículo 17.1.a) LOE engloba la “ruina potencial”, en línea con la jurisprudencia dictada en torno al artículo 1591 CC, que consideraba suficiente a estos efectos la existencia de “*anomalías constructivas que permitiesen prever razonablemente, y conforme al curso normal de los acontecimientos, la destrucción, pérdida o derrumbamiento de la edificación en un momento posterior*”.

¹¹⁴²Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 599 a 601, que citando las SSTs de 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8483) o 26 de abril de 1986 (RJ 1986\2005), alude a la interpretación que se hizo del concepto de ruina bajo el artículo 1.591 CC, que englobaba la ruina potencial. En el mismo sentido CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 420, precisan que el Tribunal Supremo no condicionó la aplicación del artículo 1.591 CC a la pérdida efectiva del inmueble, bastando la ruina potencial. *Vid.* 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9099). Por otra parte, la STS de 17 febrero 1986 (RJ 1986\683), resume la línea jurisprudencial sobre el concepto de ruina al sentar que “*según reiterada doctrina de esta Sala -Sentencias de 20 diciembre 1985 (RJ 1985\6611) y las que en ella se citan-, la responsabilidad regida por el párrafo primero del artículo 1591 del Código Civil abarca objetivamente a los “vitii in aedificatione” originarios , siempre que se revelen dentro de los diez años y si alcanzan la calificación de graves, aunque el inmueble no quede convertido en ruina material o propiamente*”.

¹¹⁴³La STS de 5 de mayo de 2014 (RJ 2014\3293), considera como defecto estructural del artículo 17.1.a), la falta de sectorización de las viviendas y la falta de aislamiento ignífugo de las vigas metálicas y del forjado del edificio. Para esta sentencia, estos vicios no inciden meramente en la habitabilidad, sino que comprometen la solidez y estabilidad del edificio, aunque no afecten aún a ella. Alude la misma al significado de “comprometer” según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que lo define como “exponer o poner en riesgo a alguien o algo en una acción o caso aventurado”, concluyendo que son daños que comprometen la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, porque la reparación o subsanación de los defectos tiene un coste cierto y evaluado económicamente.

¹¹⁴⁴DE LA ROCHA GARCÍA, E. y DEL ARCO TORRES, M.A., *Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, p. 109

¹¹⁴⁵CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 420; CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 377.

¹¹⁴⁶RJ 2014\3293. *Vid.* notas precedentes. *Vid.* SEOANE PRADO, J. “Una mirada reciente a la aplicación de la LOE por los Tribunales” *Act. Civ.* núm. 9, 2018, pp. 15 a 18, que alude a la extensión que este concepto de daño significa, al equiparar un daño en el patrimonio del propietario a un daño en el edificio; y comentario a la misma en NUÑEZ FERNÁNDEZ, M. y PÉREZ-CURIEL ROCA, J., “La nueva consideración por el Tribunal Supremo del concepto de “daño material” Análisis de la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 5 de mayo de 2014”, *Sepin*, núm. 11, 2014.

que dichos defectos originan en las viviendas, si bien, en nuestra opinión, realmente lo que existe es un daño material potencial.

2. Plazo decenal de garantía. Remisión

Como ya hemos indicado, a los defectos estructurales les corresponde un plazo de garantía decenal, durante el que habrán de manifestarse para que surja la responsabilidad ex LOE. Las características y aspectos esenciales de los plazos de garantía los estudiamos en el § IV de este capítulo.

3. Atribución de responsabilidad

a) Las normas técnicas como criterio de imputación de responsabilidad

Como hemos indicado, los requisitos de seguridad estructural se contienen en el artículo 10 CTE, y en los Documentos Básicos (DBs)¹¹⁴⁷ que desarrollan dicho precepto¹¹⁴⁸ y que son objeto de la segunda parte de aquella norma. Además de los DBs existen los Documentos Reconocidos (DRs), que pueden acceder al Registro General del CTE previsto en su artículo 4.3 y que tienen como función principal complementar aquellos. No obstante, según el artículo 5.3.b) CTE, el proyectista o el director de obra, bajo su responsabilidad y con la conformidad del promotor, puede apartarse total o parcialmente de unos y otros, adoptando de forma justificada soluciones alternativas que permitan obtener resultados o prestaciones equivalentes a los previstos en el CTE. En cualquier caso, si en un edificio se conciben sus elementos de seguridad estructural apartándose de lo dispuesto en los DBs, o, en su caso, en los DRs, y se manifiestan defectos estructurales, existirá responsabilidad decenal para los agentes que adoptaron tales decisiones, por lo común el proyectista o el director de obra. También se generará dicha responsabilidad si se respetan los DBs pero no se tienen en cuenta los DRs. Con todo, aun cumpliendo estrictamente lo establecido en los DBs y en los DRs, si se produce un defecto estructural que ponga en peligro la solidez y estabilidad del edificio, surgirá responsabilidad para los agentes de la edificación¹¹⁴⁹, sin que el cumplimiento del CTE pueda exonerarlos de la misma¹¹⁵⁰. Entendemos que esa conclusión resulta de la concepción del daño y la responsabilidad decenal que se contiene en el artículo 17.1.a), en relación con el 3.1.b.1) LOE, sin que una norma de rango reglamentario, como es el CTE, pueda alterarla en beneficio de los agentes de la edificación¹¹⁵¹.

b) Otros criterios de atribución responsabilidad

Cumple destacar que el artículo 17.1 LOE, salvo en cuanto a los defectos de terminación y acabado que atribuye al constructor —sin perjuicio de la responsabilidad “en todo caso” del promotor” ex artículo 17.3, *in fine*— no establece específicos criterios de atribución de responsabilidad en función de su tipología. En este punto contrasta con las previsiones contenidas en el artículo 1.591 CC, que sí la imputaba al

¹¹⁴⁷ *Vid. supra*, Capítulo Segundo, § II.B).

¹¹⁴⁸ DB-SE Seguridad Estructural; DB-SE-AE Acciones en la Edificación; DB-SE-C Cimientos; DB-SE-A Acero; DB- SE-F Fábrica; DB-SE-M Madera.

¹¹⁴⁹ *Vid. supra* § I.B).2.c)

¹¹⁵⁰ *Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 42; CORDERO LOBATO, E., *El Código...*, *op. cit.*, pp. 97 a 105.

¹¹⁵¹ *Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 598 y 599, que cita las SSTs 11 de octubre de 2006 (RJ 2006\6444) y 27 de febrero de 2003 (RJ 2003\2515), que destacan que la imputación de responsabilidad es independiente del cumplimiento de las normas reglamentarias.

constructor respecto a los vicios de la construcción, y al arquitecto en cuanto a los del suelo o de la dirección. De este modo, en la LOE la responsabilidad deberá asignarse en función de las atribuciones y obligaciones de los distintos agentes de la edificación, determinadas en especial por sus artículos 8 a 15, sus respectivos estatutos profesionales, las demás normas que resulten de aplicación en cada supuesto y la *lex artis* profesional¹¹⁵². Precisa ESTRUCH ESTRUCH¹¹⁵³, que esta clase de defectos podrán ser consecuencia de errores de proyecto, por lo que los mismos generarán responsabilidad para el proyectista y, en su caso, para el director de obra, pero que también pueden deberse a la responsabilidad concurrente o exclusiva de otros agentes, como el constructor o el director de ejecución —v. gr., si el compromiso para la estabilidad o solidez del edificio, deriva de una deficiente ejecución de la cimentación—.

B) Defectos de habitabilidad

Los defectos de habitabilidad tienen una entidad y gravedad menor que los estructurales y, remiten, en sus aspectos principales, al concepto de “ruina funcional”¹¹⁵⁴ que la jurisprudencia acuñó en la aplicación del artículo 1.591 CC. Así, actualmente, pese a que la LOE no alude a este término, se califican como defectos de habitabilidad vicios que bajo el régimen precedente se consideraban ruina funcional¹¹⁵⁵. No obstante, el concepto de estos defectos y de los daños que producen contenido en el artículo 17.1.b) LOE, es formalmente más restrictivo que el de ruina funcional, pues remite directamente sólo a determinados parámetros de calidad de la edificación, dada la falta de coordinación entre los artículos 3.1 y 17.1¹¹⁵⁶. Puesto que la LOE establece una responsabilidad general, en la que no se pondera el uso del edificio, precisa ESTRUCH ESTRUCH¹¹⁵⁷ que habrá que considerar su destino, para valorar si determinados aspectos de los elementos constructivos o de las instalaciones, constituyen verdaderos requisitos de habitabilidad en una concreta edificación. Así, parece que el concepto de habitabilidad será más exigente en las viviendas que en construcciones destinadas a otros usos. Estos defectos habrán de manifestarse necesariamente en el plazo de garantía de tres años, para dar lugar a responsabilidad con arreglo a la LOE. No obstante, en caso de que por vicios estructurales se causen daños en otros elementos constructivos o instalaciones, originando problemas de habitabilidad, cabe reclamar, aunque éstos se manifiesten fuera del plazo trienal¹¹⁵⁸.

¹¹⁵² Vid. CORDERO LOBATO, E, “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 373. En el mismo sentido vid. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 198.

¹¹⁵³ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 602.

¹¹⁵⁴ SIERRA PÉREZ, I, “La responsabilidad de los agentes...”, *op. cit.*, p. 130. En el mismo sentido MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los plazos de garantía...”, *op. cit.*, p. 200. Vid. STS de 19 julio de 2010 (RJ 2010\6559). La STS 27 abril de 2009 (RJ 2009\2899) dispone que “en definitiva, el concepto de “ruina” no es el restrictivo que significa destrucción de la obra, sino otro 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 (SSTS de 30 de enero de 1997 (RJ 1997, 845), 4 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1039) y 21 de junio de 1999 (RJ 1999, 43909)”.

¹¹⁵⁵ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Concepto de ruina...”, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 1332 a 1662.

¹¹⁵⁶ Vid. sobre esta falta de correspondencia *supra* § II.B).3.a).

¹¹⁵⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 614.

¹¹⁵⁸ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 964

1. Concepto y delimitación

El artículo 17.1.b) define los defectos de habitabilidad¹¹⁵⁹ aludiendo a los daños materiales que se originan en el edificio, considerando como tales los “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”. COLINA GAREA¹¹⁶⁰ entiende que “podemos considerar defecto de habitabilidad a toda anomalía constructiva que, excediendo de las imperfecciones corrientes, pero sin comprometer la estabilidad y resistencia del edificio, impida un uso satisfactorio del mismo según su destino”¹¹⁶¹.

a) Ámbito objetivo

Comparando la redacción del artículo 17.1.b) respecto a la del 17.1.a), relativo a los defectos estructurales, se aprecia como los defectos de habitabilidad tienen un alcance superior¹¹⁶², puesto que pueden afectar a cualquier elemento del edificio, a las instalaciones y al equipamiento propio —instalaciones deportivas, piscinas, equipos de climatización, ascensores, etc.—, y a los elementos de urbanización del artículo 2.3 LOE¹¹⁶³. Los requisitos de habitabilidad se desarrollan en los artículos 13, 14 y 15 CTE, y se refieren a la salubridad, estanqueidad 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 edificio¹¹⁶⁴. De acuerdo con el concepto de defecto constructivo que establece la LOE, es preciso que se ocasione un daño material en el edificio, si bien, en algunos casos, el daño se define por el incumplimiento de las prestaciones que dispone el CTE, como ocurre, v. gr., con la omisión del concreto nivel de aislamiento

¹¹⁵⁹GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L., “La ejecución (I)”, en *Derecho de la edificación y renovación urbana*, dirigido por M.M. Fernando Pablo y coordinado por M.A. González Bustos, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 223 a 241, destaca que frente al concepto de edificabilidad que se contiene en la legislación urbanística, (posibilidad de construir un determinado volumen de metros de techo) la LOE aborda este término en el sentido de “habitabilidad”.

¹¹⁶⁰COLINA GAREA, R., “La determinación del daño resarcible...”, *op. cit.*, p. 689,

¹¹⁶¹*Vid.* sobre defectos de habitabilidad la SAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2016 (JUR 2016\240604), que califica así a unas filtraciones de agua; SAP de Madrid 6 de abril de 2016 (JUR 2016\115426), que considera como vicios de habitabilidad unos defectos en el muro cortina que comprometen la resistencia mecánica del edificio; en el mismo sentido *vid.* SAP de Pontevedra de 12 de mayo de 2016 (JUR 2016\145980), sobre desprendimiento del aplacado de fachada que exige su revisión completa y afecta a la seguridad de las personas y otros problemas de carpintería exterior, fisuras y grietas.

¹¹⁶²Precisan DE LA ROCHA GARCÍA, E. y del ARCO TORRES M.A., *Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, p. 110, que el defecto debe ser grave pese a que la norma no lo explicita, pues la gravedad del vicio es un presupuesto ínsito en la propia naturaleza del concepto se protege, debiendo afectar a requisitos básicos de la edificación.

¹¹⁶³Así, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 44 y 45; CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 379. *Vid.* SAP Madrid 20 de junio de 2012 (JUR 2004\261436). No obstante, esta garantía no incluiría el funcionamiento de los equipos separables del edificio, *cf.* CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 422.

¹¹⁶⁴*Vid.* sobre los requisitos de habitabilidad, *supra* § II.B).2 y Capítulo Segundo, § III.C)

térmico¹¹⁶⁵ o acústico en un edificio¹¹⁶⁶ que dispone esta norma. En este sentido, el concepto de compromiso potencial sólo opera en la garantía decenal, no en la de habitabilidad, en la que es necesario que se produzca el daño o al menos que se incumplan las exigencias de esta índole¹¹⁶⁷.

b) Asimilación a la “ruina funcional”

Como hemos indicado, el artículo 17.1.b) no alude a todos los requisitos básicos de la edificación que contempla el artículo 3.1. En concreto, la falta de conexión entre estos preceptos se evidencia especialmente respecto de los requisitos de funcionalidad del artículo 3.1.a) —relativo a la posibilidad de utilización conforme a las funciones previstas en el edificio, la accesibilidad para personas de movilidad o comunicación reducida, el acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información y servicios postales—; y respecto de los del artículo 3.1.b.2) y 3) —sobre seguridad en caso de incendio (artículo 11 CTE) y seguridad en la utilización del edificio, de forma que su uso normal¹¹⁶⁸ no suponga riesgo de accidente para las personas (artículo 12 CTE)—. Lo anterior determina, en principio, que los defectos que originen daños en estas cualidades del edificio, no quedarían cubiertos por el concepto de habitabilidad que protege el artículo 17.1.b), si bien, como ponen de relieve CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO¹¹⁶⁹, podrán considerarse incluidos en el ámbito de esta norma, en cuanto sean reconducibles a daños que afecten a otros “*aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*”, a los que alude la cláusula residual del artículo 3.1.c.4). En efecto, aunque la falta de coordinación entre los artículos 17.1.b) y 3.1 LOE, en principio deja fuera de la responsabilidad trienal a algunos requisitos básicos de la edificación —en concreto los relativos a las exigencias de funcionalidad, seguridad en caso de incendio y seguridad de utilización—, sin embargo, el artículo 3.1.c.4) antes citado alude a los “aspectos funcionales” y al “uso satisfactorio del edificio”, lo que permite rescatar estas exclusiones a fin de considerar que, los daños que les afecten, originarán responsabilidad por defectos de habitabilidad. En este sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO¹¹⁷⁰ se pronuncia sobre la

¹¹⁶⁵ Vid. ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 776 y 777, que sigue en este punto a MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 108 a 111. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 611 y 612, que pone de relieve que bajo el régimen del artículo 1.591, no siempre se consideró a los defectos de aislamiento térmico como ruina funcional.

¹¹⁶⁶ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 421. Precisan estos autores que el artículo 3.1.c).4, sobre otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que impidan un uso satisfactorio del edificio, establece un requisito de dudosa interpretación, difícil de diferenciar de los defectos de terminación o acabado del artículo 17.1, *in fine*, considerando que se deben incluir por esta vía todas aquellas utilidades que la jurisprudencia calificaba como ruina funcional, esto es, la que afecta a las condiciones de uso o habitabilidad, pudiendo reputarse así los defectos estéticos, que en muchas ocasiones serán el único aspecto funcional de ciertos elementos constructivos, y que tienen un valor económico digno de tutela. En el mismo sentido, definiendo esta interpretación extensiva ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 776 y 777.

¹¹⁶⁷ Vid. CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 17”, en, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3^a ed., A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 307.

¹¹⁶⁸ Vid. GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L., “La ejecución (I)...”, *op. cit.*, p. 234, sobre lo que constituye el “uso normal” en cuanto “uso adecuado”.

¹¹⁶⁹ Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 421.

¹¹⁷⁰ Así MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 45.

subsunción de los requisitos de funcionalidad en los términos indicados. En la misma línea, ESTRUCH ESTRUCH¹¹⁷¹ considera la previsión del artículo 3.1.c.4) como una declaración abierta o “auténtico cajón de sastre”, en el que se pretenderán incluir todos los defectos que no tengan una ubicación legal concreta, considerando incluso la admisión de los defectos estéticos¹¹⁷². Entendemos que este será el vector que seguirá la jurisprudencia¹¹⁷³ para incluir todas las exigencias de habitabilidad en el artículo 17.1.b), aproximando la garantía trienal al concepto de ruina funcional¹¹⁷⁴. SEOANE PRADO¹¹⁷⁵ pone de manifiesto que, en la jurisprudencia menor, pese a la entrada en vigor de la LOE, sigue fuertemente instalado este concepto de ruina funcional, hasta el extremo de que, en numerosas resoluciones, se alude más a este término que a la infracción del CTE para justificar la condena por defectos de habitabilidad. En cualquier caso, aquellos vicios que no constituyan defectos de habitabilidad pero que excedan de las imperfecciones corrientes o violen lo pactado en el contrato, podrán dar lugar al ejercicio de acciones contractuales¹¹⁷⁶.

c) Requisitos o exigencias de habitabilidad

Como hemos indicado, los requisitos de habitabilidad del artículo 3.1.c) se desarrollan en los artículos 13, 14 y 15 CTE, y se refieren a la salubridad, estanqueidad y protección del medio ambiente; protección contra el ruido¹¹⁷⁷; 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. De este modo, la responsabilidad por defectos de habitabilidad es de plena aplicación a las instalaciones fijas, al equipamiento propio y a los elementos de urbanización

¹¹⁷¹ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 612 y 613. En el mismo sentido CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, op. cit., p. 378.

¹¹⁷² Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 612 y 613. En el mismo sentido CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, op. cit., p. 378.

¹¹⁷³ Vid. SSAP Barcelona de 2 de enero de 2018 (JUR 2018\81878) o Soria de 29 de enero de 2018 (JUR 2018\64690), que dan entrada a diversos defectos constitutivos del anterior concepto de “ruina funcional” en la LOE, a través del artículo 3.1.c).4, si bien la primera considera prescrita la acción de la LOE y condena en base a las acción del artículo 1.101 CC. También en este sentido, la SAP Madrid de 20 de junio de 2012 (JUR 2004\261436), equipara los defectos de habitabilidad con la ruina funcional, e incluye entre los mismos defectos estéticos.

¹¹⁷⁴ Vid. STS de 13 de diciembre de 2018 (RJ 2018\5416), que considera que existe incumplimiento contractual parcial del proyectista, por razón de unas plazas de garaje que no tenían las dimensiones adecuadas, por infracción de los requisitos de funcionalidad de los artículos 3.1.a) y 17.1.b) LOE, con respecto a los propietarios vinculados contractualmente con el citado proyectista. La sentencia de segunda instancia, cuyo pronunciamiento se mantiene en casación, había considerado que, frente a los propietarios no vinculados contractualmente con este agente constructivo, esta situación origina responsabilidad ex LOE de carácter parcial —por inhabilidad parcial del garaje—, lo que supone admitir que los defectos de funcionalidad del artículo 3.1.a) pueden originar responsabilidad con arreglo al artículo 17, aunque sin invocar expresamente la cláusula residual del artículo 3.1.c.4).

¹¹⁷⁵ SEOANE PRADO, J. “Una mirada reciente a la aplicación de la LOE por los Tribunales” *Act. Civ.*, núm. 9, 2018, pp. 12 a 14.

¹¹⁷⁶ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Concepto de ruina...”, op. cit., p. 1332 a 1662, que cita una amplia relación de supuestos constitutivos de vicios ruinógenos y de vicios no ruinógenos, que sólo darían lugar al ejercicio de acciones contractuales. Vid. SAP de Burgos de 27 de julio de 2006 (JUR 2006\205220).

¹¹⁷⁷ En relación a los efectos biológicos del ruido y a su dimensión jurídica vid. TALMA CHARLES, J. “El ruido como daño”, en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Reus, Madrid, 2009, p. 75 a 105.

adscritos a la edificación¹¹⁷⁸. Estos requisitos, se desarrollan por los Documentos Básicos (DBs). Así, las exigencias básicas sobre higiene, salud y protección del medio ambiente del artículo 3.1.c.1) LOE y 13 CTE, se contienen y concretan por el *DB-HS-Salubridad normas básicas*; las exigencias básicas sobre protección contra el ruido recogidas en el artículo 3.1.c.2) LOE y 14 CTE, se regulan por el *DB-HR Protección frente al ruido*; y las exigencias básicas de ahorro de energía del artículo 3.1.c.3), se concretan en el *DB-HE Ahorro de energía*, por citar algunos de los DBs de mayor importancia. De este modo, en base a la remisión del artículo 17.1.b) al artículo 3.1.c), se podrá considerar como defecto de habitabilidad el mero incumplimiento del CTE, en lo que respecta a los requisitos remitidos¹¹⁷⁹. Así, en algunos casos, la responsabilidad surgirá por esa simple inobservancia de las prescripciones técnicas que dispone el CTE, sin que se exija un daño efectivo, en tanto que dicho incumplimiento ya lo presupone o acredita un menoscabo en los requisitos de habitabilidad si no se alcanza el nivel de prestaciones que prescribe aquella norma¹¹⁸⁰.

2. El plazo trienal de responsabilidad. Remisión

A los defectos de habitabilidad les corresponde un plazo de garantía de tres años, durante el que éstos habrán de manifestarse para que surja la responsabilidad ex LOE. No obstante, en caso de que los vicios estructurales causen daños en otros elementos constructivos o instalaciones originando problemas de habitabilidad, cabe reclamar, aunque aquellos defectos se manifiesten fuera del plazo trienal¹¹⁸¹. Las características y aspectos esenciales de los plazos de garantía los estudiamos en el § IV de este capítulo.

3. Atribución de responsabilidad

a) Las normas técnicas como criterio de atribución de responsabilidad

Pese a lo expuesto sobre la función del CTE preordenada a cuantificar y objetivar los requisitos básicos de la edificación, también existirá responsabilidad para los agentes constructivos, si, aun cumpliendo estrictamente los niveles prescritos en los DBs que regulan y cuantifican las exigencias de habitabilidad, se produce un defecto de este tipo. Es decir, el cumplimiento del CTE no garantiza la inmunidad de los diversos actores que intervienen en el proceso edificatorio¹¹⁸². Entendemos que, como advierte ESTRUCH ESTRUCH¹¹⁸³, es esta conclusión la que resulta de la concepción del daño y de la responsabilidad trienal que se contiene en el artículo 17.1.b), en relación con el 3.1.c) LOE, sin que una norma de rango reglamentario como el CTE pueda alterarla en beneficio de los agentes de la edificación¹¹⁸⁴. MARTÍNEZ

¹¹⁷⁸CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I). El concepto legal de edificio”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, p. 47.

¹¹⁷⁹COLINA GAREA, R., “La determinación del daño...”, *op. cit.*, pp. 688 a 691.

¹¹⁸⁰*Loc. cit.*

¹¹⁸¹SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 964

¹¹⁸²*Vid. supra* § II.B).3.c), sobre la relativa relevancia a estos efectos del CTE.

¹¹⁸³*Cfr.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

¹¹⁸⁴*Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 604, que cita la STS 11 de octubre de 2006 (RJ 2006\6444), en la que se destaca que la imputación de responsabilidad es independiente del cumplimiento de las normas reglamentarias; o STS de 27 de febrero de 2003 (RJ 2003\2515) que se pronuncia en idéntico sentido.

ESCRIBANO¹¹⁸⁵ subraya que, en el régimen de la LOE, el CTE es el parámetro que permite determinar cuando se cumplen los requisitos de habitabilidad. No obstante, remarca que, bajo el artículo 1.591 CC, las Normas Tecnológicas o las Normas Básicas de la Edificación (NTE y NBE, respectivamente) sólo aportaban un criterio más para determinar si existía responsabilidad, pero que ésta no se asociaba exclusivamente a su incumplimiento. En este sentido, aunque el papel del CTE puede llevar a considerar que sólo habrá responsabilidad si las deficiencias en el edificio van ligadas a un incumplimiento de las normas técnicas, cumple efectuar un entendimiento más flexible de esta cuestión, pues, para evitar situaciones injustas, deben considerarse también amparados por el artículo 17.1.b) aquellos daños o anomalías derivados de actuaciones que las hayan cumplido¹¹⁸⁶. Otro entendimiento de la norma sería adecuado al derecho administrativo, pero no en el ámbito de la responsabilidad civil, en el que tradicionalmente ésta se vincula a la observancia de la *lex artis*¹¹⁸⁷. De este modo, también podrá surgir responsabilidad cuando, pese a cumplir el nivel o la concreta cuantificación que prescriba la norma técnica, no se cumpla el estándar mínimo de calidad establecido por aquella, o, más bien, la calidad que puede esperarse de los conceptos incluidos en el artículo 3.1.c) LOE¹¹⁸⁸. Así, bajo nuestro criterio, no se pueden establecer soluciones generales, de manera que habrá que analizar cada particular defecto constructivo, estudiar el grado de concreción de la respectiva exigencia de calidad en la LOE y en el CTE, y, en función del resultado de este análisis, determinar si el cumplimiento de esta norma exonera de responsabilidad al agente de la edificación, en cuanto que ha cumplido con el estándar de diligencia exigible o, si, pese a dicho cumplimiento, debe responder en cuanto que el CTE no agota el cúmulo de obligaciones que impone la *lex artis* profesional.

b) Otros criterios de atribución de responsabilidad

Del mismo modo indicado respecto de los defectos estructurales, el artículo 17 LOE, salvo en cuanto a los defectos de terminación y acabado que endosa al constructor, no establece otros criterios de atribución de responsabilidad, a diferencia de las previsiones contenidas en el artículo 1.591 CC, que la atribuía la constructor cuando se tratara de “vicios de la construcción” y al arquitecto cuando fueran “vicios del suelo o de la dirección”. De este modo, la atribución de responsabilidad deberá articularse en función de las competencias y obligaciones de los distintos agentes de la edificación, según se determinan por la LOE, especialmente en sus artículos 8 a 15, el CTE, sus respectivos estatutos profesionales, las demás normas que resulten de aplicación en cada supuesto y la *lex artis* profesional¹¹⁸⁹. En el ámbito de estos defectos que abordamos, se suele establecer con mucha frecuencia la solidaridad subsidiaria ex artículo 17.3, *ab initio*, LOE, en cuanto que en su esfera confluyen y se proyectan conjuntamente las atribuciones y funciones de todos los agentes de la edificación, desde el proyecto a la ejecución material de la obra, por lo que resulta difícil individualizar o graduar su imputación respecto de éstos.

¹¹⁸⁵Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 46 y 47.

¹¹⁸⁶*Ibidem*, p. 49.

¹¹⁸⁷*Loc. cit.*

¹¹⁸⁸*Vid. supra* § II.B).3.c).i), en sentido contrario, la interesante posición de CORDERO LOBATO sobre esta cuestión, favorable a la exoneración de responsabilidad en caso de cumplimiento del CTE, en lo que responsabilidad a las exigencias de habitabilidad.

¹¹⁸⁹*Vid. CORDERO LOBATO, E, “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, op. cit., p. 373. En el mismo sentido vid. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad civil...”, op. cit., p. 198.*

C) Defectos de terminación o acabado

1. Concepto.

El artículo 17.1, *in fine*, LOE, establece 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*”, si bien dicha responsabilidad debe entenderse sin perjuicio de la solidaridad “en todo caso” del promotor ex artículo 17.3, *in fine*. Destaca aquí el plazo de garantía anual por cuanto que esta responsabilidad del constructor, queda limitada los defectos de terminación o acabado. Y deben reputarse como tales los que deriven de un defectuoso remate en la ejecución de las obras, es decir, aquellos desperfectos de escasa entidad que afecten a aspectos muy concretos y de detalle, de lo que no deba responder la dirección facultativa¹¹⁹⁰. Precisa MINGORANCE GOSÁLVEZ¹¹⁹¹ en este punto, que se trata de defectos que “*no siendo daños de la construcción propiamente dicha, afectan al acabado o terminación de la obra*”¹¹⁹². Estos vicios pueden equipararse a las “*meras imperfecciones corrientes*” que quedaban excluidas del artículo 1.591 CC, entre las cabe incluir algunos defectos estéticos, si bien éstos, en algunos casos, se incluyeron en dicho precepto como ruina estética¹¹⁹³.

2. Plazo de garantía. Remisión

A los defectos de terminación o acabado les corresponde un plazo de garantía anual, durante el que habrán de manifestarse para que surja la responsabilidad ex LOE. Las características y aspectos esenciales de los plazos de garantía los estudiamos en el § IV de este capítulo.

3. Atribución de responsabilidad

La responsabilidad exclusiva del constructor respecto a los problemas de terminación y acabado, no puede ser un recurso que exonere a los demás agentes constructivos en caso de defectos de mayor entidad, incluso aunque se trate de vicios de esta tipología si éstos son generalizados, supuesto en el que esta extensión eleva su rango e incrementa el número de responsables, en cuanto delata una falta de control y dirección del proceso edificatorio. Por tanto, puede decirse que lo que establece el artículo 17.1, *in fine*, es una “*presunción de imputación*”¹¹⁹⁴ al constructor, por lo que, si el problema de terminación o acabado deriva en vicios de mayor importancia, de naturaleza trienal o incluso estructural, responderán también otros agentes¹¹⁹⁵. Finalmente, esta responsabilidad exclusiva del constructor lo es sin

¹¹⁹⁰ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Las responsabilidades en la edificación...*, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

¹¹⁹¹ MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 203.

¹¹⁹² Vid. sobre defectos de acabado la SAP de Navarra de 11 de mayo de 2015 (JUR 2016\146962), que considera como tal la falta de planeidad en la solera; o la SAP de Huelva de 23 de diciembre de 2015 (JUR 2016\52886), que considera defectos de acabado el desprendimiento de algunas placas de la fachada.

¹¹⁹³ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 49.

¹¹⁹⁴ ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 776 y 777.

¹¹⁹⁵ V. gr., si el aspecto desconchado que presenta la superficie de una pared, deriva de un problema de los materiales empleados para la elaboración del mortero o de la utilización de un mortero inadecuado, y lo anterior debía haber sido controlado por el director de ejecución; o si dicho aspecto deriva de problemas estructurales de asentamiento del edificio, aunque estos no comprometan su estabilidad.

perjuicio de la solidaridad en garantía del promotor ex artículo 17.3, *in fine*¹¹⁹⁶, aunque con el correspondiente derecho de repetición, que, en su caso, proceda¹¹⁹⁷.

IV. PLAZOS DE GARANTÍA Y ACCIONES DE LA LOE

La LOE mantiene la distinción entre los plazos de garantía y el de prescripción que la jurisprudencia estableció al interpretar el artículo 1.591 CC, a diferencia de lo que sucede en el Derecho francés, en el que existe un plazo único¹¹⁹⁸. En el régimen del artículo 1.591 CC se arbitró un solo plazo de garantía de diez años, durante el cual debían manifestarse los defectos, y un plazo de prescripción de quince años para efectuar su reclamación¹¹⁹⁹. La responsabilidad ex LOE se vertebra siguiendo las bases del régimen precedente, aunque en cuanto a estos plazos de garantía y prescripción se producen una modificación de calado. Dicha responsabilidad también requiere que los defectos se manifiesten durante los plazos de garantía¹²⁰⁰, y que la acción se ejercite dentro del plazo de prescripción bianual que la ley especial dispone. Aquellos plazos se configuran como periodos de prueba en palabras de CABANILLAS SÁNCHEZ¹²⁰¹.

A) La correlación entre los plazos de garantía y la entidad de los defectos constructivos

Como hemos indicado, el artículo 17.1 LOE no establece un plazo de garantía único, sino que establece tres plazos de diez, tres y un año, para los defectos estructurales, de habitabilidad y acabado, respectivamente. Como se puede apreciar, la extensión de cada uno de ellos guarda directa proporción con la distinta gravedad que revisten las tres tipologías de vicios que dispone este precepto. Por este motivo, resulta particularmente relevante el calificar adecuadamente cada defecto, por cuanto de esta circunstancia se desprenderán importantes consecuencias jurídicas. Existe una coincidencia con el régimen anterior en cuanto a la duración del plazo de garantía decenal, relativo a la ruina o derrumbamiento del edificio, o, en términos de la LOE, a los defectos que comprometan su resistencia mecánica y estabilidad, que es el único que contempla el artículo 1.591 CC. Sin embargo, la ampliación del ámbito de este precepto que efectuó la jurisprudencia, determinó la aplicación de la responsabilidad decenal también a otros defectos de menor entidad, en concreto a los constitutivos de “ruina funcional”, asimilados hoy a los vicios de habitabilidad. En este punto, la LOE origina una disrupción respecto al régimen precedente, al reducir drásticamente el plazo de garantía para estos defectos de habitabilidad, que son los más frecuentes en

¹¹⁹⁶SSTS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\282) o 27 de febrero de 2012 (RJ 2012\4051).

¹¹⁹⁷Vid. DE LA ROCHA GARCÍA, E. y DEL ARCO TORRES M.A., *Ley de Ordenación...*, op. cit., p. 122; en el mismo sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 172 y 173.

¹¹⁹⁸CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil...”, op. cit., pp. 487 y 488.

¹¹⁹⁹Aunque se ha discutido si era de aplicación el plazo anual del artículo 1.968. CC o el de 15 años del artículo 1.964 CC, la jurisprudencia se decantó por este último, considerando el carácter contractual de la responsabilidad del artículo 1.591 CC, derivada del contrato de obra, en el que se subrogan a estos efectos los terceros adquirentes. Vid. STS de 4 de octubre de 2013 (RJ 2013\7054), entre otras muchas.

¹²⁰⁰Vid. STS de 1 de julio de 2016 (RJ 2016\3160) que precisa que “la garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado 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...”.

¹²⁰¹Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios...”, op. cit., pp. 487 y 488.

la práctica, con el consiguiente riesgo de que no queden amparados por la ley especial si afloran fuera del periodo trienal. De este modo, aunque la modulación de los plazos de garantía en proporción a la gravedad de los vicios constructivos, supone una mejora respecto al régimen del artículo 1.591 CC, la reducción a tres años de la garantía de habitabilidad parece excesiva. En efecto, si a esta reducción se une el hecho de que su *dies a quo* computa desde la recepción del edificio, es decir, está desvinculado de su entrega al adquirente, la solución no puede reputarse satisfactoria. En este sentido, se defiende la conveniencia de haber optado por un plazo más amplio, intermedio entre el decenal y el trienal¹²⁰², o, al menos de haberlo vinculado a la entrega del edificio a su destinatario.

B) Responsabilidad anterior al inicio de los plazos de garantía

Es importante destacar que, al igual que sucedía bajo el régimen anterior, la responsabilidad ex LOE sólo surge cuando la obra se ha entregado y, una vez recepcionada, comienzan los plazos de garantía¹²⁰³. Con anterioridad a ese momento, durante la fase de construcción, la única responsabilidad exigible es la contractual o extracontractual, según proceda¹²⁰⁴. En consecuencia, antes del inicio de los plazos de garantía, sólo cabrá exigirla con base en el correspondiente contrato, al igual que una vez hayan concluido aquéllos¹²⁰⁵.

C) Cómputo de los plazos de garantía

La importancia y efectos de un plazo de garantía depende de su duración, pero también, y en no menor medida, de cuándo se inicie su cómputo. De este modo, no es lo mismo remitir su *dies a quo* al momento en el que se produce la recepción de la obra, que hacerlo a aquél en el que se entregue el edificio al adquirente¹²⁰⁶. La primera alternativa ofrece como ventaja la unificación de estos plazos respecto de todos los propietarios, pero reduce su alcance efectivo respecto de éstos cuando hayan adquirido el edificio un tiempo después de la recepción; la segunda los diversifica, pero incrementa las posibilidades efectivas de defensa de su titular. Como ya hemos señalado, la LOE se decanta por la primera opción, y apela al acto de recepción de la obra para fijar el inicio de los plazos de garantía. En este sentido, como recalca MORENO-TORRES HERRERA¹²⁰⁷, resulta destacable como esta norma, que establece una responsabilidad legal desvinculada del contrato, acude a un acto típicamente contractual para fijar el hito temporal que desencadena la aplicación de su régimen jurídico.

¹²⁰²MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

¹²⁰³Vid. STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015\1029), que no admite la aplicación de la DA 7ª LOE, porque en el caso de autos se trataba de una obra en construcción, en la que no era de aplicación la LOE y sólo se ejercitaban acciones de carácter contractual; o STS de 11 octubre de 2006 (RJ 2006\6444), sobre los distintos regímenes jurídicos aplicables, según se trate de una obra construida y recibida o una obra en construcción.

¹²⁰⁴MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 25.

¹²⁰⁵Vid. BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad del arquitecto...*, *op. cit.*, p. 151. Vid. SAP de Madrid de 21 de enero de 2016 (JUR 2016\38840), que indica que la falta de constancia de la recepción en algunas de las formas previstas legalmente, impide el inicio de los plazos de garantía.

¹²⁰⁶SAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2016 (JUR 2016\240604), que precisa que el plazo computa desde la recepción y no desde el contrato de compraventa; en el mismo sentido SAP de Barcelona de 8 de julio de 2015 (JUR 2015\234564).

¹²⁰⁷MORENO-TORRES HERRERA, Mª.L., "Los defectos de las edificaciones...", *op. cit.*, pp. 511 a 514.

1. La recepción de la obra. Remisión

La LOE atribuye a este acto, de carácter netamente contractual, la función de constituir el hito temporal a partir del cual resulta de aplicación su régimen jurídico. La recepción de la obra reviste carácter complejo y requiere una serie de actos previos, como son la puesta a disposición del edificio, la inspección de éste, y, en su caso, su aprobación, con o sin reservas. Además, a dicho acto se anudan otros importantes efectos contractuales, como la transmisión de riesgos en el contrato de obra. La recepción de la obra, sus clases y efectos, la hemos estudiado en el Capítulo Segundo, § III.D).1.

2. *Dies a quo*

El artículo 1.591 CC no precisaba el *dies a quo* del plazo de garantía decenal, por lo que la jurisprudencia oscilaba entre considerar como fecha de inicio la de finalización de la obra, lo cual se prestaba a diversas interpretaciones, o la del acta de recepción. Por el contrario, como hemos adelantado, el artículo 6.5 LOE establece que los plazos de garantía se iniciarán a partir de día en el que se suscriba el acta de recepción, o cuando ésta se entienda tácitamente producida¹²⁰⁸. Sin embargo, el artículo 17.1 LOE matiza esta cuestión de modo diferente, y establece que estos plazos se computarán desde la recepción de la obra sin reservas, o desde la subsanación de éstas. Existe pues cierta discordancia entre ambos preceptos, que ha originado distintas opiniones en la doctrina¹²⁰⁹, si bien, siguiendo la línea que consideramos más acertada¹²¹⁰, los plazos se computarán desde la recepción de la obra, excepto respecto de las partes del edificio en las que haya reservas, en las que se contarán desde su subsanación. Esta interpretación está en línea con lo establecido por el artículo 19.9.i) LOE, en cuanto dispone que, en caso de que en el acta de recepción se hayan formulado reservas, mientras las mismas no queden subsanadas y esta circunstancia se documente en una nueva acta suscrita por quienes suscribieron aquélla, los daños que tengan su origen en las partes de la obra a la que se refieran tales reservas no quedarán cubiertos por las garantías del artículo 19 LOE. En definitiva, el inicio de los plazos se computa desde la suscripción del acta si es expresa y no se formulan reservas, o desde el transcurso de los treinta días que determinan la recepción tácita; si se formulan reservas, el plazo comienza desde la suscripción del acta para la parte del edificio no afectado por aquellas, y desde la suscripción del acta de subsanación para el resto. Si la obra se rechaza, no se inician los plazos de garantía sino que se establece uno nuevo para la recepción. En cualquier circunstancia, el *dies a quo* está totalmente desvinculado de la entrega del edificio a su destinatario final, lo que puede redundar en que, cuando a éste se le entregue por el promotor, ya hayan transcurrido los plazos de garantía. En cualquier caso, el cómputo a partir del acta de recepción requiere que a ésta se incorpore, debidamente suscrito, el Certificado Final de Obra, pues, si no es así, los plazos de garantía no se inician¹²¹¹.

¹²⁰⁸ Vid. *supra*, Capítulo Segundo, § III.D).1.a), sobre la recepción tácita.

¹²⁰⁹ Vid. sobre las distintas opiniones de la doctrina sobre el inicio de los plazos de garantía, *supra*, Capítulo Segundo, § III.D).1.b).i).

¹²¹⁰ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 453; CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 417 y 418; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 65 y 66. En el mismo sentido VINADER CARRACEDO, J., "Los arrendamientos...", *op. cit.*, pp. 496 y 497.

¹²¹¹ CARRASCO PERERA, A., "La jurisprudencia post-LOE...", *op. cit.*, p. 11.

3. Precisiones sobre la recepción de la obra y el *dies a quo*

En relación con la recepción de la obra¹²¹², procede tener en consideración que puede ser expresa o tácita, y que, en este último caso, el plazo de garantía debe contar a partir de que finalice el de treinta días desde que se notifica al promotor la finalización de aquella junto con el CFO¹²¹³. En caso de recepción parcial, estos plazos computarán desde que se produzca la finalización de cada fase de la edificación, materializada en un acta parcial, computando desde la terminación de la última fase respecto de aquellas cuestiones que sean comunes o de coordinación entre todas ellas¹²¹⁴. Si se ha pactado una recepción provisional y otra definitiva¹²¹⁵, el plazo debe contar desde esta última, pues la primera sólo origina el inicio de un periodo para examinar las obras, cuya aceptación se produce sólo con la definitiva. Y sin que este plazo que media entre ambas pueda computarse a efectos de los de garantía ex LOE, ni siquiera respecto al plazo anual para los defectos de acabado, dado el carácter imperativo de esta norma¹²¹⁶. En caso de que el promotor actúe también como constructor, si no se suscribe acta de recepción por tratarse de una misma persona, el plazo debe computarse desde la emisión del CFO¹²¹⁷, de modo que esta fecha suple a la del acta de recepción¹²¹⁸.

4. La manifestación del daño y el plazo de garantía

Como hemos indicado, la responsabilidad ex LOE requiere que el daño se manifieste dentro de los plazos de garantía que esta norma establece. Esta circunstancia, en cuanto que hecho constitutivo de la pretensión de cualquier reclamación por vicios constructivos, deberá ser probada por el actor¹²¹⁹, el cual deberá acreditar la existencia del defecto y su manifestación dentro del plazo que corresponda a su tipología¹²²⁰.

a) Daños cubiertos fuera del plazo de garantía

En ciertos casos, algunos daños pueden quedar cubiertos pese a que se manifiesten fuera del plazo de garantía. Así sucederá con los que deriven de no haberse corregido¹²²¹ otros que sí se manifestaron dentro de aquél¹²²². En este sentido, en ocasiones será necesario interpretar el plazo de garantía con cierta flexibilidad y apelando a criterios lógicos, para considerar comprendidos en su

¹²¹²Vid. supra Capítulo Segundo § III.D).1.

¹²¹³Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., p. 624; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 65 a 68.

¹²¹⁴Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 366.

¹²¹⁵Vid. supra, Capítulo Segundo § III.D).1.a).

¹²¹⁶Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., pp. 365 y 366.

¹²¹⁷Vid. loc. cit.

¹²¹⁸VINADER CARRACEDO, J., "Los arrendamientos...", op. cit., p. 497.

¹²¹⁹Vid. artículo 217 LEC en cuanto a la distribución de la carga de la prueba. Vid. en este sentido STS 17 de junio de 2002 (RJ 2002\4903); SAP Barcelona de 19 de enero de 2018 (JUR 2018\84362) o SAP de Jaén de 20 de octubre de 2014 (JUR 2015\46276).

¹²²⁰ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 616 y 617; SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley...*, op. cit., pp. 126 a 128.

¹²²¹*Ibidem*, pp. 618 y 619, con cita de la STS de 27 de marzo de 1995 (RJ 1995\2143), que considera dentro del plazo de garantía decenal, los que sean consecuencia lógica de aquellos comprobados dentro de este plazo.

¹²²²VICENTE TORRES, M., *Distribución...*, op. cit., pp. 137 y 138.

duración aquellos defectos que, aunque se manifiesten tras su expiración, sean consecuencia natural de otros surgidos dentro del mismo¹²²³. Además, en caso de que los vicios estructurales causen daños en otros elementos constructivos o instalaciones, originando problemas de habitabilidad, cabe reclamar, aunque se manifiesten fuera de periodo trienal¹²²⁴, si lo hacen dentro del decenal, pues serían una consecuencia más de los defectos estructurales. Con más razón, estarán cubiertos aquellos daños derivados de una reparación defectuosa realizada dentro del plazo de garantía¹²²⁵. Lo mismo sucede en los supuestos en los que se produzcan daños generalizados debidos a una misma causa, en los que quedarán cubiertos los producidos fuera del respectivo plazo, aunque en el momento de su finalización sólo estuvieran latentes, pues el elemento crítico es que la génesis del problema se evidencie en el ámbito temporal de las garantías del artículo 17.1, aunque se exteriorice después¹²²⁶. En el mismo sentido, será indiferente que la patología no se manifieste en todas las viviendas o unidades de un edificio dentro del plazo correspondiente, pues lo importante es que su causa se produzca dentro de éste, aunque sólo se exteriorice inicialmente en algunas de ellas¹²²⁷.

b) Protección del dañado fuera del plazo de garantía

Bajo el régimen del artículo 1.591 CC, el Tribunal Supremo se pronunció en varias sentencias negando la responsabilidad fuera del plazo de garantía decenal¹²²⁸. Sin embargo, parte de la doctrina¹²²⁹ consideró que la responsabilidad se prolongaba fuera de ese periodo, pero sin que, en estos supuestos, resultara de aplicación la presunción de que la ruina se debe a los vicios constructivos, y éstos a la presunción de culpa de los agentes de la edificación¹²³⁰. Con el régimen de la LOE, debe partirse, en línea de principio, de la irresponsabilidad fuera de los plazos de garantía. Así, salvo los supuestos indicados en el epígrafe precedente, la regla general será la de que los daños que se manifiesten fuera ellos no quedarán cubiertos¹²³¹. No en vano, la jurisprudencia que admite la compatibilidad de las acciones contractuales con las de la LOE¹²³², en orden a la reclamación de los mismos daños objeto de esta norma, lo hace partiendo del hecho de que las acciones de la ley especial no pueden ejercitarse, porque los defectos se han manifestado una vez transcurrida la duración de la respectiva garantía. Además, estos plazos no pueden interrumpirse¹²³³, ni

¹²²³ Vid. STS de 27 de marzo de 1995 (RJ 1995\2143).

¹²²⁴ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*, p. 964

¹²²⁵ Cfr. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C..., "Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 198.

¹²²⁶ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J, *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 619 y 620. en el que este autor pone de manifiesto la caída de azulejos por defectos en el mortero de agarre. En el mismo sentido STS de 29 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6659), sobre un supuesto generalizado de corrosión en las tuberías.

¹²²⁷ Vid. GONZÁLEZ POVEDA, P., "Responsabilidades y garantías", en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Comte d'Urgell, 2006, p. 527, que cita la STS de 29 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6659).

¹²²⁸ STS 21 de marzo de 1996 (RJ 1996\2233) o 15 de octubre de 1990 (RJ 1990\7867).

¹²²⁹ Vid. CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 108.

¹²³⁰ Vid. en sentido contrario GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 181.

¹²³¹ Vid. SAP Madrid de 20 de junio de 2012 (JUR 2004\261436).

¹²³² Vid. *supra* sobre la compatibilidad entre el régimen LOE y la responsabilidad contractual, Capítulo Tercero, § I, en concreto § I.D), sobre la posición de la jurisprudencia, y las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo dictadas en los últimos años.

¹²³³ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 620 y 621.

suspenderse¹²³⁴. De este modo, el perjudicado, una vez transcurrido el periodo de garantía, perderá la protección de la LOE respecto de los daños que se manifiesten con posterioridad, lo cual no comporta necesariamente que no pueda reclamar frente a ellos. A tal efecto tendrá que accionar por otras vías, señaladamente conforme a las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual. Esta posibilidad de reclamar por defectos constructivos fuera del plazo de garantía por vía contractual, fue ya reconocida por la STS de 13 julio de 1987¹²³⁵, y es reconocida hoy por la jurisprudencia que interpreta la LOE¹²³⁶. No obstante, en estos casos, inicialmente no se aplicarán las normas de la LOE en materia de prueba, ni su régimen de responsabilidad objetiva¹²³⁷, de modo que en el ámbito contractual será necesario probar los hechos constitutivos de la pretensión del actor sin el beneficio de ninguna presunción, aunque, como indica MONSERRAT VALERO¹²³⁸, probado el cumplimiento defectuoso del contrato, también podrá presumirse la culpa de los agentes de la edificación.

D) Acciones de la LOE

La LOE regula dos tipos de acciones en sus artículos 17 y 18. En el artículo 17.1 se regula la acción directa, que sustituye a la acción directa de ruina del artículo 1.591 CC. En otros apartados de dicho precepto se establecen diferentes acciones de regreso, que pueden ejercitar los agentes de la edificación cuando frente a terceros respondan por otros, o cuando, por ser condenados solidariamente, asuman mayor responsabilidad de la que les corresponde. El artículo 18 regula los plazos de prescripción de cada una de estas acciones.

1. Acciones directas

El artículo 17.1 LOE establece la acción directa por defectos constructivos a favor de los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios¹²³⁹, que anuda a la existencia de vicios estructurales, de habitabilidad o acabado, siempre que, a su vez, generen daños materiales en la edificación. La misma también puede ejercitarse por el promotor mientras continúe siendo su propietario. Su plazo de prescripción es de dos años¹²⁴⁰, según dispone el artículo 18.1. Mediante su ejercicio, el perjudicado podrá obtener el cumplimiento específico mediante la reparación *in natura* de los defectos constructivos, o el cumplimiento por equivalencia *id quod interest*¹²⁴¹. El estudio detallado de los elementos que la definen se realiza a lo largo de todo este trabajo, cuando se abordan los distintos aspectos que singularizan la responsabilidad ex LOE.

¹²³⁴ Vid. en este sentido MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., "Responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 184, que señala que aunque el plazo de garantía no es un plazo de prescripción ni caducidad, puede asimilarse a estos en cuanto no es susceptible de interrupción ni de suspensión.

¹²³⁵ RJ 1987\5461.

¹²³⁶ MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 45.

¹²³⁷ *Ibidem*, p. 47.

¹²³⁸ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

¹²³⁹ Vid. *supra* Capítulo Cuarto, § I y II, sobre la legitimación de los propietarios y del promotor para el ejercicio de la acción directa.

¹²⁴⁰ Vid. *infra* Capítulo Decimosegundo, § II.B) sobre la prescripción de la acción directa.

¹²⁴¹ Vid. *infra* Capítulo Decimoprimer, § III, sobre la reclamación judicial de los daños y las formas que puede revestir su reparación.

2. Acciones de regreso

La jurisprudencia del Tribunal Supremo fundamenta la acción de regreso o de repetición en la finalidad de evitar el enriquecimiento injustificado, en cuanto la concibe como un instrumento para impedir este resultado¹²⁴². Por su parte, las acciones de repetición del artículo 18.2 LOE pueden reconducirse a dos tipos genéricos¹²⁴³. Uno sería aquél en el que un agente de la edificación hace frente a la responsabilidad, y puede ejercitar una acción de regreso contra los demás codeudores solidarios; y otro sería aquél en el que un agente constructivo satisface una responsabilidad por hecho ajeno, y, por ende, puede repetir contra el responsable final o el autor material de los daños. Su plazo de prescripción es igualmente de dos años¹²⁴⁴ según dispone el artículo 18.2. El estudio en profundidad de las acciones de repetición se efectúa en el Capítulo Décimo al que nos remitimos.

¹²⁴² Vid. OROZCO MUÑOZ, M., *El enriquecimiento injustificado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 233 a 235. En este sentido SSTs de 11 de marzo de 2002 (RJ 2002\1885); o 5 de febrero de 2007 (RJ, 2007\964).

¹²⁴³ Vid. *infra* Capítulo Décimo, § II, sobre las acciones de repetición.

¹²⁴⁴ Vid. *infra* Capítulo Decimosegundo, § II.C) sobre la prescripción de la acción de repetición.

CAPÍTULO SEXTO. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS. LAS ACCIONES CONTRACTUALES

I. LOS DEFECTOS CONSTRUCTIVOS COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El comprador o el comitente pueden exigir el cumplimiento del contrato mediante la entrega o la ejecución, respectivamente, de un edificio habitable y seguro, ya que la obligación del promotor en la compraventa o la de los agentes de la edificación, en el caso del contrato de obra, comprenden todas las consecuencias que sean conformes con su naturaleza según la buena fe, el uso y la ley¹²⁴⁵. Esta obligación no se cumple si se entrega o se ejecuta un edificio aparentemente habitable y seguro, pero que al tiempo presenta vicios que causen su ruina total o parcial, actual o potencial o supongan la existencia de los defectos constructivos ex artículo 17.1 LOE. En sentido similar, las SSTs de 27 de enero de 1999¹²⁴⁶ y 21 de mayo de 1999¹²⁴⁷ disponen que no puede imaginarse mayor cumplimiento defectuoso que la entrega de un inmueble con vicios ruinógenos. No obstante, el concepto de defecto constructivo en la responsabilidad contractual tiene una dimensión más amplia que en la LOE, de modo que engloba los vicios objeto de esta norma, pero también comprende otros supuestos no amparados por ella, que cobran relieve en el ámbito contractual, en cuanto contravención respecto a lo pactado. Así, mediante la responsabilidad contractual se podrá reclamar cualquier falta de conformidad relevante, cualquier incumplimiento que tenga encaje en el artículo 1.258 CC o en la inobservancia de la *lex artis* profesional, en cuanto suponga la existencia de un edificio que no cumpla las características técnicas, cualitativas, morfológicas, de localización, espaciales, estéticas o de calidad que se pactaron en el respectivo contrato.

A) Delimitación del concepto de defecto constructivo en la responsabilidad contractual

1. El defecto constructivo como subespecie del incumplimiento contractual

El cumplimiento de las obligaciones debe reunir los requisitos de integridad, identidad e indivisibilidad que se recogen en los artículos 1.157, 1.166 y 1.169 CC, respectivamente. Así, éste tiene que producirse en la forma convenida en su título constitutivo, debiendo concurrir tales requisitos en sentido estricto¹²⁴⁸, de modo que el incumplimiento comprende no sólo los supuestos de incumplimiento total por omisión de prestación, sino los supuestos de cumplimiento inexacto, entre los que se incluye el cumplimiento defectuoso. La prestación defectuosa supone la existencia de una conducta solutoria que no se ajusta a los presupuestos necesarios para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos. Esta inexactitud puede referirse al sujeto, lugar y tiempo de la prestación, pero también al objeto de la misma, “*cuando se*

¹²⁴⁵ Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Contrato de obra...”, *op. cit.* p. 1.691

¹²⁴⁶ RJ 1999\7

¹²⁴⁷ RJ 1999\4581

¹²⁴⁸ Vid. ABELLA RUBIO, J.M., “Incumplimiento Parcial” en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2012, p. 317.

produce una contravención de los requisitos de identidad e integridad del pago”¹²⁴⁹. En base a lo anterior, resulta necesario incardinar los defectos constructivos en el marco de la prestación defectuosa, pues como tal debe calificarse la entrega de un edificio que los padece¹²⁵⁰. De esta manera, aquellos constituyen una categoría de incumplimiento contractual *per se*, subsumible en el concepto de prestación defectuosa y, en consecuencia, deben definirse en este ámbito. En efecto, la existencia de defectos constructivos permitirá apelar a la responsabilidad contractual prevista en los artículos 1.101 y 1.124 CC, lo cual, *de facto*, comporta postergar las normas sobre saneamiento por vicios ocultos, en cuanto aquellos suponen incumplir una previa obligación de idoneidad de la cosa construida¹²⁵¹. En línea con lo anterior, parece evidente que la aparición de vicios constructivos constituye un supuesto de incumplimiento contractual, no sólo en el contrato de obra, sino también en el contrato de compraventa, en cuanto ninguno de ellos puede estimarse correctamente cumplido, cuando surgen deficiencias de ese calado. En el Código Civil no existe ninguna regulación especial en esta materia, al margen del insuficiente artículo 1.591 CC, localizado en sede de contrato de obra y hoy sustituido por la LOE. No obstante, actualmente, la LOE y el CTE cumplen una función principal para integrar el concepto de defecto constructivo como incumplimiento contractual, en base a la *integración masiva*¹²⁵² que se instrumenta mediante el artículo 1.258 CC. En este concepto, según indicamos a continuación, no sólo deben comprenderse aquellos vicios amparados por la LOE, sino otros en los que se produce una falta de conformidad respecto de lo pactado.

2. La amplitud de este concepto en el ámbito contractual

a) El defecto constructivo en la LOE

La LOE no ampara cualquier defecto constructivo, sino sólo aquellos que puedan ser calificados con arreglo a las tres categorías que tipifica su artículo 17.1, el cual remite parcialmente al artículo 3.1 sobre los requisitos básicos de la edificación, siempre que, además, se origine la producción de un daño material en el edificio. De lo anterior resulta que la ley especial establece un concepto normativo en este ámbito, que se integra por dicha norma y por el CTE, y que viene referido al incumplimiento de los principales requisitos de la edificación. En cualquier caso, se precisa también la producción de un daño material en el edificio¹²⁵³. Sólo así se activa la responsabilidad ex LOE.

¹²⁴⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp. 699 y 700.

¹²⁵⁰ Las SSTS de 27 de enero de 1999 (RJ 1999\7) y 21 de mayo de 1999 (RJ 1999\4581), disponen que no puede imaginarse mayor cumplimiento defectuoso que la entrega de un inmueble con vicios ruinógenos.

¹²⁵¹ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 407, que aluden a la existencia de una derogación tácita de las normas sobre saneamiento por vicios ocultos. Vid. SSTS 1 de junio de 1982 (RJ 1982\3401) y 27 de mayo de 1996 (RJ 1996\3920).

¹²⁵² Vid. CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Capítulo 4. Introducción...”, *op. cit.* p. 91.

¹²⁵³ Vid. STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\337), que indica que “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 propia de la LOE, sino a acciones y a responsabilidades distintas, vinculadas al cumplimiento contractual”, por lo que desestima el ejercicio de acciones LOE contra los técnicos no vinculados contractualmente con el comprador, por las diferencias estructurales entre la obra

b) El defecto constructivo en la responsabilidad contractual

Frente a las limitaciones anteriores se alza el concepto de defecto constructivo como incumplimiento contractual, como medio de reacción frente a cualquier vicio de la edificación, en especial frente a los que no pueden ser reclamados con base en la LOE, bien por no encajar en los que tipifica el artículo 17.1, bien por no originar la producción de daños materiales en el edificio¹²⁵⁴. En particular, se producirá un incumplimiento contractual si el edificio no cumple la normativa técnica¹²⁵⁵, en cuanto que esta circunstancia constituye *per se* un incumplimiento de esta índole¹²⁵⁶, pues los estándares de calidad que recogen estas normas integran la prestación debida¹²⁵⁷. También existirá un incumplimiento contractual cuando no se materialice el resultado pactado, es decir, cuando se produzcan desajustes entre el edificio contratado y el entregado. Los supuestos anteriores engloban aquellas situaciones en las que el edificio presente defectos constructivos amparados por la LOE, pero también otras en las que el edificio presenta anomalías constructivas que no son objeto de la ley especial, como cuando no cumpla las características técnicas, cualitativas, morfológicas, de localización, espaciales, estéticas o de calidad que se pactaron en el contrato de compraventa o de obra, principalmente. En consecuencia, desde la óptica contractual, podrán considerarse como defectos constructivos que generen responsabilidad *ex contractu*, no sólo los incumplimientos de todos los requisitos básicos de la edificación, sino también todos aquellos desajustes entre las características del edificio contratado y el efectivamente ejecutado, incluyendo los incumplimientos de la normativa urbanística, cuando respondan a una anomalía técnico constructiva¹²⁵⁸. De este modo, podemos indicar que todo defecto constructivo ex LOE constituirá un incumplimiento contractual, aunque no a la inversa¹²⁵⁹.

proyectada y la ejecutada, que no impedían un uso satisfactorio de la vivienda ni la hacen inhábil para su finalidad; *vid.* PACHECO JIMÉNEZ, N., “Nº 2.861. Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual: los ámbitos de aplicación de la ley de ordenación de la edificación y del código civil. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\337)”, *CCJC*, núm. 108, 2018 (versión digital, BIB 2018\13312); en sentido similar la STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\4272), indica que “*la estimación del motivo referente a la Constructora conlleva la de los recursos formulados por ambos técnicos en lo referente a la infracción de los artículos 1257, 1101, 1461 y 1591, por cuanto ninguno de ellos puede ser condenado de forma solidaria por el hecho de no haber respetado el proyecto inicial y de haber llevado a cabo las modificaciones que interesaron a la promotora, al carecer de vínculos contractuales con la actora, que puedan obligarlos frente a los compradores*”.

¹²⁵⁴SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley...*, *op. cit.*, pp. 35 a 38.

¹²⁵⁵*Cfr.* STS de 6 de abril de 2011 (RJ 2011\3148), que excluye este tipo de incumplimiento si hay pacto en contrario, o si es propiciado o consentido por el comitente.

¹²⁵⁶*Vid.* SSTS 25 de enero de 2000 (RJ 2000\120), sobre ascensor que no cumple normativa aplicable; o de 10 septiembre de 2007 (RJ 2007\4963) sobre falta de calidad de los materiales que determina que resulten inapropiados.

¹²⁵⁷*Vid.* CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, pp. 404 a 406.

¹²⁵⁸No obstante, somos conscientes de que la etiología de cada uno de estos desajustes puede ser muy diferente, y que sólo en algunos casos estará justificada su inclusión como defecto constructivo. Así, una diferencia de cabida en una vivienda, o la mayor ocupación de la superficie de parcela de un edificio que constituya un incumplimiento urbanístico, podrán deberse a un error en el proyecto o en el replanteo de la obra, en cuyo caso estas deficiencias técnicas justificarán su inclusión como defectos constructivos, a efectos de exigir responsabilidad contractual; o podrán deberse a un decisión voluntaria del promotor, en cuyo caso más que defectos constructivos serían defectos “volitivos”.

¹²⁵⁹*Vid.* SAP de Barcelona de 14 de julio de 2016 (JUR 2016\212174), que niega el carácter de defecto ex LOE a ciertas diferencias entre lo ejecutado y lo contratado en relación a las cocinas.

c) Delimitación negativa

Según hemos indicado, el concepto de defecto constructivo en la responsabilidad contractual es más amplio que en la LOE, y engloba, además de los incumplimientos de los requisitos básicos de la edificación amparados por esta norma, otros que afecten a las características técnicas, cualitativas morfológicas, de localización, espaciales, estéticas o de calidad que se pactaron en el contrato. Sin embargo, como resulta evidente, este concepto no engloba otros incumplimientos contractuales que no puedan calificarse como deficiencias o anomalías técnico-constructivas ni siquiera en sentido amplio, como sucede con la infracción del plazo de entrega de la edificación, los incumplimientos sobre entrega de documentación o sobre otorgamiento de escrituras públicas para la formalización de contratos relativos a la entrega de inmuebles, los relativos a la constitución de garantías del artículo 19 LOE, los impagos de cualquier índole, o, entre otros muchos, los que se producen en relación con las garantías sobre cantidades entregadas a cuenta.

3. Fundamento de la responsabilidad contractual por defectos constructivos

La responsabilidad contractual por defectos constructivos debe basarse en el concepto de incumplimiento de contrato, el cual, a su vez, remite al incumplimiento de una obligación de resultado¹²⁶⁰ o de una obligación de medios¹²⁶¹, con la especial relevancia que en esta última modalidad asume la *lex artis* profesional¹²⁶². En este ámbito, el promotor también resulta ser el principal obligado en caso de existencia de deficiencias en la edificación. Como criterios para imputar responsabilidad a este agente constructivo se han invocado diversas fundamentaciones, como su responsabilidad directa cuando los defectos constructivos se originan por decisiones suyas, la que le corresponde cuando asume también la función de constructor, los conceptos de *culpa in vigilando* o *in eligendo*, la asunción de las consecuencias dañosas de la actividad que desarrolla por razón del beneficio que obtiene, entre otras¹²⁶³. Se ha señalado que la responsabilidad del promotor, también en el ámbito contractual, opera al margen del criterio subjetivo de culpabilidad y que su justificación reside, como señala la STS de 12 de marzo de 1999¹²⁶⁴, en sus propias obligaciones como vendedor, en cuanto obligado a cumplir exactamente la prestación de entrega de lo que para él construyen los profesionales que ha contratado. En consecuencia, debe entregar el edificio sin ningún vicio constructivo, pues, en otro caso, responde por la actuación de los demás agentes constructivos, en tanto que el promotor “*viene a hacer suyos los trabajos ajenos*”. De este modo, el fundamento de su

¹²⁶⁰ Vid. *infra* Capítulo Séptimo, § II.B.7, sobre las obligaciones de resultado.

¹²⁶¹ Vid. *infra* Capítulo Séptimo, § II.B.7, sobre las obligaciones de medios.

¹²⁶² Vid. STS de 3 de octubre de 2016 (RJ 2016\4875), sobre incumplimiento contractual del arquitecto técnico pues, “*en las partidas defectuosas incumplió su obligación de velar por el adecuado desarrollo de las mismas según lo establecido en el proyecto*”.

¹²⁶³ Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “El promotor...”, *op. cit.*, p. 2.450 a 2.452.

¹²⁶⁴ RJ 1999\2375. Esta sentencia indica que la jurisprudencia “*al haber incorporado la figura del promotor inmobiliario al ámbito de los responsables que por desfase histórico no contempla el art. 1591, 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 por los correspondientes contratos y como tal asume el deber de entregar las cosas en condiciones de utilidad, es decir, exentas de vicios constructivos que frustren su utilidad y uso (SSTS 2 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 9394], 30 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10145], 12 de marzo [RJ 1999, 2375] y 13 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7426] y 11 de diciembre de 2003 [RJ 2003, 8658]*”.

responsabilidad estriba en que frente a los adquirentes el promotor asume una obligación de resultado¹²⁶⁵.

En el caso del contratista, para que se produzca un incumplimiento contractual, tampoco se precisa de culpa, por razón de la obligación de resultado que asume, aunque si la hay su responsabilidad podrá ser superior¹²⁶⁶. Por este motivo, se puede ejercitar la acción de cumplimiento o la resolutoria, incluso en el supuesto de caso fortuito, sin que pueda alegar que obró con la diligencia necesaria. No obstante, parece que sólo habrá obligación de indemnizar daños y perjuicios si el incumplimiento se debe a dolo o culpa, siendo el constructor responsable de sus empleados, dependientes y de los subcontratistas¹²⁶⁷.

B) Clasificación de los defectos constructivos como categoría de incumplimiento contractual

El concepto defecto constructivo que analizamos tiene un ámbito común en la LOE y en la responsabilidad contractual, pero también otro que queda fuera del radio de acción de aquella norma, y que únicamente es tutelado por las disposiciones que disciplinan el incumplimiento del contrato, en cuanto que, como hemos señalado, este concepto en la LOE es más limitado que la noción de vicio que opera en el escenario convencional. De este modo, a continuación, ensayamos la siguiente clasificación de los defectos constructivos en el marco contractual:

1. Defectos constructivos que también generan responsabilidad ex LOE
2. Defectos constructivos que no generan responsabilidad ex LOE
 - a) Defectos constructivos que no ampara el artículo 17.1 LOE si no generan daños materiales
 - (i) Incumplimiento de normas técnicas
 - (ii) Defectos estéticos menos graves¹²⁶⁸
 - b) Defectos constructivos que no ampara el artículo 17.1 LOE por su incompleta remisión al artículo 3.1 LOE¹²⁶⁹

¹²⁶⁵ Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “El promotor...”, *op. cit.*, p. 2.453, que indica que estas serían las razones en las que debe basarse la responsabilidad del promotor, más que en los conceptos de *culpa in vigilando* o *in eligendo*, o en la asunción de las consecuencias dañosas de la actividad que desarrolla por razón del beneficio que de la misma obtiene.

¹²⁶⁶ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C, *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, pp. 405 y 406.

¹²⁶⁷ Vid. STS 30 diciembre de 1993 (RJ 1993\9904), que dispone que “*SEGEMAR SA no cedió el control, supervisión y dirección de las obras y menos aún los riesgos derivados de su resultado, pues era la responsable directa ante su principal, incluso por las labores que cumplió el que recurre, dado los términos de generalidad que contiene el art. 1.596 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 aquéllas con intervención constatada, pues el precepto no distingue y no procede interpretaciones restrictivas que afectan al acontecer normal en las relaciones jurídicas*”.

¹²⁶⁸ No obstante, si el defecto estético tiene una gran entidad, puede ser considerado como un daño en sí mismo; vid. SSAP de La Coruña de 9 de octubre de 2012 (AC 2012\1981); de Alicante de 13 de julio de 2009 (JUR 2009\368879); de León 9 de diciembre de 2011 (JUR 2012\37480).

¹²⁶⁹ No obstante estos defectos podrían encontrar amparo en la LOE, en virtud de la cláusula residual que contiene el apartado 3.1.c).4 “*sobre otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*”; vid. SAP de Asturias de 6 de marzo

(i) Defectos ex artículo 3.1.a) LOE relativos a la funcionalidad, sobre la posibilidad de utilización conforme a las funciones previstas en el edificio; la accesibilidad para personas de movilidad y comunicación reducida; el acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información; y acceso a los servicios postales.

(ii) Defectos ex artículo 3.1.b.2) y 3 sobre seguridad en caso de incendio y seguridad en la utilización del edificio, de forma que el uso normal del mismo no suponga riesgo de accidente para las personas

c) Desajustes entre el edificio contratado y el entregado que constituyan anomalías constructivas.

(i) Diferencias de calidades

(ii) Diferencias de cabida

(ii) Incumplimientos urbanísticos

(iv) Otros desajustes

No obstante, somos conscientes de que la etiología de cada uno de estos desajustes puede ser muy diferente, y que sólo en algunos casos estará totalmente justificada su calificación como defecto constructivo. Así, circunstancias como una menor superficie en una vivienda, una diferencia en las calidades o la mayor ocupación de la superficie de parcela constitutiva de un incumplimiento urbanístico, podrán deberse a un error en el proyecto, en la elección de los materiales o en el replanteo de la obra, en cuyo caso estas deficiencias o anomalías técnico-constructivas justificarán su inclusión como vicios de la edificación en nuestra clasificación. Pero también, algunas de ellas y en algunas ocasiones, podrán obedecer a una decisión voluntaria del promotor u otro agente de la edificación, en cuyo caso más que defectos constructivos serían, *rectius*, defectos “volitivos”, si bien permitirán igualmente exigir responsabilidad contractual, por lo que su régimen jurídico sería unitario, sin perjuicio de tomar en consideración el componente doloso allí donde concurra.

1. Defectos constructivos que también generan responsabilidad ex LOE

Sin lugar a dudas, cuando nos encontremos ante defectos constructivos que puedan ser calificados como tales con arreglo a la LOE, en cuanto generen responsabilidad ex artículo 17.1, los mismos serán también constitutivos de un incumplimiento contractual derivado de la existencia de vicios estructurales, de habitabilidad o de acabado. En todos estos supuestos, las acciones contractuales serán compatibles con las de la LOE¹²⁷⁰. Generalmente se tratará de defectos de habitabilidad, equiparables al concepto de ruina funcional articulado jurisprudencialmente en la praxis del artículo 1.591 CC, aunque también se dará esta doble catalogación cuando lo sean estructurales o de acabado. En los casos anteriores, concurrirá un incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación a

de 2012 (JUR 2012\115829), sobre el artículo 3.1.c).4, incardinando defectos varios en el mismo, en cuanto que impiden un uso satisfactorio del edificio.

¹²⁷⁰ Vid. sobre esta compatibilidad, *supra* Capítulo Tercero § I, tal y como afirman las SSTS de 15 de junio de 2016 (RJ 2016\2766) o 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1021013).

los que alude el artículo 17.1 — regulados en el artículo 3.1 LOE y cuyo desarrollo es objeto del CTE¹²⁷¹— y, adicionalmente, se ocasionarán daños materiales en el propio edificio¹²⁷². Estas exigencias o requisitos básicos de la edificación se agrupan en varias categorías que se recogen en el citado artículo 3, como son la **funcionalidad** —apartado 1.a), que a su vez integra características tales como la posibilidad de utilización conforme a las funciones previstas en el edificio; accesibilidad para personas de movilidad o comunicación reducida; acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información; y servicios postales—; **seguridad** —apartado 1 b), que a su vez integra los requisitos sobre seguridad estructural, para evitar que se comprometa la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; seguridad en caso de incendio; y, seguridad en la utilización del edificio—; y **habitabilidad** —apartado 1 c), que a su vez se subdivide en requisitos sobre salubridad, estanqueidad 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—. No obstante, dada la inexacta correlación entre los artículos 3.1 y 17.1 LOE, en principio y sin perjuicio de que puedan realizarse interpretaciones extensivas o integradoras, solo generará responsabilidad con arreglo a la ley especial el incumplimiento de los requisitos de seguridad estructural del artículo 3.1.b.1) y los de habitabilidad del artículo 3.1.c)¹²⁷³.

2. Defectos constructivos que no generan responsabilidad ex LOE

Los defectos constructivos que a continuación abordamos, en principio no generan responsabilidad con arreglo a la LOE, sin embargo, también pueden tildarse como deficiencias o anomalías constructivas, en cuanto que el edificio no cumple las características técnicas, cualitativas, morfológicas, de localización, espaciales o estéticas que se pactaron en el contrato de compraventa o de obra. Estos defectos suponen una falta de conformidad entre el objeto entregado y el que fue considerado por las partes al establecer el programa de prestación, y permiten el ejercicio de las acciones generales de incumplimiento contractual en orden a exigir el íntegro y cabal cumplimiento del contrato, o, en su caso, en orden a instar su resolución¹²⁷⁴. De esta

¹²⁷¹ Vid. MONESTIER MORALES, J.L. *Defensa frente al Ruido*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 257 a 260, en cuanto a los incumplimientos de los requisitos de protección contra el ruido, que advierte como la disposición adicional quinta de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, considera como vicio oculto determinante de la obligación de saneamiento del vendedor, el incumplimiento de los objetivos de calidad acústica en el espacio interior fijados conforme al artículo 8.3 de dicha Ley. No obstante, en caso de que los ruidos se produzcan por un deficiente aislamiento acústico del edificio, en perjuicio de su habitabilidad y confort, estaríamos ante un propio y verdadero incumplimiento contractual por entrega de cosa distinta de la debida, *aliud pro alio*, siendo aplicable la protección de los artículos 1.101 y 1.124 CC. En estos casos, el propietario podrá utilizar bien la acción de cumplimiento de contrato para conseguir la entrega del aislamiento acústico reglamentariamente exigible, bien la acción resolutoria del contrato o, en su caso, las acciones edilicias por vicios ocultos.

¹²⁷² Vid. *supra* Capítulo V, II.B.3.b), sobre la necesidad de que se produzcan daños materiales en el propio edificio.

¹²⁷³ Vid. *supra* Capítulo V, II.B.3.a), sobre la inexacta coordinación entre los artículos 17.1 y 3.1 LOE.

¹²⁷⁴ Vid. STS de 8 febrero de 2003 (RJ 2003\1523), que dispone que “el comprador o el comitente podrán rechazar la prestación inexacta cuando en ella falten los requisitos de identidad e integridad en el pago, conforme a los artículos 1.166 y 1.169”; o STS de 12 de marzo de 2002, que permite la resolución contractual porque las viviendas presentan defectos constructivos con entidad suficiente para frustrar el fin del contrato; vid. en sentido similar STS de 17 de diciembre de 2003 (RJ 2003\8792); en el mismo sentido STS de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8364), en relación a una construcción con

manera, mediante las acciones contractuales, se podrá reclamar cualquier falta de conformidad respecto a lo pactado, cualquier incumplimiento que tenga encaje en el artículo 1.258 CC o en la inobservancia de la *lex artis* profesional¹²⁷⁵. A continuación, abordamos los defectos constructivos de carácter contractual que no generan responsabilidad ex LOE, según la clasificación expuesta al inicio de éste § B).

a) Defectos constructivos que no ampara el artículo 17.1 LOE si no generan daños materiales

El defecto constructivo que ampara la LOE requiere que, además de poder ser incardinado en alguna de las tres tipologías del artículo 17.1, origine un daño material en el propio edificio¹²⁷⁶. Así, la STS de 2 de febrero de 2018¹²⁷⁷ remarca la yuxtaposición que debe producirse entre los defectos constructivos ex LOE y los daños materiales a ellos asociados. Sin embargo, a nivel contractual, el mero incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación puede generar responsabilidad en este ámbito, aunque no se generen daños. Dentro de este tipo de defectos que no generan daños en sentido estricto, distinguimos entre el incumplimiento de las normas técnicas y los defectos estéticos menos graves.

i) Incumplimiento de normas técnicas

En estos casos se produce un incumplimiento del CTE, pero, pese a ello, no se generan daños materiales en el edificio. Así, cabe pensar en supuestos en los que la estructura del edificio no se haya ejecutado con pleno cumplimiento de las previsiones sobre seguridad estructural, según se contienen en el artículo 10 CTE y los DBs que lo desarrollan, y que, sin embargo, no quede comprometida la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio¹²⁷⁸; o en otros en los que no se han respetado en toda su extensión la exigencias del CTE sobre estanqueidad, aunque ello no ocasione

deficiencias no constitutivas de ruina pero que “*contradicen las exigencias propias de la buena construcción*”.

¹²⁷⁵Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 491, que, en estos casos de daños no amparados por la LOE, alude a lo que la doctrina francesa considera como “daños intermedios”.

¹²⁷⁶GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Capítulo 7. Requisitos básicos...”, *op. cit.*, pp.142 y 143. En el mismo sentido CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p 373; o DE LA ROCHA GARCÍA, E. y del ARCO TORRES M.A., *Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, p. 105. Estos autores señalan que para que un daño sea indemnizable, es preciso que esté incluido en alguna de las tres categorías que establece el artículo 17 LOE, el cual cumple una doble función: por un lado, dispone que la responsabilidad ex LOE sólo *puede* derivarse de esos tipos de daños, y por otro, anuda a los mismos las garantías del artículo 19.

¹²⁷⁷RJ 2018\337, que en relación a determinados deficiencias de bastante entidad indica que “*las acciones de responsabilidad previstas en el art. 17 son por los daños materiales dimanantes de vicios o defectos, «sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual». 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 propia de la LOE, sino a acciones y a responsabilidades distintas, vinculadas al cumplimiento contractual de los artículos 1.091 , 1.089 , 1101,1.258 , 1.124 , 1.484 y siguientes, todos ellos del Código Civil, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen el calificativo de dañosos, como resulta de las sentencias de esta Sala de 13 de mayo (RJ 2008, 3062) y 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 3307) y 27 de junio de 2012 (RJ 2012, 8014)”. Vid. en sentido similar STS de 5 de mayo de 2015 (RJ 2015\1725).*

¹²⁷⁸Piénsese en un supuesto, en el que la estructura de un edificio se ejecute sin emplear aditivos sulforresistentes pese a indicarlo así el proyecto, y que lo anterior no ocasione problemas en su resistencia mecánica y estabilidad.

filtraciones o humedades¹²⁷⁹. En estos casos, ante la ausencia de daños, no existirá propiamente un defecto con base en el régimen de la LOE, salvo que estas situaciones puedan reconducirse a escenarios de daño potencial, pero, de cualquier modo, estos hechos sí podrán dar lugar a responsabilidad contractual. Y será así en tanto que el CTE integra el contenido de la prestación conforme al artículo 1.258 CC y a la *lex artis* profesional, por lo que su inobservancia constituye *per se* un incumplimiento del contrato. Señala a este respecto CORDERO LOBATO¹²⁸⁰, que las normas del CTE que regulan los niveles de calidad exigidos en la edificación, son normas de “tutela inmediata”, a diferencia de las normas que imponen controles formales y de carácter documental, que esta autora califica como de “tutela mediata”. Por este motivo, el incumplimiento de las normas del CTE de “tutela inmediata”, integra el “interés de prestación” del acreedor, por lo que son contractualmente exigibles, aunque su inobservancia no dé lugar a responsabilidad ex artículo 17.1 LOE¹²⁸¹. Así, el interés de prestación del acreedor comprende no sólo un “interés de indemnidad” en los términos del artículo 17.1 LOE, sino también “una pretensión de no puesta en peligro”¹²⁸². Por el contrario, en el régimen de la LOE sólo es posible articular una pretensión de indemnidad —salvo que el concreto requisito básico afectado pueda considerarse definido en relación a los niveles que exija el CTE¹²⁸³, como sucede con el aislamiento acústico, o se trate claramente de daños potenciales—, pues la responsabilidad que tipifica el artículo 17 requiere la presencia de daños materiales anudados indisolublemente al incumplimiento del CTE¹²⁸⁴. Esta pretensión de “no puesta en peligro” exigible contractualmente, permite accionar ante cualquier inobservancia del CTE, posibilitando al propietario corregir tales incumplimientos, aunque no ocasionen daños, en última instancia mediante el cumplimiento por equivalencia o con el abono de los daños y perjuicios que correspondan. Lo anterior comporta ventajas diversas, en tanto que, por un lado, se conseguirá satisfacer la pretensión de contar con un edificio que cumpla íntegramente el CTE¹²⁸⁵ y, por otro, también se evitará la posibilidad de que dicho incumplimiento, que actualmente no genera daños, pueda originarlos en el futuro si la situación se degrada o si se dieran circunstancias que incrementen su trascendencia¹²⁸⁶. En cualquier caso, no toda inobservancia del CTE podrá amparar el ejercicio de una acción de incumplimiento de contrato, pues, si bien lo anterior puede mantenerse en línea de principio, en cuanto que la disciplina contractual comporta un plus de exigencia respecto del régimen de la LOE, en ningún caso se pueden legitimar pretensiones que no estén preordenadas a aportar al propietario alguna utilidad, siquiera sea en términos de mayor nivel de garantía o de menor posibilidad de que se ocasionen daños en el futuro. Es decir,

¹²⁷⁹Así, si en la impermeabilización de un escalón de salida a una terraza, la lámina asfáltica no reúne las dimensiones o características que exige el CTE, o, si en la impermeabilización de una fachada no se respetan las exigencias que impone esta norma.

¹²⁸⁰Vid. CORDERO LOBATO, E., *El Código...*, *op. cit.*, p. 83.

¹²⁸¹Cfr. CARRASCO PERERA, A y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Capítulo 4. Introducción jurídica...”, *op. cit.*, pp. 88 a 92, exigen a este respecto que las partes interioricen un interés específico en el cumplimiento del CTE, de tal manera que su inobservancia frustre el interés de prestación.

¹²⁸²Vid. CORDERO LOBATO, E., *El Código...*, *op. cit.*, p. 85 a 90.

¹²⁸³Así, v. gr., con el aislamiento acústico en fachadas o entre medianeras, en el que la inobservancia de los niveles que cuantifica y prescribe el CTE, podrían ser considerados directamente como dañosos ¹²⁸⁴*Ibidem*, p. 83.

¹²⁸⁵Satisfacción que podríamos denominar intelectual o moral, aunque tiene una trascendencia superior, p. ej. de cara a la garantía futura del edificio o a su valor en venta.

¹²⁸⁶Así puede suceder en el ejemplo citado de la impermeabilización de una fachada, que no genera daños actuales, pero que puede generarlos si se produce un periodo de climatología muy adverso.

también en estos casos la pretensión debe superar un juicio teleológico sobre su alcance y contenido, debiendo desestimarse aquéllas que no reporten al titular del edificio una ventaja adicional al mero cumplimiento de la norma. En otro caso se estarían amparando situaciones de abuso¹²⁸⁷.

ii) Defectos estéticos menos graves

En el caso de estos defectos estéticos tampoco se produce un daño en sentido estricto y, en principio, los mismos no generarían responsabilidad ex LOE, aunque no es ésta una cuestión pacífica, pues dependerá mucho de su concreto alcance. Como tales cabría considerar toda diferencia entre el edificio objeto del contrato y el entregado, que, sin afectar a los requisitos básicos de la edificación, desmerezca la construcción, incidiendo sobre su aspecto, prestancia y cualidades ornamentales¹²⁸⁸. Bajo el régimen del artículo 1.591 CC, la jurisprudencia extendió el concepto de ruina a vicios estéticos de cierta importancia, fundamentalmente referidos a supuestos de fisuras y grietas muy evidentes¹²⁸⁹, si bien, como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO¹²⁹⁰, aplicar el concepto de ruina a estos defectos parece una “hipérbole jurisprudencial”. Para que estos vicios puedan generar responsabilidad ex LOE, habría que reconducirlos a la cláusula residual de los requisitos de habitabilidad¹²⁹¹ que se contiene el artículo 3.1.c.4) LOE, sobre “*otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*”. En este sentido, no cabe duda de que una estética defectuosa podrá generar una insatisfacción en el propietario, e incluso daños morales¹²⁹², pero parece más difícil asumir que se produzcan daños materiales por esta circunstancia, aunque cabría plantear los supuestos en los que redunde en una importante reducción del valor económico de la edificación. Para CORDERO LOBATO, la alusión del artículo 3.1.c.4)

¹²⁸⁷ Vid. CARRASCO PERERA, A., *Tratado del abuso de derecho...*, op. cit., pp. 109 a 111, sobre el ejercicio excesivo del derecho o el uso intensivo del mismo, como escenarios de abuso relacional; y pp. 216 a 221 sobre el acto emulativo o “chicana”, como regla prohibitiva que deslegitima el acto de ejercicio de un derecho que no depara a su titular ninguna ventaja, y que sólo persigue un *animus nocendi*.

¹²⁸⁸ Piénsese en una fachada que pierde su tonalidad inicial adoptando un aspecto deteriorado, o que presenta manchas por eflorescencia de la piedra que reviste la misma, o que no guarda la adecuada uniformidad en el tono.

¹²⁸⁹ La STS de 22 de junio de 2001 (RJ 2001\5074), considera como vicios ruinógenos los defectos estéticos en la pavimentación de la acera, pese a que no afectan a la seguridad ni habitabilidad del edificio. En el mismo sentido, las SSAP de La Coruña de 9 de octubre de 2012 (AC 2012\1981) o de Alicante de 13 de julio de 2009 (JUR 2009\368879). La SAP de León 9 de diciembre de 2011 (JUR 2012\37480), dispone que “*acreditada la realidad y alcance de los vicios constructivos alegados en la demanda, consistentes en fisuras generalizadas en todas las plantas del sótano, debemos también apreciar, en conjunción con los demás vicios observados y que se extienden a diversos elementos y estructuras del edificio de la comunidad apelante, su gravedad y carácter ruinógeno, a los efectos del art. 1591 del CC que sirve de fundamento legal a la acción ejercitada, dada la inadecuación funcional de la obra construida para la normal habitabilidad del inmueble afectado que todos ellos producen en una consideración global, sin que la dimensión puramente estética que se predica de tales fisuras, su carácter habitual, o el hecho de que, aisladamente, carezcan de la gravedad precisa para ser consideradas como constitutivas de ruina potencial o funcional, impidan atribuirle esta calificación en una valoración unitaria del conjunto de las imperfecciones concurrentes*”.

¹²⁹⁰ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 37.

¹²⁹¹ Ya durante la vigencia de la LOE, la SAP Madrid 20 de junio de 2012 (JUR 2004\261436) equipara los defectos de habitabilidad con la ruina funcional, e incluye entre los mismos defectos estéticos.

¹²⁹² Cumple indicar, que la LOE sólo permite reclamar por los daños materiales en edificio, quedando fuera de su ámbito otros daños como los daños morales.

LOE al uso satisfactorio del edificio, permite entender incluidas en este apartado todas las utilidades englobadas en el concepto precedente de ruina funcional, incluidos los defectos estéticos, que son el único aspecto funcional de ciertos elementos constructivos. De este modo, este vicio, además de responsabilidad contractual podría originarla con arreglo a la LOE¹²⁹³. En cualquier caso, un defecto estético sí será constitutivo de un incumplimiento contractual si el edificio no reúne las condiciones de apariencia externa u ornamentales convenidas, que, generalmente, lo habrán sido por remisión al proyecto. Este desajuste permitirá accionar al promotor contra los agentes responsables en el caso del contrato de obra, o a los compradores frente a aquél con base en el contrato de compraventa, aunque, en este último supuesto, habrá de valorarse si el defecto era claramente aparente con anterioridad al momento de la compra. Esta preexistencia y apariencia, podría vedar la posibilidad de accionar contra el promotor, salvo que pudiera entenderse que se trataba de un problema en vías de reparación.

b) Defectos constructivos que no ampara el artículo 17.1 LOE por su incompleta remisión al artículo 3.1 LOE

La falta de coordinación entre los artículos 3.1 y 17.1 LOE determina que no todos los requisitos básicos de la edificación que contempla el primero, constituyan un daño resarcible conforme al segundo. En concreto, esta falta de coordinación concurre respecto de los requisitos de funcionalidad del apartado 3.1.a) —relativo a la posibilidad de utilización conforme a las funciones previstas en el edificio; la accesibilidad para personas de movilidad y comunicación reducida; el acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información; y servicios postales—; y respecto de los del apartado 3.1.b.2) y 3) —sobre seguridad en caso de incendio y seguridad en la utilización del edificio, de forma que el uso normal del mismo no suponga riesgo de accidente para las personas—. Al igual que hemos expuesto respecto a los defectos estéticos, estos requisitos sólo podrán activar el régimen de responsabilidad ex LOE en la medida en que puedan reconducirse al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, en virtud de la cláusula residual que contiene el artículo 3.1.c.4) “*sobre otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*”. Sólo con esta interpretación podrán encontrar amparo en la LOE defectos tan alarmantes como los desprendimientos de piezas de una fachada, que, en principio, no constituirían en puridad ninguno de las tres tipologías de defectos que recoge su artículo 17.1¹²⁹⁴. En este sentido, entendemos que la jurisprudencia seguirá esta línea, y tenderá a subsanar la deficiente coordinación que existe entre los artículos 17.1 y 3.1 LOE, atribuyendo responsabilidad con arreglo a dicha norma, por todo defecto que suponga

¹²⁹³ Vid. CORDERO LOBATO, E., *El Código...*, op. cit., p. 99

¹²⁹⁴ Por supuesto que el desprendimiento de un aplacado de fachada, en los casos más graves, puede constituir un defecto de habitabilidad, o, incluso decenal —vid. SAP de Pontevedra de 12 de mayo de 2016 (JUR 2016\145980), que lo considera defecto de habitabilidad porque exige su revisión completa y afecta a la seguridad de las personas; o SAP de Lleida de 11 de julio de 2013 (JUR 2013\341691), que considera defecto estructural el desprendimiento del aplacado de la fachada, por existir riesgo de desprendimiento total, originando un problema en la estabilidad del edificio—, pero si el problema se limita a la caída de piezas contadas de modo aleatorio, el tratamiento en la ley especial no parece tan claro. Vid. el análisis de este tipo de defecto que realiza CADARSO PALAU, J., “El sistema de responsabilidad civil en la construcción”, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, p. 48.

un incumplimiento de cualquiera de los requisitos básicos de la edificación del artículo 3.1 LOE¹²⁹⁵. Sin embargo, no cabe ninguna duda de que, el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos, constituye un incumplimiento contractual en toda regla, en cuanto afectan a cuestiones de primer orden, como puede ser la accesibilidad para personas de movilidad reducida, la seguridad en caso de incendio o la utilización del edificio de forma que su uso normal no suponga riesgo de accidente para las personas¹²⁹⁶. Por este motivo, estos incumplimientos constituyen una violación del contrato y habilitan para el ejercicio de las acciones contractuales¹²⁹⁷.

c) Desajustes entre el edificio contratado y el entregado

Estos desajustes hacen referencia a diferencias entre la prestación comprometida y la finalmente cumplida, y también pueden conceptuarse como defectos de la edificación de carácter contractual, cuando obedezcan a deficiencias o anomalías técnico-constructivas. En estos casos, el edificio no cumplirá alguna de las características técnicas, cualitativas, morfológicas, de localización, espaciales, estéticas o de calidad que se pactaron, siquiera sea tácitamente, en el contrato de compraventa o de obra, fundamentalmente. Para exigir responsabilidad por este motivo, al igual que ocurre siempre que se ejercitan acciones contractuales, el perjudicado sólo podrá dirigirse contra quienes mantenga vínculos contractuales¹²⁹⁸.

i) Diferencia de calidades

En este caso se trata de un concreto desajuste entre la obra contratada y la entregada, definido por la existencia en el edificio de calidades distintas de las pactadas. También es difícil incardinar estos supuestos en la responsabilidad ex LOE. En efecto, si en el edificio se colocan materiales de inferior calidad a la contratada¹²⁹⁹, sin que esta circunstancia constituya el incumplimiento de ninguno de los requisitos básicos de la edificación, y sin que se ocasionen daños por este motivo, parece difícil que el supuesto puede encajarse en el ámbito de aplicación de la ley especial¹³⁰⁰. De

¹²⁹⁵ Vid. SSAA Barcelona de 2 de enero de 2018 (JUR 2018\81878) o Soria de 29 de enero de 2018 (JUR 2018\64690), que dan entrada a diversos defectos constitutivos del anterior concepto de “ruina funcional” en la LOE, a través del artículo 3.1.c).4. Vid. SAP de Asturias de 6 de marzo de 2012 (JUR 2012\115829), sobre el artículo 3.1.c).4, incardinando defectos varios en el mismo, en cuanto que impiden un uso satisfactorio del edificio.

¹²⁹⁶ Así, si en un edificio no se construyen rampas para el acceso de discapacitados, o si no respetan las medidas y pendientes que exige su normativa específica, o si se instala una solería resbaladiza que origina riesgo de caídas, estaremos ante supuestos que constituyen un incumplimiento contractual, con independencia de que puedan o no incardinarse también en el ámbito LOE, mediante la cláusula residual del artículo 3.1.c).4, “sobre otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio”.

¹²⁹⁷ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Concepto de ruina...”, *op. cit.*, p. 1.332 a 1.662, que cita una amplia relación de supuestos constitutivos de vicios no ruinógenos, que sólo darían lugar al ejercicio de acciones contractuales. Vid. SSAP de Burgos de 27 de julio de 2006 (JUR 2006\205220) o de Pontevedra de 5 de octubre de 2006 (JUR 2006\251317), entre otras.

¹²⁹⁸ STS de 27 de junio de 2012 (RJ 2012\8014), en relación a la falta de legitimación pasiva del arquitecto por incumplimientos de contrato que no tienen la condición de vicios ex artículo 1.591 CC; en el mismo sentido SSAP de Madrid de 13 de julio de 2016 (JUR 2016\211513); de Madrid de 24 de junio de 2016 (JUR 2016\198643); de La Rioja de 21 de julio de 2016 (JUR 2016\210849); o de Girona de 31 de julio de 2015 (JUR 2015\234668).

¹²⁹⁹ Vid. *supra* Capítulo Segundo, § III.d).2.b), sobre la memoria de calidades y su carácter vinculante.

¹³⁰⁰ Vid. STS de 5 de mayo de 2015 (RJ 2015\1725), que excluye la responsabilidad ex artículo 1.591 de la constructora, por la colocación de una solería y maderas de inferior calidad a las contratadas, cuya reclamación podrá efectuarse al promotor con base en las acciones contractuales.

nuevo entrará en escena la responsabilidad contractual para amparar al comitente o al comprador, si las calidades del edificio difieren de las que fueron objeto de los respectivos contratos¹³⁰¹, con posibilidad incluso de resolverlos en los casos más graves¹³⁰². En este sentido, dicho incumplimiento puede provenir, bien de la deficiente calidad de los materiales, bien de la utilización productos de inferior calidad a la pactada¹³⁰³. En este punto cobran singular importancia las “memorias de calidades” que se puedan adjuntar al contrato, o que se contienen en el proyecto técnico que define el edificio¹³⁰⁴. Del mismo modo, también adquiere especial relevancia la oferta del edificio en venta si se publicitan las calidades, sobre la base del principio de integración publicitaria del contrato ex artículo 61.2 TRLCU, en cuanto que “*deberá tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad del contrato*”¹³⁰⁵. En estos casos, tanto la memoria de calidades como la oferta publicitaria tienen carácter inequívocamente vinculante¹³⁰⁶. Por este motivo, para proteger al adquirente, la jurisprudencia rechaza aplicar la teoría de los actos propios, si se firma la escritura de compraventa sin que el comprador alegue nada sobre las inferiores calidades, pues no se podrá considerar su conformidad por ese solo hecho¹³⁰⁷. En consecuencia, la calificación de la diferencia de calidades como incumplimiento contractual, permite apelar a las acciones para exigir responsabilidad de esta clase, con aplicación del

¹³⁰¹Piénsese por ejemplo si en lugar de un mármol de primera calidad se instala uno de categoría muy inferior. Item más, si se instala terrazo en vez de mármol.

¹³⁰²La STS de 26 de junio de 1999 (RJ 1999\4562), permite la resolución contractual por diferencia de calidades respecto a los folletos publicitarios y por la falta de construcción de la piscina ofertada.

¹³⁰³Vid. BADIOLA DÍEZ, R., “Responsabilidades jurídicas en la edificación”, en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y L. Pozuelo Pérez y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 97. Cita este autor la STS de 27 de mayo de 1996 (RJ 1996\3920), que declara la existencia de incumplimiento de contrato por la instalación de radiadores de inferior calidad. La SAP de León de 19 mayo de 2000 (AC 2000\1471), trata el supuesto de colocación en cocinas y baños de cerámicas de marcas y calidad distintas de las pactadas en el contrato, y la instalación de parqué de calidad diferente, por lo que se obliga a la retirada de dichos materiales y a la colocación de los pactados.

¹³⁰⁴En este sentido, el cambio de marca de los materiales empleados en la construcción o equipamiento del edificio, puede significar una diferencia de calidades, salvo que esté justificada y no exista duda alguna que la calidad es equivalente.

¹³⁰⁵En el mismo sentido, artículo 3.2 Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1989).

¹³⁰⁶Vid. BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, *op. cit.*, pp. 503 y 504.

¹³⁰⁷En este sentido *vid.* STS de 27 de julio de 1999 (RJ 1999\6578), que indica que no puede aplicarse la teoría de los actos propios, por el mero hecho de otorgar una escritura pública que en nada refiere a tales aspectos, y que no contiene una voluntad expresa en el sentido pretendido por el vendedor, pues “*uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la viabilidad de la doctrina de los actos propios está constituido por la intención manifiesta de su autor dirigida a crear, modificar o extinguir algún derecho, con la particularidad de que para que sea vinculante, ha de ser concluyente, indubitado y con alcance inequívoco, circunstancias de no concurrencia en este caso, pues, amén de que la propia recurrente admite la existencia de las anomalías en las puertas de los armarios y en tareas de ejecución de pintura, la manifestación de voluntad de los actores al escriturar la compraventa de las viviendas, no cabe considerarla con fuerza para obligarles respecto a la admisión de determinadas faltas, como las aquí tratadas, lo que requería la patente expresión de voluntad sobre su conformidad con las mismas*”.

plazo de prescripción de artículo 1.964 CC, sin que resulte aplicable el plazo de seis meses que establece el artículo 1.472 CC¹³⁰⁸.

ii) Diferencias de cabida. Especial consideración en las ventas sobre plano

También se trata de un concreto desajuste entre la obra ejecutada y la contratada. Su singularidad deriva de que esta anomalía se define por la entrega de un edificio con una superficie inferior a la pactada. La regulación del Código Civil sobre las diferencias de cabida se contiene en los artículos 1.469 a 1.472, y en ella se aborda esta cuestión más desde la óptica del error, que desde la del incumplimiento parcial. Es decir, se parte de la base de que la menor cabida obedece a un error de las partes, y no a que se haya producido una variación de la superficie entre el momento de la perfección del contrato y el de la entrega del edificio¹³⁰⁹. Señala MONDÉJAR PEÑA¹³¹⁰, que estas diferencias son consecuencia de la desviación de la obra ejecutada respecto de la prevista en el contrato, y evidencian el inexacto cumplimiento de la obligación asumida por el promotor-vendedor o, en su caso, del contratista, por lo que deben ser abordadas en el marco de la disciplina del incumplimiento, mediante la doctrina del *aliud pro alio*, cuya invocación podrá dar lugar a una acción de cumplimiento específico o, en su caso, a una acción resolutoria, evitando que entre en juego el artículo 1.471 CC¹³¹¹. De este modo, en el caso de viviendas ya construidas, con menor cabida que la pactada u ofertada, será posible accionar con base en los artículos 1.101 y 1.124 CC, pues debe considerarse que las normas de los artículos 1.469 a 1472 CC no presuponen la existencia de aquel incumplimiento, sino que parten de la existencia de un error de ambas o alguna de las partes sobre la

¹³⁰⁸ Vid. STS de 12 diciembre de 2005 (RJ 2005\10173), que dispone que “es cierto que el artículo 1.472 del Código Civil establece un breve plazo de prescripción de seis meses, contados desde el día de la entrega, en cuanto al ejercicio de las acciones que dimanen de lo dispuesto en los artículos 1.469, 1.470 y 1.471 del mismo código, acciones que se refieren a los supuestos de diferencia de cabida de los inmuebles objeto del contrato de compraventa y que se extienden al caso de que, aunque resulte igual cabida «alguna parte de ella no es de la calidad expresada en el contrato» (...) pero (...) cabe sostener que la acción ejercida, mediante la denuncia de los defectos de calidad en las viviendas respecto de las que habían sido contempladas a la hora de contratar, es la general derivada del incumplimiento contractual; acción que, al no estar sujeta a plazo especial de prescripción, ha de vincularse al plazo general de quince años para el ejercicio de las acciones personales que prevé el artículo 1.964 del Código Civil”

¹³⁰⁹ Vid. MONDÉJAR PEÑA, M^a.I., “La protección de los consumidores en la compraventa de vivienda”, en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y L. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 1.037. Vid. STS de 19 de enero de 2005 (RJ 2005\519). Esta sentencia destaca que “las reglas especiales de los arts. 1469 a 1472, no se refieren a la hipótesis de una diferencia entre la cantidad efectiva del inmueble en el momento de la conclusión del contrato y la cantidad entregada, y por tanto, a un inexacto cumplimiento de la obligación de entregar; efectivamente, la reducción voluntaria de la cabida de la cosa vendida por el vendedor da lugar a la aplicación del art. 1124 del Código Civil, en cualquiera de las dos opciones que se reconocen a favor del comprador y así las sentencias de 24 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 4786) y 13 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7097) establece que «el hecho de que la vendedora hubiera reducido en más de un quince por ciento la cabida de la vivienda acordada, se estima como incumplimiento del contrato, dando paso a la acción derivada del art. 1124 del Código Civil que autoriza a la restitución de la prestación y el resarcimiento de daños y perjuicios»”.

¹³¹⁰ *Ibidem*, pp. 1035 y 1036.

¹³¹¹ Cfr. BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, op. cit., p. 502.

cabida del inmueble¹³¹². En el caso de viviendas en construcción, resulta obligatorio que el contrato refleje su superficie útil¹³¹³. Con mayor razón, estas diferencias de cabida no pueden ser tratadas en base al artículo 1.470 CC, que determina el ajuste del precio en función de la superficie con un criterio proporcional, sino que deben ser abordadas como un cambio cualitativo en la prestación, que altera el sinalagma contractual y que puede equipararse al *aliud pro alio*. Del mismo modo, la referencia contractual que, en su caso, se efectúe al “cuerpo cierto”, no podrá impedir que entren en juego las normas sobre incumplimiento contractual, pues la modalidad de venta a precio alzado no puede aplicarse a una realidad inexistente en el momento de la perfección del contrato¹³¹⁴. En efecto, no es posible aplicar en estos casos el artículo 1.471 CC sobre la venta de fincas como cuerpo cierto¹³¹⁵, pues es el promotor que vende sobre plano quien debe asumir los riesgos de la ejecución del proyecto. Por este motivo, los defectos de cabida son reconducibles a la noción de falta de conformidad¹³¹⁶, en tanto que la superficie de un edificio es un elemento esencial que no encaja con el sentido del artículo 1.471 CC, más orientado a fincas rústicas. Se trata, en suma, de un incumplimiento contractual que no se rige por el artículo 1.471 CC y el exiguo plazo de seis meses del artículo 1.472 CC¹³¹⁷, al que se aplica el plazo general de prescripción del artículo 1.964 CC, y que incluso pueden dar lugar a la resolución contractual¹³¹⁸. En muchas ocasiones, estos defectos de cabida se intentan subsanar por el promotor consignado en la escritura que la venta se realiza como “cuerpo cierto”, con una sedicente eficacia novatoria respecto del contrato privado¹³¹⁹, lo cual viene siendo rechazado por la jurisprudencia¹³²⁰, pues se trata de cláusulas

¹³¹²CARUANA FONT DE MORA, G., “La compraventa de vivienda. Reclamación del comprador ante incumplimientos del vendedor en materia de extensión, calidades y fecha de entrega”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 66, marzo 2006, p. 4 a 7.

¹³¹³Vid. Real Decreto 515/1989, de 21 abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1989), que, en sus artículos 3 y 4, exige la constancia de la superficie útil, la descripción general del edificio, zonas comunes, servicios accesorios o materiales empleados, incluidos aislamientos térmicos y acústicos; *vid.* igualmente, en Andalucía, el Decreto 218/2005, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía (BOJA núm. 217, de 7 noviembre de 2005).

¹³¹⁴CARUANA FONT DE MORA, G., “La compraventa...”, *op. cit.*, p. 7

¹³¹⁵STS de 19 de enero de 2005 (RJ 2005\519). *Vid.* STS de 18 de febrero de 2010 (RJ\2010\1285), que indica que “no se da la base fáctica para que se pueda aplicar el artículo 1471 del Código civil. Esta norma se aplica al caso del inmueble vendido por un precio alzado; es el caso de venta de cuerpo cierto, como cosa identificada por sí misma sobre la que las partes pueden hacer las mediciones y comprobaciones que estimen convenientes (a ello se refiere la sentencia de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3921) que reitera la doctrina de la sentencia de 26 de junio de 1956 (RJ 1956, 2729). Pero no cabe aplicarla a la compraventa de cosa futura, en que se ha identificado la finca vendida por sus caracteres y dimensiones que, si no se cumplen, se aplicará el artículo 1124 o 1101 del Código civil y, por ello, puede exigirse el cumplimiento o la indemnización o, incluso en su caso, si procede, la resolución”. En el mismo sentido, SSAP Alicante de 27 de mayo de 2003 (JUR 2003\152665) o Barcelona de 28 de marzo de 2003 (JUR 2003\199938).

¹³¹⁶VAQUER ALCOY, A., “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?”, *ADC*, Vol. LIV, núm. I, 2011, pp. 20 a 22.

¹³¹⁷STS de 7 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9887).

¹³¹⁸Vid. STS de 18 de febrero de 2010 (RJ\2010\1285); *Vid.* infra § III.B) sobre la acción resolutoria.

¹³¹⁹BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 503.

¹³²⁰En este sentido la STS de 7 diciembre de 2006 (RJ 2006\9887), considera que no cabe aplicar los artículos 1.469 a 1.472 CC, en base a la supuesta eficacia novatoria de una escritura en la que se hacía referencia al cuerpo cierto, respecto a los contratos privados en los que no se incluía tal mención, puesto que la novación no se presume, con cita de la STS de 29 de marzo de 1993. En el mismo sentido SAP de Cantabria de 27 de diciembre de 2000 (JUR 2001\120287), que considera que la mención al

que pretenden salvar la responsabilidad de aquél ante el incumplimiento de lo pactado. Su admisión vaciaría de contenido la protección que a los consumidores dispensan normas como el RD 515/1989, de 21 de abril¹³²¹, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, siendo inadmisibles por falta de *animus novandi* en el comprador y por su carácter sorpresivo¹³²².

iii) Incumplimientos urbanísticos

La construcción de un edificio afectado por un incumplimiento urbanístico puede dar lugar a diversas consecuencias, entre las que destaca la denegación de las licencias urbanísticas, bien sean de primera ocupación (LPO) o de actividad. Aunque es posible que estas infracciones puedan constituir vicios constructivos que generen responsabilidad ex LOE¹³²³, en cuyo caso será posible accionar con base en esta norma si se ha producido la recepción del edificio y se han iniciado los respectivos plazos de garantía¹³²⁴, por lo general no originarán responsabilidad con arreglo a la ley especial. Así sucederá cuando el incumplimiento consista en la inobservancia de las normas sectoriales o urbanísticas que regulen determinados edificios, como las que afectan al patrimonio histórico-artístico, las normas de protección de cascos antiguos, sobre aspecto exterior de los inmuebles, altura, vuelo, cotas, retranqueos, ocupación de parcela o edificabilidad. Sin embargo, en el ámbito contractual, sí pueden constituir en determinados casos defectos constructivos de esta índole, en la medida en la que se origine un desajuste en la construcción del edificio con respecto a los pactos concertados para su edificación o adquisición, siquiera sea en base a la integración contractual de las normas urbanísticas que elípticamente puede instrumentarse por vía del artículo 1.258 CC¹³²⁵. Es decir, también en estos supuestos el edificio no cumplirá alguna de las características técnicas, cualitativas, morfológicas, de localización, espaciales, estéticas o de calidad que se pactaron, siquiera sea tácitamente, en el contrato de compraventa o de obra. En estos casos, el Tribunal Supremo considera como incumplimiento contractual del proyectista la realización de un proyecto inviable por razones técnicas o urbanísticas, ya que sobre aquél pesa una obligación de resultado y no de mera actividad¹³²⁶. Del mismo modo, el vendedor incurre en responsabilidad si entrega una edificación que no es apta para

cuerpo cierto es nula por abusiva, en cuanto que de la misma se deriva una renuncia de los compradores a la integridad del objeto adquirido sin repercusión por ello en el precio.

¹³²¹BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1989.

¹³²²Vid. MONDÉJAR PEÑA, M^a.I., "La protección de los consumidores...", *op. cit.*, p. 1.043.

¹³²³P. ej. si no se respeta la altura libre mínima entre las plantas de un edificio, se incumplen las ordenanzas urbanísticas, y lo anterior merma las condiciones de habitabilidad.

¹³²⁴Es importante destacar que, al igual que sucedía bajo el régimen del artículo 1.591 CC, la responsabilidad ex LOE sólo surge cuando la obra se ha entregado y, una vez recepcionada, comienzan los plazos de garantía. Vid. Capítulo Quinto, § IV.B).

¹³²⁵Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de mayo de 2010 (JUR 2011\9944), relativa al desajuste entre la altura del edificio y la prevista en la norma urbanística y que constituye un incumplimiento contractual del proyectista.

¹³²⁶Vid. STS de 22 de julio de 2000 (RJ 2000\6472).

obtener la LPO¹³²⁷, pudiendo los compradores resolver los contratos¹³²⁸, según abordamos a continuación. Todos estos incumplimientos urbanísticos, siempre que el propietario del edificio no participe en los mismos, podrán constituir defectos constructivos de carácter contractual, reclamables a través de las acciones de esta índole¹³²⁹, especialmente cuando originen la denegación de licencias, lo que, a su vez, puede motivar que no se cumplan los plazos de entrega de los inmuebles, habilitando a los compradores para el ejercicio de acciones de reclamación de daños y perjuicios o, en su caso, para la resolución de los contratos, según abordamos en este mismo capítulo.

iv) Otros desajustes entre el edificio contratado y el entregado

Estos supuestos incluyen todos aquellos en los que pueda darse cualquier divergencia entre lo consignado en el contrato, en la publicidad, en el proyecto¹³³⁰ o en otros documentos similares emitidos por el promotor, y lo finalmente entregado al adquirente¹³³¹, en los que únicamente cabrá apelar a la responsabilidad contractual, como establece la STS de 26 de junio de 2008¹³³² respecto a unas unidades de obra presupuestadas y no ejecutadas o la STS de 2 febrero de 2018¹³³³ respecto a

¹³²⁷ Vid. DE LA HAZA DÍAZ, P., "Perspectiva civil de la licencia de primera ocupación. Análisis jurisprudencial", en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 239 a 267, sobre la trascendencia contractual de la licencia de primera ocupación, que puede derivar bien de pacto expreso, bien de la propia naturaleza del contrato en cuanto que obligación implícita con base en el artículo 1.258 CC, como señala la STS de 19 de abril de 2007 (RJ 2007\2072). En este punto, señala esta autora, como la jurisprudencia considera nulas aquellas cláusulas por las que el comprador muestra su conformidad a recibir la vivienda, pese a no contar con LPO, considerando infringido bien el artículo 1.258 por tener carácter abusivo

¹³²⁸ Vid. STS de 23 de octubre de 2013 (RJ 2013\7811).

¹³²⁹ Vid. STS de 13 de febrero de 2007 (RJ 2007\716).

¹³³⁰ Vid. STS de 2 de febrero de 2018 (RJ2018\337), que señala que "*las diferencias estructurales entre Proyecto y obra realizada y vendida, es materia que afecta la relación contractual de compradores y vendedores*".

¹³³¹ BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, op. cit., p. 503 y 504.

¹³³² RJ 2008\4272. Esta sentencia establece la irresponsabilidad de todos los demandados, salvo el promotor, en relación al pronunciamiento por el que se les condenaba solidariamente a ejecutar las unidades de obra presupuestadas y no ejecutadas, tanto en los elementos comunes como privativos del inmueble, por cuanto que lo anterior constituía exclusivamente un incumplimiento de contrato y no un vicio ruinógeno. Vid. el comentario a esta sentencia de BOTANA GARCÍA, G.A., "Distinción entre vicios ruinógenos e incumplimiento de contrato de compraventa de vivienda", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 65, noviembre 2008.

¹³³³ RJ 2018\337. Esta resolución se refiere a una serie de deficiencias que sólo generan responsabilidad contractual, pues la sentencia descarta "*que se haya producido algún daño material o funcional que impida un uso satisfactorio de la vivienda que, afectando, a los requisitos de habitabilidad, ponga en riesgo su seguridad o la haga inútil para su finalidad, por el que deban responder los técnicos*". En concreto la deficiencias analizadas en dicha sentencia son las siguientes: "*La ubicación del acceso al garaje es contraria a la señalada en el proyecto y se ha ejecutado en por una zona donde no se puede circular vehículos; Se ha alterado gravísimamente la configuración del interior de la vivienda, suprimiendo elementos del proyecto, variando prácticamente en su totalidad el contenido del proyecto de ejecución, alterando el contenido y distribución de las diferentes plantas: supresión de la escalera interior que unía el garaje con la planta primera, es decir, con la zona habitable de la vivienda; distinta orientación del garaje y eliminación de un baño completo de forma contraía a las tendencias y exigencias actuales; No existe ladrillo caravista ni madera cuando se había proyectado con ladrillo caravista rejunteado y la carpintería debía ser de madera; La fachada de la planta baja se ha revestido con un aplacado de piedra, pero ejecutado defectuosamente en partes del mismo, ya que presenta líneas irregulares, con agujeros y boquetes al entrar en contacto con el suelo. No existe conexión a la*

deficiencias de cierta entidad que no generan daños ex LOE. Por lo general, el edificio convenido entre las partes, tanto si se trata de un contrato de obra, como de uno de compraventa, quedará integrado por la remisión expresa o tácita al proyecto técnico. De este modo, podrán darse multitud de situaciones¹³³⁴ en las que se produzcan desajustes de importancia y lo ejecutado no guarde correlación con lo proyectado, originando un edificio de condiciones y características distintas al que fue objeto del contrato¹³³⁵. En este sentido habrá que catalogar la ausencia de ciertos elementos constructivos o de determinados servicios, ya sean privativos o de uso común, y la discordancia en cualquier característica de la vivienda que se hubiese convenido u ofertado en los documentos contractuales o precontractuales —proyecto, publicidad, memoria de calidades, contratos, etc.¹³³⁶—, como unas menores vistas, unas vistas distintas de las ofertadas o la diferente configuración espacial del edificio, entre otras circunstancias¹³³⁷. En estos casos, el defecto cualitativo por diferencia entre lo prometido y lo entregado queda extramuros de la LOE¹³³⁸, por lo que el perjudicado

red de saneamiento municipal, como se había proyectado. La instalación de depósito de gasóleo se ha situado en el jardín en lugar de en el sótano, que es donde figura en el proyecto. No se ha realizado nada para la recogida de aguas pluviales. En relación a tales deficiencias la sentencia indica que “*las acciones de responsabilidad previstas en el art. 17 son por los daños materiales dimanantes de vicios o defectos, «sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual».* 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 propia de la LOE, sino a acciones y a responsabilidades distintas, vinculadas al cumplimiento contractual de los artículos 1.091, 1.089, 1101, 1.258, 1.124, 1.484 y siguientes, todos ellos del Código Civil, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen el calificativo de dañosos, como resulta de las sentencias de esta Sala de 13 de mayo (RJ 2008, 3062) y 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 3307) y 27 de junio de 2012 (RJ 2012, 8014)”.

¹³³⁴Vid. el estudio que efectúa MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. *Análisis...*, op. cit., pp. 38 y 39, de los distintos supuestos de desajustes entre el edificio contratado y el entregado, que no generan responsabilidad ex LOE, pero sí contractual. Vid. SAP de Vizcaya de 10 de febrero de 2014 (JUR 2014\182910), sobre las deficiencias derivadas de la modificación del proyecto inicial que decidió la promotora y que suponen una diferencia entre lo proyectado y lo ejecutado; SAP de Madrid de 18 de febrero de 2013 (JUR 2013\110754), sobre la construcción de un depósito en superficie cuando según el proyecto debía ir soterrado, y el inicio de la fachada trasera 60 cm. por debajo del nivel del suelo cuando debía apoyar en la pendiente del terreno; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de mayo de 2010 (JUR 2011\9944), relativa al desajuste entre la altura del edificio y la prevista en la norma urbanística que constituye un incumplimiento contractual del proyectista. STS de 21 de febrero de 2006 (RJ 2006\2902), dictada bajo el régimen del artículo 1591 CC, sobre la menor altura del edificio y la menor superficie de unas habitaciones, estableciendo que solo dan lugar a responsabilidad contractual; SAP de Málaga de 30 de enero 2008 (AC 2008\1199), sobre mármol que no es defectuoso en el sentido de la LOE, sino que sólo no guarda la uniformidad tonos; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de julio de 2012 (AC 2012\1841), sobre la anchura de las puertas de garaje que cumple la normativa pero que obliga a realizar maniobras; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2010 (JUR 2011\9528 241), sobre pavimento de hormigón fratasado cuando debía ir revestido de losetas.

¹³³⁵Así sucederá si está prevista una piscina en la cubierta y no se ejecuta. O si está prevista una determinada distribución de la vivienda y se entrega con otra distinta. O si acuerdan determinadas condiciones en la ejecución de la obra, como puede suponer la disposición de una “solería perdida” en la cubierta para reforzar la impermeabilización del edificio, y la misma no se ejecuta.

¹³³⁶SAP de Asturias de 14 de marzo de 2016 (JUR 2016\76405), que indica que la LOE sólo ampara los daños materiales en el edificio y no puede reputarse como tal “*la pérdida de superficie útil debido a la disminución de altura por la configuración y/ o anchura de los forjados*”, que sólo origina responsabilidad contractual.

¹³³⁷BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*, op. cit., pp. 505 y 506.

¹³³⁸ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad...”, op. cit., p. 771.

sólo podrá ser amparado mediante el ejercicio de las acciones de responsabilidad contractual.

II. LA PRESTACIÓN DEFECTUOSA COMO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

A) La prestación defectuosa como lesión del derecho de crédito

1. La prestación defectuosa como incumplimiento de contrato

El incumplimiento de contrato es una figura cuyo contorno adopta perfiles distintos según sea contemplada desde la perspectiva del deudor o desde la del acreedor. Desde el primer punto de vista, la cuestión estriba en determinar si aquél ha observado o infringido el deber jurídico que le incumbe —concepción subjetiva del incumplimiento¹³³⁹—; desde el segundo habrá que considerar si se ha vulnerado el derecho o interés del acreedor. Ambos puntos de vista pueden coincidir, pero también puede conducir a resultados diferentes. Frente a la tradicional postura de analizar el incumplimiento desde la óptica de la conducta del deudor, DÍEZ-PICAZO¹³⁴⁰ pone de relieve como las tendencias actuales abogan por analizar la figura desde el ángulo de la satisfacción o insatisfacción del acreedor, desde el enfoque de la lesión del derecho de crédito, considerando las “perturbaciones del proyecto de prestación” y su objetiva insatisfacción, sin perjuicio de que tales hechos deben conectarse con una valoración de la conducta del deudor. De este modo, este giro conceptual se produce también en el ámbito de la atribución de responsabilidad, donde se atenua el principio de imputación culpable en base a nuevos criterios, como el de la esfera de control o el del riesgo asumido al contratar¹³⁴¹. Así, se tiende a configurar la responsabilidad contractual con arreglo al modelo tradicional del *Common Law*, de responsabilidad por *breach of contract*, incluso bajo la doctrina de la *frustration*¹³⁴², según la construcción del *implied term test*, de modo que el deudor responde al margen de que el incumplimiento le sea o no imputable, pues donde hay contrato hay responsabilidad salvo que una cláusula expresa o implícita la excluya¹³⁴³. Por lo anterior, el concepto de incumplimiento del contrato requiere el estudio de la tipología de lesiones del derecho de crédito, que, además de la tradicional consideración de la mora y el incumplimiento definitivo —omisión de prestación—, debe contemplar también aquellas

¹³³⁹Señala DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp 647 a 650, que esta concepción está basada en el principio del *favor debitoris*, sin que en las economías desarrolladas, como precisa IHERING, haya ninguna razón para favorecer especialmente a los deudores.

¹³⁴⁰*Loc. cit.*

¹³⁴¹PANTALEÓN, F., “El Sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *ADC*, 1991, Vol. XLIV, núm. III, pp. 1.067 a 1.069.

¹³⁴²*Vid.* CARTWRIGHT, J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2ª Ed., Oxford Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 255, que precisa respecto de la doctrina de la frustración, que, en el Derecho inglés, inicialmente no se admiten excusas para que un contratante falte a su obligación, aun cuando sea por causas que determinen su imposibilidad y que no le sean imputables. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, los tribunales desarrollaron la doctrina de la frustración (*frustration*), cuya aplicación requiere que las partes no hayan contemplado en las cláusulas del contrato la ocurrencia del imprevisto, y que esta circunstancia cambie radicalmente la naturaleza de las obligaciones pactadas, en cuyo caso se produce su extinción sin que el contratante afectado por el imprevisto deba cumplir.

¹³⁴³PANTALEÓN, F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC*, Vol. XLVI, núm. IV, 1993, pp. 1.737 a 1.739.

situaciones que constituyen “lesiones contractuales positivas”, en las que el deudor realiza actos dirigidos a cumplir su obligación, pero los ejecuta de forma que no coincide o no se ajusta con el programa o proyecto de prestación, tal y como se pactó en el contrato. Estos escenarios constituyen los supuestos de prestación defectuosa¹³⁴⁴, que se encuentran huérfanos de una regulación específica en el sistema filo-francés, obligando a la jurisprudencia a reescribir el derecho acudiendo a remedios generales como el artículo 1.101 CC, la *exceptio no adimpleti contractus* o el *aliud pro alio*¹³⁴⁵.

2. La prestación defectuosa: delimitación y regulación.

a) Delimitación

El cumplimiento de las obligaciones debe reunir los requisitos de integridad, identidad e indivisibilidad que se recogen en los artículos 1.157, 1.166 y 1.169 CC, respectivamente. De este modo, debe producirse en la forma establecida en su acto constitutivo, por lo que tales requisitos habrán de concurrir en sentido estricto¹³⁴⁶. La prestación defectuosa supone la existencia de un cumplimiento inexacto o defectuoso de la obligación, caracterizado porque el comportamiento solutorio efectuado por el deudor no se ajusta a los presupuestos necesarios para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos. Esta inexactitud puede referirse al sujeto, lugar y tiempo de la prestación, pero también a su objeto “*cuando se produce una contravención de los requisitos de identidad e integridad del pago*¹³⁴⁷”.

b) Regulación

En nuestro ordenamiento no hay dificultad en admitir el cumplimiento defectuoso con base en la amplia fórmula del artículo 1.101 CC, que genera lo que la doctrina alemana denomina “violación positiva del derecho de crédito”¹³⁴⁸. Es el concepto de “contravención” que se recoge en este precepto, el que permite englobar todos los supuestos de lesión del derecho de crédito¹³⁴⁹, abarcando la prestación contradictoria, la no coincidente o la que no observa las circunstancias pactadas de lugar y tiempo¹³⁵⁰. El cumplimiento irregular o defectuoso implica la sustantividad de la cuarta causa de responsabilidad del artículo 1.101 CC, en relación con el 1.098.2º CC, en cuanto que la alusión a la contravención de la obligación lo engloba en su

¹³⁴⁴DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., pp.654 y 655.

¹³⁴⁵Vid. FERRANTE, A., “Obligación y garantía: la criptonaturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico”, *ADC*, Vol. LXIX, núm. III, 2016, pp. 882 a 888.

¹³⁴⁶Vid. ABELLA RUBIO, J.M., “Incumplimiento Parcial...”, op. cit., p. 317.

¹³⁴⁷DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., pp.699 y 700.

¹³⁴⁸ESPÍN CÁNOVAS, D., *Derecho Civil Español*, Volumen III, *Obligaciones y contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pp. 199 y 200.

¹³⁴⁹LLAMAS POMBO, E., “Comentario al artículo 1.101 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1.204 y 1205.

¹³⁵⁰BADOSA COLL, F., “Comentario al artículo 1.101”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 30; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 835 y 836 engloba estos incumplimientos bajo el término de “cumplimiento irregular”.

ámbito¹³⁵¹. Así, y en ese sentido, el artículo 1.098 CC incluye, junto al supuesto de omisión de prestación, el cumplimiento no coincidente¹³⁵². Sin embargo, pese a su admisión en el Código Civil, en nuestro Derecho la respuesta frente al mismo se articula por vía jurisprudencial, revelando la inexistencia de un verdadero sistema de responsabilidad por defectos en la obra, a diferencia del BGB, que construye el contrato de obra sobre la idea de resultado y articula una serie de remedios uniformes a tales efectos¹³⁵³. De este modo, para abordar el problema de la obra defectuosa, en nuestro ordenamiento es preciso acudir a instituciones diversas, como son las normas generales sobre responsabilidad contractual, el saneamiento por vicios ocultos, el artículo 1.591 CC, la LOE o el TRLCU, evidenciando así la persistencia de un “*caótico cuadro normativo en la responsabilidad civil por obras defectuosas*”, que convierte en imprescindible la necesidad de proceder a una reforma del contrato de obra presidida por el principio de conformidad¹³⁵⁴. El artículo 1.188.I PMCC, recoge el concepto de cumplimiento defectuoso al establecer que “*hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación inicial o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten*”, de lo que se desprende que lo hay cuando no se realiza la prestación conforme al contrato por cualquier causa, en base a lo que se construye un concepto unitario de incumplimiento, que engloba la imposibilidad inicial y la sobrevinida, con un carácter objetivo y neutro, sin presuponer la culpa del deudor¹³⁵⁵. Este concepto permite englobar los supuestos de saneamiento por vicios ocultos, evicción y cargas o gravámenes ocultos, los cuales quedan sujetos al régimen general sobre responsabilidad contractual, que absorbe en su seno el problema de los riesgos contractuales¹³⁵⁶.

B) La protección del acreedor en los supuestos de prestación defectuosa

No existe en nuestro ordenamiento una regulación general que discipline los supuestos de prestación defectuosa, aunque sí existen normas específicas en algunos tipos contractuales, en relación a determinados supuestos de esta modalidad de incumplimiento. Así ocurre con las disposiciones sobre los vicios ocultos en la compraventa ex artículos 1.484 a 1.490 CC; con su extrapolación al contrato de arrendamiento de cosas en base al artículo 1.553 CC; con los supuestos de ruina del artículo 1.591 CC; o con la regulación de la obligación restitutoria en el comodato y depósito, ex artículos 1.746 y 1.766 respectivamente¹³⁵⁷. Ante la inexistencia de una disciplina específica de esta materia, junto a los principios que se deducen de estas

¹³⁵¹ Vid. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., “La responsabilidad civil y la llamada imputación objetiva razonable”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Editum, Murcia, 2011, pp. 385 y 386.

¹³⁵² Vid. BADOSA COLL, F., “Comentario al artículo 1098”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 30.

¹³⁵³ SCHULZE, R. y ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y en España”, *ADC*, Vol. LXV, núm. II, 2012, I p. 548.

¹³⁵⁴ *Ibidem*, pp. 549 y 550.

¹³⁵⁵ GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización de Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador de Marco Común de Referencia”, *ADC*, Vol. LXV, núm. 1, 2012, pp. 36 y 37.

¹³⁵⁶ *Ibidem*, p. 38.

¹³⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., pp. 699 a 704.

normas singulares, la protección del acreedor pasa necesariamente por apelar a los remedios recogidos en el régimen general de responsabilidad contractual en el Código Civil.

1. Los remedios generales a disposición del acreedor

Como señala DÍEZ-PICAZO¹³⁵⁸, la protección del acreedor en los supuestos de prestación defectuosa debe obtenerse, en línea de principio, a través de una pretensión de cumplimiento de la obligación, mediante la corrección de la prestación defectuosa o mediante su sustitución por una nueva corregida, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que deba asumir el deudor cuando el incumplimiento le sea imputable. En el marco de las obligaciones sinalagmáticas, la reacción frente al cumplimiento defectuoso debe articularse mediante una pretensión de corrección o rectificación, que no es sino la acción de cumplimiento específico y la de daños y perjuicios. Pero, además, en las obligaciones sinalagmáticas el acreedor podrá oponer la excepción de cumplimiento defectuoso, el reajuste o reducción de la contraprestación para adecuarla al valor de la prestación ejecutada defectuosamente, y la resolución contractual. Además, ha de hacerse notar que, cuando la cosa no reúna las condiciones pactadas, en nuestro ordenamiento se arbitra un doble sistema en función de que nos encontremos ante una compraventa de un bien mueble de consumo o ante una compraventa de otro tipo. En el primer caso será posible activar los remedios previstos en el TRLCU —reparación, sustitución, rebaja del precio o resolución—, que pueden ser compatibles con el artículo 1124 CC¹³⁵⁹. En el segundo caso se podrá activar bien la disciplina de los vicios ocultos, bien la del incumplimiento contractual¹³⁶⁰, en los términos que a continuación exponemos.

2. Las acciones edilicias

a) Naturaleza jurídica

Las acciones edilicias, llamadas así porque se implantaron por los ediles curules en los mercados de Roma¹³⁶¹, tienen una naturaleza jurídica cuyo fundamento no reside sustancialmente en el incumplimiento de un deber contractual, sino que más bien constituyen un sistema especial de responsabilidad del deudor de carácter objetivo. A este sistema se asocian dos tipos de acciones como remedios específicos, que orbitan en torno al concepto de garantía y no al de obligación¹³⁶². Así, LARENZ¹³⁶³ pone de relieve en el Derecho alemán, que la garantía por vicios materiales no faculta al comprador para exigir su eliminación, ni para reclamar por incumplimiento de la obligación al vendedor, sino sólo para el ejercicio de la acción *cuanti minoris* o de la redhibitoria. En este régimen, el comprador carece de la pretensión de cumplimiento para obtener la reparación o sustitución del objeto, en la medida en la que esta regulación no incorpora la utilidad y calidad del objeto al contenido del contrato como

¹³⁵⁸ *Ibidem*, pp. 704 y 705.

¹³⁵⁹ TUR FAÜNDEZ, M^a.N., *Del saneamiento a la responsabilidad por falta de conformidad. Una propuesta de regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 46 a 48.

¹³⁶⁰ *Ibidem*, pp. 47-48.

¹³⁶¹ *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos..., Las particulares...*, pp. 135 a 137.

¹³⁶² FERRANTE, A., "Obligación y garantía...", *op. cit.*, p. 910.

¹³⁶³ *Vid.* LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo II, versión española y notas de J. Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 73 y 74; y 92 y 93, aunque ya admite que parte de la doctrina configura esta garantía del vendedor en el marco de la responsabilidad por cumplimiento.

obligación del vendedor¹³⁶⁴. En este sentido, MORALES MORENO¹³⁶⁵ considera que el deber de saneamiento no está basado en el incumplimiento de un deber de prestación o de un deber accesorio de conducta, puesto que aquél sólo debe entregar cosas determinadas en el estado en que se encuentran al momento de perfeccionarse el contrato. Subraya este autor, que el saneamiento restablece el equilibrio contractual ante la insatisfacción del interés del comprador, pero no puede ser considerado como un mecanismo de atribución de responsabilidad contractual ni precontractual, sino como una medida de atribución de riesgo al vendedor. Para DÍEZ-PICAZO¹³⁶⁶, aunque el Código Civil regula el saneamiento como una garantía legal, no debe olvidarse que el vendedor debe entregar una posesión útil de la cosa vendida, de modo que la propia existencia del defecto determina objetivamente un incumplimiento. En este sentido, POTHIER¹³⁶⁷, al abordar la acción redhibitoria, ya ponía de manifiesto la obligación del vendedor de entregar al comprador una cosa útil, “*puesto que en vano tendría el comprador la cosa, que no puede prestarle servicio alguno*”. Indica PEÑA LÓPEZ¹³⁶⁸, que en este régimen se produce una frustración objetiva en el interés contractual del comprador que precisa algún remedio, en claro contraste con el Derecho anglosajón, en el que cualquier desviación respecto del resultado garantizado constituye un incumplimiento (*breach*) al margen de su causa, bien sea por pérdida total o parcial de la cosa antes de la celebración del negocio, por la ausencia en ella de ciertas cualidades prometidas o por la conducta de la parte incumplidora¹³⁶⁹. ALBALADEJO¹³⁷⁰ pone de relieve como el problema de los vicios ocultos también puede enfocarse desde la perspectiva del error o del dolo, si el comprador considera la cosa exenta de los vicios en cuestión; y desde la perspectiva del incumplimiento defectuoso¹³⁷¹, cuando el vicio sea de tal entidad que impida se pueda considerar efectuado el cumplimiento, de modo que con el vicio o defecto la cosa es como si fuera otra —*aliud pro alio*—¹³⁷².

b) Regulación y ámbito de aplicación

Estas acciones se regulan en los artículos 1.484 a 1.490 CC, y en ellas se disciplina la obligación de saneamiento por vicios ocultos que hagan impropia la cosa para el uso al que se destina o que disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido, el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella. Se parte de la base de que los vicios deben ser ocultos, de manera que para que

¹³⁶⁴Cfr. DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 115 y 116.

¹³⁶⁵Vid. MORALES MORENO, A.M., “Comentario al artículo 1.484”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez Cano y P. Salvador Coderch Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 953 a 957.

¹³⁶⁶Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV. Las particulares...*, op. cit., p. 137.

¹³⁶⁷POTHIER, R.J., *Tratado del contrato de compra y venta*, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1841, p. 108.

¹³⁶⁸PEÑA LÓPEZ, F., “La entrega de una vivienda o un local comercial con irregularidades urbanísticas: ¿incumplimiento del contrato de compraventa?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2010, p. 4.

¹³⁶⁹Ibidem, p. 24.

¹³⁷⁰DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, op. cit., pp. 47 a 53.

¹³⁷¹Ibidem, pp. 53 a 60.

¹³⁷²Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, op. cit. pp. 512 a 514. Así SSTS de 3 de febrero de 1986 (RJ 1986\409), 1 de julio de 2002 (RJ 2002\5219) u 8 de febrero de 2003 (RJ 2003\1523).

proceda el saneamiento, es preciso que los vicios no sean manifiestos¹³⁷³, aunque tampoco habrá lugar a esta responsabilidad si, aunque los defectos no estén a la vista, el comprador es un perito que, por sus especiales conocimientos, debe fácilmente conocerlos. El vendedor responde aunque ignore su existencia salvo pacto en contrario¹³⁷⁴. Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo en beneficio del comprador, atemperada por el breve plazo de caducidad para el ejercicio de estas acciones y por la inexistencia del deber de indemnizar los daños y perjuicios causados, salvo si el vendedor conocía los vicios ocultos, en cuyo caso deberá, además, abonarlos. Como hemos indicado, estas acciones están sometidas a un plazo de caducidad de seis meses según el artículo 1.490 CC, el cual se computa desde la entrega de la cosa.

c) Los remedios edilicios

En estos supuestos el comprador puede ejercer la acción *redhibitoria*, que comporta un desistimiento del contrato con la obligación de devolución recíproca de las prestaciones, u optar por exigir la rebaja de una cantidad proporcional del precio a juicio de peritos, mediante el ejercicio de la acción *quanti minoris* o *estimatoria*. De esta manera y en principio, en el caso de vicios ocultos, de no haberse producido la evolución jurisprudencial que a continuación abordamos, esta regulación desplazaría la general del incumplimiento de contrato e impediría el ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica de la obligación¹³⁷⁵.

3. El *aliud pro alio* como germen del régimen de falta de conformidad

a) Fundamento y naturaleza jurídica

La doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* se desarrolla a partir del artículo 1.166 CC, en cuanto establece el principio de identidad de la prestación, de modo que su cambio unilateral por el acreedor constituye un incumplimiento de contrato. Con arreglo a esta doctrina, se entrega una cosa diversa cuando hay una falta grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, lo que permite calificar el supuesto como de incumplimiento¹³⁷⁶. Como hemos adelantado, POTHIER¹³⁷⁷, cuando aborda la acción redhibitoria, ya ponía de manifiesto la obligación del vendedor de entregar al comprador una cosa útil, "*puesto que en vano tendría el comprador la cosa, que no puede prestarle servicio alguno*". Profundizando en esta afirmación, la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* permite al perjudicado por la compra de un bien inhábil, ejercitar las acciones por incumplimiento contractual en vez de las acciones edilicias. En síntesis, esta doctrina se fundamenta en

¹³⁷³ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 94 a 103, sobre el carácter manifiesto de un vicio.

¹³⁷⁴ *Ibidem*, pp. 230 a 242. Señala este autor como en este punto, nuestro Código Civil sigue al *Code Civil* francés, que, a su vez, recoge una inveterada tradición romana, subrayando la identidad entre el inciso primero del artículo 1.484 CC y el artículo 1.641 del código francés.

¹³⁷⁵ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 697 a 699, artículos 532 a 534, que en la regulación de la compraventa en este punto adopta ya el principio de falta de conformidad material y jurídica, a cuya inobservancia anuda una serie de remedios como la pretensión de cumplimiento, la suspensión del propio cumplimiento, la reducción del precio o la resolución del contrato.

¹³⁷⁶ Vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., "El incumplimiento total", en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 210 y 211

¹³⁷⁷ POTHIER, R.J., *Tratado del contrato de compra y venta...*, op. cit., p. 108.

considerar que el vendedor entrega una cosa distinta a la debida, no sólo cuando transmite un bien materialmente distinto, sino cuando la cosa entregada es inútil para el fin al que se destina, por carecer de las cualidades pactadas en el contrato o presupuestas por las partes al tiempo de su celebración¹³⁷⁸. Como precisa DE ELIZALDE IBARBIA¹³⁷⁹, a diferencia del régimen de responsabilidad por vicios ocultos, que no se fundamenta en el incumplimiento, la doctrina del *aliud pro alio* exige al vendedor que entregue un objeto con unas determinadas cualidades, a fin de que el objeto sea útil, concepto que se incorporan así a la regla contractual. Por este motivo, estas cualidades integran el contenido de la prestación del deudor, lo que determina que su ausencia deba reputarse como un incumplimiento contractual. Subraya este autor que la innovación de este concepto jurisprudencial no reside en la inhabilidad del objeto, pues es un concepto similar al que emplea por el artículo 1.484 CC para referirse a los vicios ocultos, sino en atribuir importancia a la utilidad o satisfacción de la prestación para el acreedor. De esta manera, se incorpora al contenido del contrato el deber de entregar un objeto hábil que sea apto para satisfacer al acreedor. El *aliud pro alio*, en cuanto obligación de entrega de un objeto hábil, es una regla no escrita¹³⁸⁰ que el Tribunal Supremo deduce del contrato considerándola implícita en el mismo¹³⁸¹. La inhabilidad del objeto faculta para accionar mediante las acciones de cumplimiento contractual ex artículos 1.101 y 1.124 CC. Con el *aliud pro alio* la finalidad práctica del contrato deja de ser una presuposición, como sucede en las acciones edilicias, para pasar a integrar su contenido vinculante, con lo que se impone al vendedor la garantía de un resultado determinado por la habilidad del objeto¹³⁸².

b) La imprecisa delimitación del concepto

En esta materia el punto de inflexión lo constituye la STS de 23 de marzo de 1982¹³⁸³, que ha dado lugar a un cuerpo de doctrina jurisprudencial cuya vigencia se mantiene en la actualidad en sus líneas generales. Esta resolución distingue los supuestos de prestación diversa o *aliud pro alio*, como pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, en los que se puede acudir a las normas generales sobre incumplimiento contractual¹³⁸⁴; de aquellos de prestación defectuosa por vicios de la mercadería sometidos a las reglas del saneamiento. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no establece criterios nítidos para delimitar los casos de prestación diversa o *aliud pro alio*, de aquellos que constituyen vicios ocultos ex artículo 1.484 CC, como se pone de relieve

¹³⁷⁸ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Saneamiento...*, op. cit., pp. 258 a 261.

¹³⁷⁹ Vid. DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido...*, op. cit., pp. 120 a 124.

¹³⁸⁰ *Ibidem*, pp.145 y 146, donde este autor pone de manifiesto como en el derecho inglés se incorpora al contrato la utilidad del objeto mediante los *implied terms* o cláusulas implícitas, que vinculan a las partes aunque no se hayan convenido expresamente, apartándose del principio del *caveat emptor* que limita la responsabilidad del vendedor.

¹³⁸¹ Vid. STS de 10 de junio de 2003.

¹³⁸² Vid. DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido...*, op. cit., pp. 120 a 124.

¹³⁸³ Vid. STS de 3 de octubre de 2018 (RJ\2018\4238), que aplica la doctrina del *aliud pro alio* en un supuesto de suministro de mortero que al fraguar produce manchas y eflorescencias de distintas tonalidades.

¹³⁸⁴ Vid. STS de 3 de octubre de 2018 (RJ\2018\4238), que aplica la doctrina del *aliud pro alio* en un supuesto de suministro de mortero que al fraguar producía manchas y eflorescencias de distintas tonalidades.

en la STS de 23 de enero de 1998¹³⁸⁵. El principio general radica en considerar como *aliud pro alio* aquellos en los que se entrega un objeto inhábil que produce la insatisfacción del comprador¹³⁸⁶, pero sólo en algunas ocasiones se exige que estas dos notas de inhabilidad e insatisfacción revistan gravedad máxima y supongan una insatisfacción total o inutilidad absoluta, como criterio de distinción respecto de los vicios ocultos¹³⁸⁷. Así, la jurisprudencia mayoritaria solo requiere la concurrencia de una cierta gravedad que impida el disfrute normal de la cosa, o que lo convierta en gravemente irritante o molesto¹³⁸⁸. De este modo, no existe una línea precisa para distinguir el *aliud pro alio* de los supuestos de saneamiento por vicios ocultos, pues la jurisprudencia utiliza un criterio —la inhabilidad del objeto¹³⁸⁹— similar al que emplea el artículo 1.484 CC respecto de éstos, unido al concepto indeterminado de la gravedad, lo cual conduce a una inseguridad jurídica¹³⁹⁰. Lo anterior tiene como consecuencia que ambas categorías se solapen en la práctica, y que un mismo defecto admita ambas calificaciones según los casos¹³⁹¹. En este sentido, CARRASCO PERERA¹³⁹², tras el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, concluye que, en la praxis, el elemento decisivo para aplicar el *aliud pro alio*, es la consideración previa de si el defecto en cuestión representa un tipo de contingencia que no permite su exteriorización y su conocimiento en el plazo de caducidad de seis meses del artículo 1.490 CC. Lo anterior constituye un criterio más pragmático que dogmático, hasta el punto de que algunos autores consideran que el *aliud pro alio* no es sino un expediente o recurso al que acude el Tribunal Supremo para proteger al comprador cuando ha transcurrido el plazo de caducidad de las acciones edilicias¹³⁹³; o consideran justificada la aplicación de este régimen cuando el vendedor es un profesional, en base a su especial responsabilidad como fabricante o instalador, y a la garantía que ofrece y asume al publicitar el producto¹³⁹⁴. Inicialmente esta doctrina solo dispensa al comprador una protección frente a defectos que generen la inhabilidad del objeto, pero no frente a otros que, aunque menores, en buena lógica debían dar lugar a poder exigir su reparación o sustitución. Lo anterior brinda una tutela limitada al comprador, que la jurisprudencia remedia en la práctica acudiendo al expediente de calificar como *aliud pro alio* defectos menores, que no originan la total inutilidad del objeto¹³⁹⁵.

¹³⁸⁵RJ 1998\124. Vid. PANTALEÓN, F., “Las nuevas bases...”, *op. cit.*, p. 1723, que habla de “inaprensible distinción”.

¹³⁸⁶STS de 20 febrero de 1984 (RJ 1984\693), 28 enero de 1992 (RJ 1992\273) o 31 de julio de 2002 (RJ 2002\8436), entre otras muchas.

¹³⁸⁷STS 23 de marzo de 1982 (RJ 1982\1500) o 5 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8615).

¹³⁸⁸STS 9 de julio de 2007 (RJ 2007\4679).

¹³⁸⁹La STS 29 de abril de 1994 (RJ 1994\2982), remarca que “se está en el supuesto de entrega de cosa diversa (*aliud pro alio*, art. 1.124 CC) y no ante un vicio de la cosa (artículo 1.484 CC), cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto con la consiguiente insatisfacción del comprador, al ser inadecuado el objeto de la compraventa para el fin al que se destina”. En el mismo sentido STS 5 de julio de 1999 (RJ 999\4980).

¹³⁹⁰DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido...*, *op. cit.*, pp. 136 y 137.

¹³⁹¹DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Saneamiento...*, *op. cit.*, pp. 275 a 281.

¹³⁹²Vid. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, *op. cit.*, pp. 905 y 906.

¹³⁹³DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido...*, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

¹³⁹⁴*Ibidem.* 140 a 144.

¹³⁹⁵DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Saneamiento...*, *op. cit.*, pp. 286 a 289. Así, vid. SAP Sevilla de 31 de octubre de 2000 (JUR 2001\60044), que obliga a la vendedora a colocar una cerradura con tres puntos de anclaje, en base a una acción de incumplimiento en base al *aliud pro alio*, desestimando la calificación de este defecto como vicio oculto.

c) Régimen jurídico

El Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 6 de mayo de 1911, estableció en algunas ocasiones la compatibilidad del régimen de vicios ocultos con el régimen general de incumplimiento contractual. No obstante, la doctrina del *aliud pro alio* supone la superación de esta compatibilidad y el descarte de las acciones edilicias cuando concurre el supuesto de entrega de cosa diversa, fundamentalmente a partir de la STS de 23 de marzo de 1982¹³⁹⁶, aunque otras continúan admitiendo esta compatibilidad entre ambos remedios¹³⁹⁷. De este modo, se habilita la aplicación del plazo de prescripción general del artículo 1.964 CC y la posibilidad de exigir el cumplimiento en forma específica ex artículos 1.096, 1.101 y 1.124 CC, en vez del régimen de vicios ocultos —sujeto al plazo de caducidad de seis meses del artículo 1.490 CC y limitado a las acciones *cuanti minoris* y *redhibitoria*—. Esta doctrina jurisprudencial surge vinculada a los defectos de mayor gravedad, como “válvula de escape” para los supuestos en los que al vendedor le ha vencido el plazo para ejercitar las específicas acciones por vicios ocultos¹³⁹⁸, por lo que la protección edilicia queda reservada a los supuestos de menor entidad¹³⁹⁹. Aunque el *aliud pro alio* requiere un plus sobre la noción estricta de falta de conformidad, pues no es lo mismo entregar una cosa distinta que una defectuosa, esta doctrina se engloba en el concepto genérico de falta de conformidad en el DCFR, como base para construir un concepción unitaria de incumplimiento¹⁴⁰⁰.

4. El régimen de falta de conformidad

a) El principio de conformidad

El principio de conformidad supone la incorporación de la regla de la utilidad al contenido del contrato, como obligación del vendedor de entregar una cosa útil según lo pactado, o, en su defecto, entregar una cosa apta para su uso ordinario o que sirva para la utilidad subjetiva o especial pretendida por el comprador. Así, la obligación del vendedor no se limita a la entrega —artículo 1.445 CC—, sino que incorpora una garantía sobre un determinado estado de la realidad, con independencia de su existencia. En consecuencia, el transmitente asume una obligación cualitativa a la que se asocian remedios distintos a los previstos en el régimen de las acciones edilicias. El incumplimiento de esta obligación faculta al comprador para exigir y aplicar los remedios generales anudados al incumplimiento, en lugar de las acciones por vicios ocultos, por lo que el vendedor asume una mayor responsabilidad¹⁴⁰¹. Este principio de conformidad supone una forma diferente de vincular a las partes, en línea con la doctrina del *aliud pro alio*, de modo que constituye un incumplimiento contractual la entrega de un objeto que no se corresponda con lo previsto en el contrato. Su

¹³⁹⁶RJ 1982\1500.

¹³⁹⁷Vid. STS de 30 de junio de 1997 (RJ 1997\5406), que indica “se estará en la hipótesis de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio* cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador, que permite acudir a la protección dispensada por los artículos 1.101 y 1.124 CC”.

¹³⁹⁸Vid. FENOY PICÓN, N., “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato; Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores”, *ADC*, Vol. LIII, núm. I, 2009, p. 324.

¹³⁹⁹Vid. DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido...*, *op. cit.*, pp. 267 y 268.

¹⁴⁰⁰VAQUER ALCOY, A., “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?”, *ADC*, Vol. LIV, núm. I, 2011, p. 19.

¹⁴⁰¹DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido...*, *op. cit.*, p. 169.

aplicación produce una disrupción con el concepto de obligación como norma de conducta bajo el presupuesto de la culpabilidad, en tanto que se encuentra más próximo al sistema del *Common Law*, en el que el contrato incorpora una obligación de garantía a cargo del deudor respecto a un resultado concreto.

b) Su reconocimiento

(i) En el Derecho español

El principio de conformidad se recoge en la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980¹⁴⁰² (CISG), y posteriormente en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo¹⁴⁰³, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo¹⁴⁰⁴. En estas normas se transforma el binomio garantía-riesgo en obligación a través del patrón objetivo de la falta de conformidad¹⁴⁰⁵. De esta manera, este principio está vigente en el Derecho español respecto de estos dos tipos de operaciones: compraventa internacional de mercaderías y venta de bienes muebles¹⁴⁰⁶ a consumidores y usuarios¹⁴⁰⁷. De este modo, este principio no rige en la venta de viviendas y edificios, aunque la jurisprudencia, como analizamos a continuación, ha ido progresivamente incorporando este concepto a través de la responsabilidad por incumplimiento contractual, también en el marco del contrato de obra. En lo que respecta a los bienes muebles, el artículo 114 TRLCU recoge el principio de conformidad, en cuanto obliga al vendedor a entregar al consumidor o usuario “*productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto*”¹⁴⁰⁸. En este sentido se orientan las propuestas de normativas en curso. Así, la PMCC¹⁴⁰⁹, en la regulación de la compraventa, incorpora en el artículo 1.474 este principio, y en el artículo 1.482, superando el régimen de las acciones edilicias, faculta

¹⁴⁰²BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991.

¹⁴⁰³DOCE núm. 171, de 7 de julio de 1999. Esta Directiva fue incorporada al Derecho español por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la Venta de Bienes Consumo y, actualmente, su transposición se contienen en el TRLCU, que deroga aquella ley.

¹⁴⁰⁴CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, *op. cit.*, pp. 861 a 867.

¹⁴⁰⁵*Vid.* FERRANTE, A., “Obligación y garantía...”, *op. cit.*, p. 904.

¹⁴⁰⁶*Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., “Ámbito de aplicación del régimen de garantías en la venta de bienes de consumo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 21, 2009, p. 19, destaca como el régimen de garantía de los bienes muebles previsto en el TRLCU no se aplica a los bienes inmuebles, aunque podría aplicarse a aquellos bienes muebles que posteriormente se incorporen a un inmueble (aparatos de aire acondicionado o de calefacción, p. ej.) pese a que el artículo 6 TRLCU remite al artículo 335 CC.

¹⁴⁰⁷*Vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., “Evicción y derecho europeo en materia de compraventa”, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, dirigido por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín y coordinado por M^a.M. Heras Hernández Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 483 a 487, en relación al concepto de falta de conformidad y su vigencia en nuestro derecho.

¹⁴⁰⁸En esta norma este régimen de conformidad se completa con la existencia de un plazo de garantía de dos años (artículo 123) y unos remedios específicos asociados a los supuestos de falta de conformidad, que contemplan la posibilidad de exigir la reparación, sustitución, reducción de precio o resolución del contrato (artículo 118), si bien estos dos últimos se conciben como remedios subsidiarios (artículo 121). El artículo 117 declara este régimen incompatible con el saneamiento por vicios ocultos de la compraventa y reconoce el derecho del consumidor y usuario a ser indemnizado por daños y perjuicios de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil y mercantil.

¹⁴⁰⁹Comisión General de la Codificación, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2009.

al comprador, en caso de incumplimiento, para exigir el cumplimiento del contrato, reducir el precio o incluso la resolución contractual. También la PCM¹⁴¹⁰, en su artículo 522.1, lo establece al regular el contrato de obra por empresa; del mismo modo, la PCCAPDC¹⁴¹¹, en sus artículos 532 a 534, respecto al contrato de compraventa, y 583 respecto al de obra, establecen este principio de conformidad, a cuyo incumplimiento vinculan una pluralidad de remedios como la posibilidad de exigir el cumplimiento, suspender el propio cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato.

(ii) En el Derecho alemán

El régimen de falta de conformidad ha tenido acogida en otras normas, como sucede en Alemania con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 26 de noviembre de 2011 (“Gesetz zur Modernisierung de Schuldrechts”), que modificó el BGB extendiendo el modelo de la Directiva 1999/44/CE, antes citada, a todos los contratos de compraventa, según establece su artículo 434. En caso de falta de conformidad, se puede exigir el cumplimiento específico mediante la reparación o sustitución, y, además, la reducción del precio, la resolución del contrato y devolución de gastos como remedios subsidiarios. No obstante, el nivel de riesgo que asume el vendedor se matiza, en cuanto que sólo es posible exigir la reparación cuando su coste no sea desproporcionado, y en cuanto la sustitución que se contempla se acota a las cosas genéricas. Además, la indemnización de daños y perjuicios queda limitada a que concurra la responsabilidad del deudor en el incumplimiento¹⁴¹².

(iii) En el soft law

También se recoge este principio de conformidad en los PECL¹⁴¹³ referidos a la parte general del Derecho contractual, desarrollados respecto del contrato de compraventa en la CESL¹⁴¹⁴. El DCFR¹⁴¹⁵ extiende el régimen de falta de conformidad a todos los contratos de compraventa y a los de construcción, depósito y diseño, y, aunque no establece una jerarquía entre los remedios, todos ellos quedan a elección

¹⁴¹⁰Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de la Codificación, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

¹⁴¹¹Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 697 y 698 respecto al contrato de compraventa; pp. 736 y 737 en relación a la falta de conformidad en los contratos de servicios en general; pp. 742 y 743 en relación al contrato de obra; y pp. 747 y 748 en relación al contrato de obra inmobiliaria.

¹⁴¹²Vid. DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido...*, op. cit., pp. 194 a 197.

¹⁴¹³Vid. LANDO, O. y BEALE, H., *Principles of European Contract Law (PECL)*, Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague, 2000, edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J.M., Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003; vid. artículo 9.102, sobre la posibilidad de exigir el cumplimiento específico y la reparación de la prestación defectuosa.

¹⁴¹⁴*Common European Sales Law*, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011; vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La propuesta normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, Vol., 5, núm. 1, pp. 199 a 216; BARRADA ORELLANA, R., “CESL: obligaciones del comprador”, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, dirigido por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín y coordinado por M^a.M. Heras Hernández Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 453 a 471.

¹⁴¹⁵*Draft Common Frame of Reference (DCFR)* o Marco Común de Referencia; vid. JEREZ DELGADO, C., coordinadora de la versión española, *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 135 y 136.

del comprador (art. III. 3:101 DCFR)¹⁴¹⁶. No obstante, en las ventas realizadas por particulares limita la indemnización al precio del contrato, como excepción al principio general de previsibilidad de los daños¹⁴¹⁷. Este principio, en una especie de simbiosis con el saneamiento por vicios ocultos, también se contiene en el artículo 196.2 CEC¹⁴¹⁸, en sede de compraventa¹⁴¹⁹. En cualquier caso, supone un exigente estándar de vinculación para el deudor en cuanto al nivel de riesgos que asume, si bien su concreta responsabilidad dependerá de los remedios que se vinculen al incumplimiento. En definitiva, el vector que marca la tendencia de todas las propuestas armonizadoras¹⁴²⁰, tiende a incardinar la responsabilidad del comprador por saneamiento en la categoría general del incumplimiento contractual¹⁴²¹.

C) La responsabilidad contractual ante la prestación defectuosa por defectos constructivos

La existencia de defectos constructivos constituye un supuesto de incumplimiento¹⁴²², fundamentalmente en relación con el contrato de compraventa o de obra, que, como a continuación desarrollamos, permite accionar en base a las normas generales que disciplinan la responsabilidad contractual, y articular los remedios anudados al incumplimiento de las obligaciones. De este modo, es posible exigir el cumplimiento específico, por equivalencia, la indemnización de los daños y perjuicios causados o incluso la resolución contractual, habiendo quedado claramente superado el régimen de saneamiento por vicios ocultos, el cual, en materia de defectos constructivos, queda orillado a supuestos marginales.

1. La superación del régimen de saneamiento por vicios ocultos

Señala DÍEZ-PICAZO¹⁴²³, que las acciones edilicias no constituyen hoy en día un sistema adecuado para tutelar los intereses del comprador, fundamentalmente por

¹⁴¹⁶ Vid. REDONDO TRIGO, F., "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*", *ADC*, Vol. LXIII, núm. IV, 2010, pp. 1.644 a 1.682, destaca la importancia del DCFR para dar respuesta a los requerimientos de la Comisión Europea, sobre la armonización del derecho privado europeo, al tiempo que ofrece soluciones científicamente construidas para solventar los problemas vigentes en este ámbito. En definitiva, el DCFR recoge el acervo comunitario y se postula como "Ley Modelo" facultativa para los legisladores nacionales, p. 1.678 a 1.680.

¹⁴¹⁷ DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido...*, *op. cit.*, pp. 198 y 199

¹⁴¹⁸ ACADEMIA DE PAVÍA, *Código Europeo de Contratos*, traducido por J.L. de los Mozos y C. Rogel Vide, Reus, Madrid, 2009.

¹⁴¹⁹ VATTIER FUENZALIDA, C., "El derecho europeo de contratos y anteproyecto de Pavía", *ADC*, Vol. LXI, núm. IV, 2008, p. 1.864.

¹⁴²⁰ Vid. GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., "La unificación del Derecho Civil patrimonial europeo", en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo I, Universidad de Murcia, 2004, p. 1.806, que deja constancia de que "la puerta hacia la unificación del derecho de contratos y obligaciones está abierta ya sin posibilidad de retorno".

¹⁴²¹ Vid. TUR FAÚNDEZ, M^a.N., *Del saneamiento...*, *op. cit.*, pp. 49 a 51.

¹⁴²² SALVADOR CODERCH, P., "Comentario al artículo 1591...", *op. cit.*, p. 1.192.

¹⁴²³ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, *Las particulares...*, *op. cit.*, pp. 135 a 137. Al respecto este autor pone el acento en tres inconvenientes de este sistema: (i) no parece adecuado que la puesta en marcha del remedio edilicio deba supeditarse siempre a la existencia de vicios ocultos que hagan impropia la cosa para el uso al que se destina o que disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido, el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella, pues en rigor el comprador tiene derecho a que se le entregue la cosa sin más defectos que los manifiestos, los que se declararon en el momento del contrato o los que razonablemente deban presuponerse por la naturaleza de la cosa; (ii) tampoco parece adecuado que al comprador sólo se le brinde la opción de rescindir el contrato o de rebajar el precio satisfecho, pues parece lógico que también deba poder optar porque se

los limitados remedios que ofrecen y por la brevedad de su plazo de ejercicio. En esta línea hay que encuadrar el sistema de garantías que se instrumenta en el TRLCU respecto a la venta de bienes muebles de consumo, en los artículos 114 a 127, y el progresivo avance del régimen de falta de conformidad.

a) La posición de la doctrina

Dado el exiguo plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 1.490 CC, no parece que estas acciones sean adecuadas para proteger al comprador o al comitente en caso de vicios constructivos, por lo que tienen una escasa aplicación en el ámbito de la edificación. Por este motivo, se admite su compatibilidad con las generales sobre incumplimiento contractual, cuyo plazo de prescripción es notoriamente más amplio¹⁴²⁴. CARRASCO PERERA¹⁴²⁵ remarca que la existencia de defectos constructivos, además de generar el régimen de responsabilidad previsto en la LOE o en el artículo 1.591 CC, supone un incumplimiento contractual por falta de idoneidad de la cosa que se ha construido, que la jurisprudencia resuelve aplicando las normas generales sobre responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y 1.124 CC¹⁴²⁶. De este modo, el Tribunal Supremo aplica una doctrina que implica la postergación del régimen de saneamiento ex artículo 1.484 CC, considerando que la entrega de una cosa con defectos constructivos no es un hecho integrable en este precepto, sino en aquellos artículos. CADARSO PALAU¹⁴²⁷ destaca como la excesiva brevedad del plazo semestral para el ejercicio de las acciones edilicias, provocó una huida hacia las acciones generales de responsabilidad contractual, por la “*vía de una aplicación ciertamente generosa y laxa de la doctrina del aliud pro alio*”. Señala ORTI VALLEJO¹⁴²⁸, que en materia de defectos constructivos en viviendas “*la inaplicación de la normativa edilicia por el Tribunal Supremo es completa*”¹⁴²⁹; de forma que se consideran siempre los plazos más amplios de las acciones de responsabilidad contractual, “*hasta el punto de que en la jurisprudencia no tenemos constancia de caso alguno en el que se haya declarado prescrito el derecho del comprador a reclamar por defectos en compraventa de viviendas*”¹⁴³⁰. En el mismo sentido, PASQUAU LIAÑO¹⁴³¹ y LETE DEL RÍO¹⁴³² ponen de relieve como el Tribunal

le sustituya o repare el objeto de la compraventa; (iii) finalmente, el breve y perentorio plazo de caducidad del artículo 1.490 CC, suscita no pocos inconvenientes en el caso de cosas específicas y de los inmuebles. Adicionalmente, indica este autor que estas acciones tampoco ofrecen una respuesta adecuada en los supuestos de falta de calidad o defectos de productividad, por lo que han sufrido una erosión en su aplicación en favor de la disciplina general del incumplimiento, olvidando la idea de que la *lex specialis* es preferente sobre la *lex generalis*.

¹⁴²⁴CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, op. cit., pp. 877 y 878.

¹⁴²⁵Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 407

¹⁴²⁶Vid. SSTS de 1 de junio de 1982 (RJ 1982\3401).

¹⁴²⁷CADARSO PALAU, J., “El sistema de responsabilidad civil...”, op. cit., p. 39.

¹⁴²⁸ORTI VALLEJO, A., “Los vicios en la compraventa y su diferencia con el aliud pro alio: jurisprudencia más reciente”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1996, p. 60.

¹⁴²⁹CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, op. cit., pp. 874 a 877, comenta las razones de algunos casos residuales en los que el Tribunal Supremo sólo admite las acciones edilicias.

¹⁴³⁰Vid. ORTI VALLEJO, A., *La protección del comprador (por defectos de la cosa vendida)*, Ediciones Tat, Granada, 1987, pp. 427 y 428.

¹⁴³¹Vid. PASQUAU LIAÑO, M., “La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo”, *Act. Civ.*, núm. 2, 1990, pp. 421 y 422.

¹⁴³²Vid. LETE DEL RÍO, J.M., “Comentario a la STS de 6 de noviembre de 1995”, *CCJC*, núm. 40, enero 1996, pp. 405 y 406. En el caso objeto de esta resolución, se dispuso la inaplicación del 1.101 CC, pero no porque fuera incompatible con las acciones edilicias, sino porque no se invocó por las partes.

Supremo reconoce que, entre los remedios edilicios y los generales sobre responsabilidad contractual, no existe incompatibilidad sino un concurso alternativo de acciones. En la misma línea, ESTRUCH ESTRUCH¹⁴³³ indica que el Alto Tribunal ha declarado que las acciones edilicias y las generales sobre incumplimiento contractual no son incompatibles, y que entre ambas se produce un concurso alternativo de acciones¹⁴³⁴. También se pronuncian en términos similares MARTÍNEZ ESCRIBANO¹⁴³⁵ o MINGORANCE GOSÁLVEZ¹⁴³⁶. Esta última autora cita la STS de 24 de mayo de 2007¹⁴³⁷, relativa a un supuesto de vicios constructivos a los que resulta aplicable el artículo 1.591 CC, que reitera la “doctrina de esta Sala sobre la inaplicabilidad de las normas reguladoras del saneamiento por vicios ocultos en los supuestos de responsabilidad por ruina de edificios”. Por su parte, NIETO ALONSO¹⁴³⁸ destaca como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, también en el caso de ventas de edificios, acude a la doctrina del *aliud pro alio* y a las reglas generales del incumplimiento contractual para huir de los breves plazos de las acciones edilicias. Como indica VATTIER FUENZALIDA¹⁴³⁹, lo anterior está en consonancia con la tendencia que impera en el Derecho Europeo de contratos, en el que se sustituyen las acciones edilicias derivadas del Derecho Romano, por el modelo anglosajón de incumplimiento de contrato ya acogido en la Convención de Viena, según el cual éste se produce por la mera falta de conformidad.

b) La posición de la jurisprudencia

La jurisprudencia evidencia, del mismo modo, una superación de las acciones edilicias en favor de la disciplina general sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Así, se admite la compatibilidad entre los artículos 1.101 y 1.484 CC, como indica la STS de 25 noviembre de 1988¹⁴⁴⁰, que dispone que los artículos 1.484 y 1490 CC sobre el saneamiento por vicios ocultos, no son aplicables cuando se pretende la reparación de deficiencias derivadas del defectuoso cumplimiento de un contrato por vicios incardinables en el artículo 1.591 CC. La STS de 21 de octubre de 1998¹⁴⁴¹, establece que, incluso respecto de los defectos constructivos no ruinógenos,

¹⁴³³ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., p. 232.

¹⁴³⁴STS 28 noviembre 1970 (RJ 1970\5240) y 22 de marzo de 1984 (RJ 1984\1316).

¹⁴³⁵MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 247 y 248, pone de relieve como “la insuficiencia del plazo de caducidad de seis meses para tutelar a los adquirentes antes los vicios del edificio, hace conveniente desde un punto de vista material reconducir los supuestos vicios ocultos de los edificios adquiridos al ámbito de la responsabilidad decenal del artículo 1.591 y así lo admitió además la generalidad de doctrina, o a la genérica responsabilidad contractual, porque las acciones edilicias no permiten tutelar adecuadamente los intereses de los adquirentes de viviendas ante defectos constructivos”.

¹⁴³⁶MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad...”, op. cit., p. 162

¹⁴³⁷RJ 2007\4008. Vid. en el mismo sentido STS de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994\7474).

¹⁴³⁸NIETO 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*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003, p. 2.707 y 2.708, cita la STS de 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9186), en la que se alude a la expresión ruina funcional para determinar la “anormal e incompleta utilización del inmueble”, y admitir la aplicación de los artículos 1.101 y 1.124 CC, con el plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 CC.

¹⁴³⁹Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., “Presentación”, *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, dirigido por E. Muñiz Espada, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2016, p. 19.

¹⁴⁴⁰RJ 1988\8713.

¹⁴⁴¹RJ 1998\8732.

rige la obligación de reparar sin que sean aplicables las reglas de los vicios ocultos, sino “las de faltar a las condiciones del contrato”. La STS de 29 de enero de 1991¹⁴⁴², considera como una teoría ampliamente desechada la aplicación de los artículos 1.484 a 1490 a los supuestos de vicios no ruinógenos. En la misma línea, la STS de 30 de junio de 1997¹⁴⁴³, expone que el saneamiento por vicios ocultos es inaplicable cuando no se reclaman reparaciones derivadas de esta clase de vicios de la cosa vendida, sino derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual, cuestión distinta y sometida a distinto plazo de prescripción. Así, en la venta de viviendas, el Tribunal Supremo aplica el *aliud pro alio* por entender que existe inhabilidad del objeto cuando faltan las condiciones de habitabilidad. En este sentido, SSTS de 13 de julio de 1987¹⁴⁴⁴, 20 enero 1989¹⁴⁴⁵, 10 de mayo de 1995¹⁴⁴⁶ u 8 febrero de 2003¹⁴⁴⁷. En concreto, la STS 15 de julio de 1987¹⁴⁴⁸, considera como *aliud pro alio* un supuesto de unas plazas de garaje en las que se podía aparcar pero con bastantes dificultades; la STS de 1 de marzo de 1991¹⁴⁴⁹, considera el uso de un cemento inadecuado como *aliud pro alio*; la STS de 4 de abril de 2005¹⁴⁵⁰, aplica el *aliud pro alio* en relación a una vivienda con termitas que afectaban a las vigas de madera, poniendo en peligro la seguridad de las personas; la STS 16 de mayo de 2005¹⁴⁵¹, aplica esta doctrina en un caso de venta de oficinas, cuando se produce la imposibilidad de destinarlas a su fin; la STS de 9 de julio de 2007¹⁴⁵² lo hace en un supuesto de unos trasteros en los que la falta de ventilación produce humedades; la STS de 25 de febrero de 2010¹⁴⁵³ la aplica respecto a unos edificios en los que se producen grietas y fisuras por una cimentación inadecuada; la STS de 22 de noviembre de 2012¹⁴⁵⁴ considera como objeto inhábil, *aliud pro alio*, una vivienda en la playa, en la que la altura de las ventanas limitaba las vistas, por lo que estima justificada la oposición por el comprador de la *exceptio non adimpleti contractus* frente a la reclamación de pago del vendedor. En otros casos, como el que aborda la STS 12 de julio de 2011¹⁴⁵⁵, se considera que la limitación de las vistas frustra las legítimas expectativas de los compradores, hasta el punto de que, de haber conocido las circunstancias reales, no hubieran adquirido la vivienda, incumplimiento que no puede ser compensado con una indemnización y que es causa que justifica la resolución del contrato.

¹⁴⁴²RJ 1991\345.

¹⁴⁴³RJ 1997\5406.

¹⁴⁴⁴RJ 1987\5461

¹⁴⁴⁵RJ 1989\111. Esta sentencia descarta la aplicación del plazo prescriptivo del artículo 1.490, AL apreciar “*la existencia de defectos y omisión de detalles en la obra entregada, respecto de lo ofrecido públicamente y contemplado en las memorias descriptivas y contratos correspondientes, con todo lo cual la conducta enjuiciada manifiestamente cae bajo el supuesto de contravención de lo convenido, que sancionan los artículos 1101 y 1258 del Código, incumplimiento contractual cuyo plazo de reclamación de 15 años (artículo 1.964 del Código) estaba vivo en el momento de ejercitar la acción los actores (...)*”.

¹⁴⁴⁶RJ 1995\4226.

¹⁴⁴⁷RJ 2003\1523.

¹⁴⁴⁸RJ 1987\5793.

¹⁴⁴⁹RJ 1991\1708.

¹⁴⁵⁰RJ 2005\2700.

¹⁴⁵¹RJ 2005\6374.

¹⁴⁵²RJ 2007\4679.

¹⁴⁵³RJ 2010\1406.

¹⁴⁵⁴RJ 2012\10438.

¹⁴⁵⁵RJ 2011\7372.

2. Las acciones generales de incumplimiento contractual como plasmación del régimen de falta de conformidad frente a los defectos constructivos

Destaca MORALES MORENO¹⁴⁵⁶ los tres modelos que tradicionalmente han existido sobre la vinculación del vendedor con las cualidades de la cosa: el *caveat emptor* o de autoprotección del comprador, que corre con los riesgos, inicialmente adoptado por el Derecho Romano y por el *Common Law*; el del saneamiento por vicios ocultos, de origen romano y propio de los códigos decimonónicos, en el que el vendedor no asume la obligación de satisfacer un interés positivo del acreedor; y el de conformidad con el contrato que instaura la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG), celebrada en Viena el 11 de abril de 1980, antes referenciada, que obliga al vendedor a entregar cosas conformes con lo pactado para satisfacer el interés de acreedor. De los tres modelos citados, el que actualmente se considera más adecuado es el tercero, plasmado en nuestro Derecho respecto de la venta de bienes muebles de consumo en el TRLCU, artículos 114 a 127. En los contratos sobre inmuebles, la ausencia de una regulación específica en este sentido en sede de compraventa o de arrendamiento de obra, ha obligado a doctrina y jurisprudencia a acudir a las normas generales sobre incumplimiento contractual. Así, en caso de vicios constructivos, afirmada la compatibilidad entre las acciones de la LOE y las de carácter contractual, resultan de aplicación las normas generales que abordan el incumplimiento de contrato, recogidas en los artículos 1.091, 1.098, 1.101, 1.124 y concordantes del Código Civil, que proporcionan una protección superior que aquellas que disciplinan el saneamiento por vicios ocultos. La apelación a estos preceptos se dirige a reclamar el cumplimiento específico o por equivalencia, o a instar la resolución del contrato en los supuestos de especial gravedad, así como, en su caso, a la reclamación de los daños y perjuicios causados. Estas acciones derivan generalmente del contrato de compraventa, entre comprador y vendedor, o del contrato de obra, entre el promotor y los agentes de la edificación, y no están sujetas a las limitaciones que establece la LOE en cuanto a plazos de garantía, tipos de defectos constructivos y daños reclamables, quedando sujetas al plazo de prescripción del artículo 1.964 CC. De esta manera, mediante su ejercicio se podrá reclamar cualquier falta de conformidad respecto a lo pactado, cualquier incumplimiento que tenga encaje en el artículo 1.258 CC o en la inobservancia de la *lex artis* profesional¹⁴⁵⁷. Así, el régimen general de responsabilidad contractual guarda una similitud, en cuanto a los remedios que ofrece, con el régimen de falta de conformidad de los artículos 114 a 127 TRLCU, respecto de la venta de bienes muebles a consumidores y usuarios, el cual, en el caso de venta de cosas específicas no contempla la posibilidad de sustitución (artículo 120.g), sino sólo su reparación, y, como remedios subsidiarios, la reducción de precio o la

¹⁴⁵⁶ Vid. MORALES MORENO, A.M., “Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa”, *ADC*, Vol. LXV, núm. I, 2012, pp. 6 a 7.

¹⁴⁵⁷ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 491, que, en estos casos de daños no amparados por la LOE, alude a lo que la doctrina francesa considera como “daños intermedios”; *vid.* STS de 2 de febrero de 2018 (RJ\2018\337), que indica que “*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 propia de la LOE, sino a acciones y a responsabilidades distintas, vinculadas al cumplimiento contractual de los artículos 1.091 , 1.089 , 1101,1.258 , 1.124 , 1.484 y siguientes, todos ellos del Código Civil, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen el calificativo de dañosos, como resulta de las sentencias de esta Sala de 13 de mayo (RJ 2008, 3062) y 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 3307) y 27 de junio de 2012 (RJ 2012, 8014)*”.

resolución contractual (artículo 121), sin soslayar la posibilidad de reclamar daños y perjuicios. No obstante, hay que precisar que, en materia de responsabilidad contractual por vicios constructivos, no existen unos plazos de garantía legalmente determinados. En ese sentido, se defiende la implantación de un régimen específico de falta de conformidad también respecto a los bienes inmuebles, para solucionar el problema derivado de la venta de edificios con irregularidades urbanísticas, actualmente solventado jurisprudencialmente mediante la aplicación de la nulidad por error o dolo, o mediante la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad contractual y la doctrina del *aliud pro alio*¹⁴⁵⁸.

III. ACCIONES Y EXCEPCIONES CONTRACTUALES

A continuación examinamos cuáles son las concretas acciones y excepciones ejercitables frente a la entrega de un edificio con defectos constructivos, partiendo de la base de que la respuesta principal en este ámbito reside en las normas generales sobre responsabilidad contractual, previstas en los artículos 1.101 y 1.124 CC¹⁴⁵⁹, ante la ausencia en nuestro ordenamiento¹⁴⁶⁰ de una estructura articulada de remedios frente al incumplimiento de contrato, cuando este concurre como prestación defectuosa.

A) Acciones de cumplimiento de contrato

La acción de cumplimiento de contrato tiene su base principal en los artículos 1.091, 1.098, 1.101, 1.124 y concordantes del Código Civil. Su ejercicio tiene como objetivo conseguir su cumplimiento exacto, mediante la reparación de los defectos constructivos o el abono de su equivalente económico —*id quod interest*—, y, en su caso, la reclamación adicional de la indemnización de todos los daños y perjuicios que se hayan causado¹⁴⁶¹. Esta acción normalmente derivará del contrato de compraventa celebrado entre promotor y comprador, o del contrato de obra suscrito entre el promotor y los agentes de la edificación, y no estará sujeta a las limitaciones que establece la LOE en cuanto a plazos de garantía, tipos de defectos constructivos y daños reclamables, quedando sujeta al plazo de prescripción del artículo 1.964 CC. Es compatible con las acciones de la LOE¹⁴⁶², y no sólo podrá ejercitarse en caso de existencia de vicios ruinógenos, en terminología del artículo 1.591 CC, o de los previstos en el artículo 17 LOE, sino que también se podrá articular ante cualquier incumplimiento contractual por defectos constructivos en la dimensión convencional de este concepto¹⁴⁶³.

¹⁴⁵⁸PEÑA LÓPEZ, F., “La entrega de una vivienda...”, *op. cit.*, pp. 13 a 15.

¹⁴⁵⁹Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 970. En el mismo sentido vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 426.

¹⁴⁶⁰PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “La protección de comitente como consumidor”, *ADC*, Vol. LXV, núm. II, 2012, pp. 682 a 716, pone de relieve la insuficiente protección del consumidor en el contrato de obra, pues sólo puede acudir a las acciones edilicias o a las acciones generales por incumplimiento contractual, sin que en nuestro ordenamiento exista un sistema articulado de remedios que prevean directamente la posibilidad de acudir a soluciones como el cumplimiento por equivalencia. En concreto este autor destaca como la LOE no prevé ningún medio de tutela que pueda ser considerado específico para el consumidor.

¹⁴⁶¹Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 943 y 944.

¹⁴⁶²Vid. *supra* Capítulo Tercero, § I, sobre la compatibilidad del régimen de la LOE con las acciones contractuales.

¹⁴⁶³Vid. *supra* § I.A) sobre el concepto de defecto constructivo en el ámbito contractual.

1. El cumplimiento específico

Mediante la acción que abordamos, el perjudicado puede pretender la reparación de los defectos constructivos que presente el inmueble, al objeto de conseguir que el deudor cumpla exactamente su obligación¹⁴⁶⁴, acometiendo la subsanación *in natura*¹⁴⁶⁵. Se trata del denominado *cumplimiento forzoso en especie*, al que aluden los artículos 1.096 CC, en cuanto a las obligaciones de dar, y 1098 CC, en cuanto a las de hacer y no hacer¹⁴⁶⁶, y que se regula en los artículos 703, 705 y 706 LEC. En estos casos, la pretensión ejercitada se dirige a que sea el propio deudor que ha incumplido la obligación, quien, a su costa y con sus propios medios o los que pueda contratar con terceros, proceda a ejecutar la reparación de lo defectuosamente construido¹⁴⁶⁷. Tradicionalmente se ha considerado que ésta debía ser la pretensión principal de cualquier acción de cumplimiento de contrato¹⁴⁶⁸, si bien, en la actualidad, se tiende a admitir, de forma alternativa y sin ninguna jerarquía recíproca, la posibilidad de exigir el cumplimiento por equivalencia¹⁴⁶⁹.

2. El cumplimiento por equivalencia

De modo alternativo a la reparación *in natura*, se admite en la actualidad que el perjudicado pueda articular una pretensión dirigida directamente a obtener una reparación económica de los defectos constructivos, por el montante necesario para proceder a su subsanación, *id quod interest*¹⁴⁷⁰. Con el cumplimiento por equivalencia, se pretende reponer en la esfera jurídica del acreedor la diferencia entre su situación real tras el incumplimiento, y lo que habría debido tener si el deudor hubiera cumplido exactamente su prestación¹⁴⁷¹. Según esta “teoría de la diferencia”, se compara el patrimonio actual del acreedor con su patrimonio hipotético de haberse cumplido la obligación. En esa diferencia estará incluido el valor de la prestación incumplida o *aestimatio rei*, aunque aquella pueda ser superior¹⁴⁷². En definitiva, se pretende que el deudor abone el importe en el que se valore la reparación de los defectos constructivos, a fin de que el perjudicado puede proceder con dicha suma a su subsanación¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁴ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 656, que en su artículo 518-7 establece que la pretensión de cumplimiento engloba las de reparación o rectificación y la de sustitución.

¹⁴⁶⁵ Vid. *infra* Capítulo Decimoprimer, III.C).1, sobre el cumplimiento específico.

¹⁴⁶⁶ LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

¹⁴⁶⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 944.

¹⁴⁶⁸ *Loc. cit.*

¹⁴⁶⁹ Vid. *infra* Capítulo Decimoprimer § III.C).1.d), sobre la libre elección del perjudicado entre una u otra modalidad de cumplimiento.

¹⁴⁷⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. 17ª ed., revisada y puesta al día por G. García Cantero, Madrid, 2008, pp. 276 y 277; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 944.

¹⁴⁷¹ Vid. LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁴⁷² *Loc. cit.*

¹⁴⁷³ Vid. *infra* Capítulo Decimoprimer, § III.C).2, sobre el cumplimiento por equivalencia.

3. La indemnización de daños y perjuicios

La indemnización de daños y perjuicios¹⁴⁷⁴ será, en ocasiones, una medida complementaria de la pretensión de cumplimiento *in natura* o de la resolución contractual, pero también podrá constituir la transformación del objeto de la prestación primitiva en el cumplimiento por equivalencia o *aestimatio rei*¹⁴⁷⁵. Aunque esta acción se puede y se suele ejercitar de forma acumulada a otras, principalmente a la acción por incumplimiento de contrato o a la acción de resolución contractual, tiene su propia entidad y autonomía, y podría ser ejercitada de forma independiente para reclamar los daños y perjuicios sufridos por la existencia de defectos constructivos. En concreto, dada la mayor extensión objetiva de la responsabilidad contractual por defectos constructivos, podrá ser utilizada para reclamar también por daños distintos de los materiales causados en el edificio, como los producidos en bienes muebles, corporales, indirectos, lucro cesante e incluso daños morales. La misma encuentra su regulación, además de en los artículos 1.101 y 1.124 CC, en los artículos 1.106, 1.107 y 1108 CC. Como regla general, puede afirmarse que el deber de indemnizar daños y perjuicios sólo es exigible en caso de incumplimiento culpable¹⁴⁷⁶ o, según la tendencia más actual, cuando no concorra alguna causa de exoneración constituida por un caso fortuito que quede fuera del ámbito de control del deudor¹⁴⁷⁷.

B) Acciones resolutorias

Los principales contratos que se conciertan en el ámbito de la edificación tienen carácter sinalagmático, como sucede con la compraventa y el contrato de obra. Señala MANRESA¹⁴⁷⁸ que la bilateralidad y la reciprocidad de las obligaciones reguladas en el artículo 1.124 CC, requiere “*una reciprocidad tan perfecta que haga proceder ambas relaciones de una misma causa, siendo también cada obligación supuesto de la correlativa, no concibiéndose, en suma, la una sin la otra*”. En este sentido, DÍEZ-PICAZO¹⁴⁷⁹ destaca que la nota característica de las obligaciones sinalagmáticas, se encuentra en la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación, de manera que cada uno de ellos, en relación con el otro, funciona como contravalor o

¹⁴⁷⁴ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 659 y 660, que en sus artículos 518-20 a 518-26 regula esta materia, reconociendo la compatibilidad de este remedio con los demás que establece el artículo 518-3.

¹⁴⁷⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 277 a 288; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp. 781 y 782; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 943 y 944. Cfr. no obstante AYLLÓN SANTIAGO, H.S., “Cumplimiento sensu stricto en contrato unilateral y en contrato bilateral”, en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O’Callaghan Muñoz, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 29, que indica que aunque normalmente se equipare el cumplimiento por equivalencia con la indemnización de daños y perjuicios, se trata de conceptos distintos. El primero se corresponde con el valor económico de la prestación que el deudor no ha realizado o ha realizado defectuosamente, mientras que la indemnización comprende los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

¹⁴⁷⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁴⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, p. 783.

¹⁴⁷⁸ Vid. MANRESA Y NAVARRO, J.M., “Comentario del artículo 1.124”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, 4ª ed. Reus, Madrid, 1929, pp. 142 y 143.

¹⁴⁷⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp. 432 y 433.

contraprestación. Esta interdependencia se plasma en el momento de la génesis del contrato —sinalagma genético—, en cuanto que cada deber de prestación constituye para el otro contratante la causa o razón por la que se obliga a cumplir el suyo; y también en el desarrollo de la relación obligatoria —sinalagma funcional—, lo que se traduce generalmente en el cumplimiento simultáneo de las obligaciones de las partes, principio que resulta de los artículos 1.466 y 1.500 CC en relación a la compraventa, pero que es extrapolable a los demás contratos. Este sinalagma funcional se proyecta sobre las obligaciones contractuales cuando se produce una situación de incumplimiento, en base, fundamentalmente, al artículo 1.124 CC, que concede la opción de exigir el cumplimiento o, en su caso, la resolución, y la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento de contrato —*exceptio no adimpleti contractus*— o de contrato no cumplido adecuadamente —*exceptio non rite adimpleti contractus*—. En el caso de la acción resolutoria, la jurisprudencia ha acotado su ejercicio a los supuestos de mayor gravedad, si bien actualmente no se aplica la doctrina de la *voluntad de deliberadamente rebelde al cumplimiento*¹⁴⁸⁰, y se apela a otros parámetros para calificar el incumplimiento resolutorio, tales como el *aliud pro alio*, la frustración del fin del contrato, el incumplimiento esencial o el incumplimiento cualificado¹⁴⁸¹. De este modo, cabría también la resolución en los escenarios de incumplimiento parcial y de incumplimiento defectuoso¹⁴⁸². En esta línea, el artículo 1.199.2 PMCC, establece la facultad de resolución cuando la inobservancia de la obligación frustra el fin del contrato o prive sustancialmente al acreedor de lo que legítimamente podía esperar conforme a lo pactado¹⁴⁸³. En parecidos términos se establece esta posibilidad en el DCFR, III.3:502¹⁴⁸⁴. Por su parte, la PCCAPDC¹⁴⁸⁵ regula en sus artículos 518-12 a 518-19 este remedio reconociendo su compatibilidad con la reclamación de los daños y perjuicios que cause el incumplimiento.

1. Los vicios constructivos graves como causa de resolución contractual

La posibilidad de ejercitar esta acción resolutoria requiere la presencia de vicios constructivos graves, que hagan el edificio inhábil para el uso al que se destina. Como hemos indicado, la resolución no se hace depender en la actualidad de la existencia

¹⁴⁸⁰ Vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a.A., “La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales”, en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O’Callaghan Muñoz, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp.423 y 424.

¹⁴⁸¹ LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, op. cit., pp. 193 a 196; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones...*, op. cit., pp. 118 a 121; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, op. cit., pp. 1.090 y 1091, indica que lo relevante es si el incumplimiento frustra la finalidad perseguida por el acreedor o la posibilidad de seguir obteniéndola en el futuro, ponderando la importancia del incumplimiento con los costes que tendría la resolución y teniendo en cuenta las inversiones ya hechas en el cumplimiento y la posibilidad de una *restitutio in integrum* barata.

¹⁴⁸² La STS 29 de abril de 1994 (RJ 1994\2982), remarca que “se está en el supuesto de entrega de cosa diversa (*aliud pro alio*, art. 1.124 CC) y no ante un vicio de la cosa (artículo 1.484 CC), cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto con la consiguiente insatisfacción del comprador, al ser inadecuado el objeto de la compraventa para el fin al que se destina”.

¹⁴⁸³ Vid. GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización de Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador de Marco Común de Referencia”, *ADC*, Vol. LXV, núm. I, 2012, pp. 65 a 68.

¹⁴⁸⁴ Vid. JEREZ DELGADO, C., coordinadora de la versión española, *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo...*, op. cit., pp. 141 y 142.

¹⁴⁸⁵ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 657 y 658.

de una *voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*, sino que se apela a otras circunstancias más flexibles, tales como el *aliud pro alio*, la frustración del fin del contrato, el incumplimiento esencial o el incumplimiento cualificado¹⁴⁸⁶. De este modo, cabe también la resolución en los escenarios de incumplimiento parcial y de incumplimiento defectuoso¹⁴⁸⁷, por lo que, en los casos en los que los vicios constructivos revistan la suficiente gravedad¹⁴⁸⁸, que hagan el edificio impropio para satisfacer el interés del propietario¹⁴⁸⁹, el perjudicado, además, de la acción de cumplimiento de contrato, podrá ejercitar, con carácter subsidiario o alternativo, la resolutoria del artículo 1.124 CC, para pretender la extinción del vínculo contractual y la recuperación, en su caso, del precio abonado, pudiendo acumular la acción para la reclamación de los daños y perjuicios que se le hayan irrogado. La jurisprudencia acude con frecuencia para justificar la resolución al concepto de *aliud pro alio*, por la existencia de vicios en la cosa que determinan su inhabilidad con la consiguiente insatisfacción del comprador¹⁴⁹⁰. Cabe remarcar que la acción del artículo 17 LOE no excluye la posibilidad de ejercitar las acciones contractuales de los artículos 1101 y 1124 CC¹⁴⁹¹, pues los defectos constructivos constituyen un incumplimiento contractual en el proceso edificatorio que puede dar lugar a la resolución o al cumplimiento forzoso o por equivalencia¹⁴⁹², sin que sea imperativo acudir previamente al ejercicio de las acciones de la LOE¹⁴⁹³

2. Especialidades de la resolución en el contrato de obra

La posibilidad de resolución, además de en la compraventa, se puede ejercitar también en el contrato de obra aun después de la recepción¹⁴⁹⁴, cuando concurren defectos de la suficiente gravedad¹⁴⁹⁵, como serían aquellos que la hagan impropia para satisfacer el interés del comitente¹⁴⁹⁶. De este modo, en caso de ejercicio de la acción resolutoria por el comitente frente al constructor, una vez construida la obra o en curso de ejecución, puesto que no es posible devolver la obra ya ejecutada, aquél

¹⁴⁸⁶LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 193 a 196. *Vid.* STS de 26 de noviembre de 2007 (RJ 2008\28); también STS de 20 de marzo de 2002 (RJ 2002\2852) sobre resolución de una compraventa en la que se entrega un piso con una superficie menor en más de 20 m² respecto a la esperada, lo cual frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y se equipara al *aliud pro alio*.

¹⁴⁸⁷*Vid.* STS 29 de abril de 1994 (RJ 1994\2982). En el mismo sentido STS 5 de julio de 1999 (RJ 999\4980).

¹⁴⁸⁸ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 943 y 944; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 250 y 251.

¹⁴⁸⁹*Vid.* STS 19 de mayo de 1998 (RJ 1998\4032), que establece claramente esta posibilidad en los supuestos previstos en el artículo 1.591 CC.

¹⁴⁹⁰*Vid.* STS 29 de abril de 1994 (RJ 1994\2982).

¹⁴⁹¹*Vid.* SSTS de 27 diciembre de 2013 (RJ 2014\1021), o 15 de junio de 2016 (RJ 2016\2766), sobre la compatibilidad de las acciones contractuales con las acciones LOE.

¹⁴⁹²VICENTE DOMINGO, E., "Régimen de responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 1383 a 1394.

¹⁴⁹³*Vid.* en el mismo sentido ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "Concepto de ruina...", *op. cit.*, pp. 1332 a 1662.

¹⁴⁹⁴*Vid.* SSTS de 14 de junio de 1980 (RJ 1980\3299), 28 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6451) y 27 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8701).

¹⁴⁹⁵*Vid.* SAP de Zamora de 31 de julio de 2018 (JUR\2018\245008), que admite la resolución del contrato de obra por la existencia de deficiencias comprometen la estabilidad, seguridad y habitabilidad de la construcción, confirmando la compatibilidad de las acciones contractuales con las acciones de la LOE.

¹⁴⁹⁶ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 943 y 944; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 255.

habrá de devolver su valor¹⁴⁹⁷. Este reintegro se podrá compensar con las cantidades a cuyo pago venga obligado el contratista, entre las que cabe resaltar las partidas integradas por el coste de reparación y por los daños y perjuicios causados¹⁴⁹⁸. No obstante, en caso de construcción gravemente defectuosa, el comitente incluso puede ser dispensado de devolver cantidad alguna si no ha obtenido de ella ninguna utilidad, siendo posible también que, como daños y perjuicios, pueda plantearse que el constructor resulte obligado a costear su demolición¹⁴⁹⁹.

3. La resolución anticipada

En los casos en los que por concurrir defectos constructivos, incluidos los incumplimientos urbanísticos, se haga patente que el promotor no podrá cumplir sus obligaciones en tiempo y forma, podrá acudir a la doctrina del “incumplimiento resolutorio previsible o anticipado” —*anticipatory non-performance*—, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado en los contratos de compraventa sobre plano, cuando al presentarse la demanda de resolución contractual concurren circunstancias que determinan, con absoluta seguridad, que la vivienda no podrá estar terminada en la fecha prevista y que cuestionan seriamente la propia finalización del proyecto¹⁵⁰⁰. De este modo, el comprador o comitente puede resolver el contrato antes de que se cumpla el plazo pactado, frente a hechos que permitan vislumbrar la frustración del fin del negocio, como en caso de vicios graves o de paralización de las obras. En este sentido se pronuncia la STS de 30 de octubre de 1994¹⁵⁰¹ y, más recientemente, reiteran esta doctrina las SSTS de 26 de febrero 2013¹⁵⁰² y 18 de julio de 2013¹⁵⁰³. Esta última alude a los Principios de Derecho Europeo de los Contratos¹⁵⁰⁴, artículo 9:304, sobre el incumplimiento previsible¹⁵⁰⁵. En el mismo sentido se pronuncia el artículo III.3:504 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) admitiendo la resolución por incumplimiento previsible¹⁵⁰⁶. Por último, el artículo 1200 PMCC aborda igualmente el incumplimiento esencial anticipado en términos similares. Por su parte el artículo 518-2 PCCAPDC regula un supuesto similar de resolución en los casos de riesgo patente de incumplimiento esencial¹⁵⁰⁷.

¹⁴⁹⁷ Vid. MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 289 a 284.

¹⁴⁹⁸ STS 3 de mayo de 1999 (RJ 1999\3427).

¹⁴⁹⁹ MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 292

¹⁵⁰⁰ CABELLO CONTRERAS, J.L., “El incumplimiento resolutorio previsible”, *Diario La Ley*, núm. 9050, 27 de septiembre de 2017.

¹⁵⁰¹ RJ 1994\8001.

¹⁵⁰² RJ 2013\4935.

¹⁵⁰³ RJ 2013\5200.

¹⁵⁰⁴ Vid. LANDO, O. y BEALE, H., *Principles of European Contract Law* (PECL), Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague, 2000, edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J.M., Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

¹⁵⁰⁵ Vid. artículo 9:304 PECL, el cual dispone que “cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato”.

¹⁵⁰⁶ Vid. artículo III 3:504 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), que indica que “un acreedor puede resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento de una obligación contractual si el deudor ha declarado su intención de no cumplirla, o queda claro de otro modo que dicho incumplimiento se producirá y si éste es esencial”; vid. JEREZ DELGADO, C., coordinadora de la versión española, Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 142.

¹⁵⁰⁷ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 657.

4. Algunos supuestos de resolución contractual

a) La resolución por la denegación de licencias

Como hemos analizado¹⁵⁰⁸, en determinados casos los incumplimientos urbanísticos pueden constituir defectos constructivos desde la óptica contractual, en la medida en la que se origine un desajuste en la construcción del edificio con respecto a los pactos concertados para su ejecución o adquisición. Estas situaciones podrán constituir incumplimientos contractuales reclamables a través de las acciones contractuales¹⁵⁰⁹. Especialmente cuando originen la denegación de licencias, lo que, a su vez, puede motivar el incumplimiento de los plazos de entrega del edificio, habilitando a los compradores para el ejercicio de acciones de reclamación de daños y perjuicios o, en su caso, para la resolución de los contratos también por el retraso en la entrega¹⁵¹⁰. El tratamiento de los incumplimientos urbanísticos que motiven la denegación de la LPO, a efectos de la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria, se aborda por la STS de 10 de septiembre de 2012¹⁵¹¹, que constituye el punto de partida de la doctrina jurisprudencial actual sobre esta cuestión, la cual siguen otras como las de 9 de marzo de 2016¹⁵¹², 24 de junio de 2016¹⁵¹³ o de 27 septiembre de 2016¹⁵¹⁴. Esta jurisprudencia distingue en función de si se ha pactado como requisito esencial en el contrato de compraventa la obtención de dicha licencia. Si dicho requisito no se ha estipulado con ese carácter, la falta de obtención no supone en principio un incumplimiento relevante de la obligación de entrega, y no habilita para interesar la resolución contractual. No obstante, pese a ello, la inexistencia de LPO será esencial si concurren circunstancias que permitan considerar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por existir incumplimientos urbanísticos, correspondiendo al vendedor la carga de la prueba en orden a acreditar lo contrario. En sentido similar, la STS de 23 de octubre de 2013¹⁵¹⁵ aprecia esta esencialidad de la falta de obtención de la LPO, cuando su ausencia se deba a la falta de los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento, por lo que esta circunstancia facultará para instar la resolución del contrato¹⁵¹⁶. Por su parte, la STS de 28 de abril de 2014¹⁵¹⁷, precisa que la licencia de primera ocupación forma parte

¹⁵⁰⁸ *Vid. supra* § I.B).2.c.iii).

¹⁵⁰⁹ *Vid.* STS de 13 de febrero de 2007. *Vid.* RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo y Rehabilitación Urbana (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015), artículo 27, sobre la posibilidad de resolver el contrato en el plazo de cuatro años, con abono de daños y perjuicios, si en la enajenación de un terreno no se hace constar su carácter no edificable o la existencia de edificios fuera de ordenación, entre otras circunstancias.

¹⁵¹⁰ *Vid.* REVILLA TORRES, J.M., "La esencialidad del retraso en la entrega en el contrato de compraventa de inmuebles en construcción. La carencia de licencia de primera ocupación como causa de resolución. Estudio jurisprudencial", *Act. Civ.* núm. 6, 2018.

¹⁵¹¹ RJ 2013\2266.

¹⁵¹² RJ 2016\959.

¹⁵¹³ RJ 2016\2869.

¹⁵¹⁴ RJ 2016\4841. Esta sentencia, relativa a una casa de turismo rural, establece la obligación del vendedor de entregar la casa en condiciones de ser habitada y poseída con las autorizaciones administrativas pertinentes, pues la falta de entrega de LPO reviste carácter esencial salvo prueba en contrario, habilitando la resolución por incumplimiento del vendedor.

¹⁵¹⁵ RJ 2013\7811.

¹⁵¹⁶ *Vid.* comentario de esta sentencia en MARTÍN AZCANO, E.M., "Falta de licencia de primera ocupación como incumplimiento determinante de la resolución del contrato", *Act. Civil*, núm. 2, 2014, p.

¹⁵¹⁷ RJ 2014\2688.

de la obligación de entrega, aunque en el contrato sólo se hubiera indicado la fecha de terminación de la obra, con base en el principio de seguridad jurídica inmobiliaria¹⁵¹⁸; o, como señala la STS de 28 de octubre de 2013¹⁵¹⁹, aunque en el contrato sólo conste la obligación de entregar el CFO. De este modo, si los incumplimientos urbanísticos originan la denegación de la LPO, esta circunstancia, en función de su gravedad y trascendencia, puede constituir un incumplimiento total que habilite la resolución del contrato¹⁵²⁰, o un incumplimiento defectuoso, en cuyo caso los compradores pueden exigir al vendedor, en base al artículo 1098.2º CC y como obligación de hacer, que realice la actuaciones precisas para la obtención de dicha licencia; o un cumplimiento moroso de la obligación, pues los tribunales sólo consideran cumplido el deber de entrega cuando se obtiene la LPO, aunque con anterioridad se haya otorgado la escritura, por lo que el promotor debe indemnizar los daños y perjuicios asociados a dicho retraso. Igualmente, y por las mismas razones apuntadas, su denegación podría justificar la negativa del comprador a otorgar la escritura de compraventa y al pago del precio. En todos estos casos, el promotor-vendedor no puede exonerarse de responsabilidad atribuyendo el problema a un tercero o a la actuación de la Administración¹⁵²¹.

b) La resolución por diferencias de cabida

Según hemos expuesto¹⁵²², las diferencias de cabida en el ámbito de la edificación no pueden ser abordadas con arreglo al artículo 1.470 CC, que determina el ajuste del precio en función de la superficie con un criterio proporcional, sino que deben ser calificadas como un cambio cualitativo en la prestación, que altera el sinalagma contractual y que puede equipararse al *aliud pro alio*. Del mismo modo, la referencia contractual que, en su caso, se efectúe al “cuerpo cierto”, no podrá impedir la resolución en los casos de ventas sobre plano, en las que no resulta aplicable esta modalidad de transmisión a precio alzado o como “cuerpo cierto”, pues no pueden aplicarse tales conceptos a una realidad inexistente en el momento de la perfección del contrato¹⁵²³. Por este motivo, los defectos de cabida en este ámbito no se rigen por los artículos 1.470 y 1.471 CC, ni les resulta aplicable el exiguo plazo de seis meses del artículo 1472 CC, sino que constituyen incumplimientos contractuales sujetos al plazo general de prescripción del artículo 1.964 CC. Y como tales facultan para la resolución en supuestos de cierta entidad constitutivos de *aliud pro alio*, si la menor cabida frustra el fin del contrato o constituye un incumplimiento cualificado¹⁵²⁴. En los demás casos, la menor cabida no dará lugar a la aplicación del artículo 1.470

¹⁵¹⁸ Vid. STS de 11 de marzo de 2013 (RJ 2013\2590).

¹⁵¹⁹ RJ 2013\8331.

¹⁵²⁰ STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007\4679).

¹⁵²¹ En este sentido el vendedor no puede excusarse alegando el error o retraso del Ayuntamiento, pues como indica la SAP de Córdoba 6 de marzo de 2006 (JUR 2006\185278), estas circunstancias no pueden afectar al comprador.

¹⁵²² Vid. *supra* § I.B.2.c.ii), sobre las diferencias de cabida.

¹⁵²³ Vid. STS de 18 de febrero de 2010 (RJ\2010\1285),

¹⁵²⁴ Vid. SSTS de 18 de febrero de 2010 (RJ\2010\1285) o 19 de enero de 2005 (RJ 2005\519). La STS de 20 de marzo de 2002 (RJ 2002\2852), hace referencia a la entrega de un piso con una superficie menor en más de 20 metros cuadrados respecto a la esperada, lo cual frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y se equipara al *aliud pro alio*, sin que la referencia al cuerpo cierto, sea admisible al no estar construida la casa, pues la entrega de la prestación debida es un *prius* que no debe confundirse con la aleatoriedad dentro de ciertos límites del cuerpo cierto.

CC, con la consiguiente rebaja proporcional del precio, pues este precepto no comprende el supuesto de cumplimiento inexacto de la obligación de entrega. En este escenario, si no es posible el cumplimiento específico con el reintegro de los metros contratados, procederá la indemnización de daños y perjuicios¹⁵²⁵.

c) La resolución por otros desajustes entre el edificio contratado y el entregado

Además del supuesto general de existencia de vicios constructivos graves, como defectos estructurales o de habitabilidad de cierta entidad, y de los abordados de los incumplimientos urbanísticos y de las diferencias de cabida, también cabe la resolución ante otros incumplimientos contractuales en el ámbito de los defectos constructivos en la dimensión contractual de este concepto, según exponemos a continuación.

i) Diferencia de calidades

Entre este tipo de desajustes cabe mencionar la diferencia grave entre las calidades contratadas y la aplicadas en el edificio. Así la STS de 26 de junio de 1999¹⁵²⁶, permite la resolución contractual por diferencia de calidades respecto a los folletos publicitarios y por la falta de construcción de la piscina ofertada.

ii) Limitación en las vistas del edificio

También es posible la resolución en el caso de que el edificio presente una limitación en las vistas, respecto de las previstas en el momento de la formalización del contrato, si fueron determinantes para su celebración. Así, la STS de 12 de julio de 2011¹⁵²⁷, en la que se establece que pese “a que la limitación de vistas no limita el uso de la vivienda, sí frustra las legítimas expectativas de los compradores, hasta el punto de que, de haber conocido las circunstancias reales, no hubieran adquirido la vivienda, incumplimiento que no puede ser compensado con una indemnización y que es causa que justifica la resolución del contrato”¹⁵²⁸.

C) Acciones por vicios del consentimiento

1. Su incidencia cuando existen vicios constructivos

En caso de que la edificación presente defectos constructivos, puede plantearse la posibilidad de que el contrato sea anulado por la existencia de vicios del consentimiento¹⁵²⁹. En tal sentido, en relación especialmente a la compraventa, para que tal situación pueda instrumentarse es preciso que los defectos constructivos sean graves, por lo que habrán de calificarse en las categorías que la LOE considera de mayor importancia —como sucede con los que comprometen la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, o con los que afecten de forma principal a la habitabilidad—,

¹⁵²⁵STS de 29 de septiembre de 2004 (RJ 2004\5688).

¹⁵²⁶RJ 1999\4562.

¹⁵²⁷RJ 2011\7372.

¹⁵²⁸Sobre la limitación de las vistas, vid. también STS de 22 de noviembre de 2012 (RJ 2012\10438), que considera como objeto inhábil, *aliud pro alio*, una vivienda en la playa, en la que la altura de las ventanas limitaba las vistas, por lo que estima justificada la oposición por el comprador de la *exceptio non adimpleti contractus* frente a la reclamación de pago del vendedor.

¹⁵²⁹Cfr. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 167 y 168, donde esta autora mantiene la independencia de la acción de nulidad o anulabilidad por error o dolo en el consentimiento, respecto de las acciones por vicios ocultos.

o constituir otras anomalías constructivas, en la dimensión contractual de este concepto, que revistan carácter sustancial. Además, parece que estas acciones tendrán más posibilidades de prosperar, cuando se acredite que tales defectos se han manifestado con anterioridad a la formalización del contrato, ignorándolo ambas partes, aunque tampoco puede descartarse su ejercicio en caso de que afloren con posterioridad. Cuando el adquirente de la vivienda sea un consumidor, el derecho a la información precontractual que recoge el artículo 60 TRLCU, requiere el conocimiento previo y por medios apropiados del objeto del contrato, y que la información sea veraz, eficaz y suficiente, por lo que el incumplimiento de este deber por parte del empresario podrá originar un error en el consentimiento sobre dicho objeto¹⁵³⁰. En esta línea, se ha de partir de la premisa de que una persona normal puede presumir el buen estado del inmueble, de no tener o conocer algún dato en sentido contrario por la información que el promotor le facilite¹⁵³¹.

a) Error

En este caso nos referimos al error como vicio del consentimiento, no al error en la declaración de voluntad o error obstativo¹⁵³². Precisa DE CASTRO¹⁵³³, que el error como vicio del consentimiento es el *error in cogitandum*—sobre la representación que lleva a querer—, y no el *error in faciendo*—respecto al sentido de lo que se hace¹⁵³⁴—. Pues bien, como decimos, en lo que concierne a este punto, al que nos referimos es al error como vicio del consentimiento, el cual, según el artículo 1.266 CC, requiere para invalidar la declaración de voluntad que recaiga “sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo para celebrarlo”. De esta manera, como indica ALBALADEJO¹⁵³⁵, se exigen dos requisitos: 1º, que sea esencial; y 2º, que sea excusable¹⁵³⁶. En cuanto al primer requisito debe ser determinante, de forma que sin haberlo padecido no se hubiese celebrado el contrato, o no se habría formado la voluntad que se declaró¹⁵³⁷, lo cual pone de relieve la fuerte relación que hay entre la

¹⁵³⁰Cfr. DORAL GARCÍA, J.A., “Vicios de la construcción...”, *op. cit.*, p. 79.

¹⁵³¹*Loc. cit.*

¹⁵³²Este segundo tipo de error es el que la doctrina denomina *divergencia inconsciente*, como señala CASTÁN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero Introducción y Parte General, Volumen Segundo, revisada y puesta al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., 15ª ed., Reus, Madrid, 2007, p. 696, el cual “puede versar sobre los más diversos extremos de la declaración de voluntad o de la propia transmisión de la declaración”, e impide la constitución y nacimiento del negocio, sin que produzca únicamente el efecto de viciar el consentimiento haciéndolo anulable.

¹⁵³³*Vid.* DE CASTRO BRAVO, F., *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, Volumen X, El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.971, p. 121.

¹⁵³⁴*Vid. loc. cit.*, donde este autor reseña que, para estos conceptos, SAVIGNY empleó la terminología de error propio e impropio, y la doctrina alemana articuló la distinción entre error en el negocio y error en la declaración.

¹⁵³⁵ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, revisada y puesta al día por Silvia Díaz Alabart, 19ª ed., Edisofer, Madrid, 2013, pp. 431 a 433.

¹⁵³⁶*Vid.* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 688, que regula el error en sus artículos 527-3 a 527-6, destacando las notas de esencialidad, relevancia y excusabilidad.

¹⁵³⁷*Vid.* MONSERRAT VALERO, A., “Criterios sobre la esencialidad del error vicio en el objeto contractual”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, pp. 2.566 a 2.590, sobre las tesis subjetiva y objetiva en la esencialidad del error.

esencialidad del error y la concepción subjetiva de la causa¹⁵³⁸. En cuanto al segundo, aunque no lo exige expresamente el artículo citado, sí es exigido por la jurisprudencia, que considera como inexcusable aquél que se podría haber evitado observando una conducta razonable, de modo que debe atribuirse a culpa del contratante que no guardó la diligencia que el asunto requería¹⁵³⁹. Pues bien, si se cumplen estas condiciones, así como la gravedad antes aludida de los defectos constructivos, entendemos sería posible invalidar el contrato, por cuanto que la voluntad se formó erróneamente respecto de la representación del objeto del negocio. A tal efecto, debe considerarse que dicho error es determinante puesto que, en condiciones normales de mercado, nadie compraría una vivienda afectada por vicios constructivos graves. Además, sería excusable, debido a la falta de manifestación de esos vicios, o al hecho de que, aunque se manifiesten, el comprador los ignora o, al menos, no conoce su alcance por no haber sido informado por el promotor y no ser perito en la materia. Indica al respecto CARRASCO PERERA¹⁵⁴⁰, que se trata de un vicio del consentimiento contractual, que consiste en que el contratante presta su consentimiento bajo la representación de un estado de cosas que no es cierto, en cuanto que no se ajusta a la realidad, y que, en general, puede afirmarse que el error sobre la edificabilidad de un terreno o sobre la habitabilidad de la vivienda pertenecen a la sustancia de la cosa, y tienen relevancia en orden a la anulación del contrato¹⁵⁴¹. Una muestra puede ser el *error en el consentimiento por vicio estructural del objeto*, el cual se produce en fase de formación del contrato por desconocer el comprador las patologías reales que afectan a la vivienda, que lo hacen impugnables si, de haberse conocido, no se hubiese adquirido el edificio¹⁵⁴².

b) Dolo

La actuación dolosa puede consistir en cualquier clase de comportamiento o conducta por parte del otro contratante¹⁵⁴³, de modo que, como señala DE CASTRO¹⁵⁴⁴, se admite el dolo por omisión o dolo negativo¹⁵⁴⁵. En base a las razones antes apuntadas y, con mayor razón, si concurre dolo por parte del promotor u otro agente de la edificación, que oculta la existencia de defectos constructivos graves, que ya se hayan manifestado en el momento de celebrarse el contrato o que vayan a

¹⁵³⁸Vid. LUNA SERRANO, A., "Un apunte sobre la presuposición", en *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, dirigido por E. Muñoz Espada, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2016, pp. 339 a 362, sobre la concepción subjetiva de la causa y la teoría de la presuposición, en cuanto que ambos conceptos están en el fundamento o base del contrato.

¹⁵³⁹Vid. la STS 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004\6900), que precisa que "*el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero [RJ 1994, 1096] y 3 de marzo de 1994 [RJ 1994, 1645])*".

¹⁵⁴⁰CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, op. cit., pp. 269 a 271.

¹⁵⁴¹*Ibidem*, pp. 304 y 305. Vid. RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo y Rehabilitación Urbana (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015), artículo 27, sobre la posibilidad de resolver el contrato en el plazo de cuatro años, con abono de daños y perjuicios, si en la enajenación de un terreno no se hace constar su carácter no edificable o la existencia de edificios fuera de ordenación, entre otras circunstancias.

¹⁵⁴²DORAL GARCÍA, J.A., "Vicios de la construcción...", op. cit., pp. 78 y 79.

¹⁵⁴³ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I...*, op. cit., p. 422.

¹⁵⁴⁴DE CASTRO Y BRAVO, F., *Tratado Práctico y Crítico...*, op. cit., p. 152.

¹⁵⁴⁵Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 688, que regula el dolo en su artículo 527-7.

hacerlo en lo sucesivo con alta probabilidad, procederá igualmente su anulación con arreglo al artículo 1.269 CC. A nuestro juicio, la existencia de este vicio de la voluntad permite la anulación del negocio, incluso aunque los defectos constructivos no sean de la misma gravedad que aquellos que la permitirían por error. Es decir, la existencia de *animus decipiendi* permitiría alegar al contratante que lo padece, que ni siquiera habría celebrado el contrato en caso de existir vicios de menor gravedad, de modo que el dolo opera así como una especie de “error reforzado por el engaño” o como “una ampliación de la esfera del error”¹⁵⁴⁶.

2. Especial consideración de los incumplimientos urbanísticos

Como hemos abordado anteriormente, los incumplimientos urbanísticos podrán dar lugar a la resolución del contrato especialmente si comportan la denegación de la LPO. Pero, adicionalmente, los mismos también podrá lugar a esa resolución, si su existencia se ocultó al comprador¹⁵⁴⁷. Este es el supuesto que aborda la STS de 12 de septiembre de 2016¹⁵⁴⁸, que dictamina que cuando el promotor oculta al comprador la existencia de “vicios de la edificación de naturaleza urbanística” que determinen la ilegalidad de ésta, el adquirente podrá ejercitar la acción del artículo 1300 CC y concordantes por vicios en el consentimiento de carácter invalidante, bien por dolo, bien por error. El caso abordado por esta sentencia hacía referencia a un supuesto en el que, aunque el edificio contaba con LPO, la misma fue posteriormente anulada por Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, por lo que aquél estaba amenazado de demolición por resolución judicial firme. El Alto Tribunal dispone que, estos casos en los que se produce la anulación del contrato por vicio del consentimiento, también están cubiertos por las garantías de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y por la DA 1ª LOE sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

3. Acciones de anulabilidad

En los supuestos anteriores, la anulación del contrato pasará por ejercitar las acciones de anulabilidad del artículo 1300 CC, dentro del plazo de cuatro años que marca el artículo 1301 CC, en base a la existencia de error o de dolo. Aunque en principio el plazo de caducidad de la acción de nulidad computa desde la consumación del contrato, según dispone el artículo 1.301 CC, cabe defender que pueda iniciarse en otro momento distinto, cuyo *dies a quo* sería aquel en el que el perjudicado tuviera conocimiento del vicio que invalidó su consentimiento¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 148.

¹⁵⁴⁷ *Vid.* RUBIO TORRANO, E., “Anulabilidad de compraventa de vivienda futura por error en el consentimiento con ocultación de vicios urbanísticos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2017, p. 4., que subraya que también “*el vicio puede tratarse en sede judicial como la existencia de cargas o vicios ocultos en el bien (arts. 1.483, 1.484 a 1.486 CC), o como incumplimiento de lo debido por parte del vendedor (arts. 1.024 y 1.100 CC)*”.

¹⁵⁴⁸ RJ 2016\4437. *Vid.* comentario a esta sentencia por RUBIO TORRANO, E., “Anulabilidad de compraventa...”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁴⁹ *Vid.* STS de 20 de diciembre de 2016 (RJ 2016\6317), que cita otras anteriores como las de 12 de enero de 2015 (RJ 2015\608), 7 de julio de 2015 (RJ 2015\4487), y 25 de febrero de 2016 (RJ 2016\1514), sobre el inicio del plazo por vicios en el consentimiento, en el caso de relaciones contractuales complejas como son las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, en la que el *dies a quo* no viene determinado por la perfección del contrato, sino por el momento en el que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación.

D) Acciones edilicias en la compraventa

1. Régimen jurídico

Las acciones edilicias¹⁵⁵⁰ se regulan en los artículos 1.484 a 1490 CC, y en ellas se disciplina la obligación de saneamiento por vicios ocultos, entendiendo como tales aquellos que hagan impropia la cosa para el uso al que se destina o que disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido, el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella¹⁵⁵¹. Para que proceda la obligación de saneamiento es preciso que los vicios no sean manifiestos o, que, si lo son, el adquirente no sea un perito en la materia que deba fácilmente conocerlos. En estos casos, la responsabilidad del vendedor se genera aunque los ignore, salvo pacto en contrario. Si los conocía deberá, además, indemnizar los daños y perjuicios causados. Frente a los vicios ocultos el comprador puede ejercer la acción redhibitoria, que comporta una resolución del contrato con la recíproca obligación de devolución de las prestaciones, u optar por exigir la rebaja de una cantidad proporcional del precio a juicios de peritos, mediante el ejercicio de la acción *quanti minoris* o estimatoria. Ambas están sujetas al exiguo plazo de caducidad de seis meses del artículo 1.490 CC, el cual se computa desde la entrega de la cosa.

2. Su escasa relevancia en materia de defectos constructivos

Pese a que el artículo 17.9 LOE¹⁵⁵² alude expresamente a las acciones edilicias, como ya hemos abordado en profundidad¹⁵⁵³, las mismas tienen un escaso protagonismo en materia de defectos constructivos. Ello se debe, fundamentalmente, al insuficiente plazo de caducidad de seis meses al que se somete su ejercicio, que condiciona y degrada su eficacia en orden a proteger al comprador en caso de vicios constructivos. Así, la jurisprudencia resuelve estas situaciones apelando a las acciones generales sobre responsabilidad contractual y a la doctrina del *aliud pro alio*¹⁵⁵⁴. Con todo, pueden advertirse dos líneas jurisprudenciales. Según la primera, las acciones edilicias quedarían relegadas a los vicios de menor entidad, que no constituyen ruina ni *aliud pro alio*¹⁵⁵⁵; según la segunda y mayoritaria, ambas acciones

¹⁵⁵⁰ Vid. *supra* § II.B).2, sobre las acciones edilicias, donde reseñamos como la PCCAPDC, en sus artículos 532 a 534, adopta el concepto de falta de conformidad, al que anuda, entre otros remedios, la pretensión de cumplimiento soslayando las acciones edilicias.

¹⁵⁵¹ Vid. SAP de Barcelona de 28 de septiembre de 2018 (JUR 2018\272103), que admite una reclamación edilicia contra un vendedor no profesional, que en 2014 vende una vivienda construida en 1.957, y que padece aluminosis.

¹⁵⁵² Dispone este precepto 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*”.

¹⁵⁵³ Vid. *supra* § II.C).1.

¹⁵⁵⁴ Vid. STS de 27 mayo de 1996 (RJ 1996\3920), sobre un edificio en el que unos radiadores de calefacción que habían de ser de hierro fundido, se instalaron de un material de inferior calidad (concretamente, de chapa de acero), lo cual se considera un incumplimiento de contrato al entregarse una cosa distinta de la pactada, *aliud pro alio*, de cuyo incumplimiento contractual solamente ha de responder la entidad promotora-constructora y luego vendedora de los diversos pisos y elementos del edificio, pero no los arquitectos, ni el aparejador.

¹⁵⁵⁵ STS de 17 de febrero de 1994 (RJ 1994/1621).

serían compatibles respecto a todo tipo de defectos¹⁵⁵⁶. Esta segunda línea está en consonancia con las orientaciones más modernas, como la contenida en la PMCC de 2005 en materia de contrato de compraventa, que propone sustituir el régimen de los vicios ocultos por el de falta de conformidad, y considera ésta como un incumplimiento del vendedor¹⁵⁵⁷; o con el tenor del artículo 1.190 de la PMCC de 2009 en materia de modernización de obligaciones y contratos, según el cual, se faculta al acreedor para reaccionar frente al incumplimiento con varias alternativas, como exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato, y, en todos los casos, con la posibilidad de exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos¹⁵⁵⁸. Por este motivo, la jurisprudencia admite la compatibilidad de estas acciones con las generales sobre incumplimiento contractual, cuyo plazo de prescripción es notoriamente más amplio¹⁵⁵⁹. De este modo, los remedios edilicios han sido postergados en el terreno que nos ocupa, bien acudiendo al expediente de considerarlos compatibles con las acciones generales sobre responsabilidad contractual, bien mediante la “inaprensible distinción” entre vicio oculto y *aliud pro alio*¹⁵⁶⁰.

E) Acciones derivadas del contrato de seguro

En el ámbito del proceso de edificación es posible que se concierten distintos tipos de contratos de seguro, como son los de daños materiales, de responsabilidad civil o de caución, de carácter voluntario u obligatorio. Las acciones que de ellos derivan podrán ser ejercitadas por el asegurado con arreglo al artículo 7 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro¹⁵⁶¹. Sin embargo, en este apartado abordaremos sólo los seguros que brindan protección al propietario del edificio frente a los defectos constructivos, que se regulan en el artículo 19 LOE¹⁵⁶².

1. Los seguros del artículo 19 LOE

Este precepto establece la necesidad de contratar un seguro de daños materiales o de caución para garantizar las responsabilidades decenal, trienal y anual, que el artículo 17.1 LOE establece, respectivamente, para los defectos estructurales,

¹⁵⁵⁶SSTS de 25 de febrero de 2010, FD 2º (RJ 2010\1406); 30 de junio de 1997, FD 3º (RJ 1997\5406); o 17 de julio de 1987, FD 2º (RJ 1987\5805); *vid.* CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, *op. cit.*, pp. 877 y 878; *vid.* SAP de Murcia de 28 de noviembre de 2017 (JUR 2018\29390).

¹⁵⁵⁷MILÁ RAFEL, R. *Promoción de viviendas...*, *op. cit.*, 73 a 76

¹⁵⁵⁸*Loc. cit.*

¹⁵⁵⁹*Vid.* RUBIO TORRANO, E., “Anulabilidad de compraventa...”, *op. cit.*, p. 4., que precisa que “*el vicio puede tratarse en sede judicial como la existencia de cargas o vicios ocultos en el bien (arts. 1483, 1484, 1486 CC), o como incumplimiento de lo debido por parte del vendedor (arts. 1024 y 1100 CC). Si bien en la confrontación entre las disciplinas del saneamiento y del incumplimiento, el criterio determinante de que el conflicto pueda ser enjuiciado como incumplimiento, es que la prestación real sea considerada distinta de la debida en el sentido de inhábil para la finalidad perseguida, no parece existir pauta alguna de preferencia entre los regímenes de la anulación por vicio del consentimiento, de una parte, y de otra, del incumplimiento o del saneamiento*”.

¹⁵⁶⁰PANTALEÓN, F., “Las nuevas bases...”, *op. cit.*, p. 1723.

¹⁵⁶¹BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

¹⁵⁶²El artículo 19.1 LOE ha sido redactado por el apartado uno de la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (BOE núm. 168, de 15 julio de 2015), con vigencia desde 1 enero 2016, y ha introducido la posibilidad de que esta garantía se formalice mediante seguro de daños materiales, de caución o mediante garantía financiera.

de habitabilidad y acabado¹⁵⁶³. En la actualidad sólo es obligatorio concertar el seguro decenal en caso de edificios cuyo destino principal sea el de vivienda, con la matizada excepción del autopromotor individual y de los supuestos de rehabilitación de edificios a los que no resulte de aplicación la LOE, según establece la DA 2ª de esta norma¹⁵⁶⁴. Además, el artículo 19 disciplina un contenido mínimo obligatorio para el seguro de daños materiales¹⁵⁶⁵ y de caución¹⁵⁶⁶ en sus apartados 2 y 3, respectivamente.

2. Capital y coberturas

Respecto del seguro de daños materiales y también respecto del de caución, el artículo 19.5.c) LOE establece que el capital asegurado de la garantía decenal será *“el 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales”*. A su vez, el artículo 19.9 regula las exclusiones de cobertura¹⁵⁶⁷, con arreglo a las cuales estas garantías únicamente amparan los daños materiales en el edificio, coincidiendo así con el ámbito de protección objetivo dispensado por el artículo 17 de la ley especial.

3. Régimen jurídico

Las acciones derivadas de estos contratos de seguro se regirán por lo pactado en la póliza, que no podrá contravenir, en perjuicio del asegurado, la regulación

¹⁵⁶³ Vid. VEIGA COPO, A.B., *Tratado del Contrato de Seguro*, 5ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2017, Parte Segunda, capítulo 12, § XI.

¹⁵⁶⁴ Así, la DA 2ª, apartado uno, de la LOE, en su redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, establece que *“la garantía contra 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. - No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión «inter vivos» dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión «inter vivos» sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma. - Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas, para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”*.

¹⁵⁶⁵ PACHECO JIMÉNEZ, Mª.N., *Los seguros en el proceso de edificación*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 416 a 432.

¹⁵⁶⁶ *Ibidem*, pp. 527 a 556.

¹⁵⁶⁷ El artículo 19.9 LOE excluye de cobertura los siguientes daños:

“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”.

obligatoria que se establece en el artículo 19 LOE y, en su defecto, en la LCS¹⁵⁶⁸. El asegurado que podrá ejercitar estas acciones será, de ordinario, el propietario del edificio, primero el promotor y después los sucesivos adquirentes. Cumple advertir, que es esta condición de propietario la que convierte al promotor en asegurado respecto de los seguros del artículo 19, por lo que, si pierde la propiedad del edificio, también perderá este carácter¹⁵⁶⁹, y será posible el ejercicio en su contra de las acciones que, por subrogación vía artículo 43 LCS, adquiera el asegurador para dirigirse contra el responsable de los daños¹⁵⁷⁰. La acción del asegurado es una acción contractual que éste podrá dirigir contra el asegurador, sujeta al plazo de prescripción de dos años del artículo 23 LCS, y que es compatible, evidentemente, con las acciones de la LOE y las demás de carácter contractual, por lo que el propietario del edificio puede reclamar el pago directo al asegurador y, alternativa o cumulativamente, a los agentes de la edificación. En caso de ejercicio conjunto contra todos ellos, aunque respondan por títulos distintos, el asegurador lo hará de forma solidaria en cuanto a los daños materiales en el edificio y con el límite del capital asegurado¹⁵⁷¹.

F) Excepción de contrato no cumplido

A continuación, analizamos un medio de defensa característico del demandado, como es la excepción de incumplimiento de contrato. En estos supuestos, el propietario perjudicado por los vicios constructivos no será quien adopte la iniciativa procesal, sino que habrá sido su contraparte contractual quien le habrá demandado, generalmente en reclamación del pago del precio pactado en el contrato de compraventa o de obra. Esta excepción, en caso de defectos de cierta entidad, permitirá al titular del edificio negarse de forma provisional al pago de dicho precio mientras los defectos constructivos no hayan sido subsanados.

1. Fundamentación jurídica

Esta excepción no se halla expresamente regulada en nuestro Derecho, por lo que se considera de creación jurisprudencial¹⁵⁷², aunque puede inferirse de algunos preceptos del Código Civil, como son los artículos 1.100, *in fine*, 1.124 y 1.308. Su fundamento reside en la regla de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas¹⁵⁷³. DÍEZ-PICAZO¹⁵⁷⁴ destaca que la nota característica de las

¹⁵⁶⁸ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 457 a 467

¹⁵⁶⁹ SAP de Madrid de 7 de julio de 2014 (JUR 2014\235986).

¹⁵⁷⁰ En este sentido CARRASCO PERERA, A., "Capítulo 22. Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción", en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p.465; y ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 909 y 910, que matiza lo anterior será así, salvo que la aseguradora excluya en la póliza el recurso contra el promotor.

¹⁵⁷¹ CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidad civil...", *op. cit.*, p. 398.

¹⁵⁷² Vid. SSTS 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388), 27 de enero de 1992 (RJ 1992\265) u 8 de junio de 1996 (RJ 1996\4831).

¹⁵⁷³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 105 y 106; LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 192; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a.A., "La resolución por incumplimiento en las obligaciones...", *op. cit.*, pp. 446 a 458.

¹⁵⁷⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp. 432 y 433.

obligaciones sinalagmáticas se encuentra en la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación, de manera que cada uno de ellos, en relación con el otro, funciona como contravalor o contraprestación. Esta interdependencia se plasma en el desarrollo de la relación obligatoria como sinalagma funcional, y se proyecta sobre aquellos supuestos en los que se produce un escenario de incumplimiento, mediante la acción resolutoria del artículo 1.124 CC, y mediante la posibilidad de oponer la excepción de contrato no cumplido —*exceptio non adimpleti contractus*— o de contrato no cumplido adecuadamente —*exceptio non rite adimpleti contractus*—. El artículo 1.191 PMCC regula la suspensión total o parcial del cumplimiento de la obligación, en caso de incumplimiento de la otra parte, reconociendo la doctrina de la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*¹⁵⁷⁵. Distinta de esta excepción, pero con un fundamento similar, sería la posibilidad del comprador de suspender su prestación, es decir, el pago del precio, cuando haya sido perturbado en el dominio o posesión de la cosa adquirida, o tenga fundado temor de serlo por una acción hipotecaria o reivindicatoria en los términos previstos por el artículo 1.503 CC¹⁵⁷⁶.

2. Efectos

Mediante esta excepción se puede proceder a articular una negativa provisional al cumplimiento mientras que el actor no cumpla con la obligación que, a su vez, le corresponde. La negativa es provisional en cuanto que, aunque su oposición pueda dar lugar a una desestimación íntegra de la demanda, su ejercicio no origina la extinción del crédito invocado de contrario, sino que sólo lo neutraliza temporalmente mientras el demandante no cumpla u ofrezca el cumplimiento de lo que le incumbe¹⁵⁷⁷.

3. El régimen especial de la *exceptio non rite adimpleti contractus*

La excepción que nos ocupa presenta una segunda versión en los supuestos en los que la prestación se ha cumplido de forma parcial o defectuosa. Se trata de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente o *exceptio non rite adimpleti contractus*. Esta modalidad de la excepción requiere que el incumplimiento parcial o defectuoso sea de cierta entidad o trascendencia, de modo que no puede oponerse ante aquellos que sean insignificantes, pues, como señala TRAVIESAS¹⁵⁷⁸, ello pugnaría con la buena fe¹⁵⁷⁹. De este modo, es el actor el que debe probar la correcta

¹⁵⁷⁵GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato...”, *op. cit.*, p 48.

¹⁵⁷⁶Cfr. TUR FAÚNDEZ, M^a.N., *Del saneamiento...*, *op. cit.*, pp. 75 a 78.

¹⁵⁷⁷Vid. RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., “Deudas nacidas de la misma relación jurídica: ¿compensación o excepción de contrato no cumplido?”, *Diario La Ley*, núm. 8277, 24 de marzo de 2014, p. 4; vid. SAP de Cantabria de 13 de julio 2015 (JUR 2016\34055), la alegación por el demandado de defectos en la ejecución de la obra se instrumenta procesalmente mediante la oposición de la excepción de contrato defectuosamente cumplido, sin que lo anterior suponga una compensación, de modo que la reconvenición sólo es necesaria si el importe de los defectos supera al precio reclamado por el contratista y el dueño de la obra pretende la devolución de cantidades.

¹⁵⁷⁸Vid. TRAVIESAS, M.M., “Obligaciones recíprocas”, *RDP*, 1929, p. 332.

¹⁵⁷⁹Así, la STS de 22 de julio de 2008 (RJ 2008\4617), indica que “(...) *el incumplimiento parcial exige valorar más pormenorizadamente en la instancia su entidad y repercusión en la economía del contrato, ya que 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, por lo que es claro que no puede ser alegada cuando lo mal 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 (...)*”.

ejecución de su prestación, incumbiendo al demandado acreditar que aquella se ha cumplido de forma defectuosa o parcial¹⁵⁸⁰, pudiendo producirse, en su caso, una compensación¹⁵⁸¹ entre el valor económico de las partidas pendientes de ejecutar y el precio debido por el comitente¹⁵⁸².

4. Su funcionalidad en materia de defectos constructivos

En este ámbito será posible oponer las dos modalidades de la excepción mencionada. Su invocación en la modalidad de contrato no cumplido, requiere, aparte del supuesto de inejecución del edificio, un incumplimiento sustancial¹⁵⁸³ que frustre el fin del contrato¹⁵⁸⁴ por existir defectos generalizados, que no puedan arreglarse o que sean de difícil solución¹⁵⁸⁵, o una ejecución de obra incorrecta e inútil¹⁵⁸⁶. En el caso de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente, será necesaria la existencia de defectos constructivos de cierta entidad. Así, para que su oposición prospere, se requiere que los defectos constructivos originen una inhabilidad del objeto con la consiguiente insatisfacción del comprador¹⁵⁸⁷; o que el montante de los defectos sea superior al importe de la reclamación del actor o de la suficiente entidad para justificar la falta de cumplimiento del demandado¹⁵⁸⁸ o, al menos, que justifique la reducción del importe reclamado¹⁵⁸⁹. Esta excepción puede también oponerse frente a defectos constructivos en la dimensión contractual de este concepto. Así, la STS de 22 de noviembre de 2012¹⁵⁹⁰, considera como objeto inhábil, *aliud pro alio*, una vivienda en la playa, en la que la altura de las ventanas limitaba las vistas, por lo que estima justificada la oposición por el comprador de la *exceptio non adimpleti contractus* frente a la reclamación de pago del vendedor¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁰ORTEGA DOMENECH, J., *El contrato de obra en la jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2007, pp. 98 a 107. Vid. STS 28 de octubre de 1994 (RJ 1994\7999).

¹⁵⁸¹Vid. SAP de Cantabria de 13 de julio 2015 (JUR 2016\34055), que precisa que no se trata de que se oponga la excepción de compensación de un crédito a favor del dueño de la obra, sino de que el crédito del contratista se reduce en proporción a los defectos existentes.

¹⁵⁸²Vid. SAP de Zaragoza de 7 de febrero de 2018 (JUR 2018\81742).

¹⁵⁸³Vid. SAP de Zamora de 31 de julio de 2018 (JUR\2018\245008), que aplica la excepción de contrato no cumplido por la existencia de deficiencias comprometen la estabilidad, seguridad y habitabilidad de la construcción, y admite la resolución del contrato en base a tales defectos, confirmando la compatibilidad de las acciones contractuales con las acciones de la LOE.

¹⁵⁸⁴ORTEGA DOMENECH, J., *El contrato de obra...*, *op. cit.*, p. 107 a 112.

¹⁵⁸⁵Vid. SAP de Islas Baleares de 26 de enero de 1995 (AC 1995\103)

¹⁵⁸⁶Vid. SAP Barcelona de 25 de enero de 2018 (AC 2018\160)

¹⁵⁸⁷STS 25 de marzo de 2004 (RJ 2004\1713).

¹⁵⁸⁸STS 10 de febrero de 1987 (RJ 1987\703), sobre un proyecto defectuoso realizado por un arquitecto; *vid.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a.A., "La resolución por incumplimiento en las obligaciones...", *op. cit.*, pp. 453 y 454.

¹⁵⁸⁹SAP de Valencia de 16 de mayo de 2018 (JUR 2018\154926).

¹⁵⁹⁰RJ 2012\10438.

¹⁵⁹¹En sentido similar, aunque respecto a una acción resolutoria la STS de 12 de julio de 2011 (RJ 2011\7372).

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LOS DEFECTOS CONSTRUCTIVOS

I. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE LA LOE

En materia de responsabilidad civil el criterio tradicional para la distribución de riesgos ha sido el principio de imputación culpable, con arreglo al cual se ha dado respuesta a la necesidad de decidir qué patrimonio debía soportar un daño determinado. De este modo, se ha considerado que tenía que asumirlo quien se condujo de forma negligente, por muy leve que fuera su culpa. Si no la hubo, el daño lo debe soportar el perjudicado, en virtud del principio del “riesgo general de la vida”¹⁵⁹². Sin embargo, la multiplicación de riesgos y daños derivada del desarrollo tecnológico, la proliferación de mecanismos en orden a proceder a su redistribución y socialización y un cambio en la conciencia social, han originado una evolución de este concepto de imputación culpable. Por este motivo, hoy en día, el elemento crítico para determinar qué patrimonio debe soportar un daño, no es únicamente el hecho de si el dañante se condujo de forma negligente, sino que también habrá que ponderar si existe una razón que justifique que sea la víctima quien lo asuma, lo cual lleva a analizar la posición de los sujetos en cada concreta situación de riesgo. Las anteriores consideraciones, junto a la revisión del elemento causal, llevan a afirmar que el único presupuesto de la responsabilidad civil es la mera existencia de un daño y su atribución a un sujeto en virtud de un determinado título de imputación, el cual vendrá establecido por el ordenamiento jurídico en base a diferentes criterios, como la existencia de dolo o culpa, el ejercicio de actividades de riesgo, la titularidad de bienes determinados, o la producción del daño en un concreto ámbito, entre otros¹⁵⁹³.

A) Referencia previa al nexo causal

Presupuesto previo de la imputación de responsabilidad es el establecimiento del nexo causal entre una actuación y un daño, sin el cual aquella no puede existir. En nuestra jurisprudencia¹⁵⁹⁴ este nexo se establece fundamentalmente a través de la doctrina de la causalidad adecuada o causa eficiente, basada en el juicio de probabilidad¹⁵⁹⁵, con arreglo a la cual, del conjunto de antecedentes de un determinado resultado, sólo cabe considerar como causa en sentido jurídico aquellos de los que quepa esperar, *a priori* y según criterios de razonable seguridad o verosimilitud estadística, la producción de un resultado¹⁵⁹⁶. Esta teoría constituye la dimensión jurídica de la relación causal, como superación de la teoría de la equivalencia de las condiciones basada en la causalidad de hecho —*condicio sine*

¹⁵⁹² Vid. REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, actualizado por F. Peña López, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 71.

¹⁵⁹³ *Ibidem*, p. 74.

¹⁵⁹⁴ STS 9 de octubre de 1999 (RJ 1999\7245).

¹⁵⁹⁵ Vid. PANTALEÓN, F., “Comentario al artículo 1902...”, *op. cit.*, pp. 1981 a 1983.

¹⁵⁹⁶ Vid. REGLERO CAMPOS, L.F., “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, actualizado por L. Medina Alcoz, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 780 a 784.

qua non o *cause in fact*¹⁵⁹⁷—, en cuanto que, jurídicamente, no todas las condiciones tienen la misma relevancia¹⁵⁹⁸. En este ámbito, PANTALEÓN¹⁵⁹⁹ establece una aportación fundamental en nuestro Derecho, incidiendo sobre la diferencia entre la causalidad física y la jurídica o imputación objetiva (*proximate causation*), que determina si un resultado lesivo ligado a una conducta, puede ser “puesto a cargo” de ésta como “obra” de su autor, de acuerdo con los criterios jurídicos de aplicación¹⁶⁰⁰. Es decir, la diferencia entre lo que en el *Common Law* se conoce como *causation in fact* y la *causation in law, legal causation* o *remoteness of damage*, y a lo que la doctrina alemana alude como *Objektive Zurechnung*¹⁶⁰¹. En consecuencia, junto al criterio de la causalidad adecuada han de considerarse otros criterios de imputación objetiva, como son el del riesgo general de la vida, el de la prohibición de regreso, el de provocación, el del incremento del riesgo¹⁶⁰² o el del fin de la protección de la norma que fundamenta la responsabilidad¹⁶⁰³, de forma que habrá que atender a la imputación objetiva razonable¹⁶⁰⁴, que integra una *quaestio iuris* que va más allá de la mera constatación física de los hechos. Este planteamiento permite discernir entre la causalidad sometida a las leyes físicas y la imputación objetiva¹⁶⁰⁵, en cuanto que causalidad jurídica en orden a la atribución de las consecuencias de un resultado a una determinada conducta con base en una relación normativa¹⁶⁰⁶. Sin embargo, en el sistema general de responsabilidad civil adicionalmente se requiere una imputación

¹⁵⁹⁷ Vid. GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 105 a 110.

¹⁵⁹⁸ Vid. MARÍN FERNÁNDEZ, A., “La carga de la prueba de la relación de causalidad”, en *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Ponencias XVII Congreso nacional*, coordinado por J. López y García de la Serrana y S. Sucunza Toticagüena, Sepin, Las Rozas (Madrid), 2017, p. 41, que destaca como en el *Common Law* la *cause in fact* también se matiza en sentido similar, para descartar las causas más remotas con una serie de doctrinas como la *proximate causation, remoteness test, foresight test, harm-within-the-risk test, entre otras*.

¹⁵⁹⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, APDC, Madrid, 1990, pp. 1561 y 1.562.

¹⁶⁰⁰ REGLERO CAMPOS, L.F., “El nexo causal...”, *op. cit.*, p. 807, que pone de relieve como esta causalidad puede establecerse también respecto de conductas omisivas, cuando sobre un sujeto pesa un deber de seguridad o garantía.

¹⁶⁰¹ Vid. SALVADOR CODERCH, P. y TERRA IBÁÑEZ, A., “Imputación objetiva”, en *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 2ª ed., dirigido por P. Salvador Coderch, InDret, Barcelona, 2013, p. 143. Estos autores precisan que “los juristas (...) siempre han tratado de acotar o limitar, con criterios normativos, la ciega extensión de la causalidad”, pues “el efecto ha de ser previsible para quien ha de cargar con sus consecuencias y no ha de ser tan remoto que acabemos en un mundo en el cual todos pueden ser condenados por cualquier acontecimiento desagradable o terrible, pues al fin y al cabo todos somos parte de ese todo y nada habría ocurrido en el vacío”.

¹⁶⁰² Vid. PEÑA LÓPEZ, F., “Inexistencia de responsabilidad cuando se pruebe que el daño se hubiera producido igualmente con un comportamiento correcto (el argumento de la «conducta alternativa lícita»)”, *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, dirigido por M.J. Herrador Guardia, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, p. 169, que precisa que la conducta alternativa lícita constituye una versión del criterio del incremento del riesgo.

¹⁶⁰³ PANTALEÓN, F., “Comentario al artículo 1902...”, *op. cit.*, pp. 1981 a 1983.

¹⁶⁰⁴ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., “La responsabilidad civil y la llamada imputación objetiva razonable”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Editum, Murcia, 2011, pp. 381 a 394.

¹⁶⁰⁵ Vid. STS de 24 de febrero de 2017 (RJ 2017\826), en la que el Tribunal Supremo asume la doctrina de la imputación objetiva o causalidad jurídica, como superación de la doctrina de la causalidad adecuada; *vid.* MARÍN CASTÁN, F., “Jurisprudencia consolidada...”, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

¹⁶⁰⁶ GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y derecho de daños, los límites de la responsabilidad colectiva*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 313 y 314.

subjetiva fundamentada en la existencia de culpa¹⁶⁰⁷. De este modo, cuando se prescinde de ella y se establece una responsabilidad sin culpa, la imputación objetiva derivada del nexo causal se erige en fundamento de la responsabilidad¹⁶⁰⁸. Incluso cabría hablar de la existencia de responsabilidad sin imputación causal en su acepción clásica, en los supuestos de presunción de autoría, como cuando el autor indeterminado de un daño pertenece a un grupo de personas en el supuesto del artículo 33.5 *in fine* de la Ley de Caza¹⁶⁰⁹, si bien, técnicamente la imputación se estructura en estos casos en base a la participación en una actividad de riesgo-daño¹⁶¹⁰. En definitiva, la responsabilidad objetiva prescinde de la culpa, pero exige la existencia de una conexión causal entre el hecho del agente y el daño producido. A diferencia de lo anterior, la responsabilidad absoluta prescinde también de aquel nexo¹⁶¹¹. En cualquier caso, la evolución del Derecho de daños y el papel secundario de la culpa, han derivado en una simplificación de este problema, pues, aunque la relación de causalidad debe probarla el perjudicado, sin que sean admisibles meras conjeturas o la invocación de la teoría del riesgo o la existencia de una responsabilidad objetiva, en la práctica este problema se atenúa en determinados casos. Así sucede en las actividades empresariales o profesionales, cuando pueda ser especialmente costoso para la víctima acreditar la relación causal, por la complejidad de los procesos en ciertas actuaciones científicas o tecnológicas o por las dificultades de acceder a los medios de prueba¹⁶¹². Por estos motivos, en estos sectores es suficiente probar con una razonable probabilidad su existencia, pudiendo hablarse de presunción de nexo causal cuando se dé una probabilidad cualificada sobre el origen del daño, como ocurre en la responsabilidad médica con la doctrina del daño desproporcionado¹⁶¹³, o en la derivada de la construcción en los términos que a continuación abordamos.

¹⁶⁰⁷ REGLERO CAMPOS, L.F., “El nexo causal...”, *op. cit.*, pp. 811 y 812.

¹⁶⁰⁸ *Ibidem*, pp. 814 y 815. *Vid.* SALVADOR CODERCH, P., y FERNÁNDEZ PRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, 3ª ed., *InDret*, núm. 329, 2006, pp. 19 y 20, que indican que “*en el derecho español, el artículo 1902 CC delimita el círculo de responsables entre todos los posibles causantes mediante los criterios de culpa o negligencia (negligence liability rule). Por tanto, bajo una regla de responsabilidad por negligencia la imputación de daños al demandado pasa por tres filtros: causalidad de hecho, causalidad adecuada y negligencia (o dolo). Pero no se ha prestado demasiada atención al hecho de que los dos primeros son comunes tanto a la responsabilidad por negligencia como a la responsabilidad objetiva (strict liability rule) y que, por lo tanto, esta última no puede definirse como una pura responsabilidad causal, pues deberá pasar también por criterios normativos de imputación objetiva*”. Por lo anterior, concluyen estos autores que esto significa que la distinción entre responsabilidad objetiva y la negligencia no es polar, pues las reglas de ambos sistemas comparten el filtro común de la causalidad adecuada.

¹⁶⁰⁹ Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza (BOE núm. 82, de 6 de abril de 1979).

¹⁶¹⁰ *Vid.* REGLERO CAMPOS, L.F., “El nexo causal...”, *op. cit.*, pp. 817 y 818.

¹⁶¹¹ RUBÍ PUIG, A., “Responsabilidad Objetiva”, en *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, dirigido por P. Salvador Coderch, 2ª ed., *InDret*, Barcelona, 2013, p. 163.

¹⁶¹² REGLERO CAMPOS, L.F., “El nexo causal...”, *op. cit.*, pp. 819 y 820.

¹⁶¹³ XIOL RÍOS, J.A., “Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños. Fallecimiento prematuro de la víctima y colisión múltiple en accidentes de circulación”, en *Derecho de daños 2013*, coordinado por M.J. Herrador Guardia, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 32, indica que, partiendo del principio de responsabilidad por culpa, en los actos médicos se considera la doctrina del daño desproporcionado más que como un supuesto de responsabilidad objetiva, como un elemento que acredita la culpa o negligencia si el agente que dispone el control de la situación y obligado por el principio de facilidad probatoria no aporta una justificación razonable del daño causado y de su producción.

B) La imputación de responsabilidad en el régimen precedente

La imputación de responsabilidad en la aplicación del artículo 1.591 CC, desembocó en la instauración de una presunción *iuris tantum* de culpa a cargo de los agentes de la edificación, vinculada a un régimen de inversión en la carga de la prueba¹⁶¹⁴. Era un sistema basado en una responsabilidad por culpa profesional presunta, que SCAEVOLA¹⁶¹⁵ remite a la máxima del Digesto *quod imperitia peccavit, culpam esse*. Ambas circunstancias derivaron en un sistema de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva¹⁶¹⁶, pues, aunque formalmente no pueda denominarse así, su desarrollo dio lugar a una presunción de culpa que operaba a la vez como presunción de causalidad¹⁶¹⁷. Lo anterior tuvo como corolario el establecimiento de una imputación de responsabilidad casi automática¹⁶¹⁸. ESTRUCH ESTRUCH¹⁶¹⁹ pone de relieve que la jurisprudencia objetivó el sistema de culpa profesional presunta, haciendo responsables a los agentes constructivos salvo que concurran determinadas causas de exoneración, como la fuerza mayor o el acto de un tercero, y aunque aquellos prueben que actuaron correctamente desde el punto de vista técnico. Este entendimiento de los hechos se inscribe en la misma tendencia de tutelar los intereses de los adquirentes de vivienda, que caracteriza a la jurisprudencia que gravita en torno el artículo 1.591 CC¹⁶²⁰. De este modo, la exigencia de responsabilidad con base en este precepto sólo requiere acreditar la existencia de una situación de ruina, acaecida dentro del plazo de garantía decenal, y su vinculación al proceso constructivo¹⁶²¹. Es decir, la existencia de un daño material producido dentro un determinado plazo temporal y su nexo causal con la actividad constructiva¹⁶²². Probado lo anterior, opera

¹⁶¹⁴Prueba evidente de la evolución que ha sufrido este precepto desde mediados del siglo XX puede apreciarse en MANRESA Y NAVARRO, J.M., “Comentario a los artículos 1.589, 1.590 y 1.591 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo X, Volumen 2º, revisada por J.M. Bloch, 6ª ed., Reus, Madrid, 1969, p. 711, que indica que el mismo “no establece una presunción de culpa contra el contratista ni contra el arquitecto, por el mero hecho de que el edificio se arruine dentro del plazo durante el cual éstos son responsables, de modo que incumbe al dueño de la obra probar que el edificio se ha arruinado por vicio del suelo o de la dirección”, doctrina ampliamente superada.

¹⁶¹⁵Vid. SCAEVOLA, Q.M., *Código Civil*, Tomo XXIV, Parte 2ª, revisado por L. Rodríguez Arias, 2ª ed., Reus, Madrid, 1951, p. 94.

¹⁶¹⁶SSTS de 15 de marzo de 2001 (RJ 2001\3195), 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002\235); u 8 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9833). La segunda de ellas califica directamente la responsabilidad como objetiva indicando que “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. Tal responsabilidad se imputa a la persona que haya intervenido, con nexo causal, en la producción de la ruina y si no puede determinarse el nexo concreto en el que participa cada uno, la responsabilidad es solidaria, de todos”.

¹⁶¹⁷GÓMEZ DE LA ESCALERA, R.C., *La responsabilidad civil...*, op. cit., p.134.

¹⁶¹⁸Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 189 y 190.

¹⁶¹⁹ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 248 a 254.

¹⁶²⁰SSTS de 7 de junio de 2011 (RJ 2011\4391) o 17 de febrero de 1982 (RJ 1982, 743).

¹⁶²¹Vid. HERRANZ ORTIZ, A.I., “La configuración jurisprudencial de la responsabilidad por vicios de la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 343 y 344; vid. STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9603). Como precisa esta última sentencia, esta responsabilidad por riesgo responde a las máximas *ibi emolumentum ubi onus* o *cuis commoda e ius incommoda*.

¹⁶²²La STS de 2 de junio de 2005 (RJ 2005\5308), dictada en relación al artículo 1591 CC, establece que “la responsabilidad por defectos constructivos es objetiva pura y durísima. 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

la presunción *iuris tantum* de culpa de los agentes de la edificación¹⁶²³, de forma que se invierte la carga de la prueba, siendo éstos los que deben demostrar una actuación diligente que determine su irresponsabilidad en los defectos constructivos¹⁶²⁴. Además de lo anterior, el rigor en la apreciación del canon de diligencia profesional, determina en la praxis que, aunque no se prescindiera de la culpa, el resultado sea muy próximo al derivado de una responsabilidad de carácter objetivo¹⁶²⁵. Esa conexión entre responsabilidad decenal y plazo de garantía, lleva a la doctrina a considerar que, además de la presunción de culpa desencadenante de una responsabilidad objetivada, existe una presunción de nexo causal¹⁶²⁶, en tanto que, si los daños surgen dentro del aquel plazo deben conectarse con la actuación de profesionales constructivos, como manifestación del principio *res ipsa loquitur*¹⁶²⁷. De este modo, sólo se ha de probar el daño y la intervención de los agentes en la edificación dañada, por lo que, más que una inversión de la carga de la prueba, se produce una atribución legal de responsabilidad¹⁶²⁸. Como consecuencia de lo expuesto, es muy difícil que el profesional constructivo pueda soslayar su responsabilidad, pues el cumplimiento de la *lex artis*, su especialización técnica y la acentuada diligencia exigible, de ordinario serán obstáculos insalvables para eludirla¹⁶²⁹. En cualquier caso, no puede olvidarse que establecer otro régimen, hubiera supuesto imponer sobre el perjudicado la carga de una *probatio diabolica*¹⁶³⁰.

C) La imputación de responsabilidad en la LOE

El artículo 17.8 LOE establece una responsabilidad a cargo de los agentes de la edificación, cuando se producen determinados daños materiales en el edificio, derivados de vicios o defectos constructivos y dentro de unos concretos plazos de garantía. En este escenario, sólo se permite a aquéllos eludirla, si prueban que esos daños fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o del propio perjudicado, en cuanto estos hechos suponen una ruptura del nexo de causalidad. Adicionalmente, el sistema de imputación se vertebra en base al principio de responsabilidad individual del apartado 2, a la solidaridad en garantía del promotor del apartado 3, *in fine*, a la solidaridad subsidiaria por causa ignota del apartado 3, *ab*

darse el nexo causal, siempre que el vicio se dé en el plazo de garantía, que es un plazo de caducidad. Una vez producida la ruina en este plazo, comienza el plazo de prescripción general de quince años para las acciones personales”.

¹⁶²³Vid. MEDINA CRESPO, M., *Los daños recíprocos sin culpas probadas en la responsabilidad civil automovilística*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 149 a 153, que alude al sistema de inversión de la carga de la prueba en la culpa como subjetividad objetivada (atenuada), en cuanto que se trata de una responsabilidad cuasi-objetiva, y que cita a los hermanos MAZEAUD indicando “*que la culpa es necesaria pero no es preciso que la víctima demuestre su presencia*”.

¹⁶²⁴Vid. SSTS de 28 de abril de 2008 (RJ 2008\2.681) o 16 de julio de 2009 (RJ 2009\6472). Esta última pone de manifiesto 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*”.

¹⁶²⁵Cfr. HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 182 y 183.

¹⁶²⁶GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 99 y 100; en el mismo sentido cfr. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “La responsabilidad decenal del artículo 1.591 CC”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 7 a 10.

¹⁶²⁷Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La responsabilidad civil por vicios...”, *op. cit.*, pp. 424.

¹⁶²⁸Vid. DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho de la Construcción*, 4^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 91.

¹⁶²⁹Sobre la diligencia exigible, *vid.* SAP Madrid de 23 de marzo de 2010 (RJ 2010\234433).

¹⁶³⁰ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Concepto de ruina...”, *op. cit.*, 7, pp. 1332 a 1662.

initio, y a los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno que se desgranar en los apartados 5 a 7. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO¹⁶³¹ indican a este respecto que la LOE establece un triple criterio de atribución de responsabilidad, en cuanto se responde por hecho propio ex artículo 17.2; por hecho ajeno ex artículo 17.5, 6 y 7; y por hecho desconocido ex artículo 17.3, *ab initio*.

1. Naturaleza de la responsabilidad

a) Responsabilidad cuasi-objetiva

Cumple destacar, que en la primera etapa del Derecho Romano imperaba el principio de responsabilidad objetiva, que hacía responder a quien causaba un daño que el dañado no estaba obligado a soportar, sin importar la negligencia o intencionalidad del dañante. Sólo es en una etapa posterior, con el Derecho Romano clásico, cuando se produce la evolución hacia un sistema de responsabilidad subjetivo basado en la culpa¹⁶³². En nuestro ordenamiento, sin embargo, se ha producido una evolución inversa, desde un sistema subjetivo basado en la culpa hacia la admisión de determinadas fórmulas de responsabilidad objetiva, vinculadas a actividades de riesgo. PUIG BRUTAU¹⁶³³ resume esta evolución con dos máximas. Según la primera, que establece la regla general, “no hay responsabilidad sin culpa”; según la segunda, “no hay daño derivado de un riesgo previsto sin justa indemnización”. En el ámbito que nos ocupa, MARTÍNEZ ESCRIBANO¹⁶³⁴, en línea con la jurisprudencia que interpreta el artículo 1.591 CC, indica que la LOE instaura una responsabilidad que se puede calificar como objetiva u objetivada, en cuanto será exigida a los agentes de la edificación salvo que acrediten las circunstancias del artículo 17.8¹⁶³⁵. Señala GONZÁLEZ POVEDA¹⁶³⁶, que la propia redacción del artículo 17 evidencia esa tendencia objetivadora de la responsabilidad. Para ALBALADEJO¹⁶³⁷, se trata de un sistema de responsabilidad subjetivo, aunque objetivado por la inversión de la carga de la prueba. ESTRUCH ESTRUCH afirma que la LOE ha positivado el régimen de culpa profesional que la jurisprudencia había objetivado en la aplicación del artículo 1.591¹⁶³⁸. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO¹⁶³⁹ entienden que se trata de un sistema de inversión de la carga de la prueba, de manera que el perjudicado sólo tiene que probar que el daño está vinculado al proceso constructivo, y que se ha producido dentro del plazo de garantía. LLEDÓ YAGÜE¹⁶⁴⁰ alude igualmente a la inversión de la carga de la prueba como uno de los

¹⁶³¹CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 427.

¹⁶³²Vid. BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad del arquitecto...*, op. cit., pp. 99 y 100; PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, p. 12.

¹⁶³³Vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen III, *Enriquecimiento injusto, responsabilidad extracontractual, derecho a la intimidad*, Bosch, Barcelona, 1983 pp. 137 a 142.

¹⁶³⁴MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 190.

¹⁶³⁵SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, op. cit., pp. 218 y 219 Vid. STS de 7 de junio de 2011 (RJ 2011\4391).

¹⁶³⁶Vid. GONZÁLEZ POVEDA, P., “Responsabilidades...”, op. cit., p. 332.

¹⁶³⁷ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, op. cit., p. 755.

¹⁶³⁸ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 248 a 254.

¹⁶³⁹CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 427.

¹⁶⁴⁰Vid. LLEDÓ YAGÜE, F., “Algunas reflexiones urgentes en la Ley de Ordenación de la Edificación: Notas aclaratorias en la protección del consumidor de inmuebles”, en *La protección del consumidor de*

aspectos trascendentes en la LOE, que determina que el perjudicado sólo deba probar la existencia de los defectos constructivos y su producción dentro de los plazos de garantía. FEMENÍA LÓPEZ¹⁶⁴¹ considera que la LOE utiliza un criterio de imputación objetiva y no la culpa del agente como fundamento de la responsabilidad, como lo demuestra el hecho de que el artículo 17.8 no incluya como causa de exoneración la prueba de la diligencia debida. Por su parte, HERRANZ ORTIZ¹⁶⁴² entiende que la norma sigue una tendencia hacia la objetivación, partiendo de la base de una presunción *iuris tantum* de culpa del profesional encargado de la obra. En cualquier caso, se produce una atenuación del criterio de culpa tradicional en favor de criterios objetivos, pues, pese a que el principio general sea el de la responsabilidad por culpa, la diligencia requerida a los profesionales de la construcción comprende no sólo las prevenciones reglamentarias, sino todas las que la prudencia imponga para prevenir el daño. Se incorpora así el criterio de la previsibilidad en cuanto deber de prevenir el daño previsible¹⁶⁴³, que se enmarca en la doctrina de la culpa objetiva o de creación de riesgo (*absolute liability* o *strict liability*¹⁶⁴⁴). RUIZ-RICO RUIZ¹⁶⁴⁵ destaca como la LOE prescinde de la culpa y permite condenar al agente aunque pruebe que empleó la diligencia máxima, al tiempo que resalta que el perjudicado no debe probar el nexo causal, al operar una presunción de causalidad dentro de los plazos de garantía. ORTI VALLEJO¹⁶⁴⁶ destaca que lo decisivo es el carácter originario del defecto constructivo, de forma que, cumpliéndose lo anterior, los agentes responden incluso del caso fortuito, por lo que limita su eficacia a sucesos dañosos que no tengan su origen en hechos anteriores a la recepción. HERBOSA MARTÍNEZ¹⁶⁴⁷ considera que la LOE establece claramente una imputación de carácter objetivo, en cuanto que la exoneración solo se produce si los agentes acreditan determinadas circunstancias, no bastando la prueba de que obraron con la diligencia debida, pues se prescinde de la culpa. Del modo expuesto, el régimen de la LOE profundiza en la tendencia objetivadora que caracteriza a la jurisprudencia que interpreta el artículo 1.591 CC, prescindiendo de la culpa e instituyendo unas tasadas causas de exoneración de responsabilidad, por lo que se puede afirmar que esta norma supone una superación del principio de culpa, en cuanto que no cabe eludir aquella responsabilidad acreditando el cumplimiento de la *lex artis*¹⁶⁴⁸.

inmuebles, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, p. 27.

¹⁶⁴¹FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 201 a 203. En el mismo sentido BLANCO, J., "La responsabilidad civil de los agentes de la edificación en la Ley 28/1999, de 5 de noviembre", en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, p. 264.

¹⁶⁴²Vid. HERRANZ ORTIZ, A. I., "La configuración...", *op. cit.*, p. 327.

¹⁶⁴³Vid. GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 112 y 114,

¹⁶⁴⁴*Ibidem*, p. 115.

¹⁶⁴⁵Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., GÁLVEZ CRIADO, A. y ARIAS DÍAZ, M^a.D., "La responsabilidad por vicios o defectos constructivos en la LOE: sus caracteres básicos", en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, p. 106.

¹⁶⁴⁶ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 781 a 783.

¹⁶⁴⁷Cfr. HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 182 a 189. Esta autora habla de la existencia de una presunción *iure et de iure* de culpa, *cfr.* p. 189.

¹⁶⁴⁸Vid. VARGAS BENJUMEA, I., "La responsabilidad del promotor en el proceso de la edificación", *El Consultor Inmobiliario*, núm. 76, p. 25.

b) Fundamento

Del modo expuesto, la LOE se inscribe en el campo de la responsabilidad objetiva por riesgo, siguiendo la línea marcada por la interpretación jurisprudencial del artículo 1.591 CC, pues determina no sólo una presunción de responsabilidad, sino una imputación profesional por concurrir el nexo causal dentro del plazo de garantía¹⁶⁴⁹ que prescinde de la culpa. Esta responsabilidad cuasi-objetiva se justifica por la intervención del agente constructivo en el mercado inmobiliario, con la finalidad de obtener un beneficio mediante una actividad de riesgo; por el interés público que representa la calidad en la edificación; o por la dificultad que para los propietarios supondría probar la culpa profesional.

c) La especial responsabilidad del promotor

La responsabilidad del promotor es la clave de bóveda sobre la que descansa el régimen de la LOE. El mismo responde con arreglo a un triple criterio de responsabilidad: por hecho propio, por hecho ajeno y por hecho desconocido¹⁶⁵⁰. Por este motivo, esta responsabilidad cuasi-objetiva es más acusada en el promotor que en el resto de los agentes de la edificación, pues aquél responde solidariamente “en todo caso”¹⁶⁵¹, incluso aunque se puedan individualizar las responsabilidades de otros agentes de la edificación, debido a su condición de garante respecto de la actuación de los intervinientes en el proceso constructivo¹⁶⁵², incluso sin haber tenido intervención causal en los daños.

d) Carácter imperativo

Dado el interés público que persigue la LOE, en cuanto norma destinada a promover la seguridad y la calidad de la edificación, no será posible alterar mediante pactos o cláusulas determinadas el régimen de imputación y las causas de exoneración que se recogen en el artículo 17.8¹⁶⁵³, ni reducir los plazos de garantía, ni, en general, limitar la responsabilidad por defectos constructivos¹⁶⁵⁴. Así lo estableció la jurisprudencia dictada en torno al artículo 1.591 CC, que declaró la nulidad de las cláusulas sobre reducción o exclusión de los plazos de garantía, o de las que limitaban la cantidad reclamable, impusieran requisitos no previstos legalmente para el ejercicio de acciones, o introdujeran cualquier limitación en perjuicio del afectado por los vicios constructivos¹⁶⁵⁵. Y así se desprende hoy del carácter imperativo que informa la ley especial¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁴⁹ Vid. HERRANZ ORTIZ, A. I., “La configuración...”, *op. cit.*, p. 342, que cita en este sentido la STS de 2 de junio de 2005 (RJ 2005\5308).

¹⁶⁵⁰ Vid. *supra*, Capítulo Cuarto, § III.C.2.a), en cuanto a la legitimación pasiva del promotor.

¹⁶⁵¹ Artículo 17.3, *in fine*, LOE.

¹⁶⁵² Vid. GONZÁLEZ TAUSZ, R., “El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación”, *RCDI*, núm. 661, 2000, p. 2.702. En el mismo sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “Incidencia del caso fortuito en la responsabilidad del promotor según la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 25, 2001, pp. 17 a 18.

¹⁶⁵³ *Ibidem*, pp. 323 a 326, con cita de la STS de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999\2375), que establece que las responsabilidades derivadas del art. 1591 CC no son renunciables a priori. En el mismo sentido SSTS de 13 de junio de 1984 (RJ 1984\3236) o 27 de junio de 1994 (RJ 1994\ 6505). Esta última declara la inoponibilidad frente a tercero de un pacto de exoneración de responsabilidad convenido entre los arquitectos y el promotor.

¹⁶⁵⁴ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 815.

¹⁶⁵⁵ Vid. SSTS 12 de febrero de 1988 (RJ 1988\941) o 2 de octubre de 1992 (RJ 1992\5168).

¹⁶⁵⁶ Vid. *supra*, Capítulo Segundo § II.D).3, sobre la imperatividad de la LOE.

2. Imputación cuasi-objetiva

a) Presunción del nexo causal

En el marco de las coordenadas de un régimen de raíz cuasi-objetiva, la relación de causalidad o nexo causal entre los daños materiales en el edificio y la actividad de los agentes de la edificación, aunque, en principio, constituye un requisito que deberá acreditar el perjudicado, en general se entiende en términos flexibles que dispensan de la aportación de una prueba *ad hoc*, bastando que los daños reclamados sean de los que normalmente derivan de vicios constructivos¹⁶⁵⁷. Este nexo viene recogido en el artículo 17.1 LOE, cuando alude la responsabilidad por los daños materiales causados en el edificio “por vicios o defectos constructivos”. Sin embargo, según lo expuesto, no requiere de una prueba específica más allá de lo indicado, por lo que es el agente constructivo el que tiene que acreditar su ruptura y la desvinculación entre los daños y su actuación. El que la carga de la prueba de la irresponsabilidad recaiga sobre el agente, concuerda con el principio de distribución dinámica del *onus probandi* que late en el artículo 217 LEC, en relación con los principios de facilidad probatoria y proximidad¹⁶⁵⁸.

b) Inversión de la carga de la prueba

En este sentido, el sistema que instaura la LOE quedaría plenamente desvirtuado si no pesara sobre los agentes de la edificación la prueba de acreditar que concurren la fuerza mayor, el caso fortuito, el acto de tercero o del propio perjudicado, según corresponda, y su protagonismo principal y determinante en la producción de los daños materiales en el edificio¹⁶⁵⁹. No basta, pues, con acreditar que se han cumplido todas las prescripciones legales sobre la construcción y calidad de los edificios¹⁶⁶⁰. Acreditado el daño se presume *iuris tantum* que el mismo se ha producido por causa imputable a los agentes constructivos¹⁶⁶¹. Además, el perjudicado sólo debe probar su producción dentro del periodo de garantía, pero no el concreto defecto o vicio constructivo que lo causó, ni la acción u omisión que lo motiva, pues, en ausencia de tal prueba, la LOE establece la condena solidaria como corresponde a un sistema de inversión del *onus probandi*¹⁶⁶². Tales planteamientos ya fueron establecidos por la jurisprudencia anterior a la LOE, y se refrendan hoy en esta norma, en cuanto recoge unas causas de exoneración tasadas y un régimen de solidaridad en caso de indeterminación causal en los apartados 8 y 3, respectivamente, de su artículo 17.

c) Las causas ignotas y la responsabilidad solidaria

Como hemos anticipado, el sistema de imputación cuasi-objetiva fundamentado en la inversión del *onus probandi* y en la existencia de unas causas tasadas de exoneración de responsabilidad, requiere para su eficacia que se le anude

¹⁶⁵⁷ Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., GÁLVEZ CRIADO, A. y ARIAS DÍAZ, M^a.D., “La responsabilidad por vicios...”, *op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁵⁸ ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 789.

¹⁶⁵⁹ Así se establece ya por la STS de 11 de noviembre de 1982 (RJ 1982\6538), en cuanto recoge que el caso fortuito no se presume.

¹⁶⁶⁰ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 825 y 826. Vid. SSTS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006\6444) o 2 de octubre de 2003 (RJ 2003\6451).

¹⁶⁶¹ CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 380.

¹⁶⁶² Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 326; y p. 423.

la imposición de una responsabilidad solidaria, en los supuestos en los que no resulte factible identificar la causa de los daños materiales¹⁶⁶³, bien por imposibilidad de individualizarlos o de determinar el grado de participación de cada agente, cuando se produzca una concurrencia de culpas —*rectius* concurrencia de diferentes causas o actuaciones¹⁶⁶⁴—. Así lo estableció la jurisprudencia que interpretó el artículo 1.591 CC, y así lo ha positivado el artículo 17.3, *ab initio*, LOE. Sin esta premisa el sistema quebraría por su base. En consecuencia, el propietario demandante no deberá individualizar en su demanda la atribución de la responsabilidad por los daños constructivos, pudiendo interesar la condena solidaria de todos los agentes de la edificación. No obstante, deberá extremar las precauciones en este sentido para no demandar a un agente constructivo cuyas obligaciones no guarde relación con los daños y con los vicios que los originan, pues, si así fuera, éste podría quedar absuelto si acredita la responsabilidad exclusiva de los demás, con la probable condena en costas al actor en lo que concierne a este agente. Por este motivo, en esta materia reviste especial importancia la prueba pericial, en cuanto corresponde al perito la difícil y crucial misión de determinar la causa de los defectos constructivos, como punto de partida para efectuar la correspondiente imputación en función de las obligaciones que los artículos 8 a 15 LOE asignan a cada agente de la edificación. Es el perito el que debe calibrar las causas que originan las patologías, ponderando la importancia de los defectos constructivos, diferenciando entre imperfecciones constructivas, defectos de habitabilidad y estructurales¹⁶⁶⁵, sin perjuicio de la imprescindible valoración judicial de esta prueba.

3. Causas de exoneración de responsabilidad

Las causas de exoneración de responsabilidad¹⁶⁶⁶ vienen recogidas en el artículo 17.8 LOE, en línea con las que había admitido la jurisprudencia dictada en torno al artículo 1.591 CC, y coinciden con las que se establecen en el artículo 19.9.h) LOE para excluir la cobertura de las garantías que regula este precepto. Para evitar incurrir en responsabilidad, no será suficiente que los agentes constructivos acrediten que observaron la máxima diligencia en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones, por lo que la LOE acentúa la relativa o escasa relevancia que aquella prueba tenía en el régimen del artículo 1.591 CC¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶³ Vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 397.

¹⁶⁶⁴ Puesto que la LOE instaura una responsabilidad de carácter objetivo, no parece que aludir a la expresión “concurrencia de culpas” sea lo más correcto en buena técnica jurídica. No obstante, utilizaremos esta expresión por ser la que emplea la ley, y la que habitualmente se utiliza, aunque asumiendo esta matización.

¹⁶⁶⁵ Vid. AVILÉS INGLÉS, F.M., *Identificación de los daños estructurales...*, *op. cit.*, pp. 7-1 a 7-88, en el que este autor analiza la labor del perito respecto a diversas patologías comunes de gran importancia, como son las reclamaciones por fisuras, grietas, movimientos, asentamientos, derrumbamientos, dilataciones, flechas excesivas, asientos diferenciales, grietas de difícil explicación, grietas en estructuras de hormigón que no afectan a la resistencia ni a la estabilidad, en relación con los errores de diagnóstico, las “patologías comodín”, los “informes basura”, las conjeturas que obligan a realizar obras desproporcionadas, los daños por falta de mantenimiento, y por fuerza mayor, entre otros.

¹⁶⁶⁶ Vid. XIOL RÍOS, J.A., “Posición actual...”, *op. cit.*, p. 33. Destaca este autor que los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor suelen analizarse en sede de culpabilidad cuando se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo o por culpa, mientras que en la responsabilidad de carácter objetivo su análisis se realiza en el ámbito de la causalidad, entendida como imputación objetiva, es decir, como el resultado de aplicar a la causalidad física valoraciones jurídicas

¹⁶⁶⁷ Vid. ROMERO PAREJA, A., “La responsabilidad civil del arquitecto por defectos en la edificación (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002)”, *El consultor inmobiliario*, núm. 30, 2002, p. 14.

a) Caso fortuito

Esta causa de exoneración de responsabilidad tiene un alcance muy limitado en el ámbito de la edificación. Define CASTÁN¹⁶⁶⁸ el caso fortuito como un “*accidente no imputable al deudor que impide el cumplimiento de la obligación*”, o como “*acontecimiento no imputable al deudor, imprevisto o previsto pero inevitable, que imposibilita el exacto cumplimiento de la obligación*”, incorporando algunas de las notas que se recogen en el artículo 1.105 CC. Pone de relieve DÍEZ-PICAZO¹⁶⁶⁹ dos posibles acepciones de caso fortuito, una equivalente a la inexistencia de culpa, y otra como suceso extraño a la esfera de control del deudor, estimando esta segunda más adecuada.

(i) Delimitación en el ámbito de la construcción

En el ámbito de nuestro trabajo, por caso fortuito debe entenderse la existencia de un suceso imprevisible, externo al riesgo creado por la actividad que se desarrolla, y que constituye la causa de los daños materiales del edificio¹⁶⁷⁰. Parte de la doctrina equipara en este ámbito el caso fortuito y la fuerza mayor, considerando como tales todo evento que inevitablemente hubiera causado los daños¹⁶⁷¹. Además, debe subrayarse que la jurisprudencia ha superado el concepto de caso fortuito como equivalente a la ausencia de culpa, y exige la concurrencia de un suceso que elimine el nexo causal entre el agente y los daños, es decir, de un evento extraño que quede fuera de su esfera de control. De este modo, la exoneración de responsabilidad no dependerá exclusivamente de la prueba de la diligencia debida, sino de la concurrencia de un suceso exterior, generalmente insuperable¹⁶⁷². En el mismo sentido apunta la obligación de resultado que pende sobre el promotor y otros agentes constructivos, que hará irrelevante la prueba de la diligencia exigible¹⁶⁷³. En cualquier caso, la imprevisibilidad de un determinado suceso se debe valorar ponderando los especiales conocimientos que distinguen a los profesionales que operan en este ámbito, y el estado científico de la técnica constructiva en el momento en el que se erigió el edificio, lo cual reduce a niveles “anecdóticos”¹⁶⁷⁴ la virtualidad de esta causa de elusión de responsabilidad en el proceso edificatorio¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁶⁸ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Tercero *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 256 y 257.

¹⁶⁶⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp. 726 y 727.

¹⁶⁷⁰ La SAP Madrid de 23 de marzo de 2010 (RJ 2010\234433), reseña como diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor, el que, siendo ambos sucesos imprevisibles, en el primer caso, de haberse previsto, los daños podrían haberse evitado, frente a la inevitabilidad de la fuerza mayor.

¹⁶⁷¹ RUIZ-RICO RUIZ, J.M., GÁLVEZ CRIADO, A. y ARIAS DÍAZ, M^a.D., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 107 y 108.

¹⁶⁷² Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “Incidencia...”, *op. cit.*, pp. 25 a 28.

¹⁶⁷³ *Ibidem*, p. 30

¹⁶⁷⁴ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 816 y 817. Vid. STS de 28 de abril de 2008 (RJ 2008\2681).

¹⁶⁷⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp. 733 y 734, sobre los fenómenos y eventos naturales. Vid. SAP de Cuenca de 27 de febrero de 2018 (JUR 2018\116819), que desestima la alegación de caso fortuito en caso de defectos estructurales.

(ii) El promotor y el caso fortuito

La LOE atribuye al promotor una “responsabilidad vicaria” o “responsabilidad en garantía”, en correspondencia con la obligación de resultado que pesa sobre este agente, de modo que responde no sólo por hecho propio, sino también por la actuación de los demás agentes de la edificación y sin necesidad de analizar si existió o no culpa en su conducta¹⁶⁷⁶. Sin embargo, la LOE tampoco lo hace responder por caso fortuito, de manera que tampoco responderá cuando los daños causados por los demás agentes puedan ampararse en esta causa de exoneración, lo cual denota un distanciamiento en este punto de los planteamientos de la responsabilidad por riesgo¹⁶⁷⁷. No obstante, la anterior afirmación tiene un escaso alcance práctico, dada la restrictiva interpretación sobre la efectividad del caso fortuito que rige en la edificación.

b) Fuerza mayor

(i) Concepto

Análogas consideraciones a las del caso fortuito hemos de efectuar en relación con la fuerza mayor, que constituye un supuesto de caso fortuito de superior gravedad¹⁶⁷⁸. Como señala ALBALADEJO¹⁶⁷⁹, en nuestro Derecho no está clara la distinción entre ambas causas de exoneración, hasta el punto de que nuestro Código utiliza ambos términos de forma indistinta —v. gr. artículos 1.096 y 1.777 CC—. No obstante, en otras ocasiones, el Código Civil sí asigna un significado diferente a ambos conceptos —v. gr. artículo 1.784 CC— y efectos diversos. Destaca este autor algunos criterios que se han propuesto para diferenciar ambos supuestos, como el de la inevitabilidad, en cuanto que característica adicional a la imprevisibilidad que concurre también en el caso fortuito, y el del carácter externo al círculo de la obligación propio de la fuerza mayor¹⁶⁸⁰. No obstante, entiende que nuestro Derecho no acoge estos criterios y que la frontera entre ambos conceptos radica en la mayor gravedad del segundo, tomando como pauta hermenéutica el artículo 1.784 CC¹⁶⁸¹. Por su parte, REGLERO CAMPOS pone el acento en la teoría de EXNER sobre el carácter interno del evento, en relación con una concreta actividad y su esfera de control que

¹⁶⁷⁶ Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “Incidencia...”, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁷⁷ *Ibidem*, pp. 26 a 28, que precisa la diferencia con el Derecho francés, en el que el artículo 1792 del *Code Civil* sólo permite la exoneración por fuerza mayor, junto al hecho de un tercero y la culpa de la víctima.

¹⁶⁷⁸ MARCHAND, S., “Algunos conceptos anglosajones en los contratos sometidos al derecho civil”, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, dirigido por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín y coordinado por M^a.M. Heras Hernández Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 276 y 277, destaca como en el Derecho inglés se alude al concepto de fuerza mayor como *act of God*, con origen en el Derecho marítimo, y en el Derecho francés a la *force majeure*, atribuyendo mayor relevancia a esta causa de exoneración en el *Common Law*, en el que se responde del incumplimiento contractual aun sin culpa.

¹⁶⁷⁹ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 180 a 183.

¹⁶⁸⁰ *Loc. cit.* En el mismo sentido GONZÁLEZ POVEDA, P., “Responsabilidades...”, *op. cit.*, pp. 332 y 333, que refiere los dos criterios clásicos para la distinción. Según el subjetivo, la fuerza mayor determina la producción de un daño inevitable aunque el mismo se hubiera previsto, mientras que el caso fortuito se refiere a supuestos en los que previsto el daño se hubiera podido evitar; según el objetivo el caso fortuito es un suceso interior al círculo afectado por la obligación, mientras que la fuerza mayor se produce fuera de la empresa o del círculo del deudor.

¹⁶⁸¹ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 180 a 183.

caracteriza al caso fortuito, y al carácter externo propio de la fuerza mayor, lo que comportaría que sólo ésta exoneraría de responsabilidad¹⁶⁸².

(ii) Referencia a los fenómenos meteorológicos

Los fenómenos meteorológicos y naturales como las grandes lluvias, vientos o terremotos no tendrán eficacia como fuerza mayor salvo en supuestos excepcionales, en los que su magnitud sea tan desproporcionada que hubiera determinado la irrelevancia de cualquier medida de precaución adoptada al efecto. Además, la exclusión de responsabilidad deberá analizarse ponderando la diligencia exigible al agente de la edificación, por lo que si el hecho podía haberse evitado empleando la debida en cada caso —a su vez determinada por las obligaciones derivadas de la *lex artis*—, no concurrirá fuerza mayor¹⁶⁸³. Este carácter excepcional se produce igualmente en el Derecho francés, en el que raramente es aplicada por la jurisprudencia, hasta el punto de que la declaración de una catástrofe natural en una determinada región no implica necesariamente la presencia de fuerza mayor a efectos constructivos¹⁶⁸⁴.

c) Acto de tercero

(i) Algunos supuestos

El acto de tercero como causa de exoneración de responsabilidad, podrá consistir en la actuación de una persona a la que puedan atribuírsele los defectos constructivos, de modo que se excluya el nexo causal entre los daños materiales y la actuación de los agentes de la edificación. Entre estos actos cabe citar algunos como la realización de obras en inmuebles adyacentes, o incluso en el propio edificio con posterioridad a su finalización, cuando tales circunstancias sean las que originen los daños materiales. Otro supuesto sería la subsidencia minera, en los casos en los que los daños se originen por el mal estado de conservación de túneles o galerías mineras, o por otras circunstancias relacionadas con actuaciones de esta industria¹⁶⁸⁵. También podrá consistir el acto de tercero en actuaciones desde edificios colindantes que originen inmisiones ilegítimas. Por el contrario, no constituirá acto de tercero la actuación de los agentes de la edificación que hayan precedido a los que han finalizado el edificio, sin perjuicio del derecho de repetición de éstos¹⁶⁸⁶.

(ii) El “tercero” agente de la edificación

En principio habría que entender por “tercero” a aquél que interviene después de la finalización del edificio, como sería el caso de quien actúa contratado por el propietario para la realización de ciertos trabajos complementarios, como reparaciones o mejoras¹⁶⁸⁷. Sin embargo, en la práctica forense, la causa de exoneración de un agente constructivo que más virtualidad tiene, es la atribución de

¹⁶⁸²REGLERO CAMPOS, L.F., “El nexo causal...”, *op. cit.*, pp. 888 a 892.

¹⁶⁸³Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 817 y 818.

¹⁶⁸⁴Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “Incidencia...”, *op. cit.*, pp. 23 a 25, que detalla diferentes pronunciamientos de la Corte de Casación francesa que subrayan el carácter excepcional de la fuerza mayor en este ámbito.

¹⁶⁸⁵Vid. SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 212 y 213.

¹⁶⁸⁶Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “Incidencia...”, *op. cit.*, p. 22 a 24.

¹⁶⁸⁷DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.* p. 95,

los daños a la actuación de otro de ellos, lo cual supone confundir el acto de tercero con el concepto mismo de individualización de la responsabilidad que se contiene en el artículo 17.2 LOE¹⁶⁸⁸. Esta circunstancia determina que, en los procedimientos judiciales sobre defectos constructivos en los que son demandados varios agentes de la edificación, se ventilen de forma paralela dos debates en el seno de único proceso: en uno de ellos todos los demandados cuestionan frente al actor la existencia y alcance de los vicios constructivos, el importe y forma de su reparación, su producción dentro del plazo de garantía o la prescripción de las acciones, entre otras cuestiones de similar etiología; en otro, los demandados entre sí discrepan sobre la individualización de la responsabilidad de cada defecto constructivo, atribuyéndose recíprocamente la imputación en base a sus respectivas obligaciones profesionales y a las circunstancias concretas en la que se desarrolló el proceso edificatorio. Además, para el actor este segundo debate no resultará indiferente, pues por lo general, al margen de los beneficios que para el mismo supone el pronunciamiento de una condena solidaria, podrá tener más interés en que resulte responsable un determinado agente en lugar de otro —v. gr. por su mayor solvencia, por la posible prescripción de la acción frente a otro de ellos, etc.—. Como hemos adelantado, esta causa-modo de exoneración tiene su base en el principio de individualización de responsabilidad que recoge el artículo 17.2 LOE, lo cual requiere probar la concreta causa de los daños materiales y su atribución exclusiva a otro u otros de los partícipes en el proceso edificatorio. Si existe concurrencia de culpas entre varios de ellos y es posible acreditar el grado de participación de cada uno, cuestión de suma dificultad, esta causa de exoneración operará de forma parcial, sin que proceda la condena solidaria. Por el contrario, si no se puede individualizar la causa del daño material o el grado de participación, se impone la solidaridad ex artículo 17.3 LOE, *ab initio*. Es preciso destacar, que la atribución de responsabilidad de otro agente constructivo como causa que soslaye la propia de quien la invoque, sólo será posible cuando no se deba responder por hecho ajeno respecto del causante de los daños, en los términos que establece el artículo 17, apartados 5 a 7, LOE.

d) Acto del perjudicado

Este supuesto constituye un caso de lo que, en sede contractual, DÍEZ-PICAZO¹⁶⁸⁹ denomina como “*imputación al acreedor de la lesión de su derecho de crédito*”, para referirse a los comportamientos del titular del derecho que originan la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Estas conductas pueden ir desde la causación del incumplimiento por el propio acreedor, de modo doloso o negligente, a la falta de cumplimiento de determinadas cargas de cooperación, al incumplimiento de ciertos deberes, pudiendo dar lugar a una exoneración total o parcial del deudor.

(i) Incumplimiento de obligaciones de uso y mantenimiento

En el ámbito de nuestro trabajo, el acto del perjudicado vendrá constituido, de ordinario, por el incumplimiento de las obligaciones de uso y mantenimiento¹⁶⁹⁰ que

¹⁶⁸⁸ Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., GÁLVEZ CRIADO, A. y ARIAS DÍAZ, M^a.D., “La responsabilidad por vicios...”, *op. cit.*, pp. 108 y 109, precisan que lo anterior supone relativizar el propio concepto de “tercero”.

¹⁶⁸⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp. 735 a 738.

¹⁶⁹⁰ El deber de conservación es un deber de derecho privado y de derecho público, que deriva de numerosos preceptos, entre los que cabe citar, además del artículo 16 LOE y 8.2 CTE, los artículos

los artículos 16 LOE y 8.2 CTE atribuyen a los propietarios del edificio¹⁶⁹¹. En este sentido, el artículo 19.9.c) LOE excluye de cobertura de las garantías que dispone, los daños producidos por el mal uso o la falta del mantenimiento adecuado del edificio¹⁶⁹². Según el artículo 17 del RDL 7/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana¹⁶⁹³, el deber de conservación comprende las obras necesarias para satisfacer los requisitos básicos de la edificación del artículo 3.1 LOE. Este mantenimiento o uso inadecuado podrá consistir tanto en una conducta activa como omisiva, si bien el problema para su determinación estriba en la falta de concreción de estas obligaciones¹⁶⁹⁴, aunque habrá que estar a lo dispuesto en el Libro del Edificio sobre el particular, siempre que no se impongan a los propietarios obligaciones abusivas con el propósito de trasladarles responsabilidades ajenas. En este sentido, este deber habrá de evaluarse en términos razonables, sin trasladar al titular del edificio la responsabilidad que derive de la existencia de vicios constructivos que existirían de igual modo, aunque se hubiese observado un mantenimiento adecuado¹⁶⁹⁵. En cualquier caso, no se trata de una causa de exoneración que tenga un gran alcance en la praxis forense¹⁶⁹⁶.

(ii) Alcance y efectos

La falta de mantenimiento o el destino del edificio a usos inadecuados puede determinar la inexistencia o la atenuación de la responsabilidad de los agentes de la edificación, siempre que la actuación de los propietarios constituya el motivo o sea una concausa o agravante de los daños existentes. Por lo general, esta circunstancia más que una exoneración de responsabilidad permitirá su limitación o atenuación¹⁶⁹⁷,

389, 391, 1902, 1907, 1.908 y 1909 CC; artículos 9 b y 10.1 LPH; y artículos 21 y 28 LAU, entre otros. En el ámbito del derecho público viene establecido, fundamentalmente por la legislación urbanística. Sobre el deber de conservación y mantenimiento, *vid.* DÍAZ BARCO, F. y CELADA ABAD, C., *Régimen Jurídico de la Inspección Técnica de Edificios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 20 a 26. En Andalucía, la Orden de 30 de noviembre de 2009, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio (BOJA núm. 7, de 13 de enero de 2010), aprueba el Manuel General para el uso, mantenimiento y conservación de los edificios destinados a viviendas, y establece criterios sobre los plazos y tipos de actuaciones necesarias para el mantenimiento y la conservación de determinados elementos constructivos.

¹⁶⁹¹ *Vid.* AVILÉS INGLÉS, F.M., *Identificación de los daños estructurales...*, *op. cit.*, pp. 7-60 a 7-68, destaca que el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento se refleja, principalmente, en aspectos como la estanqueidad, el funcionamiento de las instalaciones y afectaciones estructurales, debido a problemas en cubiertas —falta de mantenimiento de juntas de dilatación, obras añadidas, elementos atornillados o anclados, deficiente limpieza de canalones y bajantes—, fallos en revestimientos de fachadas —problemas de sellado de instalaciones, elementos que hayan perdido su estanqueidad, anclajes y defectos en los remates de cubierta—, y fallo de servicio en las instalaciones por falta de mantenimiento —de agua, electricidad, gas, climatización, aireación, transporte vertical, térmicas, etc.—, con mención especial a los problemas de estructura por reformas incorrectas, sobrecargas superiores a las previstas u oxidación de armaduras

¹⁶⁹² *Vid.* ZURILLA GARILLANA, M^a.A., “Comentario al artículo 9”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 284 a 288, sobre la obligación de conservación que impone dicha norma.

¹⁶⁹³ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015

¹⁶⁹⁴ *Vid.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “Incidencia...”, *op. cit.*, p. 22 y 23.

¹⁶⁹⁵ Pone el acento ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp., 822 y 823, en que, en algunos Libros de la Edificación, cuya redacción se efectúa por la dirección facultativa, se establecen obligaciones de mantenimiento exageradas, cuyo incumplimiento no debe comportar consecuencia perjudicial alguna para los propietarios.

¹⁶⁹⁶ *Vid. supra* Capítulo Cuarto, § II.C), sobre las obligaciones de conservación y su alcance.

¹⁶⁹⁷ *Vid.* STS 24 de noviembre de 1988 (RJ 1988\9040).

aunque, en función de las circunstancias, podría originar una exoneración total¹⁶⁹⁸. Puede darse el caso de que la falta de mantenimiento o el uso inadecuado sean imputables al propio promotor, como primer propietario del edificio hasta su transmisión, lo que originará su responsabilidad exclusiva o incluso conjunta con los demás agentes de la edificación, si éstos debieron oponerse a algunas de las decisiones que en este aspecto adoptó aquél¹⁶⁹⁹.

4. La exoneración parcial de responsabilidad

Tal y como hemos adelantado, las causas de exoneración de responsabilidad que se recogen en el artículo 17.8 LOE también pueden operar de forma parcial, limitando o reduciendo su alcance respecto a los agentes de la edificación. Así sucederá cuando se pruebe que un daño se ha producido por varios de ellos y se acredite el grado de participación de cada uno en el total resultado lesivo; o cuando el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento, sin ser su causa, haya agravado los daños materiales derivados de los defectos constructivos; o cuando, aun concurriendo un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, la actuación de los agentes constructivos haya potenciado sus efectos¹⁷⁰⁰. En todos estos supuestos, el agente no quedará plenamente exonerado de responsabilidad, pero verá reducido su alcance. A tal efecto habrá que ponderar las distintas concausas y determinar en qué grado, generalmente en forma de porcentaje, han contribuido al daño existente. En función de dicha apreciación se efectuará una delimitación subjetiva de responsabilidad, en cuanto que el daño constructivo sólo será imputable parcialmente a cada uno de los partícipes en el proceso edificatorio.

II. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

El análisis de cualquier sistema de responsabilidad civil requiere determinar su fundamento analizando si el mismo es de carácter subjetivo, basado en la culpa, o de carácter objetivo, basado en el nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido. Con arreglo al primero sólo se responderá si, además del daño y la relación de causalidad, concurre culpa o negligencia en el que protagoniza la acción lesiva. En el segundo bastará la existencia de una relación de causalidad entre acción u omisión y el daño, al margen de cualquier elemento culpabilístico. Mientras que el Código Civil se inscribe en un sistema que, en sus principios generales, responde al sistema de responsabilidad por culpa¹⁷⁰¹, desde su aprobación a finales del siglo XIX hasta nuestros días dicho sistema ha ido evolucionando hasta el punto de que, en la

¹⁶⁹⁸ Vid. SAP de Vizcaya de 5 de octubre de 2015 (JUR 2015/304088) que absuelve al constructor por unas manchas y humedades en la fachada al imputarlas a falta de mantenimiento; en sentido similar vid SAP de Vizcaya 20 de octubre de 2016 (JUR 2016\273868) que absuelve al promotor por daños derivados de falta de mantenimiento.

¹⁶⁹⁹ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 191 y 192

¹⁷⁰⁰ Vid. STS de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8862), que indica que *“afirmar, como se hace por el recurrente, que si la causa del caso fortuito no se hubiese desencadenado, no habría actuado el defecto litigioso, aparte de operar en el campo especulativo, significa desconocer que una causa desencadenante no culpable no libera de responsabilidad de las concomitantes o sucesivas culposas, y que «a contrario sensu» también cabe razonar que si el técnico hubiera cumplido con su obligación, el daño al menos habría sido menor”*.

¹⁷⁰¹ Aunque también recoge algunos supuestos de responsabilidad sin culpa, como los previstos en los artículos 1.905, 1908.2) y 3) y 1.910 CC, entre otros.

actualidad, se tiende a objetivar la responsabilidad para lograr la efectiva protección del dañado.

A) La responsabilidad basada en la culpa y su evolución

1. En la responsabilidad extracontractual

En el ámbito extracontractual se ha producido una clara evolución desde un sistema de responsabilidad por culpa, hacia un sistema de raíz objetiva o cuasi-objetiva. En efecto, frente a la afirmación inicial del artículo 1.902 CC sobre la necesidad de que exista culpa o negligencia, ha sido la jurisprudencia la que, desde mediados del siglo XX, ha suavizado las exigencias de este sistema a través de la inversión o atenuación de la carga de la prueba, y de la elevación del nivel de diligencia exigible al deudor¹⁷⁰². Adicionalmente, el legislador ha ido aprobando determinadas leyes que consagran positivamente regímenes basados en la responsabilidad sin culpa, que afectan a actividades peligrosas que generan riesgos, cuyo ejercicio en muchos casos exige la contratación de seguros de responsabilidad civil como instrumento de socialización del riesgo, y cuyo máximo exponente lo constituye la circulación de vehículos a motor en lo relativo a los daños personales¹⁷⁰³. La misma tendencia objetiva se plasma en las normas específicas sobre protección de consumidores y usuarios, como sucede con el régimen de responsabilidad por daños causados por bienes y servicios defectuosos¹⁷⁰⁴. Una última expresión de esta evolución, se plasma en la inversión del *onus probandi* que se produce en los daños recíprocos causados en accidentes de circulación, en los que corresponde al conductor de cada vehículo probar que actuó con la diligencia exigible¹⁷⁰⁵. En cualquier caso, cuando el legislador no ha establecido la responsabilidad objetiva mediante una ley especial —navegación aérea, caza, energía nuclear, vehículos a motor, etc.—, aunque la jurisprudencia no ha llegado a objetivar la responsabilidad, sí que ha facilitado la labor probatoria mediante el desplazamiento de la carga de la prueba¹⁷⁰⁶. De lo expuesto se puede concluir que existe una innegable tendencia a objetivar la responsabilidad, pero sin que se haya desplazado por completo el fundamento culpabilístico de nuestro sistema de responsabilidad civil. De este modo, en la actualidad confluyen dos líneas en este punto, la subjetivista basada en la culpa, y la objetivista basada en la causalidad, cuya aplicación en cada caso concreto depende en gran medida de las circunstancias de cada supuesto y de la entidad y

¹⁷⁰² Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 864 a 872, que establece como regla general el principio de responsabilidad por culpa en el artículo 5.191-7, junto a una responsabilidad objetiva en caso de actividades anormalmente peligrosas ex artículo 5191-10 y la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando se desarrollan actividades empresariales peligrosas que no alcancen el estándar de anormalidad del anterior precepto, según dispone el artículo 5196-2.

¹⁷⁰³ Vid. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas”, en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Reus, Madrid, 2009, pp. 14 a 16.

¹⁷⁰⁴ Vid. *supra*, Capítulo Primero, § II.D).2, sobre este régimen de responsabilidad.

¹⁷⁰⁵ En este sentido STS 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008\6983), 10 de septiembre de 2012 (RJ 2012\11046), 4 de febrero de 2013 (RJ 2013\1266) o 18 de mayo de 2017 (RJ 2017\2225).

¹⁷⁰⁶ Vid. BANACLOCHE PALAO, J., “Algunas cuestiones procesales polémicas en los pleitos de daños”, en *Derecho de daños 2013*, coordinado por M.J. Herrador Guardia, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 214 a 216, donde señala que el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba sólo se ha aplicado jurisprudencialmente en los casos de daños desproporcionados, situaciones de especial de riesgo u obligaciones profesionales, con cita de la STS de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011\4005) que resume esta doctrina.

naturaleza del riesgo creado¹⁷⁰⁷. En este sentido, cumple indicar que, en los últimos tiempos, el Tribunal Supremo ha matizado esta inclinación objetivista. Así, MARÍN CASTÁN¹⁷⁰⁸ remarca que se requiere la existencia de culpa como elemento necesario de la responsabilidad civil, abandonando la posición objetivadora de décadas precedentes, en cuanto que la creación de un riesgo no determina *per se* aquella, aunque, si el riesgo es cualificado, estaría justificada una elevación proporcionada de los estándares de diligencia y la inversión de la carga de la prueba, en relación con el principio de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217.6 LEC.

2. En la responsabilidad contractual

A nivel de responsabilidad contractual, la línea tradicional en la doctrina¹⁷⁰⁹ y jurisprudencia es la que mantiene la existencia en nuestro Derecho de un sistema subjetivista de responsabilidad por culpa, que determina que, si no hay incumplimiento culpable, no se genera responsabilidad a cargo del deudor¹⁷¹⁰. Esta interpretación parte de la literalidad del artículo 1.101 CC, de modo que solo en determinados supuestos el deudor responde sin culpa, como sucede cuando así lo determine la obligación o la ley en determinados supuestos —v. gr. artículo 1.784 CC—, o cuando concurren determinadas circunstancias como la pérdida de la cosa por caso fortuito hallándose el deudor constituido en mora —artículos 1.182 y 1.096.3º CC¹⁷¹¹—. Sin embargo, junto a esta línea tradicional, existen otras que atenúan el rigor de este sistema mediante una ponderación más equilibrada de los principios del *favor debitoris* y del *favor creditoris*, según exponemos a continuación.

B) La crisis de la culpa como fundamento exclusivo de la responsabilidad contractual

LARENZ¹⁷¹² pone de relieve que cada uno de los obligados en la relación de crédito, responde no sólo de su propia conducta sino también, dentro de ciertos

¹⁷⁰⁷GÁZQUEZ SERRANO, L., “La responsabilidad civil por hecho ajeno: las nuevas tendencias jurisprudenciales ante la responsabilidad civil del empresario”, en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Reus, Madrid, 2009, pp. 126 y 127.

¹⁷⁰⁸Vid. STS 18 de marzo de 2016 (RJ 2016\983); vid. MARÍN CASTÁN, F., “Jurisprudencia consolidada...”, *op. cit.*, pp. 37 y 38; y 54.

¹⁷⁰⁹Vid. CASTÁN TOBENAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Tercero, *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 172 a 174.

¹⁷¹⁰Vid. MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios frente al incumplimiento contractual. Derecho Español, Derecho inglés y Draft Common Frame of Reference*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 49 a 52, que pone de relieve, como en nuestro derecho el concepto de incumplimiento está estructuralmente vinculado a la posibilidad de articular un reproche al deudor. Esta idea deriva de una concepción iusnaturalista de la obligación, que se traduce en su subjetivación y que determina que sólo se pueda hablar de verdadero incumplimiento respecto del doloso o negligente. Los demás supuestos de falta de realización de la prestación serían anomalías en la relación obligatoria, lo cual dificulta la existencia de un concepto único de incumplimiento.

¹⁷¹¹Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 172 y 173

¹⁷¹²Vid. LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo I, versión española y notas de J. Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 281 a 283. Destaca este autor que el principio de culpabilidad procede del derecho romano, y que el derecho inglés, en general, permaneció ajeno a esta influencia, y se articuló en torno al valor de la promesa de garantía del cumplimiento de la obligación, salvo que la responsabilidad se haya excluido expresamente, o proceda según el sentido del contrato para ciertos casos. No obstante, el recorrido del derecho inglés ha conocido una interpretación integradora, que ha aumentado el número de casos en los que el deudor no debe responder. En sentido contrario, el derecho alemán parte del principio de culpabilidad, pero limitado a favor de una garantía en la promesa de deuda.

límites, de la ajena, y que en lo anterior y en la presunciones *iusuris tantum* de deuda hay una “*responsabilidad por encima del estrecho marco del principio de culpabilidad*”, que tiene su traducción en la fórmula objetiva de apreciación de la negligencia que prevalece en la práctica, concluyendo que “*el tráfico jurídico no se puede desarrollar sin una cierta objetivación de responsabilidad*”¹⁷¹³. En esta línea, el sistema subjetivo que se plasma en el Código Civil irá sufriendo una progresiva erosión, que deriva de la irrupción de ciertos factores como la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, la elevación del nivel de diligencia, la diligencia profesional, el criterio de la esfera de control, la doctrina del riesgo o el establecimiento de un régimen jurídico especial para determinadas relaciones obligatorias —en las que se proyecta una clara tendencia hacia el establecimiento de una responsabilidad “*en cierto modo objetiva u objetivada*”— que conviven con el sistema subjetivista general. De este modo, se abre camino una noción objetiva de la culpa mediante la elevación del nivel de diligencia y la admisión de la culpa *levissima* como fuente de responsabilidad contractual, de modo que, aunque pervive el elemento culpabilístico, éste se pondera con parámetros objetivos¹⁷¹⁴.

1. La evolución de la línea doctrinal tradicional

Nuestro sistema de responsabilidad del deudor reside en una violación del deber de diligencia¹⁷¹⁵. No obstante, el mismo proceso de atenuación del elemento subjetivo que se ha producido en el ámbito extracontractual, se ha reproducido de forma paralela en el terreno contractual, aunque tal vez de forma menos acusada. DÍEZ-PICAZO¹⁷¹⁶ hace notar la insuficiencia de la línea subjetivista tradicional para explicar los fundamentos de la responsabilidad en el Código Civil, pues si la liberación del deudor se produce por el hecho de que éste acredite su actuación diligente, la obligación quedaría reducida a un mero “deber de esfuerzo”. Además, lo anterior conduciría a una concepción del caso fortuito como inexistencia de culpa, que pugnaría con la idea de caso fortuito como imposibilidad de prestación que subyace en el artículo 1.105 CC. Así, la doctrina considera que al acreedor le basta probar el incumplimiento, de forma que es el deudor el que debe acreditar su irresponsabilidad, presumiéndose la culpa con base en una aplicación analógica del artículo 1.183 CC, pese a que, en rigor, esta norma sólo se refiere a la obligación de dar una cosa específica que se encuentre en su poder. Se trata de un principio general expresamente referido a las obligaciones de dar, pero que la jurisprudencia también aplica a las de hacer y no hacer¹⁷¹⁷, lo que, en principio, puede constituir un exceso¹⁷¹⁸.

¹⁷¹³*Ibidem*, p. 283.

¹⁷¹⁴*Vid.* LLAMAS POMBO, E., “Comentario al artículo 1.101 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1.207 y 1.208.

¹⁷¹⁵*Vid.* DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tomo 1, Vol. II, *El contrato en general y la relación obligatoria*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 202.

¹⁷¹⁶DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, p. 714

¹⁷¹⁷*Vid.* RUDA GONZÁLEZ, A., “Comentario al artículo 1.183 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, 2010, p. 1.316, que cita la STS de 28 de enero de 1998, RJ 1998\357) que indica que “*la conducta humana se supone voluntaria y es el deudor que incumple el que debe probar que ha sido sin culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor; se prevé en el artículo 1.183 del Código Civil respecto a obligaciones de dar, pero se extiende no tanto por analogía sino como principio general, según doctrina y jurisprudencia, a todo tipo de obligaciones, como las de hacer o no hacer*”.

¹⁷¹⁸MARÍN LÓPEZ, M.J., “Comentario al artículo 1.183 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 8.722 a 8.726.

También para la doctrina este precepto consagra un principio general de negligencia del deudor en caso de incumplimiento, pese a que su literalidad no se expresa con esa generalidad¹⁷¹⁹. Por esta vía se palia la rigidez de un sistema de responsabilidad contractual basado en la culpa. A lo anterior hay que unir el hecho de que, en las obligaciones de medios, la prueba a cargo del acreedor de que el deudor no empleó la diligencia debida, se ve facilitada por una inversión del *onus probandi*¹⁷²⁰.

2. Los nuevos criterios de imputación de responsabilidad: la esfera de control y el riesgo asumido al contratar

PANTALEÓN¹⁷²¹ afirma que, partiendo de que la responsabilidad contractual no cumple una función preventivo-punitiva, la misma no tiene como requisito la culpa del deudor, en cuanto imputación subjetiva reprochable al mismo, puesto que la culpa se mide con patrones objetivos. Así, este autor propugna una interpretación del artículo 1.105 CC, en línea con el artículo 79 de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980 (CISG), como “*impedimento ajeno al ámbito de control del deudor*”¹⁷²² —*beyond control*, según la expresión inglesa—, de forma que su responsabilidad objetiva abarcará hasta el límite de los “*impedimentos no controlables*”¹⁷²³. De este modo, la irresponsabilidad del deudor requiere que el impedimento sea externo a su esfera de control, que no fuera previsible en el momento de contratar y que sea inevitable empleando la diligencia exigible. Por lo expuesto, responderá sin culpa o en base al criterio de la esfera de control o del riesgo asumido al contratar, que se convierten en criterios de imputación¹⁷²⁴. Estas consideraciones aproximan la configuración de nuestro sistema al modelo tradicional del *Common Law*, basado en la responsabilidad por *breach of contract*,¹⁷²⁵ incluso bajo la doctrina de la *frustration*¹⁷²⁶, según la construcción del *implied term test*, en el que el deudor responde al margen de que el incumplimiento le sea o no imputable, salvo que una cláusula expresa o implícita la

¹⁷¹⁹ Vid. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “Comentario a al artículo 1.183 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XVI, Vol. 1, Madrid, 1980, p. 278.

¹⁷²⁰ DÍEZ- PICAZO, L. y GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil...*, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

¹⁷²¹ Vid. PANTALEÓN, F., “El Sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, Vol. XLIV, núm. III, *ADC*, 1991, p. 1.056.

¹⁷²² Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 659 y 660, que en su artículo 518-24 recoge este concepto para exonerar al deudor de los daños causados por el incumplimiento, cuando éste se deba a un “impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control” y además el deudor no haya debido preverlo.

¹⁷²³ Vid. PANTALEÓN, F., “El Sistema...”, *op. cit.*, pp. 1.056 a 1.963.

¹⁷²⁴ *Ibidem*, pp. 1.067 a 1.069.

¹⁷²⁵ Vid. MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios frente al incumplimiento contractual...*, *op. cit.*, pp. 52 y 55, precisa como en el derecho inglés el contrato es esencialmente un intercambio de promesas, en el que el promitente garantiza el resultado y responde si el resultado no se cumple de acuerdo con su obligación de garantía, al margen de la existencia de dolo o culpa. El incumplimiento es la falta de cumplimiento del resultado prometido y se produce de modo objetivo (strict) sin necesidad de que concurren el dolo o la culpa (fault), de modo que el deudor sólo queda liberado de responsabilidad si la correcta interpretación de su obligación acota los términos de su garantía de cumplimiento. De este modo, es posible articular un concepto articulado de incumplimiento.

¹⁷²⁶ *Ibidem*, pp. 62 a 67, donde indica este autor, que según la doctrina de la frustración del contrato (*frustration*) y de los términos implícitos (*implied term theory*), las obligaciones pactadas dejarán de vincular a las partes si acontecen circunstancias no imputables a ninguna de ellas, que determinen que el cumplimiento conduciría a un resultado diferente del que aquellas previeron al contratar. La *frustration* libera de responsabilidad al deudor y supone una excepción al principio de la responsabilidad objetiva, basada en razones de justicia material, que permiten superar el rigor del cumplimiento literal de los contratos que domina el derecho inglés, aunque son de interpretación restrictiva.

excluya¹⁷²⁷. Por lo anterior, no obedecen a la realidad los planteamientos que limitan la responsabilidad contractual a la culpa o el dolo, pues también hay que considerar otros criterios de imputación como son “la esfera de control del deudor” o el “riesgo asumido al contratar”¹⁷²⁸. En la PMCC el deudor no se libera por la ausencia de culpa, sino por la concurrencia de las causas de exoneración previstas al efecto en el artículo 1.209.1, es decir, cuando el incumplimiento derive de un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control, siempre que según el contrato no tuviera que preverlo y evitarlo o superar sus consecuencias. Para GÓMEZ CALLE¹⁷²⁹ esta redacción está en línea con la interpretación actual que se realiza del artículo 1.105 CC, y exige la concurrencia de ambos requisitos cumulativamente¹⁷³⁰. Los artículos 518-1 y 518-2 PCCAPDC¹⁷³¹ también desvinculan el incumplimiento de la culpa, atribuyendo el segundo al deudor la responsabilidad por actos u omisiones de terceros de cuya colaboración o auxilio se haya servido para el cumplimiento. Una regulación similar se observa en el DCFR III.-3:701. En el mismo sentido, el artículo 89 CEC configura un concepto de incumplimiento netamente objetivo¹⁷³², en tanto dispone que “una obligación contractual se considera incumplida cuando uno de los contratantes o sus colaboradores o auxiliares adoptan un comportamiento diferente en relación a aquél previsto en el contrato”.

3. La inversión de la carga de la prueba

a) La presunción de negligencia del artículo 1.183 CC

El rigor del sistema subjetivista tradicional se ha visto atenuado por el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba. Así, CASTÁN¹⁷³³ entiende que existe la presunción de que el deudor que no cumple la obligación lo hace “porque quiere”, sin que el acreedor tenga que probar más que la existencia del vínculo obligacional. Este planteamiento se basa en una interpretación que generaliza lo dispuesto en el artículo 1.183 CC a supuestos que exceden de su literalidad. En el mismo sentido, ALBALADEJO¹⁷³⁴ establece que cuando la obligación no se cumple se presume que es por culpa del deudor, incumbiendo a éste probar que está exento de culpa y que el incumplimiento se debe a una causa que le es ajena, sobre la base del artículo 1.183 CC, que considera aplicable a las obligaciones de hacer y de no hacer. Igualmente, ESTRUCH ESTRUCH¹⁷³⁵ pone de relieve que en todo incumplimiento contractual se produce una presunción de *iuris tantum* de culpa del

¹⁷²⁷ Vid. PANTALEÓN, F., “Las nuevas bases...”, *op. cit.*, pp. 1.737 a 1.739.

¹⁷²⁸ *Ibidem*, p. 1740.

¹⁷²⁹ Vid. PANTALEÓN, F., “El Sistema de...”, *op. cit.*, p. 1064; vid. FENOY PICÓN, N., “La modernización del régimen de incumplimiento de contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, *ADC*, Vol. LXIV, núm. 4, 2011, pp. 1.652 y 1.653.

¹⁷³⁰ GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento...”, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

¹⁷³¹ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 655.

¹⁷³² Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., “El derecho europeo de contratos y anteproyecto de Pavía”, *ADC*, Vol. LXI, núm. IV, 2008, p. 1857.

¹⁷³³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Tercero *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 252 y 253.

¹⁷³⁴ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, pp.178 y179; vid. STS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998\357).

¹⁷³⁵ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 255. Así STS de 15 de marzo de 2002 (RJ 2002\2843), que indica que, “ciertamente, en responsabilidad contractual (y extracontractual) al causante del daño se presume la culpabilidad, aplicando extensivamente la norma del artículo 1183 del Código Civil”.

deudor, con base en el artículo 1.183 CC. Del mismo modo, YZQUIERDO TOLSADA indica que en el ámbito contractual existe una presunción de culpa, por lo que el acreedor, conforme al artículo 217 LEC, sólo debe probar la obligación preexistente¹⁷³⁶. De este modo, tanto para las obligaciones de resultado como para las de medios, del art. 1.183 CC se extrae de forma general la presunción de negligencia en la inejecución o incumplimiento del contrato, aunque, para otros autores, esta presunción la refiere el Código sólo a la imposibilidad sobrevenida de la obligación de entregar cosas específicas por pérdida de éstas; o a la propia subsistencia de la obligación pero no al ámbito de la responsabilidad¹⁷³⁷. En cualquier caso, la relación entre la culpa y el incumplimiento ha sido resuelta por algunos autores establecimiento que éste presume aquélla, del mismo modo que el cumplimiento presupone la diligencia¹⁷³⁸.

b) La doctrina del daño desproporcionado

En la responsabilidad médica también es habitual la existencia de presunciones de culpa como las que derivan de la doctrina del daño desproporcionado o doctrinas similares —*res ipsa loquitur*¹⁷³⁹ del *Common Law*, *Anscheinsbeweisen* en Alemania, *faute virtuelle* en Francia—, que permiten deducirla de un resultado anómalo derivado de un acto médico. Es decir, la falta de correspondencia entre el resultado esperado de un tratamiento y el daño producido obligan al médico a demostrar que, esa circunstancia, es uno de los riesgos habituales en una determinada praxis. La ausencia o insuficiencia de esta prueba permiten afirmar la existencia de una negligencia médica¹⁷⁴⁰. La doctrina *res ipsa loquitur*, que lleva a consecuencias similares que la del daño desproporcionado, supone una presunción judicial reforzada sobre el nexo de causalidad y la culpa derivada de daños anómalos¹⁷⁴¹. Para su aplicación se requiere que el demandado no aporte una “explicación y justificación suficiente del daño”¹⁷⁴². Lo anterior sin perjuicio de que proceda aplicar el régimen de responsabilidad objetiva del artículo 148 TRLCU, en los casos en los que así proceda.

4. La diligencia exigible y la *lex artis* profesional

a) El canon de diligencia

El grado de diligencia exigible en el cumplimiento de la obligación, cuya inobservancia hace surgir la responsabilidad, viene determinado por el artículo 1.104 CC, que preceptúa que será aquél que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. En defecto de previsión contractual, se exige una diligencia media con arreglo al canon del buen padre de familia, aunque es posible la aplicación de otros modelos cuando así se

¹⁷³⁶ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁷³⁷ Vid. VILLANUEVA LUPIÓN, C., “La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado. Su operatividad en la configuración de la prestación de servicios”, en *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, LA LEY, Las Rozas (Madrid), abril 2009, p. 12 y 13.

¹⁷³⁸ *Loc. cit.*

¹⁷³⁹ Vid. NAVARRO MICHEL, M. “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario”, *ADC*, Vol. LVI, núm. III, 2003, p. 1217, indica que fue CICERÓN el primero que utilizó esta regla como argumento probatorio en el *Discurso pro Milone*.

¹⁷⁴⁰ Vid. SANTOS MORÓN, M^a.J., “La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 149 TRLCU”, *ADC*, Vol. LXX, núm. I, 2017, pp. 135 a 138.

¹⁷⁴¹ Vid. NAVARRO MICHEL, M. “Sobre la aplicación de la regla...”, *op. cit.*, p. 1207.

¹⁷⁴² Vid. STS de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649); MARÍN CASTÁN, F., “Jurisprudencia consolidada...”, *op. cit.*, pp. 43 a 46.

pacten o las circunstancias concurrentes lo justifiquen¹⁷⁴³. Como pone de relieve LACRUZ BERDEJO¹⁷⁴⁴, este precepto deja abierta la posibilidad de exigir otro grado de diligencia como la pericia profesional, que será exigible cuando el deudor ha asumido la deuda en concepto o calidad de experto, como ocurre en la actuación de los profesionales liberales, o, en sentido amplio, en empresarios, en cuyo caso su actuación debe regirse por la *lex artis*.

b) La *lex artis*

La jurisprudencia dictada en torno al artículo 1.591 CC y a la LOE recurren al criterio de *lex artis* como regla de imputación de responsabilidad a los técnicos¹⁷⁴⁵. La *lex artis* es un estándar jurídico y como tal juega un papel muy importante, pues puede ser dotado de un contenido actual para adaptar la interpretación de la norma a la realidad social de cada momento¹⁷⁴⁶. Constituye por tanto el estándar jurídico del buen profesional, al que se anuda un importante catálogo de deberes, desde “*el de información y consejo, el de aptitud técnica y formación científica, la puesta al día de los conocimientos y procedimientos, hasta el de cautela y diligencia en su proceder*”¹⁷⁴⁷. Dicho estándar sirve de medida al juez para valorar los hechos en relación con la conducta, y su contenido excede del de las normas técnicas, pues a diferencia de éstas, la *lex artis* integra mayores matices objetivos y subjetivos que operan como normas imperativas aunque no estén plasmadas por escrito¹⁷⁴⁸. Según este autor la *lex artis* puede ser definida como “*el conjunto de conocimientos científicos y técnicos que debe poseer todo profesional y observar en el ejercicio de su actividad, atendiendo al estado de los avances técnicos y científicos*” o como un “*imperativo de conducta y criterio de valoración que la praxis emplea para establecer los supuestos de responsabilidad y su alcance*”¹⁷⁴⁹.

5. Responsabilidad por actos de auxiliares y proveedores

La responsabilidad del deudor por los actos de auxiliares y proveedores¹⁷⁵⁰ adopta un perfil objetivo, en cuanto constituye una exigencia del tráfico económico y jurídico, de forma que el deudor responde por los incumplimientos que se generen en

¹⁷⁴³ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., pp. 117 a 122, sobre los distintos modelos de diligencia en las relaciones obligatorias.

¹⁷⁴⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, op. cit., pp. 169 y 170. Vid. STS de 23 de marzo de 1993 (RJ 1993\2545) sobre la *lex artis ad hoc* del cirujano y el anestesista.

¹⁷⁴⁵ En este sentido, ya la STS de 22 de noviembre de 1982 (RJ 1982\6553), reiterando otras como la de 22 marzo de 1966, establece este canon de diligencia especial, exigible, por sus especiales conocimientos técnicos, para valorar la responsabilidad del arquitecto, desechando la aplicación en estos casos del modelo del buen padre de familia.

¹⁷⁴⁶ Vid. OROZCO PARDO, G., “La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2006, p. 14 a 16.

¹⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 16.

¹⁷⁴⁸ *Loc. cit.*, el cual destaca como en su génesis las reglas del arte regían la actividad de los artesanos en la realización de sus labores, por lo que se encontraban vinculadas a la jerarquía gremial.

¹⁷⁴⁹ Vid. DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción ...*, op. cit., p. 45.

¹⁷⁵⁰ Vid. *Infra* Capítulo Noveno, § II, sobre responsabilidad por hecho ajeno

el círculo de su actividad¹⁷⁵¹ o en su esfera de control¹⁷⁵². Lo anterior supone el reconocimiento de una responsabilidad sin negligencia, aunque la misma pueda reconducirse a los conceptos de *culpa in eligendo* o *in vigilando*. De este modo, se admite la compatibilidad del sistema de raíz subjetiva con la obligación de responder por los hechos de los auxiliares, que reconoce el Código Civil, señaladamente en el artículo 1.596 CC, y que encuentra su fundamento en que es el deudor el que introduce al tercero en la obligación, por lo que debe asumir el riesgo que ello comporta¹⁷⁵³. Lo mismo puede sostenerse en el caso de que sean los proveedores del deudor quienes impidan el cumplimiento de la obligación, criterio de difícil encaje en un sistema de culpa netamente subjetivista. Sin embargo, la imputación de tales hechos a aquél puede afirmarse en cuanto que las actuaciones de los proveedores se insertan en su esfera de control, sin que sea admisible trasladar al acreedor sus incumplimientos¹⁷⁵⁴. En consecuencia, esta responsabilidad por hecho ajeno en el ámbito contractual comporta una buena dosis de objetivación y opera al margen de la culpa del principal¹⁷⁵⁵.

6. Responsabilidad en determinados tipos contractuales o categorías de obligaciones

El análisis de determinados tipos contractuales que se regulan en el Código Civil ofrece ilustrativos ejemplos de supuestos de imputación sin culpa. Así sucede, v. gr., con la responsabilidad por custodia de los fondistas y mesoneros ex artículos 1.783 y 1784 CC; con la del contratista en el contrato de obra, en cuanto que su obligación se vincula a la obtención de un resultado ex artículos 1.589 y 1.590 CC; o con la configuración objetiva del saneamiento por vicios ocultos en la compraventa ex artículos 1.484 a 1.490. Esta objetivación se produce con la máxima claridad en las obligaciones pecuniarias, como subtipo de las obligaciones genéricas, presididas tradicionalmente por el principio de responsabilidad objetiva. En estas obligaciones, cuyo objeto es la entrega de una cantidad de dinero, no puede darse la imposibilidad absoluta y total, de modo que ni el empleo por el deudor de la mayor diligencia ni su impotencia financiera tienen la menor relevancia en orden a alterar su responsabilidad¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵¹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., pp. 205 y 206.

¹⁷⁵² Vid. LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo II..., op. cit., pp. 293 a 297, indica que la responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento, se basa en la ampliación de la esfera de actuación del deudor y en el provecho económico que ello le reporta.

¹⁷⁵³ Vid. LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, op. cit., pp. 171 y 172; vid. STS de 22 de junio de 1989 (RJ 1989\4776) que considera esta responsabilidad como un postulado imperioso del tráfico jurídico, enraizado en los conceptos de *culpa in eligendo* o *in vigilando*, que cabe deducir por analogía de preceptos como los artículos 498, 1.550, 1.551, 1.564, 1.596, 1.601, 1.721, 1.778 o 1.890 CC.

¹⁷⁵⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., p. 732.

¹⁷⁵⁵ Vid. LLAMAS POMBO, E., "Comentario al artículo 1.101 CC"..., op. cit., pp. 1204 a 1209.

¹⁷⁵⁶ Vid. LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo I..., op. cit., p. 281, indica que el que debe una suma de dinero nunca queda liberado por insolvencia, aunque no le sea imputable; en el mismo sentido vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., p. 722

7. Obligaciones de resultado versus obligaciones de medios

La *summa divisio* a partir de DEMOGUE¹⁷⁵⁷ se encuentra centrada en la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado. Así, mientras que las obligaciones de dar o no hacer constituyen siempre una obligación de resultado, las obligaciones de hacer son susceptibles de incardinarse en cualquiera de las citadas categorías.

a) Obligaciones de resultado

En este tipo de obligaciones el objeto de la prestación del deudor lo constituye el propio resultado, de forma que el deudor garantiza el interés último cuya satisfacción se persigue, sin perjuicio de que deba desplegar toda su diligencia a tales efectos. Así, el deudor se obliga a satisfacer, de forma directa e inmediata, el fin pretendido por el acreedor mediante la obtención de un resultado pactado o integrado *in obligatione*¹⁷⁵⁸. De este modo, el incumplimiento del contrato estriba en la no obtención del resultado pactado¹⁷⁵⁹.

b) Obligaciones de medios

En estas obligaciones el deudor debe desplegar una actividad diligente para conseguir el fin perseguido por el acreedor, si bien el primero no garantiza el resultado en cuanto que éste no integra el deber de prestación. En ellas el resultado actúa como propósito práctico que persiguen las partes, para cuya obtención el deudor debe prestar la diligencia exigible que corresponda en función del tipo contractual. Así, la prestación debida consiste en el desarrollo de una conducta diligente, encaminada a conseguir el resultado al que tiende la prestación¹⁷⁶⁰. De este modo, el incumplimiento del contrato no viene determinado por la no obtención del resultado pactado, sino por la falta de diligencia¹⁷⁶¹.

c) Criterios de delimitación

En líneas generales la distinción entre ambos tipos de obligaciones coincide con la distinción entre contrato de servicios y de obra¹⁷⁶², en cuanto que estos tipos contractuales contienen los “*esquemas básicos en los que encajan las relaciones contractuales con prestaciones principales de hacer que carezcan de régimen especial*”¹⁷⁶³. Esta afirmación ya fue establecida por TRAVIESAS¹⁷⁶⁴ en punto a diferenciar el arrendamiento de servicios y el de obra, en tanto que en el primero se promete una actividad (*operae*), y en el segundo el resultado de una conducta (*opus*). Así, en las obligaciones de medios el resultado (*Erfolg* en el Derecho alemán), aunque

¹⁷⁵⁷ Vid. DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, V, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, pp. 536 a 544; y *Traité des obligations en général*, VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1931, p. 444.

¹⁷⁵⁸ Vid. VILLANUEVA LUPIÓN, C., “La distinción entre las obligaciones de medios...”, *op. cit.*, p.3.

¹⁷⁵⁹ Vid. DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido del contrato...*, *op. cit.*, pp. 95 y 96.

¹⁷⁶⁰ VILLANUEVA LUPIÓN, C., “La distinción entre las obligaciones de medios...”, *op. cit.*, p. 4

¹⁷⁶¹ *Loc. cit.*

¹⁷⁶² Vid. SOLÉ RESINA, J., *Arrendamiento de obras o servicios...*, *op. cit.*, pp. 12 a 19 y 83 a 96, sobre la génesis de estos tipos contractuales, su evolución desde el derecho romano y su configuración en el Código Civil, respectivamente.

¹⁷⁶³ Vid. CAPILLA RONCERO, F., en *Derecho de obligaciones y contratos*, coordinado por M.R. Valpuesta, 2ª ed., Valencia, 1995, p. 707.

¹⁷⁶⁴ Vid. TRAVIESAS, M.M., “Contrato de arrendamiento (de servicios y de obra)”, *RDP*, núm. 6, 1919, p. 38.

es importante, no se incluye en el “programa de prestación”¹⁷⁶⁵. No obstante, no todos los supuestos considerados como obligaciones de medios o de resultado permiten al deudor las mismas opciones de exoneración de responsabilidad, pues, en cada caso, habrá que analizar el concreto tipo contractual de aplicación y el contenido obligacional pactado entre las partes¹⁷⁶⁶, lo cual aflora de forma patente en la amalgama de soluciones que, para diversos supuestos, se recogen en el Código Civil¹⁷⁶⁷. En cualquier caso, la calificación de una obligación como de medios o de resultado dependerá en gran medida del tipo contractual convenido y, fundamentalmente, del juego de la autonomía de la voluntad, pues las partes podrán configurar la obligación estableciendo el nivel de vinculación del deudor que convengan respecto del interés primario del acreedor¹⁷⁶⁸. En nuestro ámbito, a grandes rasgos puede indicarse que son obligaciones de resultado las que derivan del contrato que se concierta con el promotor, el constructor y con el proyectista; y que son obligaciones de medios las del director de obra y las del director de ejecución¹⁷⁶⁹. En este sentido, el promotor asume claramente una obligación del resultado de modo que su desempeño diligente no le libera de responsabilidad, por lo que no es posible equiparar el caso fortuito a la no culpa¹⁷⁷⁰. No obstante, alguna doctrina considera que el contrato del arquitecto, tanto en los casos en los que tiene por objeto un proyecto, como en los que tiene por objeto la dirección de obra, se constituye como una obligación de resultado, pues el contrato de servicios no puede presumirse, sino que tiene que constituirse expresamente como tal en los casos en los que no haya seguridad en la obtención del resultado por motivos presupuestarios, administrativos o de otra índole¹⁷⁷¹. En este sentido, la STS de 2 octubre de 1985¹⁷⁷² considera que el contrato de dirección es un contrato de obra¹⁷⁷³.

d) Consecuencias de la distinción

i) Carga de la prueba

La utilidad de la distinción tiene consecuencias en aspectos tan relevantes como la carga de la prueba del incumplimiento de la obligación, o en la distribución de riesgos¹⁷⁷⁴. Así, en las obligaciones de resultado la culpa se presume a partir del incumplimiento ex artículo 1.183 CC¹⁷⁷⁵, mientras que en las de medios es el acreedor

¹⁷⁶⁵ Vid. JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el derecho alemán)”, *ADC*, Vol. LXV, núm. II, 2012, pp. 551 a 584.

¹⁷⁶⁶ VILLANUEVA LUPIÓN, C., “La distinción entre las obligaciones de medios...”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp. 580 y 581.

¹⁷⁶⁸ Vid. DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido del contrato...*, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

¹⁷⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, L., “Ley de edificación...”, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

¹⁷⁷⁰ Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., *La figura del promotor...*, *op. cit.*, p. 184.

¹⁷⁷¹ BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad del arquitecto*, Civilis, A Coruña, 2004.

¹⁷⁷² RJ 1985\6975.

¹⁷⁷³ Vid. JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras...”, *op. cit.*, p. 553.

¹⁷⁷⁴ Vid. SOLE RESINA, J., *Los contratos de servicios y de obras. Delimitación jurisprudencial de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 61 a 80, que profundiza en el alcance de esta distinción, y subraya que ambos tipos de obligaciones comportan “dos modos distintos de configurar el cumplimiento de una obligación”.

¹⁷⁷⁵ Vid. VILLANUEVA LUPIÓN, C., “La distinción entre las obligaciones de medios...”, *op. cit.*, p. 13, que destaca que, tanto para las obligaciones de resultado como para las de medios, el art. 1183 CC dispone de forma general la presunción de la negligencia en la inexecución o incumplimiento del contrato, aunque para otros autores esta presunción la refiere el Código sólo a la imposibilidad

el que debe probar que el deudor se comportó con negligencia o faltó a las reglas técnicas. Sin embargo, esta afirmación tiene un alcance relativo, pues, como señala GONZÁLEZ PORRAS¹⁷⁷⁶, la carga de la prueba “no supone más que una manifestación lógica en el campo de las relaciones negociales, pues, en todo caso, corresponde al acreedor probar la preexistencia de la obligación y no si el deudor es o no responsable: es al propio deudor al que incumbe probar que si no cumplió fue por causa extraña y a él no imputable”. Para este autor procede distinguir entre el incumplimiento por omisión de prestación, en el que la presunción opera de forma automática, de los de deficiencia de la prestación derivada de actos de contravención de carácter positivo, en los que, para que la presunción despliegue su efecto, el acreedor debe probar estos hechos¹⁷⁷⁷. Para MARÍN FERNÁNDEZ¹⁷⁷⁸, la distinción entre obligaciones de resultado y de medios comporta un distinto contenido de la carga de la prueba en cuanto al hecho del incumplimiento, de modo que, en las primeras, el acreedor perjudicado debe probar la no obtención del resultado debido, mientras que en las segundas debe probar el incumplimiento total de la prestación o la negligencia del deudor. CABANILLAS SÁNCHEZ¹⁷⁷⁹ remarca que el Tribunal Supremo ha invertido la carga de la prueba en las obligaciones derivadas del artículo 1.591, muchas de las cuales, como sucede con las obligaciones de los arquitectos y aparejadores sobre el desempeño de la dirección de obra, a diferencia de la redacción del proyecto o de la obligación del constructor, constituyen obligaciones de medios derivadas de contratos de arrendamiento de servicios. En estos casos el Alto Tribunal invierte la carga de la prueba de forma que el perjudicado sólo debe probar la ruina, incumbiendo al profesional el deber de probar que actuó con la diligencia exigible¹⁷⁸⁰. En sentido contrario, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria el Tribunal Supremo¹⁷⁸¹ descarta la aplicación de criterios objetivos, estableciendo que no procede la inversión de la carga de la prueba respecto de la actuación del médico, cuyo deber de prestación, en la medicina necesaria o curativa, se constituye como una obligación de medios, de modo que no es aquél el que debe probar su diligencia, salvo en determinados casos en los que resulte de aplicación la doctrina del daño desproporcionado, en los que sí procede esta inversión¹⁷⁸².

ii) Distribución de riesgos

Del mismo modo esta distinción se proyecta en la distribución de los riesgos derivados de la no obtención del resultado pretendido. Así, en las obligaciones de resultado el deudor asume los casos fortuitos como regla general¹⁷⁸³ —*periculum rei*—, mientras que no ocurre lo mismo en las obligaciones de medios, en las que el deudor

sobrevenida de la obligación de entregar cosas específicas por pérdida de la cosa; o a la propia subsistencia de la obligación, pero no al ámbito de la responsabilidad.

¹⁷⁷⁶ Vid. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “Comentario al art. 1.183 CC”,..., *op. cit.*, pp. 278 y 279.

¹⁷⁷⁷ *Loc. cit.*

¹⁷⁷⁸ MARÍN FERNÁNDEZ, A., “La carga de la prueba...”, *op. cit.*, pp. 80 y 81.

¹⁷⁷⁹ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1.993, pp. 155 a 160.

¹⁷⁸⁰ *Ibidem.* pp. 155 a 173.

¹⁷⁸¹ *Vid.*, entre otras, STS 10 de junio de 2008 (RJ 2008\4246).

¹⁷⁸² BELLO JANEIRO, D., “La responsabilidad sanitaria”, en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Reus, Madrid, 2009, pp. 245 a 252.

¹⁷⁸³ *Vid.* artículos 1.589 y 1.590 CC.

no padece el riesgo derivado de la no consecución del resultado, manteniendo el derecho a percibir su retribución de la contraparte —*periculum obligationis*—¹⁷⁸⁴.

e) La obligación de resultado en el contrato de obra

El contrato de obra se enmarca en nuestro ordenamiento dentro de la categoría dogmática de los contratos de prestación de servicios, entendiendo como tales aquellos en los que una obligación de hacer es la que caracteriza la prestación comprometida, aunque pueda ir anudada a otras de dar¹⁷⁸⁵ o incluso de no hacer. En el contrato de obra el contratista asume el riesgo de perecimiento hasta la entrega o puesta a disposición del comitente, a diferencia de lo que sucede en el contrato de servicios¹⁷⁸⁶, en el que el prestador no pierde el derecho a su retribución. No obstante, la nota característica principal del contrato de obra es la asunción por el contratista de una obligación de resultado¹⁷⁸⁷.

(i) Contenido

Como hemos adelantado, lo que define el régimen del contrato de obra no es la naturaleza de su objeto, sino la distribución de riesgos y la asunción por el contratista de una obligación de hacer que no es de mera actividad, sino de resultado¹⁷⁸⁸, por lo que asume el riesgo de su pérdida antes de la entrega¹⁷⁸⁹. El contratista debe entregar la obra en el tiempo acordado libre de vicios —*opus consumatum et perfectum*¹⁷⁹⁰—. Este contrato se ha vinculado así a una responsabilidad objetiva por incumplimiento de una obligación de resultado¹⁷⁹¹, o, al menos, a una presunción de culpa; mientras que el contrato de servicios ha continuado girando en torno al concepto de responsabilidad por culpa en cuanto obligación de

¹⁷⁸⁴ Vid. SOLÉ RESINA, J., *Los contratos de servicios y de obras. Delimitación jurisprudencial de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 124 y 125.

¹⁷⁸⁵ *Ibidem*, pp. 94 a 96, que pone el acento en que el objeto del contrato de obra radica en la exigencia de crear una cosa nueva —obligación de hacer—, que se complementa con una obligación de dar la cosa creada, pues se ejecuta la obra para la otra parte.

¹⁷⁸⁶ Vid. PICOD, Y., “El contrato de obra y la protección de los consumidores en Francia”, en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 170, pone de relieve como mientras en el derecho de consumo se ha producido una aproximación entre el régimen jurídico del contrato de obra y del contrato de compraventa, en el derecho común se mantiene con nitidez la diferenciación entre ambos tipos contractuales.

¹⁷⁸⁷ Vid. VILLANUEVA LUPIÓN, C., “La protección del consumidor en los textos normativos del Derecho europeo: proyección en el Derecho español”, en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 55 a 59.

¹⁷⁸⁸ Vid. SOLÉ RESINA, J., *Arrendamiento de obras o servicios...*, *op. cit.*, pp. 144 y 145, que precisa que la distinción entre el contrato de ejecución de obra y el de servicios, se funda en la existencia, o no, de una garantía en torno a la consecución de un determinado resultado que satisfaga el interés del acreedor.

¹⁷⁸⁹ RODRÍGUEZ MORATA, F., “El contrato de obra: en particular, el contrato de construcción de edificios”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo II, Universidad de Murcia, 2004, p. 4.340.

¹⁷⁹⁰ *Loc. cit.*

¹⁷⁹¹ Vid. CRESPO MORA, M^a.C., “Las obligaciones de medios...”, *op. cit.* pp. 32 a 34, que indica que el artículo IV.C.-3:104 del DCFR, configura el contrato de construcción como un tipo contractual en el que el prestador de servicios debe alcanzar un resultado que, además debe responder a la calidad estipulada, de modo que si el comitente demuestra que el resultado no responde a lo pactado, el constructor sólo podrá exonerarse de responsabilidad acreditando la concurrencia de un impedimento imprevisible o inevitable que escape a su control.

medios. En estas últimas la violación de la regla de diligencia acredita el incumplimiento de la obligación, lo que requiere una prueba subjetiva que entraña más dificultad que acreditar el incumplimiento de un resultado¹⁷⁹².

(ii) El contrato de arquitecto

En el ámbito de la construcción constituyen obligaciones de resultado las que pesan sobre el promotor¹⁷⁹³ y sobre el constructor¹⁷⁹⁴. En relación al contrato profesional del arquitecto, éste puede caracterizarse como obligación de resultado cuando su objeto es la realización de un proyecto¹⁷⁹⁵, y como una obligación de medios cuando su objeto es la dirección de obra o la dirección de ejecución¹⁷⁹⁶. Así, el contrato de arquitectura admite esta doble caracterización, y será contrato de obra si su objeto es un proyecto, en tanto que hay que obtener un concreto resultado¹⁷⁹⁷; en cambio si lo es la dirección y vigilancia de la obra constituirá un contrato de servicios —STS 18 de mayo de 2007¹⁷⁹⁸—. También, por las mismas razones, origina una obligación de resultado el contrato con el ingeniero para la redacción de un proyecto¹⁷⁹⁹. No obstante, como ya hemos indicado, la STS de 2 octubre de 1985¹⁸⁰⁰ considera que el contrato de dirección es un contrato de obra¹⁸⁰¹.

f) Crisis de la distinción

Sin perjuicio de lo expuesto, la frontera entre obligaciones de medios y resultado en la práctica no aflora de forma nítida, y es frecuente que tiendan a converger en la medida en la que el criterio de la diligencia se eleva, hasta el punto de que la responsabilidad por negligencia puede coincidir con el incumplimiento del resultado¹⁸⁰². En este punto subraya SOLÉ RESINA¹⁸⁰³ como el contrato de obra,

¹⁷⁹²JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras...”, *op. cit.*, pp. 559 a 561.

¹⁷⁹³Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “El promotor...”, *op. cit.*, pp. 2444 a 2454, sobre la obligación de resultado que asume el promotor frente a los adquirentes.

¹⁷⁹⁴La SAP Guipúzcoa de 28 marzo de 2000 (JUR 2000\219890), indica que “*la obligación fundamental del contratista en el arrendamiento de obra, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1544 y 1591 CC, incluye una prestación de resultado consistente en ejecutar la edificación con arreglo a las cualidades convenidas, a las exigencias técnicas y a los usos propios del arte constructivo, haciéndola adecuada para servir a los fines de normal habitabilidad previstos (...)*”.

¹⁷⁹⁵Vid. STS 2 de noviembre de 1983 RJ 1983\5953), que indica que “*es obvio que, en el caso que nos ocupa, habiéndose obligado el actor recurrido, al firmar la hoja de encargo, y en su calidad de arquitecto, a la realización de un proyecto de edificio plurifamiliar, el contrato habrá de ser calificado como de arrendamiento de obra o empresa, según doctrina de este Tribunal*”.

¹⁷⁹⁶Vid. FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad del arquitecto...*, *op. cit.*, pp. 71 y 72.

¹⁷⁹⁷STS de 2 marzo de 2007 (RJ 2007\1763); vid. CRESPO MORA, M^a.C., “Las obligaciones de medios...”, *op. cit.*, pp. 32 a 34, que indica que artículo IV.C.-6:104 DCFR, configura el contrato de diseño y de elaboración de proyectos, como tipo contractual en el que el proyectista debe obtener el resultado esperado por el comitente según lo pactado en el contrato, lo que permite al cliente obtener la funcionalidad específica pretendida, sin perjuicio de la posibilidad de las partes de pactar esta modalidad contractual bajo el prisma de la obligación de medios, en caso de diseños innovadores que sean difíciles de llevar a la práctica.

¹⁷⁹⁸RJ 2007\3116.

¹⁷⁹⁹Vid. SERNA MEROÑO, E., “Reflexiones sobre el contrato de ingeniería”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Civitas, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, 2003, pp. 3.068 y 3069.

¹⁸⁰⁰RJ 1985\6975.

¹⁸⁰¹JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras...”, *op. cit.*, p. 553.

¹⁸⁰²*Ibidem*, p. 577.

¹⁸⁰³Vid. SOLÉ RESINA, J., *Los contratos de servicios y de obras. Delimitación jurisprudencial de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 124 y 125.

dominado por la existencia de una obligación de resultado, lo característico es que a la obligación de hacer se anuda una obligación accesoria de dar, si bien ambos tipos contractuales puede ser regulados bajo unos principios comunes, a los que se deberían añadir algunas normas especiales requeridas por la ejecución de la obra. Así, las diferencias en la praxis se difuminan, de forma que una misma actividad se puede configurar bajo ambas formas jurídicas¹⁸⁰⁴. Lo anterior evidencia la crisis de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, así como entre responsabilidad contractual y extracontractual a la hora de aplicar criterios objetivos de responsabilidad civil bajo el “*criterio de unificación del régimen de responsabilidad civil bajo el imperio del principio pro damnato y la objetivación de los criterios de imputación*”¹⁸⁰⁵. En este sentido, la PCCAPDC¹⁸⁰⁶ establece en su artículo 582.6, en sede de disposiciones comunes al contrato de servicios, entre los que se incluye el de obra inmobiliaria, la obligación del prestador de obtener el resultado pactado en el contrato o aquél que sea razonablemente esperado por el principal, si bien esta declaración se matiza en algunos de los tipos contractuales incluidos en esta categoría¹⁸⁰⁷.

C) El alcance de la responsabilidad

1. La buena fe como límite del daño resarcible en la responsabilidad contractual

El artículo 1.107 CC limita la extensión del daño indemnizable respecto al deudor de buena fe según el criterio de la previsibilidad¹⁸⁰⁸. Esta limitación a los daños previsibles opera como una reducción de la responsabilidad para los deudores no dolosos, en cuanto se puede sostener que este precepto equipara al deudor de buena fe con el deudor no doloso¹⁸⁰⁹, abarcando los supuestos de incumplimiento por negligencia y por caso fortuito. Así, el alcance de la responsabilidad se acota a las consecuencias que la partes razonablemente previeron al convenir la obligación, o, dadas las circunstancias, a las que un contratante razonablemente habría previsto¹⁸¹⁰. Por el contrario, el deudor doloso responde de todos los que conocidamente se

¹⁸⁰⁴ Vid. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, op. cit., pp. 908 y 909, precisa como, de hecho, todas las obligaciones son de resultado, constituido éste por la prestación comprometida, de la que responde el deudor con la excepción de aquellos riesgos que deban ser asumidos por el acreedor y que aquél no haya asumido por contrato.

¹⁸⁰⁵ OROZCO PARDO, G., “La responsabilidad civil de los técnicos...”, op. cit., p. 60.

¹⁸⁰⁶ Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Tecnos, Madrid, 2018.

¹⁸⁰⁷ Vid. Artículo 586 PCCAPDC, respecto a los servicios médicos, en los que la obligación consiste en realizar el acto o tratamiento conforme a lo previsto en el contrato y los estándares de la medicina que resulten exigibles.

¹⁸⁰⁸ Vid. FENOY PICÓN, N., “La modernización del régimen de incumplimiento...”, op. cit., p. 1.644, que precisa que regla de la previsibilidad proviene de POTHIER y llega hasta nosotros a través de artículo 1.150 del *Code Civil*.

¹⁸⁰⁹ De ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Comentario al artículo 1.107”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 54.

¹⁸¹⁰ Sobre este extremo vid. ALBALADEJO, M., “Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana...”, op. cit., pp. 1.272 a 1.274, que defiende, en línea de principio general, que el artículo 1.107 CC no se aplica a la responsabilidad extracontractual o aquiliana, en la que el responsable responde de todo el daño causado sin distinguir si intervino negligencia o dolo. También LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, op. cit., pp. 206 a 208, considera que esta limitación propia de la responsabilidad contractual y no de otras obligaciones.

deriven de la obligación, aunque con el límite de la relación de causalidad¹⁸¹¹. Remarca DE ÁNGEL YÁGÜEZ¹⁸¹² que, en cualquier caso, la extensión del daño queda delimitada por la necesidad de que exista un nexo causal con el previo incumplimiento, y que, en estas cuestiones, adquiere un relevante protagonismo el arbitrio judicial en orden a concretar el concepto de previsibilidad de acuerdo con las diferentes doctrinas que se han formulado al respecto —daños previsibles o imprevisibles; *intra rem* o *extra rem*; directos o indirectos—. En este punto, la PMCC también establece esta limitación en caso de responsabilidad por culpa. Señala GÓMEZ CALLE¹⁸¹³, que el artículo 1.208 PMCC establece una redacción a este respecto parecida al actual 1.107 CC, vertebrando el debate en torno al juicio de previsibilidad en el momento de contratar, aunque resuelve varios de sus problemas interpretativos, pues alude al “deudor no doloso” en vez de al “deudor de buena fe”, y habla de daños “objetivamente imputables” en vez de aludir a los “que “conocidamente se deriven del incumplimiento”, lo que parece significa asumir en el ámbito contractual los criterios de imputación objetiva establecidos por la doctrina en la responsabilidad aquiliana¹⁸¹⁴ —el de la adecuación, riesgo general de la vida, fin de protección de la norma, incremento de riesgo, prohibición de regreso, provocación y de la competencia de la víctima—. Por su parte, el DCFR nuclea la cuestión exclusivamente en relación al juicio de previsibilidad¹⁸¹⁵. Para FENOY PICÓN, este artículo 1208 PMCC dispone una regulación próxima a la regla tradicional del *Common Law*¹⁸¹⁶. En términos similares se pronuncia el artículo 518-23 PCDAPDC¹⁸¹⁷. No obstante, en el Derecho inglés se ha producido cierta evolución en este punto, pues como pone de relieve GREGORACI FERNÁNDEZ¹⁸¹⁸ la *remoteness rule* —regla según la cual no hay que indemnizar los daños demasiado remotos—, está evolucionando hasta cuestionar la regla de la previsibilidad y avanzar hacia la doctrina de la *contemplation test* como regla de distribución de riesgos —*allocation of risk*— entre las partes del contrato, que, en su caso, habrá de ser integrada por el juez.

2. La responsabilidad por negligencia y su moderación

El artículo 1.103 CC, como señala LACRUZ BERDEJO¹⁸¹⁹, introduce un nuevo elemento de flexibilidad en el sistema atribuyendo al juez la facultad de moderar la culpa, en el sentido de reducir el importe de la indemnización valorando el elemento subjetivo de la buena fe del deudor. En ningún caso procede la moderación si el incumplimiento es doloso. En principio esta facultad de moderación queda acotada al ámbito de la responsabilidad contractual, y no se aplica a la extracontractual¹⁸²⁰,

¹⁸¹¹ *Loc. cit.*

¹⁸¹² *Vid.* De ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Comentario al artículo 1.107”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 55 a 58.

¹⁸¹³ *Cfr.* GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento...”, *op. cit.*, pp. 88 a 91.

¹⁸¹⁴ PANTALEÓN, F., “Causalidad e imputación...”, *op. cit.*, p. 1.561.

¹⁸¹⁵ *Cfr.* GÓMEZ CALLE, E. “Los remedios...”, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

¹⁸¹⁶ *Vid.* FENOY PICÓN, N., “La modernización...”, *op. cit.*, pp.1.646 y 1647

¹⁸¹⁷ *Vid.* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 659.

¹⁸¹⁸ GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la *remoteness rule*”, *ADC*, Vol. LXIV, núm. I, 2011, pp. 126 a 156.

¹⁸¹⁹ LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁸²⁰ *Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 260.

aunque los tribunales hacen un uso extensivo del arbitrio de equidad con base en esta norma, y la aplican también a supuestos de culpa aquiliana¹⁸²¹.

3. La responsabilidad por dolo

La responsabilidad por dolo no es susceptible de ser moderada mediante la aplicación del artículo 1.103 CC, ni tampoco queda limitada a los daños previsibles, sino que alcanza a todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, según dispone el artículo 1.107.2 CC. La gravedad de estas consecuencias determina que el dolo no se presuma y deba ser acreditado por el acreedor. A su vez, según previene el artículo 1.102 CC, no es posible eximir al deudor de responsabilidad en caso de incumplimiento doloso¹⁸²².

4. Los pactos sobre responsabilidad y sus límites

Con base en el principio de autonomía de la voluntad las partes pueden alterar las reglas generales sobre el incumplimiento contractual, estableciendo en el título constitutivo de la obligación un menor o mayor alcance de la responsabilidad para el deudor. Así, es posible limitarla sólo a los supuestos de actuación dolosa, o incrementarla haciéndolo responder también en el supuesto de caso fortuito. La modificación convencional del sistema no sólo puede alcanzar a los criterios de imputación, sino también a otros aspectos como el patrimonio sobre el que podrá hacerse efectiva alterando la responsabilidad universal que dispone el artículo 1.911 CC¹⁸²³. No obstante, debe respetarse el carácter imperativo que revistan algunas normas como la LOE respecto de los contratos que se celebren en este ámbito, y otras limitaciones derivadas de leyes específicas como la Ley de Contrato de Seguro¹⁸²⁴, o las normas de protección de consumidores y usuarios. En este sentido, el artículo 86.1 TRLCU¹⁸²⁵ dispone el carácter abusivo de las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, en particular las que excluyan o limiten sus derechos legales en caso de incumplimiento de contrato.

D) La imputación de responsabilidad contractual por defectos constructivos

La responsabilidad contractual por vicios constructivos ha estado tradicionalmente eclipsada por la aplicación del artículo 1.591 CC. La extensión de su

¹⁸²¹ Vid. LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, op. cit., p. 171

¹⁸²² Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 660, artículo 518-26.2, en sentido similar.

¹⁸²³ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones...*, op. cit., pp. 174 y 175.

¹⁸²⁴ Artículo 3 LCS sobre los requisitos de las cláusulas limitativas de derechos del asegurado.

¹⁸²⁵ Vid. R.D.L. 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, artículo 86.1 que dispone: "Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario. 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".

radio de acción en virtud del concepto de ruina funcional, la amplitud de su plazo de prescripción y la posibilidad de reclamar por todas las consecuencias lesivas, hacían prácticamente innecesario invocar la aplicación de la responsabilidad contractual en este ámbito. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la LOE esta responsabilidad ha adquirido un mayor protagonismo, motivado por las limitaciones que esta norma impone en orden a la reclamación de daños y perjuicios, reducidos sólo a los materiales en el edificio, y a los menores plazos de garantía y prescripción que introduce. De este modo, en no pocas ocasiones, las acciones contractuales constituirán la principal alternativa a la LOE para que el dañado pueda ser íntegramente resarcido de los daños y perjuicios sufridos.

1. La influencia del legado del artículo 1.591 CC

La jurisprudencia dictada en torno al artículo 1.591 CC estableció una presunción *iuris tantum* de culpa a cargo de los agentes de la edificación, vinculada a un régimen de inversión en la carga de la prueba, que dio lugar a un sistema de responsabilidad cuasi-objetivo inspirado por el propósito de brindar una mayor protección a los adquirentes de vivienda. Con arreglo al mismo, el perjudicado sólo debía probar el daño quedando relevado de acreditar la falta de diligencia de los agentes constructivos, a los que se trasladaba la carga de demostrar su irresponsabilidad. Pues bien, la existencia de miles de sentencias sobre responsabilidad por vicios constructivos dictadas por el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales, no digamos por los Juzgados de Primera Instancia, ha contribuido a conformar en la praxis una doctrina jurisprudencial que, de forma casi mecánica, traslada la imputación de modo objetivo a los partícipes en el proceso edificatorio, incluso aunque se trate de una reclamación basada en las normas sobre incumplimiento contractual¹⁸²⁶. Al respecto, no podemos olvidar que la LOE, en no pocos aspectos, es heredera del acervo jurisprudencial que orbita sobre el artículo 1.591 CC, que este precepto se ubica en sede de contrato de obra, y que existe una tendencia doctrinal importante que mantiene la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal¹⁸²⁷. De este modo, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada en torno al artículo 1.591 CC en materia de criterios de imputación por defectos constructivos, en muchas ocasiones se ha aplicado sin solución de continuidad a la reclamación de responsabilidad contractual en este ámbito.

2. Inexistencia de diferencias relevantes

Aunque en teoría existe una diferencia entre la responsabilidad ex LOE, de carácter cuasi-objetivo, y la de índole contractual, de carácter, en principio, subjetivo, en la práctica procesal esa circunstancia no se traduce en consecuencias relevantes¹⁸²⁸. En efecto, pese a la inicial necesidad de acreditar la culpa cuando se reclama contractualmente a los agentes de la edificación, en tanto no es de aplicación

¹⁸²⁶ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 782.

¹⁸²⁷*Vid. supra*, Capítulo Segundo, § I.A), sobre las distintas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza de la responsabilidad del artículo 1.591 CC.

¹⁸²⁸*Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., Análisis..., op. cit.*, pp. 259 y 260. En caso de ejercicio de acciones contractuales, también puede quedar total o parcialmente limitada la responsabilidad del agente de la edificación, si se produce un incumplimiento de las obligaciones del propietario. *Vid.* SAP de Murcia de 28 de noviembre de 2017 (JUR 2018\29390), sobre incumplimiento de la obligación de mantenimiento durante diez años en relación a unas filtraciones en sótanos, que determina una moderación de la responsabilidad en un 50%; o SAP de Guipúzcoa de 10 de noviembre de 2017 (JUR 2018\25445).

el artículo 17.8 LOE, existen varios factores que relajan esa exigencia probatoria y que son los que, en términos generales, hemos expuesto anteriormente *supra* § B), al analizar la crisis de la culpa como fundamento exclusivo de la imputación contractual. Se trata de una consecuencia más de la evolución del sistema subjetivo basado en la culpa, hoy intensamente matizado por las tendencias objetivadoras predominantes en el ámbito extracontractual y contractual. En este sentido, ORTI VALLEJO¹⁸²⁹ precisa a este respecto que la responsabilidad contractual por defectos constructivos es objetiva, “*como lo es en general la responsabilidad contractual respecto a todos los remedios por incumplimiento, a excepción de la acción indemnizatoria*”. Indica CARRASCO PERERA¹⁸³⁰, que el problema teórico de la culpa está sobredimensionado y que no tiene apenas trascendencia práctica. En concreto señala que en las obligaciones de hacer el estándar de diligencia integra su contenido y que si no se cumple, lo cual se determina a través de los usos profesionales o las reglamentaciones técnicas, existirá responsabilidad al margen de cualquier otra circunstancia subjetiva. Este planteamiento se proyecta igualmente sobre el nexo causal, determinando que, también en el escenario contractual, se produzca de *facto* una situación asimilada a la presunción causal que opera en el régimen de la LOE. No obstante, se han de poner de manifiesto dos circunstancias relevantes. Una es que en las acciones contractuales no existen plazos de garantía, por lo que falta uno de los presupuestos que justifican esta presunción en el ámbito de la ley especial, en tanto que se instrumenta cuando los daños se producen dentro de los citados plazos. Por este motivo, entendemos que en las reclamaciones contractuales sólo procederá aplicarla cuando los daños se manifiesten dentro de un periodo sustancialmente equivalente a la duración de aquellos en la LOE. Otra es que, de modo análogo a lo que sucede en la responsabilidad legal, esta presunción sólo debe operar respecto a los daños materiales en el edificio, y no respecto a otros en los que la causalidad no es tan evidente o se presta a mayores dudas. En cualquier caso, en línea de principio, la imputación cuasi-objetiva que instaura el régimen de la LOE depara al acreedor dañado una protección superior a la que le brinda la responsabilidad contractual, salvo en cuanto al elenco de daños reclamables y a los escuetos plazos de garantía y prescripción que dispone aquella norma. Esta mayor protección también se pone de relieve en la inaplicación, en el ámbito de la LOE, de algunas instituciones propias de la regulación sobre el incumplimiento contractual que matizan el alcance de la imputación del acreedor. Así sucede con la moderación de responsabilidad ex artículo 1.103 CC en los casos de negligencia¹⁸³¹, o en su limitación respecto del deudor de buena fe ex artículo 1.107 CC¹⁸³².

3. La convergencia con el régimen de la LOE

Como hemos indicado, existen algunas circunstancias que favorecen la convergencia entre las acciones contractuales y las del régimen de la LOE en punto a los criterios de imputación de responsabilidad, las cuales exponemos a continuación:

¹⁸²⁹ Vid. ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 782. Cumple precisar, no obstante, que para este autor el régimen LOE tiene carácter contractual, si bien predica ese carácter objetivo en general respecto a toda la responsabilidad contractual por incumplimiento.

¹⁸³⁰ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, *op. cit.*, pp. 904 y 905.

¹⁸³¹ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 260.

¹⁸³² ALBALADEJO, M., “Los daños indemnizables...”, *op. cit.*, pp. 1.272 a 1.274, defiende su inaplicación a la responsabilidad extracontractual.

- La primera de ellas viene constituida por la menor importancia que en la actualidad reviste la prueba de la culpa¹⁸³³ que, en el marco del principio de disponibilidad y facilidad probatoria¹⁸³⁴ del artículo 217.6 LEC¹⁸³⁵, determina que sea el agente de la edificación quien deba probar el haber empleado la diligencia exigible¹⁸³⁶. De este modo, aunque en base a un planteamiento distinto, se llega al mismo resultado práctico que la doctrina y jurisprudencia derivaron del artículo 1.183 CC, al atribuir carácter general a la presunción que este precepto dispone en relación a la obligación de dar una cosa específica.

- La segunda viene determinada por el nivel de diligencia exigible a los agentes constructivos¹⁸³⁷, que no se corresponde con el patrón del buen padre de familia que preceptúa el artículo 1.104.2 CC, sino la que deriva de la aplicación de su párrafo primero, que permite aplicar el criterio de la diligencia profesional, en tanto que la naturaleza de la obligación resulta condicionada por los especiales conocimientos técnicos de los profesionales de la edificación¹⁸³⁸.

- La tercera radica en la naturaleza de obligaciones de resultado¹⁸³⁹ predicable de la mayor parte de las que se contraen en el ámbito de la construcción, significadamente las del promotor, constructor y la de redacción del proyecto que incumbe al proyectista, con la consiguiente inversión del *onus probandi* y la singular distribución de riesgos que les es propia netamente favorable al acreedor. Incluso, como hemos indicado, cuando se trata de obligaciones de medios, como son generalmente las obligaciones inherentes a la dirección de obra, la jurisprudencia atribuye al deudor la carga de probar su actuación diligente.

- La cuarta circunstancia estriba en que, aunque no sea de aplicación la LOE y los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno que se establecen en los apartados 5, 6 y 7 del artículo 17 respecto del proyectista, constructor y director de obra, respectivamente, en el ámbito contractual procede aplicar la responsabilidad por

¹⁸³³ Vid. BANACLOCHE PALAO, J., "Algunas cuestiones...", *op. cit.*, pp. 214 a 216, que, aunque no se refiere específicamente a la responsabilidad contractual, señala que el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba se ha aplicado jurisprudencialmente en los casos obligaciones profesionales, con cita de la STS de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011\4005), que resume esta doctrina.

¹⁸³⁴ Sucede algo similar a lo ocurre en el ámbito de la responsabilidad médica. Indica XIOL RÍOS, J.A., "Posición actual del Tribunal Supremo...", *op. cit.*, p. 32, que, partiendo del principio de responsabilidad por culpa, en los actos médicos se considera la doctrina del daño desproporcionado más que como un supuesto de responsabilidad objetiva, como un elemento que acredita la culpa o negligencia si el agente que dispone el control de la situación y está obligado por el principio de facilidad probatoria, no aporta una justificación razonable del daño causado y de su producción

¹⁸³⁵ Vid. MARÍN CASTÁN, F., "Jurisprudencia consolidada...", *op. cit.*, pp. 37 y 38; y 54, en las que, aunque sin mención expresa a la responsabilidad contractual, este autor remarca que si bien Tribunal Supremo ha abandonado la tendencia objetivadora de décadas precedentes, en cuanto que la creación de un riesgo no determina por sí misma la responsabilidad civil, si el riesgo es cualificado, estaría justificada una elevación proporcionada de los estándares de diligencia y la inversión de la carga de la prueba, en relación con el principio de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217.6 LEC.

¹⁸³⁶ Vid. *supra* § II.B).3, sobre la inversión de la carga de la prueba.

¹⁸³⁷ Vid. *supra* § II.B).4, sobre la diligencia exigible y la *lex artis* profesional.

¹⁸³⁸ SAP de Barcelona de 23 de febrero de 2010 (JUR 2010\167324).

¹⁸³⁹ Vid. *supra* § II.B).7, sobre las obligaciones de resultado y su especial régimen jurídico.

hecho ajeno respecto de auxiliares, subcontratistas y proveedores¹⁸⁴⁰ lo que conduce a un resultado similar¹⁸⁴¹.

¹⁸⁴⁰ *Vid. supra* § II.B).5 y Capítulo Noveno § II.C), sobre la responsabilidad contractual por hecho ajeno.

¹⁸⁴¹ *Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., Análisis..., op. cit.*, p. 252, que destaca que también cuando se ejercitan acciones contractuales, la jurisprudencia no admite que el promotor pueda eludir su responsabilidad atribuyéndola a otro agente de la edificación, aunque haya sido éste realmente el causante del daño, de modo que aquél, también en el marco de la responsabilidad contractual, asume una posición de garante similar a la que ostenta en la LOE.

CAPÍTULO OCTAVO. LA DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDADES ENTRE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

A la hora de atribuir y delimitar responsabilidades entre los distintos agentes de la edificación, uno de los criterios principales será el constituido por las reglas contenidas en los artículos 8 a 15 LOE en cuanto establecen las obligaciones, atribuciones y la esfera de actuación propia de cada uno de ellos. De este modo, estas reglas operan como “presunciones legales” o pautas de imputación de responsabilidad, si bien, dada la remisión del artículo 8 al contrato, habrá que acudir también al tipo contractual que corresponda y al concreto contenido que éste revista en cada caso. No obstante, estos pactos donde desplegarán una mayor eficacia será en las relaciones internas entre los profesionales constructivos¹⁸⁴², más que frente a los propietarios del edificio, dado el carácter imperativo de la LOE. Conforme a estas pautas, la responsabilidad de uno u otro agente estará condicionada por el hecho de que la causa del defecto constructivo se haya generado en su respectiva esfera de competencia, la cual se define por los artículos 8 a 15 LOE, que se proyectan así como criterios objetivos de imputación¹⁸⁴³ al deslindar las funciones y obligaciones que a cada uno corresponden¹⁸⁴⁴. Se produce así una directa y estrecha relación entre los deberes y competencias que delimitan la esfera de actuación de cada partícipe en la edificación y sus respectivas responsabilidades¹⁸⁴⁵. Los anteriores criterios se erigen como punto de referencia imprescindible no sólo cuando resulta de aplicación el régimen de la LOE, sino también cuando es preciso delimitar la imputación en el ámbito contractual, dada la función que cumple la ley especial como ley general de la edificación en orden a integrar el contenido de las prestaciones contractuales¹⁸⁴⁶. A continuación abordamos la figura de cada uno de los principales agentes de la edificación, identificando las atribuciones y obligaciones que les corresponden y los principales criterios de imputación que les resultan aplicables. Lo anterior, necesariamente, de un modo sintético e instrumental a los efectos del presente trabajo, que no tiene como objeto principal esta cuestión.

II. EL PROMOTOR

A) Caracteres principales

El artículo 9 LOE define al promotor en términos más amplios que aquellos que, hasta ese momento, había utilizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo para caracterizar a este agente de la edificación. De este modo, el concepto de promotor se concibe en términos más extensivos por la LOE, que lo define como una “*persona*

¹⁸⁴² Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., GÁLVEZ CRIADO, A. y ARIAS DÍAZ, M^a.D., “La responsabilidad por vicios...”, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

¹⁸⁴³ ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 788 y 789.

¹⁸⁴⁴ Vid. VARGAS BENJUMEA, I., “La responsabilidad del promotor...”, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁴⁵ GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Algunos aspectos procesales...”, *op. cit.*, p. 93.

¹⁸⁴⁶ Vid. *supra*, Capítulo segundo, § III.A).1, sobre el papel de la LOE en la integración de la prestación contractual.

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”.

B) Responsabilidad

La responsabilidad del promotor es la clave de bóveda que vertebra el régimen de la LOE. Con arreglo a esta norma puede responder por hecho propio conforme al artículo 17.2 LOE; por hecho desconocido conforme al artículo 17.3, *ab initio*; o por hecho ajeno ex artículo 17.3, *in fine*. Este último criterio de atribución de responsabilidad —como responsable solidario “en todo caso”—, lo hace responder como garante por los defectos en la edificación que se deriven de la actuación de los demás agentes constructivos, incluso aunque su causa pueda ser individualizada¹⁸⁴⁷ y atribuida en exclusiva a uno de ellos¹⁸⁴⁸. Por este motivo, se ha señalado que la responsabilidad del promotor opera al margen de los criterios de culpabilidad, y que su justificación reside en sus propias obligaciones como vendedor¹⁸⁴⁹, en cuanto obligado a cumplir exactamente la prestación libre de vicios constructivos, haciendo suyos los trabajos ajenos¹⁸⁵⁰. De este modo, asume una responsabilidad objetiva de carácter vicario a la que siempre se acude, *responsabilité relais* según la doctrina francesa, o “responsabilidad en garantía” a la que alude la doctrina italiana, singularizada por su carácter de obligación de resultado¹⁸⁵¹. Por lo anterior, para el promotor los defectos constructivos objeto de la LOE serán, con carácter adicional, incumplimientos contractuales y no vicios ocultos contemplados en el artículo 1484 CC, los cuales se refieren a defectos de menor entidad y consecuencias para la utilidad de lo construido¹⁸⁵².

C) Remisión

Las características, taxonomía y responsabilidad del promotor las hemos estudiado en el Capítulo Quinto § III, al abordar su legitimación activa y pasiva en la responsabilidad civil por defectos constructivos.

III. EL CONSTRUCTOR

A) Delimitación de la figura

El constructor “es el encargado de acometer el mayor número de tareas”¹⁸⁵³ en la edificación, como se desprende de las obligaciones que le impone el artículo 11 LOE, hasta el punto de que es “*junto con el promotor, el agente con mayor responsabilidad en todo el proceso constructivo*”¹⁸⁵⁴, pues asume directamente la

¹⁸⁴⁷STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\282).

¹⁸⁴⁸Vid. VARGAS BENJUMEA, I., “La responsabilidad del promotor en el proceso de la edificación”, *El Constructor Inmobiliario*, núm. 76, 2007, p. 22.

¹⁸⁴⁹STS de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999\2375).

¹⁸⁵⁰MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “El promotor...”, *op. cit.*, pp. 2.444 a 2.454.

¹⁸⁵¹*Ibidem*, p. 2453.

¹⁸⁵²Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “Incidencia...”, *op. cit.*, núm. 25, 2001, p. 1 a 30.

¹⁸⁵³RUIZ JIMÉNEZ, J., “El constructor, uno de los agentes del proceso constructivo con mayor responsabilidad”, *RCDI*, núm. 696, 2006, pp.1664 y 1665

¹⁸⁵⁴*Ibidem*, pp.1.665 a 1.667

obligación de producir el resultado que persigue la obra¹⁸⁵⁵. Debe, por tanto, ejecutarla con sujeción a las instrucciones de la dirección facultativa, pero también con arreglo a su propia *lex artis* profesional y a otros estándares como las “normas de la buena construcción”, lo cual le confiere un amplio grado de autonomía que le impide salvaguardar su responsabilidad en actuaciones o instrucciones ajenas¹⁸⁵⁶.

1. Notas principales

El artículo 11 LOE define al constructor 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*”¹⁸⁵⁷. Además de definirlo como el ejecutor material de la obra, este artículo 11 LOE plasma dos notas medulares en relación con esta figura y sus obligaciones. En primer lugar alude a su vinculación contractual con el promotor, lo que impide la consideración como constructor de aquellas empresas que intervengan en la obra sin vínculo negocial directo con aquél, como sucede con los subcontratistas. En este sentido, esta obligación directa es la nota distintiva que diferencia a constructor de subcontratista¹⁸⁵⁸. En segundo lugar, este artículo 11 indica que la ejecución de la obra debe realizarse conforme al proyecto y al contrato. De lo anterior se desprende el deber del contratista de conocer con detalle el proyecto, pues es este documento el que delimita la prestación de resultado inherente al contrato de obra, así como la importancia de éste en cuanto establece el alcance de sus obligaciones.

2. El promotor-constructor y la pluralidad de constructores

Cabe destacar la posibilidad de que el promotor asuma también la función de constructor¹⁸⁵⁹ —promotor-constructor frente a la figura del promotor-vendedor—, y de que contrate directamente la obra con varias empresas, que asumirán de forma independiente el carácter de constructores en relación a la parte o fase de obra contratada a cada uno de ellos¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵⁵ Vid. SAN SEGUNDO MANUEL, T., *La recepción del contrato de obra*, CISS, Valencia, 2020, p. 38.

¹⁸⁵⁶ Vid. ROUANET MOTA, E., “Los agentes intervinientes en el proceso constructivo y su responsabilidad en el hecho ruinógeno”, *RDP*, núm. 6, 2002, p. 492, que destaca en este sentido la STS de 8 de febrero de 1994, en la que se manifiesta la obligación del constructor de actuar conforme a las buenas normas de la edificación: “...el contratista, como profesional que es en el ramo para el que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se pueden seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de una obra, salvando su responsabilidad, siempre que por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos, porque lo que no puede escudarse en la simple y socorrida excusa de que hace lo que mandan, pues de lo contrario, sobraría su mención entre los responsables que enumera el artículo 1.591; siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas de los técnicos. También ha dicho esta Sala -sentencia de 22 de septiembre de 1986- que el constructor, por su carácter técnico, debió o no realizar la obra, no aceptarla, o bien advertir de las consecuencias que tendría hacerla de la manera proyectada”. Vid. en sentido similar SAP de Madrid de 9 de septiembre de 2016 (JUR 2016\246616).

¹⁸⁵⁷ El artículo 3.e) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2010), define al contratista o empresario principal reiterando los términos del artículo 11.1 LOE.

¹⁸⁵⁸ BLANCO, J., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 256.

¹⁸⁵⁹ Vid. artículo 3.e).2º de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2010), que prevé esta posibilidad.

¹⁸⁶⁰ BLANCO, J., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 256.

B) Obligaciones

1. Cumplimiento del contrato de obra

Establece el artículo 11.1.a) LOE la obligación del constructor de “*ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto*”. Señala ALBALADEJO que “*su obligación fundamental es la de realizar y entregar la obra según lo pactado*¹⁸⁶¹”.

a) La importancia del proyecto

La sujeción al proyecto también dimana de la obligación de cumplir el contrato, en tanto que el primero tiene carácter contractual, pues el segundo se vertebra por remisión a aquél en cuanto define y delimita su objeto. De este modo, sin el consentimiento del comitente el constructor no puede desviarse del encargo recibido plasmado en el proyecto, aunque resulten ventajas para el promotor, no siendo aplicable el artículo 1.715 CC respecto a la actuación más ventajosa del mandatario¹⁸⁶². La inobservancia de esta prescripción le hará incurrir en responsabilidad contractual ex artículo 1.101 CC y, en su caso, ex LOE si se ocasionan defectos constructivos sujetos a esta norma. Además, el constructor habrá de actuar conforme a la legislación aplicable, tanto a nivel urbanístico, como, fundamentalmente, en cuanto a las normas técnicas, en particular el CTE y las demás sobre productos de construcción y calidad de la edificación.

b) Las instrucciones de la dirección facultativa

Igualmente, este precepto exige la sujeción del constructor a las instrucciones de la dirección facultativa (DF), incurriendo en responsabilidad si no las atiende. Además, pesa sobre el contratista la obligación, dados sus conocimientos especializados, de advertir a la DF de las órdenes que no considere adecuadas, por lo que también incurre en responsabilidad si no lo hace¹⁸⁶³ y no informa de esta circunstancia al promotor.

2. Capacitación profesional

El artículo 11.2.b) exige al constructor “*tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor*”. En este sentido, el artículo 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre,

¹⁸⁶¹ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones...*, op. cit., p. 742. La SAP Guipúzcoa de 28 marzo de 2000 (JUR 2000\219890), indica que “*la obligación fundamental del contratista en el arrendamiento de obra, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1544 y 1591 CC, incluye una prestación de resultado consistente en ejecutar la edificación con arreglo a las cualidades convenidas, a las exigencias técnicas y a los usos propios del arte constructivo, haciéndola adecuada para servir a los fines de normal habitabilidad previstos (...)*”.

¹⁸⁶² Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 348

¹⁸⁶³ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 159; y CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 15. El constructor”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 310, que destaca que el constructor no es un mero ejecutor de las órdenes de la DF, de modo que si obra imprudentemente y causa daños responderá, incluso penalmente, aunque haya seguido las instrucciones de los técnicos; vid. STS de 26 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9399).

reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁸⁶⁴, exige a los contratistas y subcontratistas para intervenir en el proceso de subcontratación, entre otros requisitos, contar con una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada, así como su inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas (REA) previsto en el artículo 6 de la norma citada.

3. Designación del jefe de obra

El artículo 11.2.c) obliga al constructor a “*designar al jefe de obra que asumirá la representación técnica del constructor en la obra y que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra*”. Se configura así al jefe de obra como representante técnico del constructor. No obstante, en ninguna norma se precisa esta cualificación y capacitación de forma concreta, si bien lo usual es que, en obras de cierta entidad, el jefe de obra posea la misma titulación que el director de ejecución. El artículo 17.6.1º LOE establece una responsabilidad del constructor por hecho ajeno en relación al jefe de obra, que debe entenderse configurada con carácter objetivo en consonancia con el carácter de la imputación que dispone esta norma¹⁸⁶⁵.

4. Asignación de medios personales y materiales a la obra

Establece el artículo 11.2.d) la obligación del constructor de “*asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera*”. En relación a los medios personales debe el constructor contar con las personas que ejecuten la obra, que, generalmente, serán sus empleados en régimen laboral, sin perjuicio del recurso a la subcontratación. Se trata de los dependientes del constructor a los que se refiere el artículo 1.596 CC, y respecto de los que también responde por hecho ajeno, al responder de las personas físicas y jurídicas que de él dependan según el artículo 17.6.1º. También tiene el constructor la obligación de asignar los medios materiales para su ejecución, de modo que, en ausencia de pacto con el promotor, será aquél quien los aporte.

5. En relación a los materiales de construcción

Dispone el artículo 17.6.3º LOE, que el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar. Se le atribuye así una responsabilidad por hecho ajeno en favor del perjudicado, que puede reclamar directamente al contratista, y que no podrá eludir imputándola al suministrador. El defecto de un material puede venir determinado porque sea deficiente o porque no reúna determinados niveles de calidad, o bien porque no resulte adecuado a las características de la obra proyectada, pese a no ser ni defectuoso ni tener limitaciones en cuanto a sus cualidades. En cualquier caso, el constructor debe controlar los materiales empleados en la obra, rechazando lo defectuosos, incluso

¹⁸⁶⁴BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006. La disposición derogatoria única del RD 560/2010, de 7 de mayo (BOE núm. 125, de 22 de mayo de 2010), deroga el Documento de Calificación Empresarial establecido en la Orden Ministerial del Ministerio de Industria y Energía, de 3 de agosto de 1979 (BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1979), el cual no exigía acreditar una cualificación profesional determinada, sino la mera presentación de documentos tributarios y de seguridad social.

¹⁸⁶⁵Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 161 y 162

aunque le sean aportados por el promotor¹⁸⁶⁶. Pese a que el artículo citado sólo menciona al constructor, no se puede descartar que se generen otras responsabilidades concurrentes o incluso exclusivas¹⁸⁶⁷ en relación con los materiales defectuosos. Así, puede existir una responsabilidad del proyectista si el material no era adecuado para el edificio, por su novedad, falta de experimentación o la singularidad de aquél; o del director de obra si debió haber advertido esta circunstancia y proveer en consecuencia disponiendo una modificación del proyecto en este punto; o, con más probabilidad, del director de ejecución¹⁸⁶⁸, por no haber advertido el defecto de los materiales, dadas sus atribuciones y obligaciones en este ámbito¹⁸⁶⁹.

6. En relación a la subcontratación

El constructor responderá por hecho ajeno por los daños materiales que cause la actuación del subcontratista ex artículo 17.6.2º. Se trata de otro supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, también de carácter objetivo, similar al previsto respecto al jefe de obra o las personas que dependan del constructor ex artículo 17.6.1º, o respecto de los suministradores de productos en el artículo 17.6.3º. Esta responsabilidad respecto del subcontratista debe extenderse a los auxiliares de éste, a las subcontratas del primer subcontratista y a los productos de construcción que adquieran todos ellos, pues debe responder con carácter objetivo por todas las personas o empresas que emplee para el cumplimiento de su obligación¹⁸⁷⁰.

7. Suscripción de documentación y garantías

También incumben al constructor obligaciones documentales de importancia. En particular el artículo 11.2.f) LOE alude a la firma del acta de replanteo o de comienzo de obra y al acta de recepción. A su vez, el artículo 11.2.g) alude a su obligación de facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de

¹⁸⁶⁶En este cometido será fundamental la observancia de la normativa aplicable sobre productos de construcción, en particular las disposiciones sobre la cuestión del CTE, el Real Decreto 1630/1992, 29 de diciembre (BOE núm. 34, de 9 de febrero de 1993), sobre características de los productos de construcción para poder circular libremente por la UE, según la directiva 89/106/CEE, de 21 de diciembre de 1988 (DOCE núm. L 40/12, de 11 de febrero de 1989) sobre el marcado CE acreditativo de que un producto de construcción es adecuado para su uso en obras y puede circular libremente por el territorio de la Unión, previa la certificación de conformidad que se regula en el artículo 6 y Anexo III del Real Decreto antes citado. *Vid.* IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 297 a 313, sobre certificaciones de conformidad; pp. 316 a 343 sobre la autocertificación, marcado CE y certificaciones de adecuación y verificación.

¹⁸⁶⁷Piense en determinados materiales que, cumpliendo todos los requisitos formales y documentales, presenten un defecto que deba ser apreciado por el director de ejecución en base a sus específicos conocimientos técnicos.

¹⁸⁶⁸*Vid.* STS de 28 octubre 1991 (RJ 1991\7242), que condena solidariamente a constructor y arquitecto técnico, al primero por la utilización de materiales defectuosos y al segundo por su obligación respecto al control de calidad de éstos.

¹⁸⁶⁹*Cfr.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 166 a 168. Remarca esta autora que, si concurre una responsabilidad exclusiva del director de ejecución, el constructor no debe responder por hecho ajeno, pues esta posibilidad no se contempla en el artículo 17.6

¹⁸⁷⁰*Ibidem*, pp. 171 a 173.

la documentación de la obra ejecutada. Por su parte, el artículo 11.2.h) establece la obligación del constructor de suscribir las garantías previstas en el artículo 19.2.a)¹⁸⁷¹.

8. Otras obligaciones

Sobre el contratista pesan otros deberes derivados del principio de buena fe ex artículos 7 y 1.258 CC, como el de asesorar al comitente para que obtenga la máxima utilidad de la obra, el cual cobra mayor relevancia si éste es un consumidor no experto en edificación¹⁸⁷². También debe guardar y custodiar la construcción, no sólo por su propio interés en cuanto que se ejecuta a su riesgo y ventura, sino en interés del comitente¹⁸⁷³, así como garantizar la seguridad de todas las personas que accedan a su interior y de las que circulen por su entorno exterior.

C) Responsabilidad

1. Por vicios de construcción

El criterio de imputación que domina en la praxis continúa siendo el atribuir al constructor los “vicios de construcción”, según el tenor del artículo 1.591 CC, en relación con la obligación de resultado que le incumbe y los numerosos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno que asume¹⁸⁷⁴. Responde, por tanto, de los defectos que deban su origen a la ejecución material del edificio, incluyendo los causados por las personas por las que deba responder. Este intenso régimen de responsabilidad lo convierte en una especie de garante de la buena ejecución de la obra. En consecuencia, es el vicio de construcción lo que activa su responsabilidad, por lo que no responde si se atuvo al proyecto¹⁸⁷⁵, si bien, como perito debe advertir los errores de éste que entren en su ámbito de competencia¹⁸⁷⁶.

2. Por defectos de acabado

El artículo 17.1, *in fine*, LOE, establece 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*”. Destaca aquí el plazo de garantía anual, por cuanto que esta responsabilidad queda limitada a los defectos de terminación o acabado, debiendo entenderse como tales los debidos a un defectuoso remate en la ejecución de la obra, es decir, a desperfectos de escasa

¹⁸⁷¹ Este precepto establece la suscripción por el constructor, como tomador, de un seguro de daños materiales, seguro de caución o garantía financiera, para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra. Dicho precepto, contempla la posibilidad de que el promotor pacte con el constructor la suscripción por éste del seguro de habitabilidad y decenal de los apartados b y c del artículo 19.1 LOE.

¹⁸⁷² Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 349 y 350.

¹⁸⁷³ *Loc. cit.*

¹⁸⁷⁴ RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA ALGUACIL, M^a.J., “Los criterios de imputación...”, *op. cit.*, pp. 159 a 162.

¹⁸⁷⁵ Vid. SAP de Huelva de 13 de abril de 2016 (JUR 2016\166612), que exonera al constructor por ser imputable el vicio al sistema estructural contenido en proyecto.

¹⁸⁷⁶ Vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 390; *vid.* STS de 8 de mayo de 2007 (RJ 2007\2135), que hace responsable al constructor junto con el arquitecto por la omisión del estudio geotécnico.

entidad¹⁸⁷⁷ que se refieren a aspectos muy concretos y de detalle, de los que no deba responder la DF¹⁸⁷⁸. De este modo, esta imputación exclusiva del constructor no puede exonerar a los demás agentes constructivos en caso de defectos de mayor entidad, o si los mismos son generalizados, pues estas circunstancias elevan el rango del vicio y amplían su alcance subjetivo. Esta responsabilidad exclusiva lo es sin perjuicio de la solidaridad del promotor “en todo caso”, ex artículo 17.3, *in fine*, LOE¹⁸⁷⁹.

3. Por hecho ajeno

El artículo 17.6 LOE grava al constructor con varios supuestos de responsabilidad por hecho ajeno. Así, el artículo 17.6.1º lo hace responder respecto del jefe de obra y las demás personas físicas o jurídicas que de él dependan, por los daños materiales causados al edificio por impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones de aquellos; el artículo 17.6.2º, hace lo propio respecto de los daños o defectos de ejecución causados por los subcontratistas¹⁸⁸⁰; y el artículo 17.6.3º le atribuye responsabilidad por los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él. Esta responsabilidad opera tanto en la relación externa, frente a las reclamaciones de los propietarios ex artículo 18.1, como en la relación interna, frente a las acciones de regreso ex artículo 18.2 entre los distintos agentes de la edificación¹⁸⁸¹ y, en principio, origina el correspondiente derecho de repetición en favor del constructor. Su análisis lo realizamos en el Capítulo Noveno, § II.B).2.

4. Corresponsabilidad del director de ejecución

En la práctica es una tarea ardua deslindar la responsabilidad del constructor de la del director de ejecución, en cuanto que éste controla y supervisa la labor de aquél, haciendo lo propio también respecto de los materiales, por lo que la solución jurisprudencial dominante es la de imponer la solidaridad entre ambos, cuando, como sucede de ordinario, concurre una defectuosa ejecución con un control insuficiente. No obstante, en algunos supuestos se podrá individualizar la responsabilidad, como si el constructor obra incumpliendo las órdenes del director de ejecución, en cuyo caso sólo responde aquél salvo que éste debiera haber advertido este incumplimiento¹⁸⁸². Por el contrario sólo responderá el director de ejecución en caso de que imparta

¹⁸⁷⁷ Vid. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 203, que precisa en relación a este punto, que se trata de defectos que “*no siendo daños de la construcción propiamente dicha, afectan al acabado o terminación de la obra*”.

¹⁸⁷⁸ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 171 y 172.

¹⁸⁷⁹ Vid. DE LA ROCHA GARCÍA, E. y DEL ARCO TORRES, M.A., *Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, p 122.

¹⁸⁸⁰ Vid. SAP de Madrid de 5 de junio de 2014 (JUR 2014\235431).

¹⁸⁸¹ CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 388.

¹⁸⁸² La SAP de Madrid de 25 de octubre de 2005, FD 9º (AC 2005\2397), recuerda que el “*constructor es el primer responsable por la ejecución defectuosa o contraria a las normas de una buena construcción*” y que “*no es el mero ejecutor material de las obras; tiene cierto poder de decisión y conocimientos técnicos suficientes*”. Asimismo, la SAP de Islas Baleares de 19 Julio de 2005 (JUR 2005\216616), insiste en que “*es labor profesional [del constructor] la de conocer la lex artis que le es propia y no el mero aporte ciego y mecánico de su colaboración industrial en el proceso edificatorio*”; En el mismo sentido, STS de 16 abril de 1996 (RJ 1996\2954). Es más, la STS de 8 febrero de 1994 (RJ 1994\836), indica que “*el contratista, como profesional (...), debe indicar las consecuencias perjudiciales que se pudieran seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de una obra (...)*”.

órdenes inadecuadas, salvo que, como en el caso anterior, el constructor debiera haber advertido su incorrección. Si el contratista se opone a una determinada orden y el director de ejecución insiste en llevarla a efecto y se ejecuta, habrá que atender a las circunstancias del caso concreto¹⁸⁸³, entre las que cabe destacar si informó del problema al promotor y al director de obra. Estas situaciones podrán derivar en reclamaciones entre constructor y director de ejecución en orden a dirimir la responsabilidad de ambos¹⁸⁸⁴.

5. Precisiones sobre la responsabilidad contractual del constructor

Sobre el constructor pesa una obligación de resultado, de forma que no cumple sólo con desarrollar su actividad de modo diligente, sino únicamente con la consecución de la prestación convenida en el contrato, lo que justifica la asunción de los riesgos que el Código Civil le asigna antes de la entrega del edificio ex artículos 1.589 y 1.590 CC. De este modo, la obra se realiza a su riesgo y ventura¹⁸⁸⁵ y esta obligación de resultado marca el devenir del contrato¹⁸⁸⁶. Especial importancia reviste la posibilidad de reclamar al constructor por defectos constructivos en la dimensión contractual de este concepto. Así, se le podrá exigir responsabilidad contractual por deficiencias que no causen daños materiales en el edificio, incumplimiento de normas técnicas, defectos estéticos, vicios no recogidos en el artículo 17.1 LOE, elementos no ejecutados, defectos de cabida, diferencia de calidades o cualquier otra diferencia entre el edificio contratado y el entregado. En este ámbito cabe resaltar la posibilidad de establecer penalizaciones por incumplimiento¹⁸⁸⁷, las cuales podrán instrumentarse para asegurar la efectividad de determinados pactos.

IV. EL PROYECTISTA

A) Delimitación de la figura

La figura del proyectista viene regulada en el artículo 10 LOE y tiene como base la necesidad de proyecto¹⁸⁸⁸ que establece el artículo 4 LOE para las obras de edificación contempladas en su artículo 2.2, salvo para las 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”. Se trata del agente

¹⁸⁸³MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías...*, op. cit., p. 65 a 71.

¹⁸⁸⁴Vid. DE LA ROCHA GARCÍA, E. y DEL ARCO TORRES M.A., *Ley de Ordenación...*, op. cit., pp. 124 y 125.

¹⁸⁸⁵Vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 15. El constructor...”, op. cit., pp. 311 y 312.

¹⁸⁸⁶Señala MARTÍ MARTÍ, J., “Arrendamiento de obra y entrega defectuosa”, *Diario La Ley*, núm. 5711, 4 de febrero de 2003, p. 1, que “lo primero que hay que convenir es que en las situaciones de encargo de obra a contratista, lo que se da en forma preferente es un arrendamiento de obra de resultado. Es decir, no se trata del encargo de unos trabajos o de una actuación sin exigencia de un resultado final. Al contratista se le encomienda o bien un resultado constructivo (una vivienda, una edificación, etc.) o bien una obra de rehabilitación (reparación de fachadas, rehabilitación de edificación, etc.). Pero ambas actuaciones, o todas ellas, pretenden la satisfacción de un encargo del comitente. Un resultado concreto y conocido de antemano (la vivienda según proyecto, el aparcamiento o la rehabilitación de la fachada de la finca, etc.), un resultado, al fin y al cabo”.

¹⁸⁸⁷Vid. sobre la cláusula penal en el contrato de obra, MARTÍNEZ MAS, F., *La cláusula penal en el contrato de obra*, DAR, Las Palmas de Gran Canaria, 2005, pp. 127 a 131.

¹⁸⁸⁸Plantea MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 125 y 126, que si se realiza una edificación que requiere proyecto sin el mismo, surge la duda de si debe responder por los vicios el promotor que no lo contrató debiendo hacerlo, o el constructor que ejecutó la obra debiendo haberse abstenido de ejecutarla sin proyecto.

que, “por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto”¹⁸⁸⁹. El artículo 10.2 LOE establece la necesidad de que el proyectista cuente con la titulación académica y profesional habilitante¹⁸⁹⁰. Cumple destacar que este artículo 10.2 LOE reconoce la posibilidad de que una persona jurídica asuma la función de proyectista, en cuyo caso establece entre sus obligaciones la “de designar al técnico redactor del proyecto que tenga la titulación profesional habilitante”¹⁸⁹¹. El proyectista será de ordinario un arquitecto, ingeniero o arquitecto técnico¹⁸⁹². La redacción del proyecto constituye un hito medular en el proceso edificatorio y su contenido habrá de ser observado durante toda la fase de ejecución de la obra. No obstante, su eficacia persiste a su finalización, pues la propia licencia de obra constituye un “documento en blanco” que se integra por remisión a un proyecto determinado, por lo que su examen será imprescindible para el otorgamiento de la LPO. Del mismo modo, será necesario referenciarlo en la escritura de obra nueva para la inscripción en el registro del edificio¹⁸⁹³, y podrá tener una importancia crítica para dirimir las discrepancias que surjan entre promotor y constructor por razón del contrato de obra, así como para delimitar responsabilidades en los posibles procesos por defectos constructivos que se puedan incoar.

B) Obligaciones

1. Cumplimiento de la normativa vigente

El proyectista debe redactar el proyecto “con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato y entregarlo, con los visados que en su caso fueran preceptivos” —artículo 10.2.b) LOE—. En el mismo sentido, señala el artículo 10.1 la necesidad de redactar el proyecto “con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente”. En consecuencia, su redacción debe cumplir las exigencias técnicas y urbanísticas legalmente vigentes, pero, igualmente, habrá de observarse lo que se haya pactado en el contrato respecto al edificio, con respeto en todo caso a los requisitos básicos de la edificación del artículo 3 LOE y a la *lex artis* profesional ex artículo 1.258 CC. El incumplimiento de lo anterior le hará incurrir en responsabilidad¹⁸⁹⁴, sin que su cumplimiento le libere de ésta, pues el nivel de diligencia exigible no puede verse reducido al cumplimiento de determinadas exigencias legales o reglamentarias¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁸⁹ Vid. Decreto 462/1971, de 11 de marzo por el que se aprueban las normas de redacción de proyectos y dirección de obras de edificación (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1971).

¹⁸⁹⁰ En cualquier caso, la persona que redacte un proyecto defectuoso que ocasione vicios constructivos, es responsable de los mismos, aunque no tenga la titulación adecuada. Vid. STS 8 noviembre 2002 (RJ 2002\9833).

¹⁸⁹¹ Vid. artículo 11.2 y DA 2ª de la ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007), sobre las deudas que deriven de actos profesionales y la responsabilidad solidaria de la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado.

¹⁸⁹² ARENAS CABELLO, F.J., *El régimen jurídico de la profesión de arquitecto técnico y aparejador*, Tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 2002, p. 488, precisa como los arquitectos técnicos ostentan facultades para proyectar ciertos edificios.

¹⁸⁹³ Vid. CORDERO LOBATO, E., *El Código Técnico de la Edificación...*, op. cit., pp. 149 y 150.

¹⁸⁹⁴ GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 119 a 124, destaca la importancia del cumplimiento de las anteriores Normas Básicas de la Edificación (NBE), como criterio de imputación de responsabilidad en relación con los errores de cálculo de estructuras y resistencia.

¹⁸⁹⁵ *Ibidem*, pp. 120 y 121.

2. Conocimiento de las características del terreno

Del 12.3.b) LOE se desprende la obligación del proyectista de conocer las características geotécnicas del terreno, aunque dicho precepto no dispone expresamente la obligación de realizar un estudio geotécnico. Sin embargo, este estudio resulta necesario para realizar el proyecto¹⁸⁹⁶, y para que el director de obra verifique la adecuación de la estructura y de la cimentación a las características geotécnicas del terreno, según dispone el citado artículo 12.3.b) LOE¹⁸⁹⁷. El CTE sí alude a la “información geotécnica” como parte integrante del proyecto en la parte primera, Anejo I, y, con más detalle, al “estudio geotécnico” en el DBSE-C¹⁸⁹⁸ sobre seguridad estructural y cimientos, de lo se deduce su carácter obligatorio¹⁸⁹⁹. Las responsabilidades derivadas de un estudio geotécnico defectuoso deberán atribuirse a quien lo haya contratado. Así, si lo contrató el promotor parece que deberá responder éste¹⁹⁰⁰, salvo que los defectos debieran haber sido detectados por el proyectista; y si lo contrató este último, él será quien asuma la responsabilidad que proceda. En cualquier caso, queda a salvo el derecho de repetición contra el autor del estudio geotécnico.

3. Realización de un proyecto viable

Es sin duda la obligación principal del proyectista, que engloba las anteriores, pues no habrá proyecto viable si el mismo no cumple las exigencias legales, técnicas y urbanísticas; si el mismo no se ajusta a las características del terreno; o si no existe la necesaria coordinación entre el proyecto principal y los proyectos parciales. No obstante, la viabilidad exige también que se ajuste a los requisitos fijados por el promotor al realizar el encargo, en cuanto a la concepción, estética, calidad, uso y destino del edificio, presupuesto económico o plazo de entrega.

4. Coordinación de los proyectos parciales o especiales

Conforme al artículo 10.1.2º LOE el proyectista principal deberá establecer la necesaria coordinación entre su proyecto y los que se realicen por otros proyectistas para determinadas partes del edificio o para algunas tecnologías o instalaciones, como sucede con los proyectos para garajes de vehículos, telecomunicaciones o

¹⁸⁹⁶ Vid. RIVES SEVA, J.M., “Apuntes sobre la responsabilidad civil en la edificación. La llamada responsabilidad decenal”, *Diario La Ley*, núm. 6239, 26 de abril de 2005, ap.II.3. Destaca este autor que la importancia del estudio geotécnico estriba en la necesidad de conocer la naturaleza, resistencia, deformabilidad, agresividad y estabilidad del terreno, de cara a establecer “una solución de cimentación adecuada, debidamente diseñada, calculada y ejecutada, como mejor garantía para la estabilidad y durabilidad del edificio, evitando muchas y graves patologías en el futuro”. Este autor, de forma sencilla y didáctica para el profano, expone el comportamiento de las distintas tipologías del terreno en función de las cinco características citadas.

¹⁸⁹⁷ Vid., en el mismo sentido, BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad del arquitecto...*, op. cit., p. 83, que destaca como antes de la LOE, sólo se realizaba el estudio geotécnico para edificios muy complejos.

¹⁸⁹⁸ SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, op. cit., p. 203.

¹⁸⁹⁹ Vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 16. El director de obra”, *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 318, entiende que la LOE ha eliminado el carácter facultativo del estudio geotécnico; en el mismo sentido GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 125, lo considera obligatorio desde la aprobación de la Instrucción de Hormigón Estructural (EHE-98), por el Real Decreto 2661/1998, de 11 de diciembre (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1999).

¹⁹⁰⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 131; en el mismo sentido CASTRO BOBILLO, C., “Aspectos jurídicos del Código Técnico de la Edificación...”, op. cit., p. 23.

electricidad que sean requeridos por la complejidad actual del proceso edificatorio¹⁹⁰¹. De este modo, aquellos desajustes, deficiencias o vicios constructivos que deriven de una deficiente coordinación entre todos ellos serán responsabilidad del proyectista principal¹⁹⁰².

C) Responsabilidad

1. Por defectos de proyecto

Este agente de la edificación responde de los defectos derivados de la ineficiencias, insuficiencias o incorrecciones del proyecto, tanto propias como de las personas por las que deba responder por hecho ajeno. Así, responderá si el proyecto es inadecuado y no es apto y realizable o por contener imperfecciones o deficiencias que supongan el incumplimiento de los requisitos básicos de la edificación. Se ha indicado que los vicios de proyecto pueden proceder de aspectos relacionados con el suelo¹⁹⁰³, de los errores de diseño¹⁹⁰⁴ y de las omisiones técnicas. Los primeros resultan de la inadecuación del proyecto a las condiciones geotécnicas del terreno; los segundos consisten en previsiones que violan las reglas del arte de la construcción y afectan a la solidez, estabilidad o habitabilidad del edificio; y las omisiones técnicas pueden referirse a defectos de los sistemas de cimentación, de contención de tierras, de las proporciones y resistencia de los materiales empleados en muros, vigas y forjados, entre otros factores¹⁹⁰⁵. El incumplimiento de lo anterior le hará incurrir en responsabilidad¹⁹⁰⁶, si bien el mero cumplimiento de la normativa técnica no le libera de ésta¹⁹⁰⁷.

2. Responsabilidad por hecho ajeno

El artículo 17.2 LOE prevé que la responsabilidad personal e individualizada que consagra pueda derivarse tanto de actos u omisiones propios, como de actos u omisiones de las personas por las que se deba responder. Así, el proyectista responde por hecho ajeno respecto de los profesionales que contrate para la realización de cálculos, estudios, dictámenes o informes, si éstos resultan insuficientes, incorrectos o inexactos, sin perjuicio del derecho de repetición, según dispone el artículo 17.5.2º LOE¹⁹⁰⁸. Su fundamento radica en que, al aceptar los trabajos de otro y aplicarles sus

¹⁹⁰¹En este sentido, precisa el apartado 3 del Anejo I sobre “Contenido del Proyecto”, de la Parte I del CTE, que “*cuando el proyecto se desarrolle o complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos, en la memoria del proyecto se hará referencia a éstos y a su contenido, y se integrarán en el proyecto por el proyectista, bajo su coordinación, como documentos diferenciados de tal forma que no se produzca duplicidad de los mismos, ni en los honorarios a percibir por los autores de los distintos trabajos*”.

¹⁹⁰²Vid. en este sentido SIERRA PÉREZ, I. “La responsabilidad de los agentes...”, *op. cit.*, pp. 120 y 121, que atribuye al proyectista principal la obligación de control y coordinación de estos proyectos.

¹⁹⁰³SAP de Madrid de 18 de enero de 2016 (JUR 2016\37521), que atribuye responsabilidad al proyectista por un problema de suelo derivado del nivel freático.

¹⁹⁰⁴SAP de Barcelona de 31 de mayo 2018 (JUR 2018\166852), que atribuye responsabilidad al proyectista por un defecto de diseño en la anchura de determinados puntos de la rampa de acceso al parking.

¹⁹⁰⁵Vid. DE LA ROCHA GARCÍA, E. y DEL ARCO TORRES, M.A., *Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

¹⁹⁰⁶GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 119 a 124.

¹⁹⁰⁷*Ibidem*, pp. 120 y 121.

¹⁹⁰⁸Esta responsabilidad por hecho ajeno la establece la STS de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008\3067), dictada bajo el régimen del artículo 1.591 CC, que condena al arquitecto proyectista, argumento que éste no puede exonerarse de responsabilidad aduciendo la incorrección del estudio geotécnico. La STS

conocimientos profesionales, los hace suyos y asume las consecuencias que de ello se deriven¹⁹⁰⁹. Sin embargo, no habrá lugar a esta responsabilidad si estos cálculos son contratados por el promotor para su entrega al proyectista, pues el artículo 17.5.2º sólo la dispone cuando es éste quien los encarga. Lo anterior salvo que debiera haber advertido las deficiencias¹⁹¹⁰. Su análisis lo realizamos en el Capítulo Noveno, § II.B).1.

3. Responsabilidad en caso de pluralidad de proyectistas

Además de la existencia de un proyecto básico y de ejecución¹⁹¹¹, que de ordinario se realizarán por el mismo técnico en dos momentos distintos del proceso constructivo, pueden concurrir una pluralidad de proyectistas respecto al mismo edificio, bien sea como autores de un mismo proyecto, bien como autores de proyectos distintos.

a) Proyecto realizado por varios proyectistas de modo conjunto

Para que se produzca este supuesto es necesario que los proyectistas actúen en plano de igualdad, asumiendo una obligación de modo conjunto, sin que exista subordinación entre ellos. En este caso, el artículo 17.5.1º LOE establece la responsabilidad solidaria entre todos los técnicos que contraten conjuntamente la realización del proyecto¹⁹¹².

b) Proyectos parciales, complementarios o especiales

En este caso todos ellos deben coordinarse con el proyecto principal, si bien cada técnico asume la titularidad del suyo —artículo 10.1. 2º y 3º LOE—. Estos proyectos pueden ser contratados por el promotor directamente con los técnicos que los realicen, o por el proyectista principal previo acuerdo con aquél —artículo 10.2.c) LOE—. En este escenario, si se producen vicios constructivos y no es posible individualizar o graduar la responsabilidad, regirá la solidaridad ex artículo 17.3, *ab initio*; si lo es responderá el proyectista al que ésta se le impute, tanto si estos proyectos son contratados directamente por el promotor, como si lo son por el proyectista previo acuerdo con aquél¹⁹¹³. Por el contrario, si los proyectos parciales se

de 31 de marzo de 2005 (RJ 2005\2743), condena al proyectista y rechaza la condena solidaria de la empresa que realizó los cálculos de la estructura de la edificación, razonando que la extensión de la responsabilidad subjetiva del artículo 1.591 CC, no abarca a quien efectúa dichos cálculos, invocando a efectos interpretativos el artículo 17.5 LOE.

¹⁹⁰⁹ Vid. GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 129 y 130,

¹⁹¹⁰ Vid. STS de 10 de abril de 2015 (RJ 2015\1518), que atribuye responsabilidad solidaria al proyectista, por un proyecto de cimentación especial realizado por un geólogo a instancia del promotor, por haber aceptado el encargo, invocando lo dispuesto en el artículo 17.5 y 17.7 LOE. No obstante, parece que el supuesto debe incardinarse en un caso de pluralidad de proyectos, en relación con la función de coordinación que corresponde al proyectista principal ex artículo 10.1 LOE.

¹⁹¹¹ Así, el artículo 6.3 CTE, dispone que “a efectos de su tramitación administrativa, todo proyecto de edificación podrá desarrollarse en dos etapas: la fase de proyecto básico y la fase de proyecto de ejecución.

¹⁹¹² Vid. *infra* Capítulo Noveno, § I.B).2.a).ii), sobre la solidaridad en estos supuestos.

¹⁹¹³ Indica MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., pp. 133 a 135, que, en este caso, se produce una cesión parcial tácita del proyecto. No comparte esta opinión CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, op. cit., p. 392, que considera que el proyectista principal debe responder si contrató a los autores de los proyectos parciales ex artículo 1.596, sin que la aceptación por el promotor del profesional elegido, le releve de esta responsabilidad; en el mismo sentido GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 132 y 133.

realizan por terceros sin el consentimiento del promotor, deberá responder el proyectista principal, salvo consentimiento posterior de aquél¹⁹¹⁴, aunque esta exoneración puede no surtir efectos frente a los propietarios¹⁹¹⁵. De este modo, siendo individualizables los vicios de cada proyecto, no parece que deba responder el proyectista principal, salvo que el problema derive de falta de coordinación entre los mismos¹⁹¹⁶, en cuyo caso responde, sin perjuicio de la posible solidaridad de todos ellos ex artículo 17.3, *ab initio*¹⁹¹⁷, si no es posible individualizar la causa o el grado de participación de cada uno de ellos en los daños ocasionados. Tampoco parece que deba responder en estos casos el proyectista principal por hecho ajeno, por cuanto que no se trata de la subcontratación de los cálculos, estudios, dictámenes o informes a los que alude el artículo 17.5.2º, sino de proyectos completos, aunque parciales, debiendo tenerse en cuenta que la responsabilidad vicaria debe limitarse a los supuestos legalmente previstos¹⁹¹⁸.

4. Precisiones sobre la responsabilidad contractual del proyectista

a) Legitimación

En este punto serán de aplicación las reglas que rigen este tipo de responsabilidad y que condicionan el ejercicio de las acciones de esta índole. Así, cumple remarcar que, cuando el contrato se concierta con una sociedad, la legitimación pasiva contractual la ostenta aquella y no los profesionales personas físicas que sean sus socios¹⁹¹⁹, salvo que proceda establecer una responsabilidad solidaria según el artículo 11.2 y DA 2ª de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales¹⁹²⁰, en relación a las deudas que deriven de actos incluidos en su objeto social, de los que responden solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, supuesto que alcanza a los casos de negligencia¹⁹²¹.

¹⁹¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁹¹⁵ Destaca MINGORANCE GOSÁLVEZ, Mª.C., "Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 206, el vacío de la LOE en relación con la atribución de responsabilidad de los proyectos parciales.

¹⁹¹⁶ Cfr. CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 391 y 392. En estas páginas esta autora coincide con la opinión expuesta, salvo si los proyectistas autores de los proyectos parciales dependen del proyectista principal. *Vid.* STS de 10 de abril de 2015 (RJ 2015\1518).

¹⁹¹⁷ ORTI VALLEJO, A., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 792.

¹⁹¹⁸ *Loc. cit.*

¹⁹¹⁹ *Vid.* SAP de Asturias de 30 de diciembre de 2013 (JUR 2014\28288); o SAP de Madrid de 30 de octubre de 2014 (JUR 2015\38774). En estas dos sentencias se abordan supuestos en los que se ejercitan acciones contractuales, contra arquitectos que contrataron sus servicios a través de sociedades, y se aprecia la falta de legitimación pasiva por no haber sido demandada la entidad mercantil, aunque en ninguno de ellos se alude al supuesto de solidaridad del artículo 11.2 y DA 2ª de la Ley de sociedades profesionales.

¹⁹²⁰ BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007

¹⁹²¹ *Vid.* CRESPO MORA, Mª.C., "La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012, p. 19, sobre la responsabilidad solidaria entre la sociedad y los socios en caso de negligencia. Destaca esta autora que la solidaridad se produce entre la sociedad y los socios profesionales que hayan actuado, y entre éstos entre sí, e incluso se va más allá, pues responden aunque puedan delimitarse las responsabilidades; *vid.* FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad del arquitecto...*, *op. cit.*, pp. 258 y 259, que analiza el solapamiento de responsabilidad que se produce en estos casos entre el profesional y sociedad, y aboga por el establecimiento de una solidaridad entre ambos, tal y como hoy establece la Ley de sociedades profesionales.

b) Obligación de resultado

El contrato del proyectista, en línea con lo apuntado anteriormente, impone a éste una obligación de resultado. Es decir, se trata de un contrato de obra¹⁹²² que el proyectista incumple si el proyecto es inviable por razones técnicas, urbanísticas o de cualquier orden, lo cual puede comportar la denegación del visado colegial y de la licencia de obra¹⁹²³. Así, el Tribunal Supremo caracteriza esta obligación como de resultado —SSTS de 19 junio de 1982¹⁹²⁴, 27 octubre de 1986¹⁹²⁵ o 22 de julio de 2000¹⁹²⁶—, de modo que el contrato sólo se cumple cuando el proyecto es viable y permite obtener el visado colegial y la licencia urbanística. Se configura así esta obligación con arreglo al esquema de las obligaciones de resultado, en las que no basta con observar la diligencia exigible¹⁹²⁷. El riesgo de pérdida de viabilidad del proyecto es del técnico hasta el momento de su entrega al comitente¹⁹²⁸.

c) Algunos supuestos de incumplimiento contractual

Existe incumplimiento del contrato si el proyecto no se ajusta a las normas urbanísticas vigentes en el momento de visarse y solicitarse licencia, aunque se ajuste a las características del encargo, salvo si esa circunstancia era conocida por el promotor¹⁹²⁹. También lo constituye el incumplimiento desproporcionado de las condiciones económicas indicadas por el comitente, aunque el proyecto sea viable¹⁹³⁰. La demora en la entrega que frustra el contrato es causa de resolución, aunque se deba al retraso colegial en el visado¹⁹³¹. Si el proyecto se realiza por técnico incompetente el contrato no es nulo, sino que existirá un incumplimiento contractual que generará obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a cargo del proyectista, o incluso del colegio profesional que vise el proyecto, o de la Administración que concediese licencia en base al mismo y que después declare su nulidad por esta causa¹⁹³².

V. EL DIRECTOR DE OBRA

A) Delimitación de la figura

El artículo 12 LOE aborda la figura del director de la obra al que se refiere como *“el agente que, formando parte de la dirección facultativa, 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”*¹⁹³³. Este técnico debe estar en posesión de la misma

¹⁹²²Cfr. CORDERO LOBATO, E., *El Código Técnico de la Edificación...*, op. cit., pp. 148 y 149.

¹⁹²³Vid. loc. cit.

¹⁹²⁴RJ 1982\3433.

¹⁹²⁵RJ 1986\5960.

¹⁹²⁶RJ 2000\6472.

¹⁹²⁷Cfr. CORDERO LOBATO, E., *El Código Técnico de la Edificación...*, op. cit., pp. 148 y 149.

¹⁹²⁸STS de 3 de noviembre de 1983 (RJ 1983\5953).

¹⁹²⁹STS 17 de junio de 1988 (RJ 1988\5112).

¹⁹³⁰STS 24 de septiembre de 1984 (RJ 1984\4303).

¹⁹³¹STS de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986\5960).

¹⁹³²CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 504.

¹⁹³³Al director de obra también se refiere el artículo 7 CTE, relativo a las condiciones en la ejecución de las obras, indicando que *“las obras de construcción del edificio se llevarán a cabo con sujeción al*

titulación que la LOE exige al proyectista¹⁹³⁴, hasta el punto de que es usual que éste asuma la dirección de obra, si bien esta labor puede encomendarse a un técnico distinto. Como indica el precepto citado, el director de obra forma parte de la dirección facultativa, en la que se integra también el director de ejecución de la obra —artículo 13 LOE—, siendo posible que el primero desempeñe igualmente la labor de éste, en cuyo caso asume también las obligaciones de este agente constructivo —artículo 12.3.g) LOE—. De este modo, un solo técnico podría realizar la triple función de proyectista, director de obra y director de ejecución, siempre que cuente con la titulación adecuada. Procede destacar, que el artículo 12.3.a) LOE admite la posibilidad de que una persona jurídica asuma la dirección de obra, en cuyo caso establece entre sus obligaciones la “*de designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante*”¹⁹³⁵.

B) Obligaciones

1. Comprobación del proyecto

Establece el artículo 12.3.b) LOE la obligación del director de obra de “*verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno*”. Esta obligación lo convierte en responsable por hecho ajeno respecto del proyectista, según el artículo 17.7.2º LOE¹⁹³⁶. De este modo, se impone al director de obra una obligación que comporta un análisis crítico del proyecto en relación a dos aspectos fundamentales, como son el replanteo¹⁹³⁷ o adecuación a la superficie sobre la que se va a edificar, y la viabilidad de la estructura respecto de las características geotécnicas del terreno. Así, esta función de control abarca al estudio geotécnico y a todos los aspectos que guarden relación directa con la ejecución de la obra.

2. Realización de modificaciones al proyecto

a) Por razones técnicas

Establece el artículo 12.3.d) LOE como obligación del director de obra la de “*elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y*

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”. Vid. Decreto 462/1971, de 11 de marzo por el que se aprueban las normas de redacción de proyectos y dirección de obras de edificación (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1971).

¹⁹³⁴ Vid. la relación entre los artículos 10.2.a) y 12.3.a) LOE.

¹⁹³⁵ Vid. artículo 11.2 y DA 2ª de la ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007), sobre las deudas que deriven de actos profesionales y la responsabilidad solidaria de la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado.

¹⁹³⁶ Vid. LLEDÓ YAGÜE, F., “Algunas reflexiones urgentes en la Ley de Ordenación de la Edificación: Notas aclaratorias en la protección del consumidor de inmuebles”, en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, p. 27.

¹⁹³⁷ Vid. MIRANDA CABRERA, A., *Manual del Promotor Inmobiliario*, 6ª ed., Comares, Granada, 2004, p. 195, que indica que el acta de replanteo “*es el acto en virtud del cual se traslada a la realidad física del terreno lo que aparece en un plano, procediendo al señalamiento de los vértices por medio de hitos e incluso marcando sus líneas perimetrales, y constatándose en definitiva que el proyecto es ejecutable en la parcela de que se trate*”.

observadas en la redacción del proyecto". En este sentido, el director de obra sólo debe realizar las modificaciones que vengan determinadas por la marcha de la obra, fundamentalmente por motivos imprevistos, para ajustar el proyecto por razones técnicas, urbanísticas o medioambientales. Sin embargo, no estará obligado a instrumentarlas si obedecen a la mera voluntad de promotor, en cuyo caso se requerirá un acuerdo entre las partes conforme al artículo 1.593 CC. Tampoco si se trata de un proyecto defectuoso, supuesto en el que procede su reforma por el proyectista¹⁹³⁸. Ni este artículo 12.3.d), ni el artículo 7.1 CTE atribuyen al promotor el derecho a modificar el proyecto, puesto que ambos se refieren a las modificaciones de obra impuestas por defectos técnicos, que, tanto el contratista como el director de obra, deben realizar "*para propiciar un resultado útil para el comitente*"¹⁹³⁹. De este modo, ni la LOE ni el Código Civil reconocen al promotor la facultad de introducir cambios en el encargo inicial, por lo que las obras adicionales no necesarias para la ejecución pactada requerirán un acuerdo previo con el director de obra, sin que el *ius variandi* del comitente pueda fundarse en el artículo 1.594 CC¹⁹⁴⁰.

b) Otras modificaciones

Cuando las modificaciones tienen un alcance distinto, exceden de lo dispuesto en el artículo 12.3.d) y, según lo indicado, el director de obra no tendría obligación de introducirlas, salvo si lo acuerda con el comitente. En concreto se trataría de modificaciones requeridas por el promotor para variar algún extremo de la edificación, como materiales, calidades o distribución de espacios. En estos supuestos, el director de obra puede incurrir en responsabilidad si las autoriza y por esta causa se originan vicios constructivos. Para eludirla debe oponerse a aquellas cuando considere que no proceden técnicamente y, llegado el caso, puede instar la resolución del contrato de acuerdo con las normas de su *lex artis* y de su deontología profesional¹⁹⁴¹. De este modo, en este escenario sólo la resolución del encargo le exonerará de responsabilidad¹⁹⁴². Además, si estos cambios determinan la existencia de un edificio con características distintas a las contenidas en el proyecto, con arreglo a las que se formalizaron los contratos de compraventa, existirá una responsabilidad contractual del promotor como vendedor, aunque se cumplan los requisitos básicos del artículo 3 LOE y no se originen vicios constructivos¹⁹⁴³.

3. En relación a la ejecución de la obra

El artículo 12.3.c) impone al director de obra la obligación de "*resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Órdenes y*

¹⁹³⁸ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Las modificaciones del proyecto...", *op. cit.*, pp. 116 a 123

¹⁹³⁹ Vid. CORDERO LOBATO, E., *El Código Técnico...*, *op. cit.*, pp. 168 a 170, que subraya que, el derecho unilateral a modificar la obra por otros motivos —razones de interés público, necesidades nuevas o causas imprevistas— sólo existe en los contratos del sector público.

¹⁹⁴⁰ CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 16. El director de obra...", *op. cit.*, 322 y 323

¹⁹⁴¹ Vid. FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad del arquitecto...*, *op. cit.*, pp.144 y 145, que pone de relieve como con anterioridad a la LOE se admitían dichas modificaciones a instancia del promotor, siempre que ese *ius variandi* no comportaría un *aliud opus*, y que fueran dirigidas a la mejor ejecución de la obra.

¹⁹⁴² Vid. GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

¹⁹⁴³ También podrá concurrir una posible responsabilidad del proyectista en base al concepto de tutela aquiliana del crédito. Vid. en este sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 139 a 141.

*Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto*¹⁹⁴⁴. Aflora aquí la función que la jurisprudencia del Tribunal Supremo le había atribuido en el marco del artículo 1.591 CC, en cuanto le corresponde la “superior dirección” de la obra¹⁹⁴⁵. De este modo, el director de obra debe impartir instrucciones al director de la ejecución y al constructor para la correcta edificación del proyecto, consignándolas en el libro de órdenes y asistencias¹⁹⁴⁶, y debe resolver las dudas que se planteen durante la ejecución de la obra, en cuya resolución habrá de guiarse por el contenido del proyecto, el destino y uso del edificio y por las exigencias legales de carácter técnico y urbanístico. De este modo, incurrirá en responsabilidad si en el desempeño de esta labor desvirtúa el contenido del proyecto o transgrede las normas legales o lo convierte en inviable.

¹⁹⁴⁴ Vid. artículo 7.1.4 CTE, el cual dispone que “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”. Como precisa CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 16. El director de obra..., *op. cit.*, pp. 320 y 321, aunque ninguna norma lo establece expresamente, del contenido del articulado del CTE parece desprenderse que el control de calidad es una competencia del director de la ejecución de obra, aunque, generalmente, en la legislación autonómica que se refiere a esta materia se configura como una obligación de la dirección facultativa en su conjunto, es decir, incluyendo al director de obra y al director de ejecución, aunque no faltan disposiciones que la atribuyen a técnicos concretos o al director de ejecución.

¹⁹⁴⁵ En este sentido la SAP de Madrid de 3 noviembre de 2014 (JUR 2015\38997), indica que “a modo de concreción, cabe señalar en cuanto a las obligaciones que son del siguiente tenor: 1) que la construcción se ejecute en cuanto a su forma con arreglo a las normas constructivas especificadas en el proyecto, o, si alguna quedará sin especificar, de lo que se decidiera en obra; 2) de que se ejecute con arreglo a las normas legales y técnicas que rijan la realización del proyecto; 3) de que la obra ejecute el proyecto aceptado y contratado, con el mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad, correspondiéndole, en definitiva, la superior dirección de la obra y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con proyectado, no quedando reducida su función a la mera y aséptica confección del proyecto, sino que en el desempeño de su aludida función de director de la obra, le incumbe también inspeccionar y controlar si la ejecución de la misma se ajusta o no al proyecto y, en caso contrario, dar las órdenes oportunas correctoras de la labor constructiva, y al suscribir o emitir el certificado final de la obra garantiza su correcta ejecución, la aprueba y faculta la obtención de la cédula de habitabilidad de la vivienda, pudiendo obedecer su responsabilidad no sólo a un actuar positivo, sino también a una omisión técnica o pasividad”.

¹⁹⁴⁶ El Libro de Órdenes y Asistencias se menciona en la LOE, artículos 12.3.c) y 13.2.d), en relación con el director de obra y el director de la ejecución, aludiendo a su obligación de hacer constar en el mismo las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto y la ejecución de la obra, respectivamente. También alude al mismo el CTE, en el anejo II.1 de la Parte I, sobre la documentación del seguimiento de la obra. Su regulación específica se establecía por el artículo 4 del Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se aprueban las normas de redacción de proyectos y dirección de obras de edificación (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1971), y se desarrollaba por Orden Ministerial de 9 junio 1971, por la que se dictan normas sobre el Libro de Ordenes y Asistencias en las obras de edificación (BOE núm. 144, 17 junio de 1971). Ambas normas deben entenderse matizadas por las precisiones contenidas en el CTE. En el Libro de Órdenes y Asistencias, el director de obra y el director de la ejecución, consignarán las instrucciones propias de sus respectivas funciones y obligaciones. Al respecto dispone el apartado II.1.4 del anejo II de la Parte I, que, una vez finalizada la construcción de la obra, el Libro de Ordenes y Asistencias, junto con la demás documentación del seguimiento de la obra, será depositado por el director de la obra en el colegio profesional correspondiente o, en su caso, en la Administración Pública competente, que aseguren su conservación y se comprometan a emitir certificaciones de su contenido a quienes acrediten un interés legítimo.

4. La suscripción de la documentación de obra

El artículo 12.3, apartados e) y f), obligan al director de obra a “*suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos*” y a “*elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos*”¹⁹⁴⁷. Se trata de una obligación formal de gran trascendencia, en la que se incluyen documentos en los que se plasma la evolución de la obra desde su inicio con el acta de replanteo; su desarrollo con las certificaciones de obra¹⁹⁴⁸ y las instrucciones recogidas en el libro de órdenes y asistencias (12.3.c); y su conclusión con la liquidación final de obra, el certificado final de obra y el acta de recepción¹⁹⁴⁹. Además, esta obligación se extiende a la preparación de la documentación de la obra ejecutada¹⁹⁵⁰ para su entrega al promotor, según dispone el artículo 7 LOE.

5. Especial consideración del certificado final de obra

El Certificado Final de Obra (CFO) se menciona expresamente en la LOE, en sus artículos 12.3.e) y 13.2.e), aludiendo a la obligación del director de obra y del director de ejecución de proceder a su suscripción. Su regulación se contienen en el artículo 6 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 edificación¹⁹⁵¹, y su contenido actual se haya establecido en el apartado II.3, del Anejo II, Parte I CTE¹⁹⁵². En concreto, en relación al director de obra, el CTE precisa que “*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*”. Se trata de un documento que debe ser previo al acta de recepción, con la que se encuentra directa y estrechamente relacionado y, que, una vez visado por el

¹⁹⁴⁷También alude a esta obligación el Artículo 7.1.2. CTE, disponiendo que “*durante la construcción de la obra se elaborará la documentación reglamentariamente exigible. En ella se incluirá, sin perjuicio de lo que establezcan otras Administraciones Públicas competentes, la documentación del control de calidad realizado a lo largo de la obra*”. En el anejo II CTE se detalla, con carácter indicativo, el contenido de la documentación del seguimiento de la obra.

¹⁹⁴⁸Precisa CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 16. El director de obra...”, *op. cit.*, p. 325, en relación a las certificaciones parciales de obra, que es usual en los contratos de obra que los pagos se realicen previa emisión de estas certificaciones, una vez hayan sido conformadas por la dirección facultativa; *vid.* DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 138 a 148, que definen las certificaciones como documentos que acreditan obra efectiva y satisfactoriamente realizada aprobada por la dirección técnica.

¹⁹⁴⁹Es usual que el director de obra firme el acta de recepción, aunque el artículo 6 LOE no lo preceptúa.

¹⁹⁵⁰La Documentación de la Obra Ejecutada se menciona en el artículo 7 LOE, para referirse al contenido que debe integrar el Libro del Edificio, cuyos destinatarios son los usuarios finales de la obra. Entre dicha documentación deben incluirse el proyecto, las modificaciones del mismo debidamente aprobadas, el acta de recepción, la relación de agentes de la edificación, las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones. También alude al Libro del Edificio el artículo 8.2 CTE, precisando que en este documento debe incluirse un Plan de Mantenimiento del Edificio y, lo que establezcan los Documentos Básicos (DB) para el cumplimiento de las exigencias básicas del CTE.

¹⁹⁵¹BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1971.

¹⁹⁵²Precisa esta norma que al “*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*”.

respectivo colegio profesional, debe adjuntarse a este acta y a la solicitud de LPO. El CFO cumple así la función de acreditar la finalización de la obra, quedando reservada su aprobación al comitente, sin perjuicio de que, en algunos casos, se pacte que aquella aceptación se produzca por la sola emisión de este certificado. En consecuencia, la expedición del CFO pone de relieve la obligación de supervisión, dirección, inspección y control que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye al director de obra, en orden a verificar que se ajusta a proyecto y se adecua al uso al que se destina¹⁹⁵³.

6. Coordinación de la ejecución de los proyectos parciales

En paralelo a la obligación de coordinación que el artículo 10 LOE impone al proyectista, en relación con los proyectos parciales o complementarios¹⁹⁵⁴ que dirijan otros técnicos, en la fase de ejecución la ley especial encomienda al director de obra su coordinación. Lo mismo se indica en el artículo 7.1.3. CTE, que dispone que “cuando en el desarrollo de las obras intervengan diversos técnicos para dirigir las obras de proyectos parciales, lo harán bajo la coordinación del director de obra”. Procede aquí indicar, *mutatis mutandis*, lo afirmado respecto de la responsabilidad del proyectista principal y los autores de proyectos parciales *supra* § IV.C).3.

C) Responsabilidad

1. Delimitación general

A efectos de responsabilidad la LOE mantiene la equiparación de los técnicos al constructor y al promotor, en cuanto que todos ellos responden solidariamente en los casos en los que aquella no se pueda individualizar, con arreglo a un sistema de imputación cuasi-objetiva. Pero frente a la casi total objetivación de las obligaciones del promotor, la LOE supone, en cierta medida y al menos en teoría, un cierto regreso a la imputación culpable respecto al director de obra¹⁹⁵⁵, al establecer el principio de responsabilidad personal e individualizada en su artículo 17.2¹⁹⁵⁶. Así, la LOE atribuye la responsabilidad principal al promotor¹⁹⁵⁷, que bajo aquel régimen era un sujeto elíptico¹⁹⁵⁸ al que la jurisprudencia progresivamente fue otorgando un rango superior. En cualquier caso, la imputación del director de obra habrá de fundarse en las reglas contenidas en el artículo 12 LOE, que le asignan unas funciones que aproximan su figura a la del “supremo responsable” o “vigilante superior” de la obra en su conjunto, lo cual se agrava en los supuestos en los que debe responder por hecho ajeno¹⁹⁵⁹. No obstante, las labores de dirección y coordinación del proceso edificatorio no convierten a los técnicos directores en responsables de cualquier defecto constructivo¹⁹⁶⁰, pues

¹⁹⁵³ Vid. STS 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6823).

¹⁹⁵⁴ En este sentido, SIERRA PÉREZ, I., “La Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 122.

¹⁹⁵⁵ Vid. ARENAS CABELLO, F.J., *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 501, que nuclea la responsabilidad del arquitecto en la LOE en torno a concepto de la culpa profesional.

¹⁹⁵⁶ Vid. MORÁN DÍAZ, A.F., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 510.

¹⁹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 512 a 514.

¹⁹⁵⁸ *Ibidem*, p. 516.

¹⁹⁵⁹ RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y, GARCÍA ALGUACIL, M^a.J., “Los criterios de imputación...”, *op. cit.*, pp. 166 y 167.

¹⁹⁶⁰ *Cfr. ibidem*, pp. 162 a 176. Estos autores abogan por interpretar de forma más flexible estas normas respecto de los técnicos de la construcción, en cuanto que su posición y control del proceso constructivo no puede equipararse al constructor, aunque sólo sea por el diferente tiempo de presencia en la obra, en relación con la naturaleza de sus obligaciones, que son de medios, pues una cosa es que coadyuven

para ello habría de haberlo dispuesto así la LOE como hace respecto al promotor¹⁹⁶¹. Aunque la ley especial no lo menciona, el director de obra responde, según el criterio clásico, por los vicios de suelo o la dirección, pudiendo ser también responsable de los vicios de construcción que recaigan en el ámbito de su esfera de control¹⁹⁶². Su responsabilidad concurrirá frecuentemente con la del proyectista y con la del director de ejecución¹⁹⁶³.

2. Por la superior dirección de las obras

El director de obra responderá por las acciones u omisiones relacionadas con sus obligaciones de superior dirección de la obra, cuando se vean afectados elementos esenciales¹⁹⁶⁴ como la cimentación, estructura, cubierta y revestimiento del edificio¹⁹⁶⁵. No debe responder en principio por las cuestiones de mero control de ejecución, que corresponderán al director de ejecución, ni de la correcta dosificación o mezcla de materiales¹⁹⁶⁶, ni de los defectos de éstos que no le hayan sido advertidos. En relación a la responsabilidad que analizamos, en la jurisprudencia se advierten dos líneas¹⁹⁶⁷. Según una de ellas, surgida en torno al artículo 1.591 CC, en su condición de “supremo responsable” de la edificación responde incondicionalmente de cualquier defecto si firmó el CFO sin comprobar su subsanación —STS de 26 de mayo de 2005¹⁹⁶⁸—, incluso aunque hubiera hecho constar las irregularidades en el libro de órdenes y asistencias —STS 25 octubre de 2004¹⁹⁶⁹—; según otra, más ajustada a la LOE, no responde cuando los defectos tienen su origen en la esfera de riesgo de otro agente de la edificación —STS 15 febrero de 2011¹⁹⁷⁰—. Así, debe responder cuando se trata de defectos graves y diversos o generalizados¹⁹⁷¹, o

a un fin y otra su concreto contenido, lo que debe llegar a destruir su presunción de responsabilidad, de forma que su condena requeriría la prueba de la infracción de la *lex artis*

¹⁹⁶¹ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., p. 436.

¹⁹⁶² La SAP de Madrid de 3 noviembre de 2014 (JUR 2015\38997), indica al respecto, con cita de las SSTs de 3 de Abril de 2000 (RJ 2000\2342) o 14 de Febrero de 2011 (RJ 2011\441), que la jurisprudencia ha venido reiterando que “*la responsabilidad de los Arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra*”.., “*en la fase de la ejecución de la obra le corresponde la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización ajustada al proyecto según la lex artis...*”, “*al arquitecto le afecta la responsabilidad en cuanto le corresponde la ideación de la obra, su planificación y superior inspección, que hace exigible una diligencia desplegada con todo el rigor técnico, por la especialidad de sus conocimientos*”...; “*corresponde al arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado (...), no bastando con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria*”...; “*responde de los vicios de dirección, es decir, cuando no se vigila que lo construido sea traducción fáctica de lo proyectado, en su función de director de la obra le incumbe inspeccionar y controlar si la ejecución de la misma se ajusta o no al proyecto por él confeccionado y, caso contrario, dar las órdenes correctoras de la labor constructiva*”.

¹⁹⁶³ Vid. ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad...”, op. cit., p. 793.

¹⁹⁶⁴ SAP de Barcelona de 31 de mayo 2018 (JUR 2018\166852), que atribuye responsabilidad al director de obra por un defecto en la anchura de determinados puntos de la rampa de acceso al garaje.

¹⁹⁶⁵ Vid. DE LA ROCHA GARCÍA, E. y DEL ARCO TORRES M.A., *Ley de Ordenación...*, op. cit., p. 123.

¹⁹⁶⁶ *Loc. cit.*

¹⁹⁶⁷ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., pp. 436 y 437.

¹⁹⁶⁸ RJ 2005\6300.

¹⁹⁶⁹ RJ 2004\6587.

¹⁹⁷⁰ RJ 2011\446.

¹⁹⁷¹ La STS de 7 junio de 2010 (RJ 2010\5373), indica que “*los hechos de la sentencia ponen en evidencia la ausencia de dirección facultativa de la obra, que venía encomendada a la recurrente, así*

cuando se trata de elementos esenciales de la obra que afecten a la estructura, solidez, habitabilidad o seguridad del inmueble —STS de 28 de febrero de 2011¹⁹⁷²—, sin que se le condene cuando los defectos sean puntuales y diseminados —STS 14 febrero de 2011¹⁹⁷³—. Tampoco será responsable cuando los defectos no sean fácilmente perceptibles a primera vista, o si son secundarios o de detalle, en cuanto que el director de obra sólo debe controlar los aspectos y elementos esenciales de la edificación¹⁹⁷⁴. Responderá, en suma, si se producen defectos globales que determinen el fracaso generalizado del edificio, pero no en caso de defectos aislados y puntuales en elementos no esenciales, que sólo generarán responsabilidad para el constructor¹⁹⁷⁵ o, en su caso, para el director de ejecución.

3. Por la emisión del certificado final de obra

El artículo 17.7 LOE establece la responsabilidad del director de obra y del director de ejecución en cuanto a la veracidad y exactitud del CFO, aunque dicha responsabilidad no tendrá que ser solidaria, sino que podrá ser individualizada en función de las obligaciones de cada uno de ellos¹⁹⁷⁶. Habrá de responder si emite el CFO sin que las obras se adecuen al proyecto, si presentan deficiencias de calado o si las mismas no se encuentran finalizadas, de forma que, en tales escenarios, sólo puede liberarse negándose a suscribirlo¹⁹⁷⁷. En su caso, el director de obra deberá ordenar la subsanación de las deficiencias que procedan, y suscribir el CFO una vez comprobada su efectiva reparación, de modo que no será suficiente, a efectos de salvar su responsabilidad, el solo hecho de hacer constar las irregularidades o defectos existentes en el libro de órdenes y asistencias¹⁹⁷⁸. Así, SSTS de 9 de marzo

como la existencia de un conjunto de defectos generalizados «en partes esenciales de la obra», que no fueron comprobadas para su rectificación y subsanación, velando porque los trabajos de ejecución material, que habían de ser en este particular extremo especialmente rigurosos, se ajustaban a lo requerido, evitando de esta forma lo que esta Sala ha calificado de defectos constructivos de carácter general y no simplemente puntual, constitutivos de un verdadero fracaso generalizado de la obra en determinados aspectos, especialmente importantes en cuanto afectan a elementos esenciales de la obra como aquí sucede». Vid. SAP de Castellón de 29 de julio de 2016 (JUR 2016\247417).

¹⁹⁷²RJ 2011\455.

¹⁹⁷³RJ 2011\441.

¹⁹⁷⁴ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "Concepto de ruina...", *op. cit.*, pp. 1.332 a 1.662

¹⁹⁷⁵ Vid. SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., "Responsabilidad civil...", *op. cit.*, p. 224.

¹⁹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 143 y 144. En sentido contrario DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 71, abogan por la solidaridad, para evitar que el perjudicado sea quien deba deslindar dichas responsabilidades.

¹⁹⁷⁷ Vid. SAP Madrid de 3 noviembre de 2014 (JUR 2015\38997), que indica que "antes de otorgarse el Certificado Final de Obra de fecha 10 de octubre de 2007 para la vivienda piloto y 23 de noviembre de 2007 para el resto de las viviendas, en los que se indica que se hace entrega de la obra a falta de algunos repastos, habida cuenta que solo cinco meses después el Arquitecto Superior emite informe con una amplia lista de lo que denomina "repastos", muchos coincidentes con los defectos de ejecución y remates aquí constatados, es evidente que deberían haber comprobado que las viviendas se encontraban en buenas condiciones de construcción y que las deficiencias, remates y acabados habían sido corregidos y habían realizado las rectificaciones ordenadas, antes de emitir el CFO", (...) "la Dirección Facultativa debió tomar medidas, como la consistente en no entregar el Certificado Final de la Obra hasta las viviendas estuvieran en condiciones de ser entregadas".

¹⁹⁷⁸ Vid. PANIZA FULLANA, A., "Responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 240 y 241.

de 1988¹⁹⁷⁹, 27 de junio de 1994¹⁹⁸⁰, 3 de abril de 2000¹⁹⁸¹ o 25 de julio de 2000¹⁹⁸². No obstante, cumple indicar que la función del CFO está estrechamente ligada a la fase de recepción de la obra, en cuanto acredita su fecha de finalización, por lo que la veracidad y exactitud que se le atribuye no supone una asunción tácita de responsabilidad por todos los defectos constructivos, que no se le debe imputar si no están relacionados con sus concretas obligaciones en el proceso edificatorio¹⁹⁸³.

4. Por hecho ajeno

El artículo 17.7.2º LOE establece una responsabilidad por hecho ajeno en base a la cual el director de obra responde de las omisiones, deficiencias e imperfecciones del proyecto realizado por otro técnico, sin perjuicio de su derecho de repetición. En este caso asume una responsabilidad superior¹⁹⁸⁴, pues se agrava al responder de lo realizado por los profesionales que realizaron la proyección del edificio¹⁹⁸⁵, en los términos que ya había establecido la jurisprudencia bajo el régimen del artículo 1.591 CC¹⁹⁸⁶. Ni la LOE ni ninguna otra norma establecen la responsabilidad por hecho ajeno del director de obra respecto del constructor, sus auxiliares o proveedores, lo cual se justifica porque ni son sus empleados —argumento *contrario sensu* ex artículos 1.903 CC ó 1.596 CC—, ni han sido contratados por el mismo —argumento *contrario sensu* ex artículo 17.5.2º LOE¹⁹⁸⁷—. El análisis de esta responsabilidad lo realizamos *infra*, Capítulo Noveno, § II.B).3.

5. Precisiones sobre la responsabilidad contractual del director de obra

a) Legitimación

En los mismos términos indicados respecto al proyectista, serán de aplicación las reglas que rigen este tipo de responsabilidad y que condicionan el ejercicio de las acciones de esta índole. Así, cumple remarcar, que cuando el contrato se concierta con una sociedad, la legitimación pasiva contractual la ostenta la sociedad y no los

¹⁹⁷⁹RJ 1988\1609, que indica que “no sólo cumple tal supremo responsable como superior técnico profesional, con apuntar en el Libro de órdenes los defectos, sino que debe comprobar su 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”. En sentido contrario, la STS 11 de diciembre de 2008 (RJ 2009\671), considera que no hay responsabilidad de los técnicos directores que formulan reservas en el acta de recepción, aunque antes hubiesen firmado el CFO, si bien la misma se refiere a una obra pública sujeta a una regulación especial. *Vid.* crítica a esta sentencia en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 436 y 437.

¹⁹⁸⁰RJ 1994\6505. Esta sentencia alude a la garantía técnica que la función de los arquitectos comporta.

¹⁹⁸¹RJ 2000\2342.

¹⁹⁸²RJ 2000\6475, que alude la superior dirección de la obra y al deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado

¹⁹⁸³*Vid.* RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y, GARCÍA ALGUACIL, M^a.J., “Los criterios de imputación...”, *op. cit.*, pp. 169 y 166.

¹⁹⁸⁴El Tribunal Supremo fundamenta esta responsabilidad en la asunción del trabajo de un tercero, que tiene como corolario una responsabilidad por sus consecuencias. *Vid.* SSTS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001\2592) o 10 mayo 1986 (RJ 1986\2677).

¹⁹⁸⁵*Vid.* RUIZ JIMÉNEZ, J., “El ámbito de responsabilidad del arquitecto en el proceso constructivo”, *RCDI*, núm. 694, 2006, pp. 757 y 758

¹⁹⁸⁶*Vid.* en este sentido la citada STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001\2592), en la que se incrementó la responsabilidad del arquitecto al asumir las actuaciones ejecutadas por otro.

¹⁹⁸⁷CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 436

profesionales personas físicas que sean sus socios¹⁹⁸⁸, salvo que proceda establecer una responsabilidad solidaria según el artículo 11.2 y DA 2ª de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales¹⁹⁸⁹, en relación a las deudas que deriven de actos incluidos en su objeto, de las que responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, supuesto que alcanza a los casos de negligencia¹⁹⁹⁰.

b) Obligación de medios

Con carácter general son obligaciones de medios las del director de obra y las del director de ejecución¹⁹⁹¹. Así, el contrato de arquitectura admite esta doble caracterización y será contrato de obra si su objeto es un proyecto, en tanto que hay que obtener un concreto resultado¹⁹⁹², mientras que si lo es la dirección y vigilancia de la obra será un contrato de servicios —STS 18 de mayo de 2007¹⁹⁹³—. No obstante, alguna doctrina considera que el contrato del arquitecto, tanto en los casos en los que tiene por objeto un proyecto, como en los que tiene por objeto la dirección de obra, se constituye como una obligación de resultado, pues el contrato de servicios no puede presumirse, sino que tiene que constituirse expresamente como tal en los casos en los que no haya seguridad en la obtención del resultado, por motivos presupuestarios, administrativos o de otra índole¹⁹⁹⁴. En este sentido, la STS de 2 octubre de 1985¹⁹⁹⁵ considera que el contrato de dirección es un contrato de obra¹⁹⁹⁶.

c) Precisiones adicionales

La responsabilidad contractual del director de obra no queda circunscrita a los defectos constructivos incardinables en el artículo 17.1 LOE, es decir los vicios estructurales y de habitabilidad, sino que abarca también las obligaciones contraídas en función del encargo y contrato convenido con el promotor, el cual deberá integrarse, conforme al artículo 1.258 CC, con las obligaciones de la *lex artis* y el CTE. Así, el director de obra habrá de responder contractualmente frente al promotor si, como

¹⁹⁸⁸ Vid. SAP de Asturias de 30 de diciembre de 2013 (JUR 2014\28288); o SAP de Madrid de 30 de octubre de 2014 (JUR 2015\38774). En estas dos sentencias se abordan supuestos en los que se ejercitan acciones contractuales, contra arquitectos que contrataron sus servicios a través de sociedades, y se aprecia la falta de legitimación pasiva por no haber sido demandada la entidad mercantil, aunque en ninguno de ellos se alude al supuesto de solidaridad del artículo 11.2 y DA 2ª de la Ley de sociedades profesionales.

¹⁹⁸⁹ BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007

¹⁹⁹⁰ Vid. CRESPO MORA, Mª.C., “La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012, p. 19, sobre la responsabilidad solidaria entre la sociedad y los socios en caso de negligencia. Destaca esta autora que esta solidaridad se produce también respecto de los socios profesionales que hayan actuado entre sí, con lo que se plasma legalmente la jurisprudencia que la establece en caso de actuación conjunta de varios profesionales, e incluso se va más allá, pues responden aunque puedan delimitarse las responsabilidades; vid. FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad del arquitecto...*, op. cit., pp. 258 y 259, que analiza el solapamiento de responsabilidad que se produce en estos casos entre el profesional y la sociedad, y aboga por el establecimiento de una solidaridad entre ambos, tal y como hoy establece la Ley de sociedades profesionales.

¹⁹⁹¹ DÍEZ-PICAZO, L., “Ley de edificación...”, op. cit., pp. 6 y 7.

¹⁹⁹² STS de 2 marzo de 2007 (RJ 2007\1763).

¹⁹⁹³ RJ 2007\3116.

¹⁹⁹⁴ Vid. BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad del arquitecto*, Civilis, A Coruña, 2004.

¹⁹⁹⁵ RJ 1985\6975.

¹⁹⁹⁶ Vid. JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras...”, op. cit., p. 553.

consecuencia de su incorrecta actuación, el edificio no obtiene la LPO,¹⁹⁹⁷. En cuanto a la responsabilidad contractual por hecho ajeno respecto de auxiliares o colaboradores, según las circunstancias cabría inferirla del artículo 1.596 CC y de los principios generales que rigen en este ámbito¹⁹⁹⁸. No obstante, en ausencia de una norma específica, la imputación de responsabilidad contractual por hechos del proyectista arroja mayores dudas, aunque podría basarse en la asunción voluntaria del encargo. Finalmente, cabe destacar que el director de obra también puede incurrir en responsabilidad extracontractual, en la que revestirá una importancia superior constatar la relación causal entre su actuación y el daño¹⁹⁹⁹.

VI. EL DIRECTOR DE EJECUCIÓN DE LA OBRA

A) Delimitación de la figura

A diferencia del director de obra, al que corresponde la superior dirección en cuanto a la adecuación de la construcción al proyecto, al director de ejecución corresponde su dirección y control inmediato, en sus aspectos más directamente relacionados con la ejecución material, por lo que éste debe actuar “a pie de obra”²⁰⁰⁰. De este modo, como perito en materiales y construcción²⁰⁰¹, asume el control directo e inmediato de la obra, de los materiales²⁰⁰² y de las mezclas a utilizar, así como la misión de impartir instrucciones al constructor para solventar los problemas que se presenten en la ejecución²⁰⁰³. Es, en consecuencia, el encargado de organizar los trabajos de acuerdo con el proyecto, con las normas de la buena construcción y con las instrucciones del director de obra²⁰⁰⁴. El director de ejecución asume también el control directo del constructor y de todo el personal aportado por éste²⁰⁰⁵. El artículo 13 LOE, en paralelo al artículo 12 y de modo consecuente con los antecedentes legislativos²⁰⁰⁶, aborda esta figura y la define 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*

¹⁹⁹⁷ Vid. DE LA HAZA DÍAZ, P., “Perspectiva civil...”, *op. cit.*, pp. 255 a 267.

¹⁹⁹⁸ Vid. *infra*, Capítulo Noveno, § II.C), sobre la responsabilidad contractual por hecho ajeno.

¹⁹⁹⁹ RUIZ JIMÉNEZ, J., “El ámbito de responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 758 y 759, que cita la STS de 31 de mayo de 2005 (RJ 2005\2743), en la que se niega que exista ese nexo causal en el derrumbamiento de un muro.

²⁰⁰⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, 153.

²⁰⁰¹ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Concepto de ruina...”, *op. cit.*, pp. 1332 a 1662.

²⁰⁰² De esto modo, la regla general es la irresponsabilidad del director de obra en este punto. Vid. GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 167 y 168.

²⁰⁰³ Vid. en este sentido artículo 1 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero sobre facultades y competencias profesionales de los arquitectos técnicos (BOE núm. 25, de 20 de febrero de 1971).

²⁰⁰⁴ En este sentido el citado Decreto 265/1971, de 19 de febrero, en su artículo 1.A).1. dispone su obligación 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”. Vid. SSTs 25 de julio de 2000 (RJ 2000\6475) o 2 de abril de 2003 (RJ 2003\3001).

²⁰⁰⁵ Vid. SIERRA PÉREZ, I., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

²⁰⁰⁶ Vid. Decreto de 16 de julio de 1935 (Gaceta de Madrid, núm. 199, de 18 de julio de 1935), en el que su artículo 2 prevé 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”; o el artículo 1 del citado Decreto 265/1971 de 19 de febrero, sobre atribuciones profesionales de los Arquitectos Técnicos.

edificado". Como indica este precepto, el director de ejecución forma parte de la dirección facultativa, en la que se integra también el director de obra, siendo posible que éste asuma igualmente la dirección de la ejecución, en cuyo caso asumirá también las obligaciones y responsabilidades propias de esta función —artículo 12.3.g) LOE—. De este modo, como ya hemos adelantado, un solo técnico puede encarnar la triple función de proyectista, director de obra y director de ejecución, siempre que cuente con la titulación adecuada. El artículo 13.2.a) LOE reconoce la posibilidad de que esta función se asuma por una persona jurídica, en cuyo caso establece entre sus obligaciones la "*de designar al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante*"²⁰⁰⁷. Finalmente, cumple indicar, que aunque debe observar las instrucciones del director de obra, pues a éste corresponde la interpretación del proyecto, el director de ejecución es un profesional autónomo²⁰⁰⁸, por lo que la LOE concibe su función con independencia respecto de aquél. En consecuencia, está sujeto a su propia *lex artis* profesional y no es un mero asistente del director de obra²⁰⁰⁹.

B) Obligaciones

1. Dirección y control de la ejecución de la obra

Las obligaciones sobre estos extremos se encuentran contenidas en el artículo 13.1 LOE, en cuanto define la figura del director de ejecución como el agente que 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. Ambas funciones, dirección y control, se desarrollan en el apartado c) del citado precepto, en cuanto establece su obligación de "*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*"²⁰¹⁰. De este modo, su función consiste en efectuar el control o supervisión de la ejecución, es decir, la comprobación del correcto cumplimiento de las instrucciones del director de obra y de las suyas propias²⁰¹¹. A su vez, estas atribuciones implican la posibilidad de corregir las deficiencias observadas. En consecuencia, debe comprobar el cumplimiento de las instrucciones impartidas al constructor y adoptar medidas correctoras si se incumplen, no bastándole para quedar

²⁰⁰⁷ Vid. artículo 11.2 y DA 2ª de la ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007), sobre las deudas que deriven de actos profesionales y la responsabilidad solidaria de la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado.

²⁰⁰⁸ Así la SSTS de 5 julio de 2013 (RJ 2013\8443) o 3 de octubre de 2016 (RJ 2016\4875), en las que se dispone que "*estas funciones, como argumenta la parte recurrente y declara la jurisprudencia de esta Sala SSTS de 13 de febrero de 1984, 27 de junio de 2002 y 27 de abril de 2009, entre otras, se desempeñan de un modo propio, de acuerdo a su autonomía profesional operativa, de forma que el aparejador no es un mero realizador de lo proyectado, ni tampoco un simple ejecutor de lo ordenado por el arquitecto director de la obra, de suerte que aunque realice sus funciones siguiendo las órdenes de éste no se le eximirá de sus propias responsabilidades en el proceso constructivo. En esta línea, el artículo 17.7 también lo hace responsable de la veracidad y exactitud de lo manifestado en el certificado final de la obra*".

²⁰⁰⁹ Vid. GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 173.

²⁰¹⁰ Al director de ejecución de la obra se refiere el artículo 7 CTE, relativo a las condiciones en la ejecución de las obras, indicando que "*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*".

²⁰¹¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 145

exonerado de responsabilidad el mero hecho de haberlas cursado²⁰¹². Dentro de este control, el artículo 13.1 LOE alude, en particular, al control cuantitativo, al cualitativo y a la calidad de lo edificado. El control cuantitativo está en relación directa con los aspectos presupuestarios de la obra, y será imprescindible a la hora de conformar las certificaciones sobre su ejecución que emita el constructor. El cualitativo está en estrecha relación con la calidad del producto edificado, o, más bien en relación de causa-efecto, en cuanto que el primero debe conducir a lo segundo²⁰¹³.

2. El control de los materiales

El artículo 13 b) LOE establece la obligación del director de ejecución de “*verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas*”, lo cual se suma a la alusión que el apartado d) realiza sobre la comprobación de los materiales que incumbe a este agente. Este control se desarrolla por el artículo 7.2 CTE en relación a “*comprobar que las características técnicas de los productos, equipos y sistemas suministrados satisfacen lo exigido en el proyecto*”²⁰¹⁴. En el ejercicio de estas atribuciones debe rechazar los que no reúnan los niveles exigidos²⁰¹⁵.

3. Suscripción de la documentación de obra

El artículo 13.2 LOE, apartados e) y f), obliga al director de ejecución a suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el CFO; a elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades construidas; y a colaborar con los restantes agentes en la confección de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control efectuado. En estos apartados, en paralelo a las prescripciones que el artículo 12 establece respecto al director de obra en este aspecto, se recoge una obligación formal de gran trascendencia, referida a unos documentos en los que se plasma la evolución de la obra desde su inicio con el acta de replanteo; su desarrollo con las certificaciones de obra y las instrucciones recogidas en el libro de órdenes y asistencias; hasta su conclusión con la liquidación

²⁰¹²En este sentido, la STS de 19 de noviembre de 1996 (RJ 1996\8276), señala que “*corresponde al Arquitecto encargado de la obra, por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, no bastando con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria. Los vicios imputables al Arquitecto derivan también de la omisión o pasividad preferida a la falta de comprobación de que la obra se está llevando a cabo con las indicaciones técnicas reflejadas en el proyecto, debiendo comprobar la subsanación de los defectos observados antes de emitir la certificación definitiva, respondiendo cuando sus instrucciones no son atendidas y no adopta medida alguna frente al constructor*”.

²⁰¹³Como precisa CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 16. El director de obra...”, *op. cit.*, pp. 320 y 321, aunque ninguna norma lo establece expresamente, del contenido del articulado del CTE parece desprenderse que el control de calidad es una competencia del director de la ejecución.

²⁰¹⁴*Vid.* sobre este punto artículo 7 CTE, que alude en su apartado 7.2.1 al control de la documentación de los suministros; en el 7.2.2 al control de recepción mediante distintivos de calidad y evaluaciones de idoneidad técnica; y en el 7.2.3 al control de recepción mediante ensayos.

²⁰¹⁵El artículo 5.2 CTE regula la conformidad de los productos, equipos y materiales, y su artículo 4.4 permite la inscripción en el Registro General del CTE previsto en el artículo 4.3 de esta norma, de las marcas, sellos, certificaciones de conformidad u otros distintivos de calidad, y de las certificaciones de las prestaciones finales de los productos, equipos o sistemas, o de los edificios acabados, las certificaciones de gestión de la calidad de los agentes que intervienen en la edificación, las certificaciones medioambientales que consideren el análisis del ciclo de vida de los productos, otras evaluaciones medioambientales de edificios, y otras certificaciones que faciliten el cumplimiento del CTE y fomenten la mejora de la calidad de la edificación.

final de obra, el CFO y el acta de recepción²⁰¹⁶. Además, este deber se extiende a la preparación de la documentación de la obra ejecutada para su entrega al promotor, según dispone el artículo 7 LOE²⁰¹⁷. En este sentido, el artículo 7.1.2. CTE remarca que, entre esta documentación, se incluya la relativa al control de calidad realizado durante la ejecución.

4. Consideración especial del certificado final de obra

El certificado final de obra (CFO) se menciona expresamente en la LOE, en sus artículos 12.3.e) y 13.2.e) Además, en relación al director de ejecución, el apartado II.3, del Anejo II, Parte I del CTE, precisa que este agente “*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*”. Son aplicables en este punto, *mutatis mutandis*, las consideraciones que hemos realizado sobre el CFO *supra* § V.B).5, en sede de director de obra.

C) Responsabilidad

1. Delimitación general

En esta materia, tanto con el artículo 1.591 CC como con la LOE, tiene una capital importancia la observancia de la *lex artis* profesional, en cuanto técnica o experiencia dirigida a la obtención de un resultado material o intelectual, sujeta a un criterio de diligencia y a las normas de deontología profesional²⁰¹⁸. Así, procede remarcar, que el director de ejecución debe ejercer sus funciones con autonomía, de modo que, aunque sean contratado por el promotor no está obligado a seguir órdenes contrarias a los criterios técnicos de la construcción y a los deontológicos de su profesión, pues, si lo hace, incurrirá en responsabilidad²⁰¹⁹. En cualquier caso, las labores de dirección, control y supervisión del proceso edificatorio no lo convierten en responsable de cualquier defecto constructivo, pues para ello habría de haberlo dispuesto así la LOE como hace en el caso del promotor²⁰²⁰.

2. Responsabilidad por el control de la ejecución

El director de ejecución debe responder por los defectos de funcionalidad del inmueble evidentes o explícitos, aunque no sean generalizados, pues cuando lo son suele concurrir también la responsabilidad del director de obra; también de los vicios

²⁰¹⁶Es usual que el director de obra y el de ejecución firmen el acta de recepción, aunque el artículo 6 no lo establece como preceptivo.

²⁰¹⁷La Documentación de la Obra Ejecutada se menciona en el artículo 7 LOE, para referirse al contenido que debe integrar el Libro del Edificio, cuyo destinatario son los usuarios finales de la obra. Entre dicha documentación deben incluirse el proyecto, las modificaciones del mismo debidamente aprobadas, el acta de recepción, la relación de agentes de la edificación, las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones. También alude al Libro del Edificio el artículo 8.2 CTE precisando que en este documento debe incluirse un Plan de Mantenimiento del Edificio y, lo que establezcan los Documentos Básicos (DB) para el cumplimiento de las exigencias básicas del CTE.

²⁰¹⁸Vid. REVERTE NAVARRO, A., “Notas sobre el arquitecto, jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Ley de Edificación”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003, p. 2.867.

²⁰¹⁹Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Responsabilidad de promotores, técnicos y constructores*, Dijusa, Madrid, 2004, pp. 79 a 83.

²⁰²⁰CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C, *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, 436.

puntuales²⁰²¹, incluso ocultos o de difícil percepción a simple vista, concurriendo en estos casos la responsabilidad del constructor²⁰²²; responde igualmente por vicios estructurales si éstos se han originado por defectos de ejecución incompatibles con la *lex artis*²⁰²³. Como regla general no será responsable de los vicios del suelo²⁰²⁴, ni de las imperfecciones corrientes de terminación o acabado que no inciden en la habitabilidad, ni de los incumplimientos contractuales del contratista²⁰²⁵. El director de ejecución debe advertir al director de obra de la existencia de dificultades u obstáculos imprevistos para la buena marcha del proceso constructivo, por lo que responderá si no realiza tales advertencias. En caso de que su actuación se limite a cumplir las instrucciones del director de obra, y las órdenes de éste sean insuficientes o inadecuadas, dada su cualificación profesional, incurrirá en responsabilidad si no respeta su *lex artis* o si procede con imprudencia, sin que, en estos casos, pueda quedar liberado aduciendo el mero cumplimiento de las órdenes de aquél²⁰²⁶.

3. Responsabilidad por el control de los materiales

En principio le corresponde la responsabilidad directa en lo relativo al control de los materiales. Si, pese a cumplir las especificaciones de calidad, los productos fueran defectuosos no responderá el director de ejecución, sino el constructor y el suministrador ex artículo 17.6.3º LOE²⁰²⁷. En este sentido, si se producen daños en el edificio por materiales defectuosos, este precepto atribuye responsabilidad al constructor por hecho ajeno del suministrador, pero puede concurrir también la imputación del director de ejecución, la cual puede ser incluso exclusiva de éste, si el defecto debió haber sido advertido sólo por él en base a sus especiales conocimientos técnicos²⁰²⁸. Aunque le compete el control de calidad de los materiales, de su actuación y de las advertencias que realice sobre su inadecuación, puede derivarse la necesidad de que el director de obra adopte decisiones sobre la marcha de las obras o realice modificaciones al proyecto, lo cual podría hacer incurrir en responsabilidad a este último si no actúa en consecuencia²⁰²⁹.

²⁰²¹No obstante en ocasiones no responde de los vicios puntuales si son de pequeña entidad, como *sensu contrario* afirma la SAP de Islas Baleares de 24 de mayo de 2018 (JUR 2018\206541), que hace responder al aparejador al considerar que los defectos que presentan las placas de la fachada no son puntuales, exonerando al arquitecto.

²⁰²²STS de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007\3429), dispone que la “Sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2004, con cita de otras anteriores de 27 de junio de 2002, 3 de octubre de 1997 y 15 de mayo de 1995, establece que «corresponde a los aparejadores advertir el posible incumplimiento de las normas tecnológicas de la edificación, vigilando que la realidad constructiva se ajuste a la *lex artis*, incumbiéndole responsabilidad si la ejecución de las actividades constructivas no es correcta, pues de la observancia de la misma son los primeros encargados, al ser los profesionales que han de mantener los contactos más directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo”. No obstante *vid.* SAP de Segovia de 29 de julio de 2016 (JUR 2016\218734), que exonera de responsabilidad al aparejador por un defecto puntual en una arqueta no accesible ejecutada con anterioridad a su contratación.

²⁰²³*Vid.* GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 183.

²⁰²⁴*Ibidem*, pp. 185 a 190.

²⁰²⁵*Ibidem*, pp. 175 a 182.

²⁰²⁶*Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. *Análisis...*, *op. cit.*, pp., 153 y 154; *vid.* SSTS de 15 mayo de 1995 (RJ 1995\4237) o 27 junio de 2003 (RJ 2003\4314), en las que el aparejador responde incluso por vicios de cimentación por falta de estudio del suelo. En sentido similar *vid.* STS de 15 diciembre de 2005 (RJ 2006\160).

²⁰²⁷*Ibidem*, pp. 147 y 148

²⁰²⁸*Ibidem* p. 149.

²⁰²⁹*Loc. cit.*

4. Por la emisión del certificado final de obra

El artículo 17.7 LOE establece la responsabilidad del director de obra y del director de ejecución, en cuanto a la veracidad y exactitud del CFO, aunque esta responsabilidad no tendrá que ser solidaria, sino que podrá ser individualizada según las obligaciones de cada uno de ellos²⁰³⁰. Se ha señalado que la redacción del artículo 17.7 obedece al propósito de la LOE de castigar la conducta falsaria de los técnicos que emiten dicho certificado²⁰³¹. En cualquier caso, el director de ejecución se puede exonerar de responsabilidad negándose a su suscripción²⁰³². Son aplicables en este punto, *mutatis mutandis*, las consideraciones que hemos realizado sobre el CFO *supra* § V.C).3, en sede de director de obra.

5. Precisiones sobre la responsabilidad contractual del director de ejecución

La responsabilidad contractual del director de ejecución no queda circunscrita a los defectos constructivos incardinables en el artículo 17.1 LOE, es decir los vicios estructurales y de habitabilidad, sino que abarca también las obligaciones contraídas en función del encargo y contrato concertado con el promotor, el cual deberá integrarse, ex artículo 1.258 CC, con las obligaciones de la *lex artis* y el CTE. En este punto resultan también aplicables las consideraciones realizadas respecto del director de obra, en relación a la legitimación y al carácter de la obligación de medios que asume, *supra* § V.C).4, a las que nos remitimos.

VII. OTROS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN

A) Entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación

El artículo 14 LOE²⁰³³ regula las entidades y laboratorios de control de calidad en la edificación. Cumple destacar que estas entidades y laboratorios son diferentes a los que se ocupan del control en la producción de materiales de construcción, que se realizan por laboratorios de calidad en la fabricación desde la óptica de la seguridad industrial de los productos; y que no deben confundirse con los Organismos de Control Técnico (OCT)²⁰³⁴, que intervienen a instancia de los aseguradores en el control de

²⁰³⁰*Ibidem*. pp. 143 y 144. En sentido contrario DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 71, aboga por la solidaridad, para evitar que el perjudicado sea quien deba deslindar dichas responsabilidades.

²⁰³¹BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p.133.

²⁰³²SAP Jaén de 16 de enero de 2001 (JUR 2001\504).

²⁰³³Artículo 14 redactado por el artículo 15 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 308, de 23 diciembre de 2009).

²⁰³⁴*Vid.* PACHECO JIMÉNEZ, M^a.N., "Entidades de control de calidad de la edificación y organismos de control técnico: la llamada en garantía", *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 26, 2013. pp. 9 a 12 y 15 a 17, precisa que no se deben confundir las Entidades de Control de Calidad en la Edificación (ECCE), con los Organismos de Control Técnico (OCT). Las primeras son agentes de la edificación regulados en los artículos 8 y 14 LOE y en el RD 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad en la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación para el ejercicio de su actividad (BOE núm. 97, de 22 de abril de 2010). Intervienen en la edificación a requerimiento de algún agente de la edificación, generalmente el promotor o el director de obra, y prestan asistencia técnica en la verificación y control, tanto de la calidad del proyecto como de los materiales y la ejecución de la obra. Los segundos no están contemplados en la LOE e intervienen en la obra contratados por la

obra a efectos de la contratación del seguro decenal, con arreglo a un procedimiento normalizado²⁰³⁵.

1. Delimitación de ambas figuras

Las entidades de control de la edificación prestan asistencia técnica en todo el proceso constructivo, en cuanto que el artículo 14.1 LOE alude a que realizan dicha labor en relación con la “*verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones*”. Por el contrario, los laboratorios ven limitada su actuación a los ensayos y pruebas en relación con los materiales, sistemas e instalaciones, en cuanto que el artículo 14.2 LOE configura su actividad acotándola a la labor de “*prestar asistencia técnica, mediante la realización de ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra de edificación*”²⁰³⁶.

2. Regulación

Las obligaciones de estas entidades y laboratorios se establecen por el artículo 14.3 LOE. En el caso de las entidades deben justificar que cuentan con un sistema de gestión de calidad y medios adecuados para cumplir sus funciones. En cuanto a los laboratorios deberán prestar asistencia técnica y entregar los resultados correspondientes al agente autor del encargo, y, en todo caso, al responsable de la recepción y aceptación de los mismos. A nivel estatal los requisitos para el ejercicio de su actividad se establecen actualmente en el RD 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad en la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación para el ejercicio de su actividad²⁰³⁷, que desarrolla la regulación de ambas figuras con el carácter de legislación básica.

3. Responsabilidad

Aunque estas entidades y laboratorios no se mencionan en el artículo 17, de acuerdo con la posición mantenida sobre la legitimación pasiva y la exigencia de responsabilidades en la LOE, *supra* Capítulo Cuarto, § IV.A), hay que entender a ambas figuras como agentes de la edificación a los que cabe exigir la responsabilidad que establece aquel precepto, si emiten informes erróneos en relación con la

aseguradora decenal, para emitir informes sobre el proyecto y ejecución de las obras, a los efectos de la cobertura o no de las garantías obligatorias a que se refiere el artículo 19 LOE.

²⁰³⁵Señala VEGA SÁNCHEZ, S., “Control de Calidad y Análisis de Riesgos Técnicos en la Edificación”, en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y I. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 184 a 186, que el proceso de emisión de informes por los OCT como procedimiento exigido por las aseguradoras para la suscripción del seguro decenal, está perfectamente regulado con informes tipificados (D0 de Definición de Riesgos, D0.1, D0.2, de revisión de proyectos; D1.1., D1.2., D1.3, sobre unidades especiales, como cimentaciones, estructuras, fachadas; D.2 sobre sistemas y materiales no tradicionales; D.3. sobre informe final estanqueidad, D3.Bis Informe final de estanqueidad tras el periodo de carencia; D4. Informes preexistentes; D5.1, D5.2, D5.3, Informes de hitos de ejecución a la conclusión de cimentación, estructuras y fachadas; D6 Informe final de trabajos; D7 Informe de incidencias).

²⁰³⁶El R.D. 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad de la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación, para el ejercicio de su actividad (BOE núm. 97, de 22 abril de 2010), detalla los requisitos que se exigen a las entidades (anexo I), y laboratorios (anexo II), en función de las diferentes tareas que asumen.

²⁰³⁷BOE núm. 97, de 22 de abril de 2010.

actuación realizada o con la que se vaya a ejecutar²⁰³⁸. No obstante, lo normal será que estos organismos no sean demandados, sin perjuicio de que los agentes que habitualmente sí lo son puedan provocar su intervención en el procedimiento ex DA 7ª LOE²⁰³⁹.

B) El suministrador de productos de construcción

1. Concepto de producto de construcción

El artículo 15.2 LOE define el producto de construcción considerando como tal “*aquel que se fabrica para su incorporación permanente en una obra incluyendo materiales, elementos semielaborados, componentes y obras o parte de las mismas, tanto terminadas como en proceso de ejecución*”. De este concepto se desprende que el mismo no engloba aquellos productos que no se incorporan de modo permanente a la obra, como sucede con los útiles y medios auxiliares del constructor²⁰⁴⁰. La doctrina se encuentra dividida respecto a aquellos elementos que no requieren un proceso de fabricación, como la arena o el agua. Algunos autores entienden que debe prevalecer una interpretación finalista de la norma y no excluir de este concepto los elementos que la naturaleza ofrece, como los antes citados, y que tanta importancia tienen en la consistencia y seguridad del inmueble²⁰⁴¹; mientras que otros les niegan este carácter²⁰⁴². En nuestra opinión, al margen de dicha controversia, habrá de valorarse el hecho de que, en ocasiones, algunos tipos de arena requieren de una previa elaboración, que puede equipararse a un proceso de fabricación en tanto se desarrolla con arreglo a procedimientos concretos y reglados²⁰⁴³.

2. Alcance del término suministrador

El artículo 15 LOE incluye entre los agentes a los suministradores de productos de construcción, cuyo concepto define en términos muy amplios en cuanto que engloba a “*los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción*”, de modo que quedan incluidos en este término según la ley especial todos los que intervienen en todas las fases de elaboración y comercialización del producto.

3. Obligaciones

La obligación del suministrador consiste en entregar los productos de acuerdo con la cantidad y calidad pactadas. A falta de precisión sobre ésta, se deberán entregar de una calidad intermedia en aplicación del artículo 1.167 CC²⁰⁴⁴. Sobre este

²⁰³⁸En el mismo sentido RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA ALGUACIL, M^a.J., “Los criterios de imputación...”, *op. cit.*, pp. 177 y 178, que precisan que el actor deberá probar que los daños provienen de la actuación de estas entidades.

²⁰³⁹*Vid.* PACHECO JIMÉNEZ, M^a.N., “Entidades de control...”, *op. cit.*, pp. 15 a 17, pone de relieve que, puesto a que a diferencia de las entidades y laboratorios que nos ocupan, el OCT no es agente de la edificación, éste no podría ser llamado en base a la DA 7ª LOE.

²⁰⁴⁰Así sucederá, por ejemplo, con los puntales que se utilizan para encofrar, que se retiran cuando han cumplido su función y el forjado está estabilizado.

²⁰⁴¹DE LA ROCHA GARCÍA, E. y DEL ARCO TORRES, M.A., *Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, p. 103.

²⁰⁴²*Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis Práctico...*, *op. cit.*, p. 174.

²⁰⁴³Fundamentalmente cuando se prepara con ciertas características especiales como material de aporte específico como la zahorra.

²⁰⁴⁴ENCARNA CORDERO, E., “Capítulo 19. Los suministradores de productos”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 342.

particular, el artículo 15.3 LOE señala como obligaciones del suministrador las siguientes:

- 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 aplicable²⁰⁴⁵.

- Facilitar, cuando proceda, las instrucciones de uso y mantenimiento de los productos suministrados, así como las garantías de calidad correspondientes, para su inclusión en la documentación de la obra ejecutada.

4. Responsabilidad

La responsabilidad de un producto de construcción en los defectos constructivos puede venir motivada, bien porque no sea adecuado objetivamente e incumpla las prescripciones técnicas, bien porque, aun siéndolo, no sea idóneo para su utilización o instalación en una determinada obra. En el primer caso, la responsabilidad ex LOE será imputable al suministrador, la cual dará lugar a una imputación por hecho ajeno del constructor, si bien ésta podrá concurrir con otra por hecho propio de éste, o incluso del director de ejecución, si los citados debieron haber advertido que el producto no era objetivamente adecuado, o si debieron disponer la realización de determinadas pruebas o ensayos. En el segundo, es decir, si el producto, siendo objetivamente adecuado y cumpliendo las exigencias técnicas de aplicación no era idóneo para la obra en cuestión, la responsabilidad será del agente que haya decidido su utilización. Cuando deba responder el suministrador, habida cuenta del concepto múltiple que adopta la LOE respecto de esta figura, que engloba a los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción, habrá que determinar el concreto régimen jurídico aplicable pese al silencio de esta norma en este punto²⁰⁴⁶. Cumple resaltar que la responsabilidad por productos de construcción según la LOE puede concurrir con la derivada de productos

²⁰⁴⁵ Vid. RD 1630/1992, de 29 de diciembre, por el que se dictan disposiciones para la libre circulación de productos de construcción en la UE (BOE núm. 24 de 9 Febrero 1993). Para los productos no incluidos en el ámbito de este Real Decreto, habrá de observarse lo dispuesto en el RD 2200/1995, de 28 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial (BOE núm. 32, de 6 de febrero de 1996), modificado por el RD 1072/2015, de 27 de noviembre (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 2015). En este sentido *vid.* el artículo 7 CTE, apartado 7.2.1, sobre control de la documentación de los suministros; 7.2.2 sobre control de recepción mediante distintivos de calidad y evaluaciones de idoneidad técnica; y 7.2.3 sobre control de recepción mediante ensayos. Por su parte el artículo 5.2 CTE regula la conformidad con dicha norma de los productos, equipos y materiales y su artículo 4.4 permite la inscripción en el Registro General del CTE previsto en el artículo 4.3 de esta norma, de las marcas, sellos, certificaciones de conformidad u otros distintivos de calidad y de las certificaciones de las prestaciones finales de los productos, equipos o sistemas. Sobre este punto *vid.* CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, 515 a 518; *vid.* IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 297 a 343, sobre condiciones técnicas de los productos, sellos de calidad (marcado CE y declaración CE de conformidad; Documento de Idoneidad Técnica Europeo, Certificación de Conformidad, Autorización de Uso, Sello INCE y documento de idoneidad técnica) y la identificación y documentación de los materiales.

²⁰⁴⁶ Indica MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 177, que, en muchas ocasiones, será difícil precisar en qué fase se produjo el defecto. Cuando pueda precisarse que se trata de un problema de fabricación, responderán todas las personas que hayan intervenido en la fabricación, distribución o venta del producto. Sin embargo, si se trata de un problema derivado de su manipulación posterior no responderá el fabricante, por no haber causado el problema, sino el almacenista y vendedor

defectuosos ex artículo 135 TRLCU, según hemos abordado *supra*, Capítulo Primero, § II.D).2, realizando un análisis comparativo entre ambas.

C) El subcontratista

1. Regulación

La subcontratación encuentra su justificación en la especialización y tecnificación del proceso constructivo, que obliga al constructor a acudir a empresas que ejecuten determinadas partes de la obra que revistan características específicas. El subcontrato es una modalidad contractual por la que el contratista pacta con una tercera persona, ajena a la relación contractual que el primero mantiene con el comitente, la realización de determinadas partidas del contrato de obra. Según el artículo 11.2.e) LOE, el constructor podrá “*formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato*”. El fenómeno de la subcontratación es abordado por la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción²⁰⁴⁷, aunque fundamentalmente en los aspectos que conciernen a la seguridad y riesgos laborales. Su artículo 4 establece las obligaciones del subcontratista exigiéndole que disponga de medios materiales y personales adecuados²⁰⁴⁸, que asuma los deberes y responsabilidad de su actividad y el ejercicio de las facultades dirigidas a su control y organización²⁰⁴⁹.

2. Limitaciones

Del artículo 11.2.e) LOE resultan dos límites fundamentales para el constructor en relación a la subcontratación. En primer lugar sólo podrá acudir a esta posibilidad si el contrato lo permite, aunque entendemos que la autorización puede ser tácita, siempre que no exista ninguna estipulación que exija que la prestación se ejecute íntegramente por el contratista sin acudir a este recurso; en segundo la subcontratación no puede comprender la totalidad de la obra, sino sólo determinadas partes o instalaciones de la misma. Adicionalmente, el artículo 5 de la Ley 32/2006 establece determinados límites respecto de la subcontratación en cadena, disponiendo que, salvo casos especiales, “*el tercer subcontratista no podrá subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo*”; y prohibiendo la subcontratación al trabajador autónomo y a las

²⁰⁴⁷BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006. El artículo 3 f) de esta norma, define al subcontratista como “*la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución*”. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente. El artículo 5 considera la subcontratación como una forma de organización productiva, que no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta norma.

²⁰⁴⁸Vid. DÍAZ BARCO, F., *Manual de derecho de la construcción*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 257 a 266.

²⁰⁴⁹a) *Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada; b) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial; c) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado*”.

subcontratas de mano de obra²⁰⁵⁰.

3. Responsabilidad

El subcontratista, como ejecutor material de la obra, se haya concernido por obligaciones similares a la que recaen sobre el constructor en lo que respecta a la parte de obra que le ha sido subcontratada, debiendo cumplir la *lex artis* y la obligación de resultado que se desprenda del contrato suscrito con el contratista.

a) Directa del subcontratista

El carácter de agente de la edificación del subcontratista es una cuestión que hoy día se presta a dudas. La STS de 14 de marzo de 2018²⁰⁵¹ le niega este carácter y no admite el ejercicio de acciones directas en su contra, sobre la base de considerar que, aunque sea mencionado en el artículo 17.6.2º LOE, esta alusión únicamente obedece al establecimiento de la responsabilidad por hecho ajeno del constructor. Abordamos este aspecto con más detalle *infra*, Capítulo Noveno, § II.D).1.c).

b) Responsabilidad del constructor por la actuación del subcontratista

El constructor responderá por hecho ajeno por los daños materiales que cause la actuación del subcontratista con arreglo al artículo 17.6.2º LOE. Se trata de una imputación de carácter objetivo, similar a la prevista respecto al jefe de obra o las personas que dependan del constructor ex artículo 17.6.1º, o respecto de los suministradores de productos ex artículo 17.6.3º. Esta responsabilidad por hecho ajeno debe extenderse a los auxiliares del subcontratista, a las subcontratas que trabajen para éste y a los productos de construcción que adquieran todos ellos²⁰⁵², y no se fundamenta en la falta de vigilancia o supervisión de la labor de aquél, sino en que el constructor debe responder objetivamente por todas las personas o empresas que emplee para el cumplimiento de su obligación²⁰⁵³, también en el ámbito contractual, aunque con un matiz menos objetivo²⁰⁵⁴.

²⁰⁵⁰La ley permite en el artículo 5.2 hasta tres niveles de subcontratación, ampliables a cuatro excepcionalmente (artículo 5.3), y prevé la obligación de llevar el Libro de subcontratación en el artículo 8; *vid.* RD 1.109/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (BOE núm. 204, de 25 de agosto de 2007); *vid.* SOLÍS PRIETO, C., “Subcontratación en el sector de la construcción: régimen jurídico”, en *Responsabilidad y construcción, aspectos fundamentales*, dirigido por A. Monge Fernández y coordinado por A.M. Chocrón Giráldez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 81 a 135.

²⁰⁵¹RJ 2018\980, esta sentencia indica que “*el subcontratista es referido en otros preceptos de la LOE, dado que la evidente realidad de su existencia en las obras no podía ignorarse, lo cual no significa que se le diese estatus de «agente de la edificación». A tal efecto se cita al subcontratista en los arts. 17.6.2 y 11.2, e), especialmente para determinar que el responsable de los subcontratistas es el constructor*”; también, en el mismo sentido, *vid.* STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015\1029), que no admite la llamada del subcontratista ex DA 7ª LOE, al negarle el carácter de agente de la edificación.

²⁰⁵²MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 173.

²⁰⁵³*Ibidem*, pp. 171 y 172.

²⁰⁵⁴*Vid. infra* Capítulo Noveno, § II.C).2, sobre la responsabilidad contractual por hecho ajeno del constructor respecto del subcontratista.

CAPÍTULO NOVENO. LA SOLIDARIDAD Y LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

I. LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS

A) La solidaridad pasiva

Indica POTHIER que “es solidaria una obligación por parte de aquellos que la han contraído, cuando cada uno de ellos se obliga por entero, de manera sin embargo que la solución de uno libera a los demás”²⁰⁵⁵. El Código Civil regula las obligaciones mancomunadas y las solidarias en los artículos 1.137 a 1.148. Como indica DÍEZ-PICAZO²⁰⁵⁶, esta clasificación sería triple: deudas parciarias, mancomunadas y solidarias²⁰⁵⁷. En las obligaciones solidarias cada uno de los codeudores debe “prestar íntegramente las cosas de la misma”, si bien sólo habrá lugar a lo anterior, según el artículo 1.137 CC, “cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”, sin perjuicio de los supuestos de solidaridad legal²⁰⁵⁸. Como hemos indicado, cuando no era posible individualizar las responsabilidades dimanantes de los defectos constructivos, la jurisprudencia que aplicó el artículo 1.591 CC instrumentó una suerte de condena solidaria con la finalidad de proteger a los adquirentes de vivienda²⁰⁵⁹. En el régimen jurídico de las obligaciones solidarias, en lo que respecta a la solidaridad pasiva, se debe diferenciar la relación que opera en la esfera externa o *ad extra*, de aquella que se despliega en la interna o *ad intra*.

1. Régimen Jurídico

a) La relación externa entre acreedor y codeudores solidarios

(i) Efectos primarios de la solidaridad

En la relación externa entre acreedor y codeudores el primero goza del *ius electionis* y del *ius variandi*, de modo que conforme al artículo 1.144 CC podrá dirigirse

²⁰⁵⁵ Vid. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839, p. 145.

²⁰⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., p. 229.

²⁰⁵⁷ Vid. *loc. cit.* Indica este autor que las primeras, también denominadas mancomunadas simples o parciarias, serían aquellas cuya prestación es divisible, de modo que la deuda se divide en tantas partes como deudores haya, considerándose como deudas distintas e independientes, presumiendo el artículo 1.138 CC la división en partes iguales; obligaciones mancomunadas o colectivas serían aquellas en las que el acreedor sólo puede exigir la prestación al conjunto de deudores, y éstos sólo pueden quedar liberados cumpliendo conjuntamente, y se dan cuando la prestación es indivisible, o cuando se ha determinado que la satisfacción del acreedor requiere del cumplimiento colectivo de los deudores; las terceras serían las obligaciones solidarias, cuyo régimen abordamos en este capítulo.

²⁰⁵⁸ Vid. artículos 229, 1.731 o 1.748 CC, entre otros.

²⁰⁵⁹ Señala GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, op. cit., pp. 153 y 154, que la solidaridad responde a tres funciones diferentes, aunque en muchos casos puedan solaparse. Un primer tipo sería la solidaridad con función de garantía para evitar problemas de insolvencia; un segundo tipo sería aquel en el que la solidaridad tiende a solucionar problemas de identificación del responsable del daño; y un tercer tipo sería la solidaridad que se establece como sanción frente al cumplimiento de determinados deberes u obligaciones.

contra cualquiera de los deudores para exigir la total prestación, o contra todos simultáneamente, y las reclamaciones entabladas frente a uno de ellos no serán obstáculo para las que realice frente a los demás, mientras no resulte totalmente cobrada la deuda. El pago realizado por cualquier codeudor extingue la obligación respecto de todos, según dispone el artículo 1.145.1º CC, al igual que sucede con los actos de novación, compensación, confusión o remisión, salvo que éstos sólo se refieran a la parte de deuda de uno de ellos, en cuyo caso se verá reducida proporcionalmente, pero sin que el codeudor quede liberado de su responsabilidad con los demás si la deuda se satisface totalmente por cualquiera de éstos, tal y como se desprende de los artículos 1.143 y 1.146 CC. Frente a las reclamaciones del acreedor, el artículo 1.148 CC establece que cada deudor puede oponer todas las excepciones que se deriven de la obligación y las personales que le sean propias, así como las que personalmente correspondan a los demás deudores respecto de la parte de deuda de la que éstos fueran responsables.

(ii) Efectos secundarios de la solidaridad

Los efectos secundarios de la solidaridad consisten en la comunicación de efectos que se produce entre los codeudores por razón de diversos actos realizados por cualquiera de ellos o dirigidos sólo a uno de los mismos²⁰⁶⁰. Así, con base en el artículo 1.141.2º CC, las acciones dirigidas frente a cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a los demás²⁰⁶¹. Esta circunstancia origina consecuencias de gran calado, como el hecho de que la interrupción de la prescripción efectuada por un acreedor frente a un codeudor surta efectos frente a los demás, tal y como se recoge en el artículo 1.974.1º CC²⁰⁶²; o que la constitución en mora de uno de ellos produzca efectos respecto de todos; o que, como dispone el artículo 1.147 CC, si la prestación deviene imposible por culpa de un codeudor, las responsabilidades se comuniquen a los restantes. Como veremos, estos efectos secundarios, principalmente el relativo a la interrupción de la prescripción, serán objeto de una aplicación selectiva por la jurisprudencia según se trate de un supuesto de solidaridad propia o impropia, e incluso aunque se trate del primer supuesto, el efecto interruptivo sólo se dará si la solidaria está determinada *ab initio*²⁰⁶³.

(ii) Efectos derogados

El apartado 2.1º de la disposición derogatoria única de la LEC, derogó el artículo 1.252 CC, cuyo párrafo 3º proyectaba la cosa juzgada en caso de que existieran vínculos solidarios. Actualmente la cosa juzgada se regula por el artículo 222.3 LEC, que no establece su extensión a los deudores solidarios²⁰⁶⁴. En este

²⁰⁶⁰ Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., pp. 236 y 237.

²⁰⁶¹ Vid. el relevante trabajo sobre esta materia de HERNÁNDEZ GIL, A, "Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1.943", *RGLJ*, año LXXXIX, Tomo VII, 1.944, p. 345.

²⁰⁶² Vid. *infra* Capítulo Décimosegundo, § II.D, sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a este precepto, que sólo lo aplica a la solidaridad propia, *ex voluntate* o *ex lege*, y no a la solidaridad impropia ni a la solidaridad declarada en sentencia.

²⁰⁶³ Vid. la STS de 16 de enero de 2015 (RJ 2015\277), cuyo antecedente lo constituye la STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/3645).

²⁰⁶⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 98, en la que señala que el principio de audiencia impide la extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios no demandados; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A, *Sistema de*

sentido, el artículo 542.1 LEC dispone que las sentencias y laudos obtenidos contra un deudor solidario no servirán de título ejecutivo contra los codeudores que no hubiesen sido parte en el proceso.

b) La relación interna entre los codeudores solidarios

En la relación interna entre los diversos codeudores solidarios, el deudor que pagó puede reclamar a los demás su parte mediante el ejercicio de una acción de regreso o repetición.

(i) La obligación de suplir la insolvencia

Según dispone el artículo 1.145.3º CC, en caso de insolvencia de uno de los codeudores los demás deben suplirla a prorrata.

(ii) La acción de regreso

(ii.a) Regreso mancomunado

Como señala DÍEZ-PICAZO²⁰⁶⁵, el codeudor solidario que paga al acreedor dispone de una acción de regreso²⁰⁶⁶ frente al resto ex artículo 1.145.2º CC. Este regreso origina un derecho de crédito que surge *ex novo* —derecho de repetición—, con origen en el pago efectuado, distinto e independiente del crédito que ostentaba el acreedor. En base a este derecho de repetición, el codeudor que pagó sólo puede dirigirse contra los demás de forma mancomunada, aunque con suplencia de la insolvencia de forma proporcional entre los mismos²⁰⁶⁷. Si no se puede conocer la cuota de participación en la deuda de cada uno de los codeudores, la responsabilidad se exigirá por partes iguales con arreglo al artículo 1.138 CC.

(ii.b) Subrogación o repetición

El codeudor solidario que paga la deuda no se subroga en la posición del acreedor solidario, sino que sólo dispone de una acción de reembolso en base al artículo 1.145.2º CC²⁰⁶⁸. De este modo, los demás codeudores no responden solidariamente frente a él, sino que frente a ellos sólo tiene un derecho de repetición por la parte que a cada uno corresponda en la deuda²⁰⁶⁹. Señala ALBALADEJO²⁰⁷⁰ que, pese al tenor literal del artículo 1.145 CC, en determinados casos, en vez de la acción de regreso podría instrumentarse la subrogación del *solvens* en la acción que

Derecho Civil, Tomo 1, Volumen II, *El contrato en general y la relación obligatoria*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pp. 122 y 123.

²⁰⁶⁵Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp. 245 y 246.

²⁰⁶⁶SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “Acciones de regreso y subrogatoria en reclamaciones de responsabilidad civil”, *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, dirigido por M.J. Herrador Guardia, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 120 y 121, que indica que el fundamento de esta acción reside en vedar el enriquecimiento injusto, mediante una acción tipificada al efecto con base este principio, y que precisa que la acción ex artículo 1.145.2º prescribe en el plazo general de las acciones personales del artículo 1.964 CC; *vid.* STS de 31 de julio de 2015 (RJ 1998\3265).

²⁰⁶⁷Vid. LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

²⁰⁶⁸GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, *op. cit.*, pp. 75 a 77.

²⁰⁶⁹CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, pp. 442 y 443.

²⁰⁷⁰Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 102.

ostentaba el acreedor, si concurre, como parece posible cuando nos encontremos ante codeudores solidarios, alguno de los supuestos del artículo 1.210 CC y así se prueba efectivamente. No obstante, matiza este autor que, incluso aunque opere esta subrogación, los codeudores no responderán de forma solidaria y el *solvens* sólo podrá exigir a cada uno su parte en la deuda. Es decir, la subrogación se produce sin perjuicio de los efectos de la confusión en cuanto a la porción de deuda que corresponda al *solvens*, como indica el artículo 1.210.3º CC. Por lo anterior, matiza DÍEZ-PICAZO²⁰⁷¹, habrá subrogación si el *solvens* la ha exigido y se le ha hecho, y habrá una pura acción de regreso cuando se pruebe que aquella no se produjo. ESPÍN CÁNOVAS²⁰⁷² o CARRIÓN OLMOS²⁰⁷³ defienden la compatibilidad entre la acción de regreso del 1.145.2º CC y la subrogación de los artículos 1.210.2º y 1.212 CC. GÓMEZ CALLE²⁰⁷⁴ también admite la subrogación como vía compatible con el derecho de regreso, aunque subraya que se trata de una subrogación especial, pues la solidaridad desaparece y el acreedor sólo puede reclamar de los demás la parte que les corresponda²⁰⁷⁵. La PCCAPDC²⁰⁷⁶ en su artículo 513-14 también admite ambas vías aunque con la misma limitación.

(ii.c) Eficacia frente a la remisión parcial

En relación a este punto, ya POTHIER²⁰⁷⁷ mantenía que la quita en favor de un único codeudor impide al acreedor exigir la deuda entera. Así, el derecho de regreso del artículo 1.145.2º CC se dará incluso contra el deudor a quien el acreedor haya remitido la deuda ex artículo 1.146 CC²⁰⁷⁸. Según este precepto, la quita realizada a un deudor solidario permite a los demás oponer al acreedor la correspondiente excepción por la parte remitida, y, si no se conocía la remisión y se pagó por entero, cabe reclamar al deudor remitido²⁰⁷⁹. Además, éste debe contribuir a cubrir la insolvencia de cualquiera de ellos²⁰⁸⁰.

²⁰⁷¹ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., pp. 246 y 247

²⁰⁷² ESPÍN CÁNOVAS, D., *Derecho Civil Español, Volumen III, Obligaciones y contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 108.

²⁰⁷³ Vid. CARRIÓN OLMOS, S., "Antecedentes para un intento de armonización de los artículo 1.145 y 1.210.3 del Código Civil", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, 2003, pp.1.569 a 1.572, que analiza los antecedentes legislativos del Código Civil en este punto y crítica la tesis de la dualidad, conforme a la cual la opción del regreso excluiría la subrogación y viceversa.

²⁰⁷⁴ GÓMEZ CALLE, E., "La pluralidad de deudores: análisis de derecho comparado", *ADC*, Vol. LXX, núm. I, 2017, pp. 112 y 113.

²⁰⁷⁵ Vid. SEOANE SPIEGELBERG, J.L., "Acciones de regreso y subrogatoria...", op. cit., pp. 121 a 123.

²⁰⁷⁶ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 639.

²⁰⁷⁷ Vid. POTHIER, *Tratado de las obligaciones...*, op. cit., pp. 136 y 137; vid. en el mismo sentido GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, op. cit., p. 67, que indica que los efectos de esa remisión particular prevista en el artículo 1.146 CC, se propagan al resto de codeudores, reduciendo la porción que el acreedor puede reclamarles.

²⁰⁷⁸ ESPÍN CÁNOVAS, D., *Derecho Civil Español...*, op. cit., p. 108.

²⁰⁷⁹ Vid. argumentación en este sentido en MANRESA Y NAVARRO, J.M., "Comentario el artículo 1.146", en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, Volumen I, revisada por M. Moreno Mocho, 6ª ed., Reus, Madrid, 1967, p. 531, que, entre otras razones, menciona el fraude que supondría, en caso contrario, que, tras el pago por un codeudor, aparecieran remisiones parciales cuando éstas ya no pueden perjudicar al acreedor; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, op. cit., p. 12.

²⁰⁸⁰ GÓMEZ CALLE, E., "La pluralidad...", op. cit., p. 114.

2. La solidaridad impropia u obligaciones *in solidum*

a) Naturaleza jurídica

Junto a la solidaridad *ex voluntate* o *ex lege* la jurisprudencia ha determinado otros supuestos que han venido a denominarse como solidaridad impropia u obligaciones *in solidum*²⁰⁸¹, en cuanto se trata de una solidaridad *extra legem* cuyo origen es netamente jurisprudencial²⁰⁸². Esta solidaridad está vinculada a la finalidad de proteger a la parte más débil en la relación jurídica y nace de la sentencia que la declara, por lo que también se conoce como solidaridad procesal²⁰⁸³. De este modo, se desarrolla desvinculada del principio del *favor debitoris*, y asociada al principio opuesto del *favor creditoris*, *rectius*, *favor victimae* o *pro damnato*²⁰⁸⁴, en cuanto que, en los supuestos de responsabilidad extracontractual, el acreedor merece una mayor protección al ostentar un crédito que se ha generado sin el concurso de su voluntad²⁰⁸⁵. Se trata de una construcción doctrinal en cuyo favor juegan consideraciones de equidad y el carácter tuitivo de la responsabilidad aquiliana, que llevan a afirmar que, cuando concurre una pluralidad de responsables, “*cada uno ha causado todo el daño*”²⁰⁸⁶. Indica SANCHO REBULLIDA²⁰⁸⁷, que aunque los artículos 1.137 y 1.138 CC sean de aplicación a toda clase de obligaciones, cabe entender que el artículo 1.902 CC establece “*expresamente*” la solidaridad cuando “*el resultado dañoso lo sea íntegramente de cada una de las conductas ilícitas*”. Todo lo anterior sin perjuicio de que en la doctrina se hayan formulado sólidos argumentos para negar que, de *iure condito*, rija en estos supuestos la regla de la solidaridad²⁰⁸⁸. En esta línea, se aboga por una reforma del marco legal en consonancia con las nuevas

²⁰⁸¹ Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, *op. cit.*, pp. 125 a 127, la considera una réplica de la solidaridad imperfecta elaborada por la doctrina y jurisprudencia francesa en el siglo XIX; *vid.* SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “Acciones de regreso y subrogatoria...”, *op. cit.*, pp. 117 a 120.

²⁰⁸² Entre otras muchas, expresamente se refiere a esta solidaridad como impropia la STS 28 de abril de 1998 (RJ 1998\3265), que dispone que esta responsabilidad solidaria en caso de vicios ruinógenos “*no conculca los artículos 1.137 y 1.138, que son preceptos de las obligaciones no necesariamente aplicables a la solidaridad impropia, de creación jurisprudencial*”.

²⁰⁸³ Vid. ATAZ LÓPEZ, J., “Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)”, en *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 131 y 132, que remarca que esta solidaridad nace de la sentencia y depende de la prueba que se practique en el procedimiento, de modo que al presentar la demanda podría existir una obligación derivada del daño, pero sin que pueda afirmarse aún su carácter solidario.

²⁰⁸⁴ Vid. CRISTÓBAL MONTES, A., *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 136, que señala que es la garantía del perjudicado, el argumento que con mayor profusión se utiliza por la doctrina y jurisprudencia a la hora de defender el vínculo solidario, aunque sin apoyo expreso en nuestro ordenamiento.

²⁰⁸⁵ DE SCALS PELLICER, J., “Obligaciones solidarias”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, Tomo XVIII, dirigida por B. Pellise Prats, Seix, Barcelona, 1986, p. 251.

²⁰⁸⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidades extracontractuales*, Madrid, 1972, pp. 490 y 491.

²⁰⁸⁷ Vid. SANCHO REBULLIDA, F.A., “La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Tomo III, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 577 y 578.

²⁰⁸⁸ Vid. ALBALADEJO, M., “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, *ADC*, Vol. XVI, núm. II, 1.963, pp. 368 y 369, que defiende que, siendo la regla general en nuestro derecho la mancomunidad, no cabe excepción en el supuesto de ilícito plural.

orientaciones, y se critica una interpretación que, sin apoyos suficientes, desborda “*las posibilidades hermenéuticas de la doctrina científica y de los tribunales*”²⁰⁸⁹

b) Principales manifestaciones

Esta solidaridad impropia, con remotos antecedentes en la solidaridad imperfecta francesa²⁰⁹⁰, se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual²⁰⁹¹, cuando hay una pluralidad de responsables del hecho dañoso y no es posible individualizar la imputación de cada uno de los intervinientes. Se trata de supuestos nucleados fundamentalmente en torno al artículo 1.902 CC²⁰⁹², aunque también esta categoría ha desplegado su eficacia de forma muy acusada en la responsabilidad decenal del artículo 1.591 CC²⁰⁹³. En cualquier caso, no nos encontramos ante dos clases de solidaridad, sino ante el mismo fenómeno, si bien a las obligaciones *in solidum* no se aplican algunos de los efectos secundarios antes analizados²⁰⁹⁴. No obstante, hemos de adelantar que esta figura en ocasiones también se extrapola por la jurisprudencia al ámbito contractual²⁰⁹⁵.

B) La solidaridad en la LOE

1. Responsabilidad individualizada versus solidaridad subsidiaria

a) El principio general de la responsabilidad individual

La LOE establece en el artículo 17.2, como regla general, el principio de que la responsabilidad se exigirá de forma personal e individualizada, tanto por hechos propios como por los actos u omisiones de las personas por las que se deba responder²⁰⁹⁶. De este modo, será responsable el agente de la edificación que haya

²⁰⁸⁹CRISTÓBAL MONTES, A., *Mancomunidad...*, *op. cit.*, pp. 146 y 146, que precisa que es la mancomunidad el principio que se desprende con claridad de nuestro ordenamiento.

²⁰⁹⁰Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, *op. cit.*, pp. 125 a 127.

²⁰⁹¹ALBALADEJO, M., “Sobre la solidaridad...”, *op. cit.*, pp. 347 y 348, que aboga por la inexistencia de solidaridad en estos casos.

²⁰⁹²Vid. MENDOZA ALONZO, P.A., *La obligación solidaria impropia*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015, pp. 125 y 126, destaca cuatro ámbitos en los que se ha generado este tipo de solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el primero y principal vendría determinado por los supuestos de daños causados por una pluralidad de sujetos sin que pueda delimitarse la responsabilidad individual de cada uno de ellos, con independencia de que las conductas sean concurrentes, concertadas, independientes, simultáneas o sucesivas; un segundo ámbito sería el de los casos de responsabilidad por hecho ajeno, en especial en la responsabilidad vicaria del artículo 1.903 CC; el tercero sería aquel derivado de situaciones en las que el causante del daño dispone de un seguro de responsabilidad civil; y el cuarto estaría determinado por las responsabilidades por vicios de la construcción en el marco del artículo 1.591 CC; *vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, *op. cit.*, pp. 94 a 97.

²⁰⁹³GARCÍA CANTERO, G., “La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1.591 del Código Civil”, *ADC*, Vol. XVI, núm. IV, 1.963, p. 1.101. *Vid.*, no obstante, TRAVIESAS, M.M., “Contrato de arrendamiento”, *RDP*, 1919, p. 45, que pone de manifiesto que del tenor del artículo 1591 CC, más que solidaridad se desprende una suerte de distribución de responsabilidades.

²⁰⁹⁴Vid. SSTS 14 de marzo de 2003 (RJ 2003\3645) o 16 de enero de 2015 (RJ 2015\277).

²⁰⁹⁵La SAP de Madrid de 22 de abril de 2005 (JUR 2005\122320), establece la solidaridad en la obligación de abonar a un agente de la propiedad sus honorarios a cargos de los dueños de unas parcelas, al no haberse individualizado el porcentaje que debía abonar cada uno de ellos, apelando a la solidaridad impropia imperante en el ámbito extracontractual, que puede extrapolarse al contractual.

²⁰⁹⁶Esta regla coincide con el principio general que se desprende de la literalidad del artículo 1.591 CC, en el que la responsabilidad se atribuye de forma individual, en función de la naturaleza del defecto constructivo que origine la ruina: si la misma se debe a vicios de construcción responderá el contratista, y si deriva de vicio del suelo o de la dirección lo hará el arquitecto.

originado el defecto constructivo al no haber actuado conforme a su *lex artis* profesional. Así, aunque sean demandados varios agentes, una vez individualizada la causa de los daños sólo responderá el que los causó, por lo que procederá la absolución de los restantes²⁰⁹⁷. En el mismo sentido, si al establecer la causa eficiente de una patología se determina que es imputable a varios de ellos, deberán responder todos éstos, pero con arreglo al grado de participación que a cada uno corresponda en los daños existentes, cuantificado en una cantidad concreta o mediante una cuota porcentual, sin que proceda una responsabilidad por el todo. De esta manera, al igual que resulta de la literalidad del artículo 1.591 CC, queda claro, pues, que en el régimen de la LOE no rige inicialmente la solidaridad, sino que es de aplicación el principio de individualización de la responsabilidad.

b) El problema de los daños derivados de causas ignotas

No obstante, frente a esta impecable declaración de principios, se impone el hecho reiteradamente constatado de que, en las edificaciones afectadas por vicios constructivos, es sumamente difícil identificar la concreta etiología del defecto que ha determinado la patología existente. Del mismo modo, en caso de que se determine esa etiología, si concurre la intervención de varios de los agentes de la edificación en la producción del resultado lesivo, es igualmente difícil delimitar con nitidez el grado de participación de cada uno de ellos en los daños producidos. En definitiva, la actuación conjunta de los agentes constructivos y, en muchas ocasiones, la inescindibilidad de las causas que determinan los daños en la edificación, harán que en la praxis sea una tarea ardua y, en no pocos supuestos, imposible, individualizar y graduar cada una de las responsabilidades concurrentes. Así, frente al desiderátum de la responsabilidad individualizada, en muchos casos se impone la imposibilidad de su individualización y graduación, por lo que, en este escenario, surge el dilema de cómo articular su distribución. Una respuesta a esta cuestión podría ser la irresponsabilidad de todos los agentes ante la imposibilidad de individualizar la imputación; una segunda vendría de la mano del principio general que consagra el artículo 1.137 CC, en cuanto plasma la regla de la mancomunidad en las obligaciones, siendo la solidaridad una excepción; una tercera apelaría a la solidaridad²⁰⁹⁸. En este sentido, señala SALVADOR CODERCH que *“la solidaridad es un remedio a los problemas de información derivados de la imposibilidad de distribuir las consecuencias económicas de un daño entre sus responsables (...)”*²⁰⁹⁹. La solidaridad, por tanto, deviene como solución a los supuestos en los que varios agentes causan un mismo daño, sin que puedan delimitarse los cursos causales, ni las responsabilidades respectivas de cada uno de ellos y su repercusión en el resultado lesivo final. Surge así la contraposición entre daños divisibles —distintos— y daños indivisibles —indistintos—. En los primeros procede aplicar el principio de responsabilidad individual, imputando cada uno al agente que lo causó; y en los

²⁰⁹⁷ Vid. STS 5 octubre 1999 (RJ 1999\7014) que condena sólo al ingeniero industrial; 9 marzo de 2000 (RJ 2000\1515) que condena sólo al arquitecto; o 23 de febrero de 2010 (RJ 2010\4342), que condena a los arquitectos técnicos y al constructor en un 50% cada uno, de forma mancomunada.

²⁰⁹⁸ Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, op. cit., pp. 320 a 322, que precisa que pueden existir otras soluciones como la *market share liability* (o responsabilidad por cuota de mercado), además, evidentemente de la mancomunidad por partes iguales.

²⁰⁹⁹ Vid. SALVADOR CODERCH, P., “Prologo”, en GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, op. cit., que continúa indicando que *“no debería, sin más, aplicarse a las primeras de cambio. El problema, claro, es que no resulta fácil distinguir cuándo estamos ante varios causantes de un mismo daño o de varios, cuándo los daños son divisibles y, por tanto, distintos, y cuándo indivisibles, indistintos”*.

segundos procede la responsabilidad solidaria, al no poder delimitarse ésta individualmente entre los agentes intervinientes²¹⁰⁰. En cualquier caso, la indeterminación de la contribución causal de cada agente no puede derivar en una exoneración de responsabilidad, pues parece claro que alguno causó el daño, de forma que, para los jueces del orden civil, lo expuesto no es obstáculo para responsabilizar a todos ellos²¹⁰¹.

c) La solidaridad subsidiaria como solución

(i) En el artículo 1.591 CC

La jurisprudencia proclamó la existencia de una responsabilidad solidaria en todos los supuestos de causa desconocida, ya desde la relevante STS de 5 de mayo de 1961²¹⁰². Se trata de una solidaridad que nace de la propia sentencia, en cuanto que en el proceso no ha sido posible determinar la concreta responsabilidad en los vicios constructivos de cada uno de los agentes de la edificación, pero derivada del hecho innegable de que la ruina del edificio tiene como único origen su actuación conjunta²¹⁰³. Esta solución tiene su base en un principio de justicia material, y persigue proteger el interés de los adquirentes de vivienda, como parte más débil de la relación jurídica nucleada en torno al fenómeno de construcción. Esta línea jurisprudencial ha continuado hasta nuestros días, a través de múltiples sentencias²¹⁰⁴ que han interpretado de forma prácticamente unánime el artículo 1.591 CC, en los casos en los que no es posible individualizar la responsabilidad. Señala O'CALLAGHAN MUÑOZ²¹⁰⁵, que la jurisprudencia sigue invariablemente el principio de que, si hay varias personas responsables en base al artículo 1.591, lo son solidariamente, puesto que *“la solidaridad se ajusta más al fin perseguido que es el asegurar al máximo la*

²¹⁰⁰ Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, op. cit., pp. 323 a 328.

²¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 162 a 163, que señala como el ejemplo paradigmático en el derecho español de los problemas de identificación del causante del daño, es el accidente de caza, en el que, cuando no puede determinarse el arma de la que salió el disparo causante del daño, se responsabiliza solidariamente a todos los miembros de la partida de caza ex artículo 33.5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza (BOE núm. 82, de 6 de abril 1979). Este precepto da respuesta, en este caso singular, al clásico problema jurídico del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo.

²¹⁰² RJ 1961\2310. Esta sentencia aprecia la concurrencia de responsabilidad entre el constructor y la dirección facultativa, sin que pueda determinarse el grado de participación de cada uno de ellos en la ruina del edificio y considera que *“dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que contiene el precepto, con la identidad del origen legal 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 1.591”*.

²¹⁰³ Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Nº 2810. Comentario STS núm. 411/2017 de 27 junio (RJ 2017\3197). Doctrina jurisprudencial sobre la interrupción de la prescripción en los supuestos de responsabilidad solidaria subsidiaria de los agentes que intervienen en el proceso de edificación”, CCJC, núm. 105, 2017, pp. 2 a 5, que alude a estos supuestos, previstos hoy en el artículo 17.3 LOE, como “solidaridad subsidiaria”.

²¹⁰⁴ SSTS de 16 de enero de 2015 (RJ 2015\277), 27 de abril de 2009 (RJ 2009\2899), 4 de junio de 1992 (RJ 1992\4497), 21 de diciembre de 1.990 (RJ1990\10316), entre otras muchas —SSTS 5-5-1961 (RJ 1961\2310), 17-5-1967 (RJ 1967\2423), 10-11-1970 (RJ 1970\5100), 1-2-1975 (RJ 1975\323), 18-11-1975 (RJ 1975\4141), 1-4-1978 (RJ 1978\3510), 31-10-1979 (RJ 1979\3462), 21-4-1981 (RJ 1981\1660), 9-10-1981 (RJ 1981\3590), 5-12-1981 (RJ 1981\5046), 6-10-1982 (RJ 1982\5540), 22-11-1982 (RJ 1982\6553) o 17-2-1984 (RJ 1984\690)—.

²¹⁰⁵ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Contrato de obra...”, op. cit., p. 1694, añade que pese a que la solidaridad sólo rige cuando no se pueden individualizar responsabilidades, *“en los últimos años no se conoce una sola sentencia en que se mantenga la mancomunidad”*.

*protección del interés más digno de ello*²¹⁰⁶. No obstante, hemos de remarcar que esta jurisprudencia sólo debe aplicarse con carácter subsidiario, como último remedio frente a la imposibilidad de individualizar la responsabilidad, de forma que cuando esta tarea pueda verificarse, la condena no debe ser solidaria²¹⁰⁷.

(ii) En el artículo 17.3, ab initio, LOE

La línea jurisprudencial invocada tiene su culminación en el artículo 17.3 LOE, que ha positivado los criterios anteriores dando carta de naturaleza legal al régimen de responsabilidad solidaria subsidiaria, en los supuestos en los que *“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”*²¹⁰⁸.

(iii) El abuso de este recurso

El problema de las causas ignotas ha contribuido a matizar el principio de responsabilidad personal e individualizada que consagra el artículo 17.2 LOE, y, ha determinado que, en un gran número de ocasiones, tanto con el artículo 1.591 CC como actualmente con la LOE, se establezca una responsabilidad solidaria. Así, en la práctica la jurisprudencia ha abusado de esta apelación a la solidaridad por vicios constructivos, *“rehusando analizar en muchos casos la naturaleza y origen de la ruina, lo que resulta tan fácil y cómodo como injusto”*²¹⁰⁹.

2. Régimen jurídico

Junto al principio general de la responsabilidad individualizada del artículo 17.2 LOE, esta norma establece varios supuestos de obligaciones solidarias *ab initio* y un supuesto de responsabilidad solidaria determinada en sentencia, aunque con origen en la Ley, según los términos en los que ha sido abordada esta cuestión por la STS de 16 de enero de 2015²¹¹⁰. Esta resolución emplea una terminología que supera la clásica distinción entre solidaridad propia e impropia, de forma que la aplicación de sus respectivos regímenes jurídicos dependerá más bien de que se trate de una solidaridad previa a la sentencia, o de una solidaridad *ex post* con origen en ésta.

a) Obligaciones solidarias ab initio

Los supuestos que se relacionan a continuación son supuestos de solidaridad propia, *ex lege*, en los que, además, el vínculo solidario nace con carácter previo a la sentencia:

(i) La solidaridad en garantía del promotor ex artículo 17.3, in fine, LOE

El promotor se configura en la LOE como garante de la edificación, por lo que frente a los propietarios es un responsable solidario “en todo caso”²¹¹¹, junto con los

²¹⁰⁶STS de 17 de febrero de 1986 (RJ 1986\683).

²¹⁰⁷Vid. STS 5 octubre 1999 (RJ 1999\7014), que condena sólo al ingeniero industrial; 9 marzo de 2000 (RJ 2000\1515), que condena sólo al arquitecto; ó 23 de febrero de 2010 (RJ 2010\4342), que condena a los arquitectos técnicos y al constructor, de forma mancomunada, en un 50% a cada uno de ellos.

²¹⁰⁸Vid. SAP Palencia de 12 de diciembre de 2017 (JUR 2017\1852).

²¹⁰⁹MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “Incidencia...”, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

²¹¹⁰RJ 2015\277. Esta sentencia, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil, aborda la aplicación del artículo 1.974.1^o CC a los supuestos de solidaridad del artículo 17.3, *ab initio*, LOE.

²¹¹¹Vid. MARTÍ FERRER, M., “La LOE. El punto de vista del promotor”, *Revista de derecho urbanístico*

demás agentes de la edificación, según dispone el artículo 17.3, *in fine*. Esta solidaridad se establece indistintamente tanto respecto del promotor-constructor como respecto del simple promotor-vendedor, y sin perjuicio del derecho de repetición, el cual se podrá instrumentar *pro cuota* o por el todo, en función de que aquél tenga o no responsabilidad en los hechos. Por consiguiente, dentro de la solidaridad que establece el artículo 17.3 habrá que distinguir una solidaridad *ab initio*, que será la del promotor respecto de todos los demás agentes de la edificación, prevista en el artículo 17.3, *in fine*; y una solidaridad *ex post*, que sólo puede surgir de la sentencia, y que será la que pueda concurrir entre varios agentes constructivos ante la imposibilidad de individualizar o graduar la responsabilidad derivada de los daños, según prevé el artículo 17.3, *ab initio*²¹¹².

(i.a) Naturaleza jurídica

Se trata de una responsabilidad objetiva de carácter vicario, a la que siempre se acude, *responsabilité relais* según la doctrina francesa, o “responsabilidad en garantía” a la que alude la doctrina italiana²¹¹³. De este modo, la LOE atribuye al promotor una solidaridad como garante de las obligaciones de los demás agentes constructivos²¹¹⁴, que eleva el rango de su responsabilidad a un nivel superior²¹¹⁵, singularizada porque responde incluso sin tener intervención directa en la causación de los daños²¹¹⁶. En ella el matiz objetivo se refleja de modo más acusado²¹¹⁷, pues no requiere *culpa in eligendo* o *in vigilando*, ni puede soslayarse acreditando la culpa de otro agente de la edificación²¹¹⁸. Lo anterior supone una novedad legislativa, aunque en cierto modo la jurisprudencia precedente ya había anticipado este tipo de responsabilidad bajo el régimen del artículo 1.591 CC²¹¹⁹, con la finalidad de brindar al perjudicado la opción de demandar al promotor o a éste y a los demás agentes constructivos²¹²⁰. En este sentido, de los tres criterios en base a los cuales puede atribuirse responsabilidad a este agente —la individualización de responsabilidad ex artículo 17.2; la solidaridad por causa ignota ex artículo 17.3, *ab initio*; y la responsabilidad en garantía ex artículo 17.3, *in fine*—es este último el que se

y medio ambiente, núm. 177, 2000, pp. 93 a 98.

²¹¹²Como se puede apreciar, el orden en el que se recogen en el artículo 17.3 LOE, la solidaridad *ab initio* y la solidaridad *ex post*, es inverso al sentido de estas expresiones.

²¹¹³MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., “El promotor...”, *op. cit.*, pp. 2.450 a 2.452.

²¹¹⁴*Vid.* CADARSO PALAU, J., “La responsabilidad de los constructores en la Ley de Ordenación de la Edificación. Una aproximación a la nueva disciplina”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 7, 2000, p. 7

²¹¹⁵VICENTE TORRES, M., *Distribución...*, *op. cit.*, p. 350, indica que esta situación genera un desequilibrio en la distribución de responsabilidades, que podría ser paliado si esta responsabilidad en garantía del promotor se articulara como subsidiaria.

²¹¹⁶Para L.J. CUENCA LÓPEZ, “Construcción industrializada de edificios en el siglo XXI. En torno a las responsabilidades”, *Revista de derecho empresa y sociedad*, núm. 5, 2014, pp. 164 y 165, el proceso de construcción industrializada de viviendas debe conducir a establecer una responsabilidad única del promotor frente al comprador, como sucede en la industria de la automoción, sin perjuicio del derecho de repetición de aquél, en sustitución del sistema de responsabilidad legal clásico en el que existe una pluralidad de posibles responsables directos.

²¹¹⁷*Ibidem*, pp. 125 a 127. *Vid.* ABRIL CAMPOY, J.M., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 1245.

²¹¹⁸*Vid.* MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas...*, *op. cit.*, pp. 471.

²¹¹⁹VICENTE TORRES, M., *Distribución...*, *op. cit.*, pp. 125 a 127, que cita, entre otras resoluciones, la SSTS de 1 de octubre de 1991 (RJ 1991/7255); 8 de junio de 1992 (RJ1992/5172); 28 de enero de 1994 (RJ 1994/575); 23 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7266); o 13 de octubre de 1999 (RJ 1999/7426).

²¹²⁰*Vid.* TYLOR DOMÍNGUEZ, M. y QUECEDO ARACIL, R., “La Ley de Ordenación de la Edificación...”, *op. cit.*, pp. 370 a 376.

caracteriza por su carácter casi automático, que motiva su empleo frecuente en la praxis forense²¹²¹.

(i.b) Alcance

Esta responsabilidad solidaria surge incluso aunque la causa de los daños se pueda individualizar e imputar exclusivamente a otro agente de la edificación²¹²², tal y como se deduce de la expresión legal “en todo caso”²¹²³ y reconoce la jurisprudencia²¹²⁴. Así, se grava con un plus de responsabilidad al promotor²¹²⁵, de modo que, frente al perjudicado, esta solidaridad impide que pueda liberarse imputando a otro profesional²¹²⁶, pues tiene un alcance omnicomprendido en las relaciones externas. Responde, pues, “*aunque no tuviera culpa*”²¹²⁷, con un carácter objetivo que se proyecta sobre cualquier vicio o defecto que presente la edificación²¹²⁸.

(ii) Contratación conjunta de los agentes de la edificación

Cuando se produce la contratación conjunta de varios agentes de la edificación, puede surgir una obligación solidaria para todos ellos. En concreto la LOE instituye expresamente esta solidaridad en el supuesto de que el proyecto se contrate conjuntamente con más de un proyectista, ex artículo 17.5.1º y cuando la dirección de obra se contrate del mismo modo con varios técnicos, ex artículo 17.7.3º.

(ii.a) Proyectistas y directores de obra

En los dos supuestos indicados, previstos en los artículos 17.5.1º y 17.7.3º LOE, para que surja esta solidaridad será necesario que los agentes de la edificación contraten en plano de igualdad frente al promotor²¹²⁹, y que el contrato se efectúe de modo conjunto, sin asignación de partes o fases de la obra a cada uno de ellos, de modo que exista una obligación indiferenciada respecto del todo²¹³⁰. Por el contrario, si en el contrato se aprecian con claridad las partes que cada una de las personas contratadas conjuntamente asume, no se dará esta responsabilidad solidaria. En

²¹²¹VICENTE TORRES, M., *Distribución...*, op. cit., pp. 347, que analiza 33 sentencias del Tribunal Supremo de las cuales 7 responsabilizan al promotor en base al artículo 17.2; 11 en base al artículo 17.3, *ab initio*; y 15 en base al artículo 17.3, *in fine*.

²¹²²Vid. SSTS 11 de abril de 2012 (RJ 2012\5746) o 24 de mayo de 2013 (RJ 2013\4620). La STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\282), indica sobre esta responsabilidad que “*significa conforme a reiterada jurisprudencia de esta sala, 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» (...)*”; VARGAS BENJUMEA, I., “La responsabilidad...”, op. cit., p. 22.

²¹²³Vid. LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad personal individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 148 y 149; en el mismo sentido ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad...”, op. cit., p. 790; o ABRIL CAMPOY, J.M., “La responsabilidad...”, op. cit., p. 1246.

²¹²⁴STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\282).

²¹²⁵Precisa FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 229 a 231, que la solidaridad del promotor se erige en una responsabilidad universal provisoria, que tiene la naturaleza de solidaridad de origen, la cual existe desde que se formula la demanda.

²¹²⁶RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y, GARCÍA ALGUACIL, M^a.J., “Los criterios de imputación...”, op. cit., pp. 140 y 144.

²¹²⁷MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, op. cit., p. 208.

²¹²⁸Vid. ABRIL CAMPOY, J.M., “La responsabilidad...”, op. cit., p. 1245.

²¹²⁹ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., p. 755.

²¹³⁰Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 204.

consecuencia, sólo se producirá si la contratación es unitaria respecto del todo²¹³¹. Debe destacarse que, si en el contrato se fijan asignaciones porcentuales respecto de los contratantes, como, por ejemplo, la participación en los honorarios totales de cada técnico, lo anterior no impide la solidaridad que proclama este precepto, sin perjuicio de que tales indicaciones puedan constituir una pauta para distribuir la responsabilidad en la relación interna²¹³². El fundamento del vínculo solidario en estos casos descansa en la indivisibilidad de responsabilidades, la cual deriva del encargo conjunto que los técnicos asumen²¹³³. Finalmente, cumple advertir, que esta solidaridad será exigible aunque se pueda individualizar el proyectista o el técnico que ha causado el defecto constructivo, pues, a diferencia de la solidaridad del artículo 17.3, *ab initio*, en este caso no está fundamentada en la imposibilidad de individualizar las responsabilidades, sino en la existencia de una contratación conjunta respecto de un encargo indivisible²¹³⁴.

(ii.b) Otros posibles supuestos

A falta de previsión expresa en la LOE, cabe la duda de si en otras situaciones en las que se contrate conjuntamente a varios agentes de la edificación —dirección de ejecución contratada conjuntamente con varios técnicos o contratación conjunta de varios constructores— también surgiría esta responsabilidad solidaria, pero entendemos que la solución analógica se impone²¹³⁵, fundamentalmente en el caso de la dirección de ejecución contratada de este modo²¹³⁶.

b) La responsabilidad solidaria declarada en sentencia

(i) La solidaridad subsidiaria del artículo 17.3, *ab initio*, LOE

(i.a) Delimitación

El artículo 17.3, *ab initio*, establece un supuesto de solidaridad subsidiaria como excepción al principio de responsabilidad personal e individualizada, que regirá cuando no pueda individualizarse la causa de los daños materiales, o cuando quede debidamente probada la concurrencia de culpas —*rectius* concurrencia de diferentes actuaciones profesionales²¹³⁷—, sin que pueda precisarse el grado de intervención de

²¹³¹La STS de 17 diciembre de 2014 (RJ 2014/6589), aunque no se refiere a la LOE, establece de forma muy acertada los fundamentos en los que descansa la responsabilidad solidaria en caso de contratación conjunta de varias personas, en referencia a la existencia de un encargo único, con una única retribución, que da lugar a una prestación indivisible, a la que no obsta el pacto de distribución porcentual del precio.

²¹³²*Ibidem*, en dicha sentencia la Sala establece que la fijación de la parte del precio que corresponde a cada constructora no impide el nacimiento de la obligación solidaria.

²¹³³*Vid.* LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 177 a182.

²¹³⁴Piénsese, que, en caso de que no se sostenga esta interpretación, este precepto sería ocioso, pues la solidaridad por falta de individualización ya está prevista por el artículo 17.3, *ab initio*.

²¹³⁵*Vid.* LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp.146 y 147, que se decanta por esta aplicación analógica cuando existan varios directores de ejecución o varios directores de obra, contratados de forma conjunta para realizar su trabajo en común, sin asignación a cada uno de ellos de diferentes partes de la obra. En este sentido GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Algunos aspectos...”, *op. cit.*, pp. 104 y 105, que alude a la existencia en este supuesto de una solidaridad impropia, por no haberse establecido expresamente por la Ley.

²¹³⁶FEMENÍA LÓPEZ, P. J., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 244; en el mismo sentido MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 198.

²¹³⁷Puesto que la LOE instaura una responsabilidad de carácter objetivo, no parece que aludir a la expresión “concurrencia de culpas” sea lo más correcto en buena técnica jurídica. No obstante,

cada agente en el daño producido²¹³⁸. Así, la LOE plasma positivamente la solidaridad que el Tribunal Supremo había consagrado cuando se daban estas situaciones bajo el régimen del artículo 1.591 CC²¹³⁹. Se trata de una solidaridad *ex post facto*²¹⁴⁰ con base en el principio del “*favor creditoris*”²¹⁴¹, que tiende a solucionar los problemas de identificación del responsable²¹⁴², en un escenario que guarda relación con aquéllos en los que el daño se causa por el miembro indeterminado de un grupo²¹⁴³, cuyo antecedente más relevante en el derecho comparado reside en el parágrafo 830 BGB, y a los que se alude como supuestos de “causalidad sospechada”²¹⁴⁴. De este modo, se vertebra así una imputación conjunta basada en la presunción de causalidad respecto de los vicios constructivos, que deriva en una responsabilidad sin culpa, extensible a todos los agentes de la edificación y que se instrumenta con carácter solidario cuando no es posible su individualización o graduación²¹⁴⁵.

(i.b) Naturaleza jurídica

Según los términos empleados por la STS de 16 enero de 2015²¹⁴⁶, en este caso no estamos ante una obligación solidaria, sino más bien ante una responsabilidad solidaria determinada en sentencia, aunque con origen expreso en la Ley, distinta de aquellos casos en los que la LOE instituye un vínculo solidario inicial, como ocurre con el promotor respecto de los demás agentes de la edificación, o en los de contratación conjunta de varios proyectistas o directores de obra. En este supuesto la solidaridad no se genera *ab initio*, sino que sólo surgirá tras el dictado de una sentencia²¹⁴⁷ en la que se aprecien circunstancias que impidan individualizar o graduar la responsabilidad, por lo que su régimen jurídico se asimila a las obligaciones *in solidum* de creación jurisprudencial²¹⁴⁸.

utilizaremos esta expresión por ser la que emplea la ley, y la que habitualmente se utiliza, aunque asumiendo esta matización.

²¹³⁸Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Nº 2810. Comentario...”, *op. cit.*, pp. 2 a 5, que alude a estos supuestos como “solidaridad subsidiaria”.

²¹³⁹Vid., entre otras muchas, SSTS de 27 de abril de 2009 (RJ 2009\2899) o 4 de junio de 1992 (RJ 1992\4497).

²¹⁴⁰Vid. ATAZ LÓPEZ, J., “Las obligaciones...”, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

²¹⁴¹ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Concepto de ruina...”, *op. cit.*, pp. 1332 a 1662.

²¹⁴²GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, *op. cit.*, p. 192, que precisa que se trata de un remedio a la ignorancia o a los costes de prueba de la causalidad, del grado de culpa o ambas cosas a la vez.

²¹⁴³GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil por hecho ajeno”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1036 a 1048, que incluye en esta tipología el artículo 17.3 LOE, junto al artículo 33.5.2º de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza (BOE núm. 82, de 6 de abril 1970), que da respuesta en este caso singular, al clásico problema jurídico del daño causado por el miembro indeterminado.

²¹⁴⁴Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª.T., *La figura...*, *op. cit.*, pp. 156 y 157.

²¹⁴⁵En este sentido GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 133 a 138, cuyo planteamiento sobre el artículo 1591 CC consideramos extrapolable al artículo 17.3, *ab initio*, LOE.

²¹⁴⁶RJ 2015\277.

²¹⁴⁷GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 158 a 162, que alude a la misma como “solidaridad como condena”.

²¹⁴⁸Vid. SEIJAS QUINTANA, J.A., “Acciones, solidaridad y prescripción en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación”, *Jueces para la democracia*, núm., 47, 2003, p. 72, que es el ponente de la meritada sentencia de 16 de enero de 2015, y que, ya en 2003, indicaba que la solidaridad resultante de la LOE, salvo la del promotor, es de carácter impropio, si bien ahora esta resolución matiza aquella afirmación, indicando que, aunque con origen en la ley, se trata de una solidaridad que se conoce tras la sentencia y no de una solidaridad *ab initio*.

(i.c) Responsabilidad por cabezas y por estirpes

Cuando se establece la solidaridad subsidiaria ex artículo 17.3, *ab initio*, LOE, resultarán afectados varios agentes de la edificación, cuya función puede haber sido desarrollada por varias personas. La solidaridad determina que, frente al perjudicado, cualquiera de ellas responda por el todo. Sin embargo, en la relación interna, en el ámbito del regreso de carácter mancomunado, cada uno de los agentes constructivos se constituye, a estos efectos, en un grupo o estirpe profesional. Así, *ad intra*, la imputación se debe articular por grupos profesionales, de forma que las personas que integren una misma estirpe asuman una única cuota de responsabilidad²¹⁴⁹ y, por la misma razón, si una persona asume la función de dos estirpes, asumirá las cuotas de ambas. A su vez, dentro de cada estirpe, en la relación interna, la responsabilidad será mancomunada y por cabezas²¹⁵⁰.

(i.d) Interrupción de la prescripción

Esta solidaridad subsidiaria o *ex post facto* se asimila a la solidaridad impropia de creación jurisprudencial en lo que respecta a la interrupción de la prescripción. DÍEZ-PICAZO²¹⁵¹ indica respecto de estos supuestos que, antes de dictarse sentencia, no deberían regir las normas de la solidaridad pasiva. La consecuencia que se desprende de lo anterior es la inaplicación del artículo 1.974.1º CC, de forma que la interrupción de la prescripción respecto a un deudor solidario no interrumpe la de los demás. Así, en la solidaridad subsidiaria que prevé el artículo 17.3, *ab initio*, no resultará de aplicación el artículo 1.974.1º CC, por lo que la interrupción de la prescripción de la acción frente al promotor o frente a otro agente de la edificación no interrumpirá la del resto, aunque la de cualquiera de estos agentes sí interrumpirá la de aquél. De esta manera, tras la citada STS de 16 de enero de 2015²¹⁵², pese a que con la LOE este supuesto ya se encuentra expresamente previsto en la ley, en cuanto a su régimen jurídico se asimila a las obligaciones *in solidum* de creación jurisprudencial. Así, el elemento determinante para aplicar el artículo 1.974.1º CC ya no será la previsión legal de la solidaridad, sino la existencia de una obligación solidaria inicial distinta de la solidaridad *ex post* que dispone el artículo 17.3, *ab initio*,

²¹⁴⁹Vid. SAP Madrid de 3 de mayo de 2013 (JUR 2013\210029), que indica que “*la responsabilidad frente al perjudicado es solidaria de no haber individualizado las responsabilidades de los diferentes agentes intervinientes en la construcción, lo cual no obsta a que, a efectos internos entre los agentes constructivos ante la reclamación de uno de ellos frente a los demás, se entienda de justicia que la responsabilidad sea por dichas «estirpes profesionales», tal y como se recoge en sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2010, que se refiere a la responsabilidad exigida entre los agentes codemandados, dejando claro que: «en el posible pleito posterior no tendrán las partes la presencia en la misma que en el proceso anterior»*”; en el mismo sentido SAP de Madrid de 12 de mayo de 2013 (JUR 2013\209182), que, citando la SAP de Guadalajara de 1 de febrero de 2002 (JUR 2002\99438), indica que “*solo cabe matizar en esta alzada que el reparto de responsabilidad pese a ser solidaria, a efectos internos, no en relación al acreedor respecto del cual la deuda es única, sino entre los codemandados ha de retomarse a un tratamiento parciario sosteniéndose al respecto que el reparto haya de efectuarse en función de los grupos económicos intervinientes conforme a los específicos cometidos que les conciernen (promotor, arquitectos, aparejadores), y (...) dentro de los mismos será mancomunada y por cabezas (SSTS 5-12-81, 17-2-84, 13-6-84 y 12-3-85)*”. Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Algunos aspectos procesales...”, *op. cit.*, p 112, que mantiene, en esta línea, que la repetición no se efectúa por cabezas sino por agentes, de forma que si varias personas actúan como un agente constructivo entre todas afrontarán una cuota, y si una persona asume la función de varios agentes, asumirá varias cuotas.

²¹⁵⁰SAP de Guadalajara de 1 de febrero de 2002 (JUR 2002\99438).

²¹⁵¹Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., “Ley de edificación...”, *op. cit.*, p. 18.

²¹⁵²RJ 2015\277.

la cual, pese a tener expresa mención en la ley, sólo podrá ser declarada *a posteriori* en sentencia, tras constatar que no se puede concretar o graduar individualmente la responsabilidad.

(ii) La intervención sucesiva de los agentes de edificación

Señala CORDERO LOBATO²¹⁵³, que también puede existir una responsabilidad solidaria si los agentes de la edificación intervienen de forma sucesiva en el proceso constructivo, sin que puedan delimitarse las responsabilidades entre ellos, como cuando se suceden varios técnicos en la dirección de la obra²¹⁵⁴. En este supuesto, el Tribunal Supremo²¹⁵⁵ entiende que el nuevo profesional asume lo realizado por su antecesor con el mismo argumento que late en el artículo 17.7.2º LOE, cuando establece la responsabilidad por hecho ajeno del director de obra respecto del proyectista²¹⁵⁶. No obstante, a nuestro juicio y, en defecto del anterior argumento, este supuesto también puede incardinarse en la solidaridad subsidiaria del artículo 17.3, *ab initio*, LOE. Este escenario también puede darse cuando un proyectista continúa con la redacción de un proyecto ajeno²¹⁵⁷, o en caso de sucesión de otros agentes, como cuando una constructora finaliza la obra iniciada por otro contratista²¹⁵⁸.

²¹⁵³ Vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 398.

²¹⁵⁴ Cfr. DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 423 a 425, que precisa que en caso de sucesión de técnicos lo determinante es la firma del CFO, por lo que el segundo asume lo realizado por el primero, pero sin que éste responda ni siquiera por los defectos originados durante su actuación, pues, de haber seguido con sus funciones hasta la firma de dicho certificado podía haber ordenado su subsanación; .

²¹⁵⁵ STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001\2592) y 24 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7644). La STS de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005\1920), indica que “*un técnico –arquitecto y arquitecto técnico– al terminar la obra ejecutada en parte por otro, asumen la responsabilidad de los hechos por éste, ya que, si existen vicios, deben solventarlos y evitarlos, lo que no ha sucedido en el presente caso. Lo cual ha sido proclamado explícitamente por la sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2592), que dice: «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 (...)*”.

²¹⁵⁶ En sentido contrario se pronuncia la SAP de Sevilla de 10 de enero de 2013 (JUR 2013\177282), que, pese a la existencia de vicios constructivos imputables a los técnicos, no admite la responsabilidad ni del arquitecto técnico originario fallecido, ni la del nuevo aparejador designado, ni la del arquitecto superior que asumió sus funciones y la vigilancia de la obra hasta que se designó al nuevo, pese a que ninguno formuló reservas en el acta de recepción. Vid. comentario a esta sentencia en MARTÍNEZ LÍNDEZ, A.J., “Responsabilidad en caso de sucesión de aparejadores”, *Práctica de Derecho de Daños*, 2013; y en “Sucesión de aparejadores y el final de obra”, *La Toga*, núm. 188, 2013, pp. 51 a 53.

²¹⁵⁷ Vid. LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 133-134, que afirma esta clara tendencia en el derecho francés, alemán, italiano, suizo y portugués.

²¹⁵⁸ Vid. SAP Madrid de 21 de marzo de 2018 (JUR 2018\149004), que establece que “*el constructor infringe sus deberes legales si continúa la obra sin cerciorarse de la correcta ejecución de los contratistas anteriores cuya prestación continúe*”, por lo que tiene un deber de garantía respecto de la construcción, salvo que pruebe que su prestación no causó el vicio (defensa de causa extraña), que sobrevino una ejecución posterior a su prestación (*novus actus*), o la intervención de un tercero en elementos ajenos a la propia prestación del constructor. Esta sentencia también justifica la responsabilidad del constructor “*en la analogía con la responsabilidad del constructor ex artículo 17.6 LOE por los daños causados por las deficiencias de los productos adquiridos o aceptados por él*”. Cfr. en sentido contrario DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 425 y 427, aunque sí admite esta responsabilidad por sucesión en el caso de intervención sucesiva de promotores.

c) La llamada dulcificación de la solidaridad

La proliferación procesal de la solidaridad subsidiaria en los supuestos de causa ignota y el carácter gravoso de este régimen para los deudores, coexisten con una serie de hechos que han moderado sus efectos. En este escenario se inscriben algunos factores como la derogación del artículo 1.252 CC²¹⁵⁹ y la consiguiente ineficacia del principio de cosa juzgada en este ámbito, la no aplicación del artículo 1974.1º CC sobre la interrupción de la prescripción en este tipo de solidaridad y la llamada en garantía de la DA 7ª LOE, circunstancias que, en la praxis, han dulcificado este régimen²¹⁶⁰. A continuación, analizamos algunos de estos factores.

(i) El efecto de la DA 7ª LOE

La aplicación de la DA 7ª LOE se articula procesalmente a través del artículo 14.2.LEC, habilitando al demandado para que llame al proceso a los demás agentes de la edificación. Se trata de una llamada en garantía que encuentra su fundamento en facilitar la correcta individualización de la responsabilidad y en el principio de economía procesal, así como en vertebrar las relaciones internas entre los responsables²¹⁶¹, para que el llamado pueda comparecer como interviniente adhesivo litisconsorcial²¹⁶². Lo anterior provoca una suerte de *dulcificación* de la solidaridad pasiva, al permitir al deudor solidario llamar a los demás codeudores, para que contesten la demanda y queden vinculados por el resultado del proceso²¹⁶³. A través de este mecanismo procesal se neutralizan parcialmente los efectos que derivan de no ser de aplicación en este ámbito el litisconsorcio pasivo necesario²¹⁶⁴. No obstante, la interpretación que de la DA 7ª LOE ha realizado el Tribunal Supremo²¹⁶⁵ excluye la posibilidad de condenar o absolver al llamado si el actor no amplía la demanda en su contra. En cualquier caso, en la práctica el recurso a esta DA 7ª ralentiza y complica el proceso en perjuicio del propietario dañado²¹⁶⁶.

(ii) El efecto de la STS de 16 de enero de 2015

Según la STS de 16 de enero de 2015²¹⁶⁷, pese a que con la LOE ya se encuentra expresamente previsto en la ley el supuesto de solidaridad subsidiaria del artículo 17.3, *ab initio*, éste, en cuanto a su régimen jurídico, se asimila a la solidaridad impropia u obligaciones *in solidum* de creación jurisprudencial. Así, en este tipo de solidaridad no rige el artículo 1.974.1º CC, de modo que la interrupción de la prescripción frente al promotor o frente a otro agente de la edificación no surte efecto

²¹⁵⁹ Vid. apartado 2.1º de la disposición derogatoria única LEC.

²¹⁶⁰ Vid. CAFFARENA LAPORTA, "La extensión...", *op. cit.*, pp. 61 a 68.

²¹⁶¹ Vid. MENDOZA ALONZO, P.A., *La obligación...*, *op. cit.*, pp. 361 a 363.

²¹⁶² Vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., "La llamada en garantía y la Ley de Ordenación de la edificación", en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 362 y 363, que señala este carácter como propio de los deudores solidarios, en cuanto que pudieron o debieron ser llamados al proceso y no lo fueron.

²¹⁶³ *Ibidem*, p. 337, que recoge la citada expresión de CAFFARENA LAPORTA, "La extensión...", *op. cit.*, p. 61.

²¹⁶⁴ Vid. *infra*, Capítulo Décimo § II.E), sobre la llamada en garantía y la exclusión del litisconsorcio pasivo necesario, cuando se reclamen responsabilidades con base en la LOE.

²¹⁶⁵ Vid. *infra*, Capítulo Décimo. § II.E), sobre la llamada en garantía y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto.

²¹⁶⁶ Vid. GARCÍA CARACUEL, M., "Cuestiones procesales en la LOE", en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp.197 a 202.

²¹⁶⁷ RJ 2015\277.

respecto a los demás. En este sentido, la doctrina²¹⁶⁸ ha puesto de relieve que, tras esta resolución, normalmente no operará la prescripción respecto al promotor, al ser éste el interlocutor habitual de los propietarios. Sin embargo, será más probable que se consume la prescripción respecto de los demás agentes de la edificación, de modo que éstos y sus aseguradores no responderán frente a los dañados, al haber prescrito las acciones ex LOE y no estar ligados por vínculos contractuales²¹⁶⁹. Pero en este escenario, si el promotor fuera insolvente, como sucede con gran frecuencia en la práctica, el titular del edificio quedaría en una situación de evidente desprotección, sin un patrimonio solvente frente al que accionar²¹⁷⁰. Por este motivo y *de facto*, la citada sentencia significará, en no pocas ocasiones, devaluar la protección que la LOE dispensa a los propietarios. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de acudir, cuando proceda, a la aplicación del artículo 1.111 CC, para el ejercicio de las acciones que correspondan al promotor condenado respecto al resto de agentes de la edificación, con sujeción en todo caso al especial régimen jurídico de este precepto²¹⁷¹. Principalmente en cuanto a las acciones directas de carácter contractual que a dicho promotor le asistan frente a aquellos, pues, si aquél no ha hecho frente a sus responsabilidades, no se podrá ejercitar la acción de repetición del artículo 18.2 LOE.

C) La solidaridad contractual por defectos constructivos

1. El artículo 1.137 del Código Civil

a) El principio de no presunción de solidaridad

Según dispone el artículo 1.137 CC, sólo habrá lugar a la solidaridad cuando “*la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria*”. Por tanto, existe en nuestro ordenamiento una presunción legal contraria a la solidaridad²¹⁷², como expresión del principio del *favor debitoris*, de forma que aquella sólo regirá cuando la obligación se haya constituido con este carácter, ex

²¹⁶⁸Cfr. MARTÍNEZ DEL TORO, S. “La reforma de la intervención provocada en el artículo 14.2 LEC por Ley 42/2015 (Análisis de la STS de 16 de enero de 2015 sobre los efectos de la prescripción en el ejercicio de las acciones: responsabilidad solidaria, solidaridad propia e impropia)”, *Práctica de Tribunales*, núm. 120, 2016, p. 17.

²¹⁶⁹En teoría quedaría a salvo la posibilidad de ejercitar una acción ex artículo 1902 CC, en los términos que defiende la doctrina, aunque, en el supuesto analizado, dichas acciones probablemente también habrían prescrito; *vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 945 a 953. Tampoco parece viable en este caso el ejercicio de una acción ex artículo 149 TRLCU, sobre todo porque no ampara los daños materiales en el edificio. En este sentido, *vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 274 a 276.

²¹⁷⁰Según la DA 2ª LOE, las garantías del artículo 19 LOE sólo son obligatorias respecto de la cobertura decenal en los edificios destinados a vivienda, de modo que, generalmente, no quedan cubiertos los daños más frecuentes que, aunque menos graves, suelen ser de elevada cuantía económica.

²¹⁷¹*Vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo 3, *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 319 a 325; HERNANDO MENDÍVIL, J., “Garantías personales”, en *Acciones Civiles*, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Civil, dirigido por E. Llamas Pombo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pp. 497 a 631.

²¹⁷²*Vid.* MENDOZA ALONZO, P.A., *La obligación...*, *op. cit.*, p. 89, que indica que frente a la regla de no presunción de la solidaridad consagrada en los códigos decimonónicos, como en el artículo 1.202 del *Code* francés, en otros códigos europeos del siglo XX se recoge una orientación claramente más favorable a la solidaridad, como en el BGB o el *Codice Civile* italiano. En este sentido, en el derecho comparado la tendencia dominante se dirige hacia la generalización del principio de solidaridad o hacia la ampliación de las excepciones a la mancomunidad, mediante la figura de las obligaciones *in solidum* como sucede en el derecho francés; *vid.* LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 30 a 43, donde afirma esta clara tendencia en el derecho francés, alemán, italiano, suizo y portugués.

voluntate o *ex lege*, es decir, cuando se establezca en un negocio jurídico —solidaridad negocial— o en la ley —solidaridad legal—.

b) La crisis del principio de no presunción de solidaridad

(i) En la doctrina

Desde la segunda mitad del siglo XX asistimos al fenómeno que DÍEZ-PICAZO²¹⁷³ denomina “*erosión del principio de no presunción de solidaridad*”²¹⁷⁴, en cuanto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, además de haber creado la figura de la solidaridad impropia, ha limitado el alcance de dicha presunción en el ámbito contractual a través de diversos recursos²¹⁷⁵. MANRESA²¹⁷⁶ ya puso de relieve que, para que la obligación tenga carácter solidario, no es preciso que se utilice la palabra “solidaridad”, sino que basta que conste de modo expreso este carácter, según la significación gramatical y lógica de los términos usados. Señala ALBALADEJO²¹⁷⁷, que para que por voluntad de las partes se establezca la solidaridad, no es preciso ningún requisito especial, ni la propia utilización de este término, sino que basta haya existido efectivamente una voluntad de establecerla, que se desprenda de las normas de interpretación de la voluntad²¹⁷⁸. Del mismo modo, en la solidaridad *ex lege* tampoco hace falta una mención expresa del citado término, sino que es suficiente que se desprenda de la interpretación de la norma. Precisa CRISTÓBAL MONTES²¹⁷⁹, que no se trata de un problema de declaración, sino de un problema de voluntad, de modo que la obligación será solidaria cuando ésa sea la intención de las partes, aunque no se haya declarado expresamente. En sentido contrario, SANCHO REBULLIDA²¹⁸⁰ exige que la expresión de la voluntad solidaria conste en el acto constitutivo, aunque se manifieste a través de otras palabras, de modo que no será posible deducir este carácter de signos extrínsecos. Para CAFFARENA LAPORTA²¹⁸¹ la interpretación de estos preceptos debe acomodarse a la realidad social, ya que en el ámbito de los contratos cabe deducir la solidaridad de una interpretación integradora, con base en alguna disposición legal o incluso en “*una aplicación analógica de un precepto referido a otra relación distinta*”. Sobre este particular precisa LACRUZ BERDEJO²¹⁸², que en estos casos más que una interpretación, lo que la

²¹⁷³Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, p. 202.

²¹⁷⁴Vid. HERNÁNDEZ GIL, A. “El principio de la no presunción de la solidaridad. Tendencia hacia su crisis y delimitación”, *RDP*, año XXXI, núm. 359, febrero 1947, pp. 81 a 96.

²¹⁷⁵SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “Acciones de regreso...”, *op. cit.*, pp. 115 a 117.

²¹⁷⁶MANRESA Y NAVARRO, J.M., “Comentario al artículo 1.137”, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, 4ª ed., Reus, Madrid, 1929, pp. 177 y 178.

²¹⁷⁷Vid. ALBALADEJO, M, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 93 y 94. Vid. SSTS 16 de mayo de 2007 (RJ 2007\3555) o de 21 noviembre de 1994 (RJ 1994\8540). Remarca este autor que “*el término expresa o expresamente utilizado por nuestra ley, por lo general significa sólo que lo que sea no se presume, sino que conste efectivamente*”.

²¹⁷⁸STS de 30 de marzo de 1973 (RJ 1973\1131) y 1 de febrero de 1975 (RJ 1975\323), que establecen que existirá solidaridad cuando se compren géneros para un establecimiento titularidad de varios.

²¹⁷⁹CRISTÓBAL MONTES, A., *Mancomunidad...*, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

²¹⁸⁰SANCHO REBULLIDA, F.A., “La mancomunidad...”, *op. cit.*, p. 569.

²¹⁸¹CAFFARENA LAPORTA, “La extensión...”, *op. cit.*, pp. 38.

²¹⁸²Vid. LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 30 y 31. Para este autor el artículo 1.137 sólo permite sostener la solidaridad cuando la obligación se constituya con este carácter, es decir, cuando este

jurisprudencia efectúa “es una corrección del Código”. En definitiva, más que en una justificación dogmática, esta tendencia se inscribe en la necesidad de asegurar el resarcimiento del perjudicado, es decir, en el principio *pro damnato*, aunque en muchos casos esto se deduce de una interpretación *contra legem*²¹⁸³.

(ii) En la jurisprudencia

En el ámbito contractual la jurisprudencia entiende que no es necesario que en el título constitutivo conste literalmente el término “solidaridad”, ni tampoco que la misma se establezca expresamente, pues al efecto basta una voluntad tácita que se infiera de su contexto²¹⁸⁴. Como estudia PÉREZ ÁLVAREZ²¹⁸⁵, en determinados supuestos, el Tribunal Supremo va más allá y concluye la existencia de una obligación solidaria de otras consideraciones de diversa índole como la realidad social, apelando incluso a la seguridad jurídica, a la *unidad de fin de las prestaciones* o a la existencia de una *comunidad de objetivos*²¹⁸⁶. De este modo, la auténtica expansión de la solidaridad en el Derecho español ha sido obra de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Esta tendencia comienza en los primeros años de vigencia del Código Civil²¹⁸⁷, y parte de la base de considerar que el vínculo solidario puede inferirse de la intención de las partes o del espíritu del contrato que las une²¹⁸⁸. En estos casos nos encontramos ante una interpretación correctora o semicorrectora²¹⁸⁹ del artículo 1.137 CC, o ante una interpretación extensiva del mismo²¹⁹⁰. En este sentido, la utilización de estos últimos criterios por los tribunales

carácter resulte del texto de la misma y no de datos externos derivados de una determinada interpretación.

²¹⁸³Vid. LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 54 y 55, que no obstante defiende la necesidad de que nuestra legislación refleje la tendencia hacia la solidaridad patente en el derecho comparado, tanto a nivel contractual como extracontractual

²¹⁸⁴Vid. STS 14 abril de 1986 (RJ 1986\1851) y las citadas en las notas precedentes, entre otras muchas.

²¹⁸⁵Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M., “En torno al criterio jurisprudencial favorable a la solidaridad en el ámbito contractual”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 2007, pp. 697 a 717.

²¹⁸⁶Vid. SSTS 16 de mayo de 2007 (RJ 2007\3555) o 19 de julio de 1989 (RJ 1989\5761).

²¹⁸⁷GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad...*, *op. cit.*, pp. 91 a 93, que cita la STS de 2 de marzo de 1915 (RJ 1915/103), que condena solidariamente a varios concejales que destituyeron ilegalmente al secretario.

²¹⁸⁸*Ibidem*, p. 91.

²¹⁸⁹Vid. STS 2 de marzo de 1981 (RJ 1981\879), según la cual “*la concepción actual de la obligación solidaria pone de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores (en este caso de los dos demandados) pueden desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen no obstante unidos entre sí a través de la unidad de fin de la prestación que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, a lo que hay que añadir que el pacto expreso de solidaridad no es exigido por la doctrina científica ni en cierto modo por la jurisprudencia de esta Sala, dando así una interpretación semicorrectora al art. 1137, como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, lo mismo que, en garantía de los perjudicados en actos ilícitos extracontractuales*”; vid. SSTS de 7 de abril de 1983 (RJ 1983\2104) o de 11 de octubre de 1989 (RJ 1989\6906).

²¹⁹⁰Vid. STS de 10 de noviembre de 1981 (RJ 1981\5157), que precisa “*que la regla general de mancomunidad simple establecida en art. 1137 del C. Civ., a diferencia de lo prevenido en preceptos de otros ordenamientos (parágrafos 427 y 431 del C. Civ. alemán y art. 1294 del Código italiano) que siguen el sistema de la solidaridad pasiva de las obligaciones por entenderlo más ventajoso para los intereses del tráfico al robustecer la posición del acreedor, ha sido limitada por la Jurisprudencia al terreno de las obligaciones nacidas de negocio jurídico, por lo que la presunción de no solidaridad no opera cuando se trata de responsabilidades derivadas del cobro de lo indebido o de enriquecimiento injusto -S. de 8 abril 1976 (RJ 1976\1705), que se remite a las de 23 diciembre 1903 y 20 mayo 1959*

puede determinar un cierto grado de inseguridad jurídica, en cuanto que los justiciables no tendrán criterios fiables para determinar la naturaleza de sus obligaciones en situaciones fronterizas. Así, la STS de 30 julio de 2010²¹⁹¹ establece la solidaridad entre los diversos coarrendatarios de un contrato de arrendamiento, pese a que no existía pacto expreso al respecto, en base a la existencia una solidaridad tácita que se produce cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos; o la STS 16 de mayo de 2007²¹⁹², que admite “*su existencia cuando del contexto de las obligaciones contraídas se infiera su concurrencia, conforme a lo que declara en su inicio el artículo 1.138 CC, por quedar patente la comunidad jurídica de los objetivos que los recurrentes pretendieron al celebrar el contrato*”²¹⁹³. En cualquier caso, pese al ensanchamiento del ámbito de la solidaridad que el Tribunal Supremo ha verificado a través de las vías señaladas, la regla general sigue siendo la mancomunidad, como este propio tribunal ha reiterado en diversas ocasiones²¹⁹⁴.

2. Referencia a la solidaridad en las obligaciones mercantiles

Por razón de la remisión que el artículo 50 CCom efectúa al Código Civil, en Derecho mercantil rige también el principio de no presunción de solidaridad ex artículo 1.137 CC. Sin embargo, en esta materia la crisis de este principio y su consiguiente erosión se han hecho presentes de forma más acusada, hasta el punto de que la doctrina, como señala SÁNCHEZ CALERO²¹⁹⁵, echa en falta entre las especialidades

(RJ 1959\3018)-, o si se trata de pluralidad de autores en caso de culpa extracontractual, que responderán «in solidum» —SS. de 14 febrero de 1964 (RJ 1964\749), 8 mayo 1965 (RJ 1965\2520), 8 febrero 1967, 20 mayo 1968 (RJ 1968\2827), 14 octubre 1969 (RJ 1969\4706), 20 febrero 1970 (RJ 1970\938), 4 y 14 mayo 1973 (RJ 1973\2291, RJ 1973\2130) y 20 marzo 1975 (RJ 1975\1328)—, al igual que acontece en la esfera del arrendamiento de obra para las obligaciones que alcanzan a contratista y arquitecto ex art. 1591 —SS. de 5 mayo 1961 (RJ 1961\2310), 17 mayo 1967 (RJ 1967\2423) y 1 febrero 1975 (RJ 1975\323), entre otras—, norma, precisamente, en la que la Sala «a quo» se basa, en los supuestos de coactuación dolosa aun en el ámbito contractual —SS. de 25 marzo 1957 (RJ 1957\1568) y 20 mayo 1959 (RJ 1959\3018)— y en el caso de compra de géneros para un establecimiento mercantil llevado en copropiedad, cuyos integrantes quedan solidariamente obligados frente al proveedor —SS. de 30 marzo 1973 (RJ 1973\1131) y 1 febrero 1975 (RJ 1975\323)—; solución contraria al principio «concurso partes fiunt» y por consiguiente en pro de la solidaridad, que ha sido propugnada asimismo para las situaciones en que si bien los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes, todos ellos responden a una misma causa y se ha producido entre los varios interesados interdependencia y comunidad de intereses”.

²¹⁹¹RJ 2010\6947. Esta sentencia indica que “no obstante lo anterior, debe decirse que, si bien para estos casos, inicialmente, la Sala era partidaria de exigir un pacto expreso de solidaridad, la más reciente jurisprudencia ha interpretado que, aunque la solidaridad «no se presume, como dice el artículo 1137 del Código Civil (...) tampoco impide que pueda ser aplicable la solidaridad tácita, cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos manifestándose una interna conexión entre todos ellos a partir de las pruebas que en autos se practiquen o de la interpretación que los Tribunales puedan hacer de un determinado contrato (...)”.

²¹⁹²RJ 2007\3555.

²¹⁹³Añade esta sentencia que “la regla general de la mancomunidad del artículo 1138 es válida como establece el precepto, referido a las obligaciones convencionales, cuando de su texto «no resulta otra cosa» y en esta clase de responsabilidad, basada en la Ley no en el pacto, es conocida por lo reiterada la doctrina legal, ajustada al fin perseguido cual es el de asegurar al máximo la protección del interés más digno de ello, que permite estimar que efectivamente es «otra cosa» lo que resulta de la obligación de reparar el daño que se causó (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 6679]). En parecidos términos la Sentencia de 30 de abril de 1982 (RJ 1982, 1970)”.

²¹⁹⁴STS 26 de abril de 2004 (RJ 2004\2083).

²¹⁹⁵Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 36ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 184.

de las obligaciones mercantiles, una norma que establezca la solidaridad cuando concurren varios deudores a responder de la misma obligación, en base a la necesidad de ofrecer garantías al tráfico comercial. Otros autores aluden a que, en el tráfico mercantil, la elevación a nivel de principio general del régimen de la solidaridad pasiva, es una peculiaridad que parece característica o, cuando menos, pertinente o conveniente²¹⁹⁶; o a que los preceptos del Código Civil no sientan una doctrina absoluta, ni son los más adecuados a las exigencias del comercio, por la necesidad de rigor y certeza que éste requiere. En este sentido, el Tribunal Supremo ha recurrido al establecimiento de la solidaridad tácita en este ámbito en un gran número de ocasiones²¹⁹⁷, la cual puede inferirse de hechos que revelen una voluntad de las partes de obligarse *in solidum*. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO²¹⁹⁸, destaca una serie de escenarios en los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado el principio de no presunción de solidaridad, como en la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital; en el aval cambiario; en la acción directa contra el asegurador en el contrato de seguro voluntario de responsabilidad civil; en la fianza mercantil; en la adquisición de mercaderías por titulares de establecimientos mercantiles en régimen de copropiedad; y, en general, en aquellas obligaciones mercantiles en las que se busca y se consigue un resultado conjunto. En este sentido, la STS de 16 de octubre de 1989²¹⁹⁹ atribuye a la solidaridad pasiva el carácter de “*principio informador de las obligaciones mercantiles*”. Un relevante salto cualitativo, lo constituye la STS de 11 de julio de 2006²²⁰⁰, en cuanto dispone que “*la solidaridad es la regla en el ámbito del Derecho Mercantil, ya que la rígida norma del artículo 1.137 Código Civil ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de este Tribunal y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto*”, invocando, además, “*el acervo comercial de la Unión Europea*”.

3. Estado de la cuestión y propuestas en curso

a) Estado de la cuestión

Pese al tenor del artículo 1.137 CC, el principio contrario de presunción de la solidaridad se abre camino a través de varias vías y cada vez de manera más intensa.

²¹⁹⁶ Vid. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L., *Derecho Mercantil de Obligaciones*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 177 a 178.

²¹⁹⁷ Vid. SSTS de 6 de marzo de 1999 (RJ 1999\2246), 17 de mayo de 2000 (RJ 2000\3413) y 26 de julio de 2000 (RJ 2000\9178). La STS de 19 julio 1989 (RJ 1989\5761) indica que “*que la concepción actual de la obligación solidaria requiere poner de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la identidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestarse una íntima conexión entre ellas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico*”.

²¹⁹⁸ Vid. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., *La no presunción de solidaridad en las obligaciones: estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Marcial Pons, Madrid, 1.997, pp. 87 a 96.

²¹⁹⁹ RJ 1989\6925.

²²⁰⁰ RJ 2006\4977, esta sentencia destaca que el artículo 10:102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, recoge el principio de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, y proclama que dicho principio ha sido tradicionalmente aplicado por el Tribunal Supremo cuando se trata de obligaciones mercantiles.

Entre éstas destaca la llamada *solidaridad tácita* que el Tribunal Supremo aplica en materia contractual prescindiendo de que figure en la obligación el término solidaridad. A tal efecto solo se requiere que de las declaraciones de voluntad se desprenda una intención de obligarse solidariamente. Item más, incluso en base a consideraciones de diversa índole como la *realidad social*, la *unidad de fin de las prestaciones* o la existencia de una *comunidad de objetivos*²²⁰¹, bastando se deduzca de la naturaleza de las prestaciones. Esto último supone un avance respecto de la denominada solidaridad tácita, pues, aunque la jurisprudencia se ampare también en este término para justificar estos criterios, en realidad en estos supuestos el vínculo *in solidum* se deduce de circunstancias objetivas ajenas a la voluntad de las partes. Además, esta tendencia es más acusada aún en el ámbito mercantil. En paralelo, el Tribunal Supremo ha desarrollado la doctrina de la solidaridad impropia, fundamentalmente en materia de responsabilidad extracontractual, cuando el hecho dañoso deriva de la intervención de varios responsables sin que puedan delimitarse las responsabilidades individualmente. Sin embargo, nuestro Derecho positivo vigente sigue estableciendo con nitidez la presunción contraria a la solidaridad, por lo que dicho principio debe operar como parámetro rector de las obligaciones con pluralidad de deudores, y sólo podrá soslayarse acudiendo, cuando así pueda justificarse, a las vías antes reseñadas para deducir la existencia de un vínculo solidario en una obligación que expresamente no lo haya establecido. En consecuencia, de *lege data* habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1.137 CC como principio general favorable a la mancomunidad, con las modulaciones y la interpretación correctora que este precepto admite en su aplicación judicial, lo cual dibuja un escenario de cierta inseguridad jurídica.

b) Propuestas en curso

(i) Propuestas normativas

Las propuestas normativas en curso muestran una clara orientación hacia la presunción de la solidaridad. Así pueden entenderse las últimas propuestas legislativas, tanto en materia civil como mercantil. En este sentido, el artículo 1.122 de la PMCC²²⁰² establece la presunción de solidaridad, salvo en los contratos entre profesionales y deudores que hayan intervenido como consumidores; en el *mismo* sentido, el artículo 513.2.1.b) de la PCCAPDC²²⁰³ dispone la solidaridad si “*la obligación hubiere nacido para todos los deudores en virtud de un mismo contrato y la prestación fuera de tal naturaleza que cualquiera de los deudores pudiera cumplirla íntegramente*”, con la misma matización antes expresada respecto a los consumidores; en sentido similar, el artículo 412.7 de la PCM²²⁰⁴ instituye una presunción de solidaridad como principio general. Por su parte, esta tendencia favorable a la solidaridad también se establece en el ámbito extracontractual por los

²²⁰¹ Vid. STS 16 de mayo de 2007 (RJ 2007\3555) o 19 de julio de 1989 (RJ 1989\5761).

²²⁰² Comisión General de la Codificación, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2009.

²²⁰³ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 635 y 636.

²²⁰⁴ Vid. *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de la Codificación*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2013 (Versión Libro IV de 2 junio de 2015).

artículos 1.112 PMCC²²⁰⁵ y 5194.1.2 PCCAPDC²²⁰⁶, en cuanto a la obligación de indemnizar un daño cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación de cada una de ellas.

(ii) Soft law

Con anterioridad a las propuestas antes indicadas, en el ámbito del *soft law* también se ha consagrado la tendencia proclive a la solidaridad. Así, el artículo 10.102 PECL²²⁰⁷ establece la solidaridad cuando dos o más deudores deban cumplir la misma prestación frente a un acreedor y en virtud de un mismo contrato, o cuando varias personas sean responsables por un mismo hecho. Por su parte, el DCFR, en su artículo III.4:103²²⁰⁸ dispone la solidaridad como principio general en las obligaciones contractuales, en particular cuando dos o más personas sean responsables de un mismo daño. Por su parte, el artículo VI.6:105 DCFR²²⁰⁹ también hace lo propio respecto a la responsabilidad extracontractual, en la que propone la regla de la solidaridad en caso de daño causado por una pluralidad de personas. También los PETL, en su artículo 9:101²²¹⁰, contienen una detallada regulación favorable a la solidaridad en caso de daño plural.

4. La solidaridad en la responsabilidad contractual por defectos constructivos

En las relaciones contractuales que se desenvuelven en el ámbito del Derecho de la edificación, se reproducen las mismas situaciones fácticas que han motivado en la LOE el establecimiento de determinados supuestos de responsabilidad solidaria. En efecto, puesto que las acciones contractuales son compatibles con las acciones de la LOE, en base a aquéllas es posible accionar por incumplimiento contractual, cuando un edificio presenta defectos constructivos equivalentes a los del artículo 17.1 de la ley especial. En estos supuestos habrá que analizar si en el ámbito contractual también puede predicarse la existencia de un vínculo solidario, cuando concurren los mismos escenarios facticos de responsabilidad, en especial cuando no pueda individualizarse o graduarse la imputación. Para ello habrá que considerar las diversas situaciones que generan responsabilidad por defectos constructivos, instrumentando la correspondiente comparación con los supuestos en los que la LOE dispone la solidaridad, aunque matizados desde la óptica contractual. Y ello conducirá a plantearnos si, con independencia del resultado que se derive de la aplicación de las normas y jurisprudencia sobre la solidaridad en las obligaciones contractuales, procede realizar una aplicación analógica de la LOE o si, en cambio, procede una solución *contrario sensu*.

²²⁰⁵ Vid. Comisión General de la Codificación, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2009.

²²⁰⁶ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp 869 y 870.

²²⁰⁷ LANDO, O., CLIVE, E., PRÜN, A. y ZINMERMANN, R., *Principles of European Contract Law* (PECL), Parts III, The Hague, London y Boston 2003, edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J.M., Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007.

²²⁰⁸ Vid. *Draft Common Frame of Reference o Marco Común de Referencia*; vid. JEREZ DELGADO, C., coordinadora de la versión española, *Principios...*, *op. cit.*, p. 152.

²²⁰⁹ *Ibidem*. p. 330

²²¹⁰ Vid. EUROPEAN GROUP TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, coordinado por MARTÍN-CASALS, M., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 245.

a) Algunos fundamentos para la solidaridad en este ámbito

En ausencia de pacto que prevea la solidaridad, el problema radica en determinar si procede establecer este régimen en supuestos equivalentes a aquellos en los que la LOE la dispone. Ello nos lleva a analizar los distintos fundamentos en los que puede basarse la solidaridad contractual

(i) Solidaridad tácita

En los términos que hemos analizado anteriormente, en el ámbito contractual la jurisprudencia entiende que, para que una obligación tenga carácter solidario, no es necesario que en el título constitutivo conste literalmente el término “solidaridad”, ni tampoco que se disponga expresamente, pues al efecto basta una voluntad tácita que se infiera del contexto de la obligación²²¹¹. De este modo, la erosión del principio de no presunción de la solidaridad se ha materializado en diversa jurisprudencia, en la que el Tribunal Supremo va incluso más allá, y concluye la existencia de una obligación solidaria de otras consideraciones de diversa índole como la *realidad social*, apelando incluso a la seguridad jurídica, a la *unidad de fin de las prestaciones* o a la existencia de una *comunidad de objetivos*²²¹² que se deduzca de la naturaleza de las prestaciones²²¹³.

(ii) Solidaridad impropia

Aunque la figura de la solidaridad impropia u obligaciones *in solidum* se ha generado en el ámbito extracontractual, hay que destacar su importancia en el régimen del artículo 1.591 CC, respecto del que parte de la doctrina defiende su carácter contractual²²¹⁴, y también respecto a las obligaciones contractuales en el ámbito de la fianza mercantil²²¹⁵. En este sentido, algunas sentencias acuden a esta figura para disponer la solidaridad en determinados supuestos de responsabilidad contractual²²¹⁶, apelando a que puede extrapolarse del ámbito extracontractual al convencional.

²²¹¹ STS 14 abril de 1986 (RJ 1986\1851) y las citadas en las notas precedentes entre otras muchas.

²²¹² Vid. STS 16 de mayo de 2007 (RJ 2007\3555) o 19 de julio de 1989 (RJ 1989\5761).

²²¹³ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M., “En torno al criterio jurisprudencial...”, *op. cit.*, pp. 697 a 717.

²²¹⁴ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 353, mantiene el carácter de responsabilidad contractual de este precepto, y justifica la posibilidad de dirigirse contra tercero no vinculados contractualmente con el reclamante, en una excepción del principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC.

²²¹⁵ Vid. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., *La no presunción...*, *op. cit.*, pp. 87 a 96.

²²¹⁶ Vid. SAP de Madrid de 22 de abril de 2005 (JUR 2005\122320), que establece la solidaridad en la obligación de abonar a un agente de la propiedad sus honorarios, a cargo de los dueños de unas parcelas, al no haberse individualizado el porcentaje que debía abonar cada uno de ellos, apelando a la solidaridad impropia imperante en el ámbito extracontractual que puede extrapolarse al contractual: “La repetida solidaridad impropia que se gestó esencialmente en el campo de la responsabilidad extracontractual, puede también llevarse al campo de la responsabilidad contractual cuando, como en nuestro caso, no se individualizaron las cuotas de participación en el resarcimiento de los honorarios del Sr. Salvador, con independencia de que, si al margen del proceso existe otro pacto distinto, puedan las partes, condenadas solidariamente, repetir en el marco de las propias obligaciones solidarias”.

b) La posible aplicación analógica de la LOE

(i) Planteamiento de la cuestión

En este punto, cabe preguntarse si es posible articular una aplicación analógica en la responsabilidad contractual por defectos constructivos, respecto de aquellos supuestos en los que la LOE dispone la solidaridad, como sucede en el caso de la solidaridad en garantía del promotor —artículo 17.3, *in fine*—, en la contratación conjunta de varios agentes de la edificación —artículo 17.5.1º y 7.3º.— y en el de la solidaridad subsidiaria por causa ignota —artículo 17.3, *ab initio*—.

(ii) Excurso sobre la analogía

El artículo 4.1 CC dispone que “*procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*”. En consecuencia, la analogía presupone una laguna legal que puede ser resuelta mediante la semejanza entre un supuesto regulado y otro no regulado. Esta institución tiene como base al argumento *a simili*, pues supone la aplicación de una norma a supuestos no expresamente previstos en ella, pero que presentan una semejanza asumida como relevante en orden a la identidad de la disciplina jurídica²²¹⁷. Además, constituye una interpretación extensiva máxima o superlativa, que exige límites mayores que la mera interpretación extensiva, la cual queda enclavada entre aquella y la interpretación declarativa lata. De este modo, la interpretación extensiva supone la expansión de la norma a un caso perteneciente a la misma materia o institución, con el que presenta identidad de razón, mientras que la analogía supone un salto lógico fuera del ámbito propio de la norma, por lo que se exige una *similis ratio* entre la institución regulada y la no regulada y una *eadem ratio* entre el supuesto concreto regulado y la laguna legal²²¹⁸. La doctrina distingue entre la *analogía de ley* (*Gesetzesanalogie*) y la *analogía de derecho* (*Rechtsanalogie*). La primera de ellas parte de una disposición concreta de la ley para aplicar su idea fundamental a casos idénticos en su esencia jurídica; mientras que la segunda extrae por vía de inducción de una pluralidad de disposiciones singulares los principios que inspiran y justifican determinadas soluciones positivas, para aplicarlas a otros supuestos no regulados²²¹⁹. La STC de 14 de julio de 1988²²²⁰ remarca que se trata de una operación jurídica muy delicada, que exige mesura, ponderación y meditado y cuidado uso. Además, el sólo hecho de que un determinado supuesto no se encuentre regulado, aunque exista semejanza, no es razón suficiente para invocar la integración analógica del mismo, pues esa ausencia de regulación también puede ser indicativa de que procede efectuar un razonamiento *a sensu contrario*, como alternativa al razonamiento *a simili* en el que se sustenta la analogía. No obstante, la aplicación de este instituto jurídico no exige que la laguna legal sea

²²¹⁷ Vid. ROCA TRÍAS, E, “Comentario al artículo 4 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. I, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992, p. 598.

²²¹⁸ Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines”, *ADC*, Vol. LXV, núm. III, 2012, pp. 1071 y 1072.

²²¹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Introducción y Parte General*, Vol. I, revisada y puesta al día por A.M. Román García, 2ª ed., Reus, Madrid, 2005, pp. 592 y 593.

²²²⁰ RTC 1988\148.

absoluta²²²¹. En cualquier caso, como señala CASTÁN²²²², no procede usar la analogía como pretexto para buscar soluciones presumibles o verosímiles de carácter hipotético, sino para integrar el ordenamiento jurídico con la aplicación de los principios que lo informan, mediante la utilización de argumentos *a simili*, la experiencia y la coherencia sistemática extrínseca que pongan de manifiesto la oportunidad de su utilización. En punto a la solidaridad contractual en la materia que nos ocupa, entendemos que en algunos supuestos se ha producido una laguna sobrevenida²²²³, derivada del profundo cambio que se produce en este ámbito tras la irrupción de la LOE, y tras el renovado protagonismo adquirido por la responsabilidad contractual por defectos constructivos. Y esta laguna podría ser colmada mediante la analogía con la ley especial en algunos casos, si concurren determinadas circunstancias.

c) Análisis de algunos supuestos

A continuación, examinamos algunos escenarios en los que puede darse la solidaridad contractual por defectos constructivos, pese a no haberse pactado expresamente. En concreto, el análisis comprenderá los supuestos de hecho en los que la LOE establece la solidaridad, tanto la solidaridad en garantía del promotor ex artículo 17.3, *in fine*; como la solidaridad por la contratación conjunta de varios agentes de la edificación ex artículo 17.5.1º y 7.3º; como aquellos en los que prevé la solidaridad subsidiaria por causa ignota ex artículo 17.3, *ab initio*.

(i) Responsabilidad contractual del promotor en garantía

Como hemos abordado²²²⁴, la LOE establece una solidaridad en garantía del promotor en “todo caso”, en su artículo 17.3, *in fine*, como respuesta al rol principal que este agente desempeña en el proceso edificatorio, y que resulta de aplicación aunque se pueda individualizar la causa eficiente en otro de los partícipes en la construcción. En el ámbito contractual, aunque el Código Civil no dispone expresamente esta solidaridad, se produce una situación equivalente en favor del dañado, en cuanto que el promotor responde también “en todo caso” por la existencia de defectos constructivos, sin que pueda eludir su responsabilidad invocando la de otro agente de la edificación. Esta consecuencia deriva de la responsabilidad contractual por hecho ajeno, que le obliga a responder por los agentes constructivos con los que contrató la construcción, proyección o dirección de la edificación, con base en la adscripción del causante del daño a su esfera de imputación²²²⁵, por haberlo introducirlo en el programa de prestación²²²⁶, como plasmación del principio general

²²²¹Como se indica en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo de 1974 (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974), por el que se aprobó el vigente Título Preliminar del Código Civil, la analogía “no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto”.

²²²²CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Introducción y Parte General*, Vol. I..., *op. cit.*, p. 595.

²²²³*Loc. cit. vid.* ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 4 CC...”, *op. cit.*, pp. 596 a 598, sobre las clases de lagunas a estos efectos.

²²²⁴*Vid. supra* § I.B).2.a).i).

²²²⁵*Vid.* JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 26 a 30.

²²²⁶PANTALEÓN, F., “El Sistema...”, *op. cit.* p. 1058.

de responsabilidad del contratante-empresario por hechos de terceros vinculados al mismo²²²⁷. De este modo, en el ámbito contractual, el promotor no debe afrontar una solidaridad en garantía, pero sí una responsabilidad directa en garantía como plasmación de la responsabilidad contractual por hecho ajeno²²²⁸.

(ii) Solidaridad contractual por contratación conjunta

Es frecuente que el comitente contrate conjuntamente a varios profesionales de la misma estirpe profesional una determinada tarea —entre otras, la realización del proyecto o la dirección de obra—²²²⁹. En este escenario cabe cuestionarse si, en el marco de las obligaciones contractuales y en ausencia de una solidaridad expresamente establecida, en caso de reclamación de responsabilidad contractual por defectos constructivos, puede concretarse la existencia de un vínculo solidario. A tal efecto, para ello habrá que apelar a los distintas teorías doctrinales y jurisprudenciales anteriormente enunciadas sobre la solidaridad tácita, impropia o, en su caso, a la aplicación analógica de la LOE. Se trata del mismo supuesto que aquél en el que la LOE establece la solidaridad cuando el proyecto se contrata conjuntamente con varios proyectistas —artículo 17.5.1º—, o cuando se contrata la dirección de obra con varios técnicos —artículo 17.7.3º—. Para que opere esta solidaridad ex LOE, es imprescindible que los agentes de la edificación contraten en plano de igualdad frente al promotor, y que el contrato se concierte de modo conjunto, sin asignación de partes o fases de la obra a cada uno de ellos.

(ii.a) Posible aplicación analógica de la LOE

El establecimiento en estos casos de una responsabilidad solidaria cuando se ejerciten acciones contractuales, puede ampararse en una clara analogía con la LOE, en base al principio *ubi eadem ratio, idem ius*, en tanto que el fundamento de la solidaridad predicada en dicha norma reside precisamente en la forma en la que se produce la contratación y no en ninguna singularidad extracontractual.

(ii.b) Otros argumentos en favor de la solidaridad

La tendencia en nuestro Derecho se dirige a extender la solidaridad en el ámbito contractual, cuando existe una comunidad de objetivos o una unidad de fin de las prestaciones, en base a la denominada solidaridad tácita o a una evolución extensiva de este concepto, que atiende más a las circunstancias objetivas de la

²²²⁷DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., pp. 729 y 730.

²²²⁸Vid. *infra*, § II.C), sobre la responsabilidad contractual por hecho ajeno; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 252, que destaca que también cuando se ejercitan acciones contractuales, la jurisprudencia no admite que el promotor pueda eludir su responsabilidad atribuyéndola a otro agente de la edificación, aunque haya sido éste realmente el causante del daño, de modo que aquél, también en el marco de la responsabilidad contractual, asume una posición de garante similar a la que ostenta en la LOE.

²²²⁹Este supuesto guarda relación, aunque no se formalice la constitución de una entidad, siquiera sea sin personalidad jurídica, a aquél que se produce cuando se constituye una UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS para la realización conjunta de una obra. Al respecto la jurisprudencia proclama en estos casos la existencia de una responsabilidad solidaria entre todos los miembros de la UTE. Vid. Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional (BOE núm. 137, de 9 Junio 1982) y, entre otras, STS 29 Julio de 2004 (RJ 2004\6635), en cuanto establece la responsabilidad solidaria de los miembros de la UTE, con independencia de los pactos internos que existan entre ellos.

obligación que a la voluntad de los obligados²²³⁰. Igualmente, cuando varias personas se obligan de modo conjunto a obtener un determinado resultado como partes de un contrato, si no se establece expresamente lo contrario, lo anterior exterioriza una voluntad de obligarse respecto del todo, de hacerlo de forma solidaria en cuanto que el establecimiento de este vínculo no precisa de una constancia expresa en el título de la obligación, pudiendo derivarse de una voluntad tácita al respecto²²³¹. Del mismo modo, la jurisprudencia²²³² viene estableciendo la existencia de una responsabilidad solidaria en caso de contratos celebrados conjuntamente con varias personas, aunque no se haya establecido expresamente, con base en: (i) la existencia de un encargo único que origina una prestación indivisible; (ii) su encomienda a diversas personas sin asignación de partes concretas a cada una de ellas; (iii) la fijación de un único precio sin perjuicio de su división porcentual a efectos del reparto interno de la facturación y sin que lo anterior excluya la solidaridad; (iv) y la existencia de un proyecto único que origina una comunidad jurídica de objetivos. Los argumentos anteriores cobran un peso mayor cuando la contratación conjunta opere en el ámbito mercantil —entre empresarios de la construcción—, en el que la solidaridad tiene una especial relevancia y constituye la regla general como proclaman algunas sentencias²²³³; o cuando puedan resultar de aplicación las normas sobre protección de consumidores y usuarios, como sucede cuando el autopromotor contrata con los agentes de la edificación la construcción de su vivienda. En consecuencia, cuando se ejerciten acciones contractuales contra los profesionales de una misma estirpe profesional, en base a un contrato concertado de forma conjunta con varios de ellos, que dé lugar a un encargo único que origine una prestación indivisible, entendemos habrá lugar a esta responsabilidad solidaria, y ello aunque sea posible individualizar la responsabilidad de cada contratante, por cuanto que en este escenario el vínculo

²²³⁰ Vid. *supra* § I.C).1.b).

²²³¹ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p, 756. Vid. STS de 4 de junio de 1992 (RJ 1992\4497), en cuanto establece que a la regla de la solidaridad conduce la identidad del origen del deber de indemnizar, el resultado de la obra edificada como un todo y la realidad de que el suceso dañoso ha sido provocado por varios sujetos de modo conjunto.

²²³² La STS de 17 diciembre de 2014 (RJ 2014\6589), establece la solidaridad de los condueños de un solar frente a la reclamación de pago del precio de la obra ejecutada efectuada por la constructora, pese a que en el contrato de obra se distinguía la participación de cada condueño en el solar y a que la facturación se emitía en función del citado porcentaje a cada uno de ellos. Así, esta resolución proclama la solidaridad de los deudores en base a la prevalencia de este principio en el Derecho Mercantil de obligaciones y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos, al tratarse de un proyecto indivisible, de una sola promoción y de una sola ejecución unívoca con aprovechamiento para todos los contratantes. En el supuesto que analiza esta sentencia, los agentes de la edificación se encuentran en una situación procesal inversa a la que es objeto de este trabajo, por cuanto que son éstos los que reclaman el precio de una obra a dos promotores que contrataron de forma conjunta, pero los argumentos que se expresan son automáticamente extrapolables a otros escenarios de responsabilidad, de cara a establecer en los mismos un vínculo solidario: “*Sin embargo, en esencia, infiere la solidaridad de i) la existencia de un solo precio; ii) la identificación de la propiedad como una sola; iii) tratándose de un solo proyecto indivisible, esto es, hay en suma una sola promoción; iv) la facturación repartida sería el modo de favorecer un reparto ordinario en las relaciones internas; v) sería ilógico que de una partida ejecutada se cobrara solo la parte proporcional mientras queda impagada la restante y, a pesar de ello, se tuviese que continuar con el desarrollo unitario de la obra, con desequilibrio para una de las partes contratantes; iv) el negocio jurídico celebrado tiene un único objeto en el que la prestación del constructor es indivisible y con una sola causa y formalizado en un único instrumento documental, y por esa razón la ejecución es unívoca y global con aprovechamiento para todos los contratantes; vii) no hay obras divisibles, separables y atribuibles a cada promotor, sino un único proyecto global del que son copartícipes varios comitentes*”.

²²³³ Vid. *supra* § I.C).2.

solidario se fundamenta en la existencia de una obligación unitaria e indivisible, y no en la imposibilidad de discernir responsabilidades.

(iii) Solidaridad contractual subsidiaria

Se trata de un supuesto distinto al anterior, en el que se parte de la base de que varios agentes de la edificación pertenecientes a distintas estirpes profesionales, p. ej., una constructora, un arquitecto y un arquitecto técnico, contratan con el mismo promotor la construcción de la obra, el proyecto y la dirección de obra, y la dirección de la ejecución, respectivamente, en base a diferentes contratos. En estos casos cabe plantearse si, en los supuestos en los que no quepa individualizar o graduar la responsabilidad derivada de defectos constructivos, una eventual reclamación del promotor contra los citados agentes puede tener carácter solidario. Mientras que en el supuesto analizado anteriormente la posible analogía se articulaba en referencia a lo dispuesto en el artículo 17.5.1º y 7.3º LOE, respecto de la contratación conjunta de varios agentes de la edificación, ahora la analogía se proyecta respecto a la solidaridad prevista en el artículo 17.3, *ab initio*, en los supuestos de causa ignota, en los que no es posible individualizar ni graduar las respectivas responsabilidades concurrentes. Cumple destacar que, si es posible individualizar las responsabilidades, ante la inexistencia de un pacto de solidaridad expreso y de una contratación conjunta de una prestación indivisible, procederá la aplicación de una responsabilidad individualizada y no solidaria. Sin embargo, si no es posible dicha individualización, el escenario que ahora enfrentamos es el mismo que sirve de base al artículo 17.3, *ab initio*, LOE, y, anteriormente, al artículo 1.591 CC, pero referido ahora al ejercicio de acciones contractuales.

(iii.a) Posible aplicación analógica de la LOE

Señala CAFFARENA LAPORTA²²³⁴, que la interpretación del artículo 1.137CC debe acomodarse a la realidad social y no puede ser la misma que se hacía cuando entró en vigor el Código Civil, por lo que, en el ámbito de los contratos, cabe deducir la solidaridad de una interpretación integradora con base en alguna disposición legal o incluso en “*una aplicación analógica de un precepto referido a otra relación distinta*”. En consecuencia, en el escenario que analizamos cabe plantearse si procede realizar una aplicación analógica de la LOE o si, en cambio, procede una solución *contrario sensu*. Sin duda, en estos casos de daños materiales por vicios constructivos nos encontramos frente a un daño patrimonial con un mismo origen, derivado de la actuación conjunta de una pluralidad de personas, idéntico a aquellos en los que la jurisprudencia estableció la solidaridad en el ámbito del artículo 1.591 CC, y que ahora se recogen en el artículo 17.3, *ab initio*, LOE. Esta identidad del supuesto de hecho parece que aboga por establecimiento, también en el ámbito contractual, de una responsabilidad solidaria en base a la analogía con la ley especial.

(iii.b) Otros argumentos en favor de la solidaridad

Otros argumentos para establecer la solidaridad en estos casos vendrán de la mano de la doctrina de la solidaridad tácita antes analizada, o incluso de la solidaridad impropia cuando esta se extrapole al ámbito contractual²²³⁵. En cuanto a la primera el

²²³⁴ Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., “La extensión...”, *op. cit.*, p. 38.

²²³⁵ Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., *La solidaridad...*, *op. cit.*, p. 192, que indica que la solidaridad en el derecho de daños responde a la causación de un mismo daño por una pluralidad de personas, y al

Tribunal Supremo establece la solidaridad aunque los responsables estén ligados por diferentes contratos con el acreedor²²³⁶, si todos ellos responden a una misma causa y se ha producido entre los interesados interdependencia y comunidad de intereses. Así, esta pluralidad de contratos podría considerarse como un supuesto similar a los de “solidaridad no uniforme o varia”²²³⁷ del artículo 1.140 CC, en los que se producen distintas formas de vinculación obligacional. En cuando a la solidaridad impropia, algunas sentencias también la aplican al ámbito contractual²²³⁸. Del mismo modo, si atendemos a razones de justicia material para fijar una posición en este punto, una posible solución pasaría por jerarquizar el principio del *favor debitoris*, que tiende a la mancomunidad, y el principio del *favor creditoris*, o, en su caso, el principio *pro damnato*, que se proyecta en sentido inverso. No obstante, lo anterior pasa por analizar la condición del perjudicado, pues parece que no merecerá la misma protección el dañado autopromotor que tenga la condición de consumidor o usuario, que cuando sea un promotor profesional que construya la edificación para su venta, según analizamos a continuación.

(iii.c) Promotor-consumidor

Este supuesto comprende, principalmente, al autopromotor que se construye su propia vivienda, y que, por tanto, goza de la condición de consumidor o usuario²²³⁹, que habrá concertado los correspondientes contratos con la constructora y los técnicos encargados de realizar el proyecto, dirigir la obra y la ejecución de la misma. En estas coordenadas, la analogía con el artículo 17.3, *ab initio*, LOE, también descansa en que este autopromotor-consumidor es el perjudicado final de los daños, en cuanto que destinatario final de la edificación, que no debe responder ante nadie y que no puede ejercitar acciones de regreso, sino sólo directas contra todos los responsables. Por esta razón, el principio de protección del consumidor²²⁴⁰ que rige en nuestro derecho, puede favorecer una aplicación analógica del artículo 17.3, *ab*

carácter común de la actividad que origina el daño, determinado por el contrato, el desarrollo conjunto de una actividad, el propósito común en la realización de un proyecto o la comunidad de intereses.

²²³⁶ Vid. STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7450), que establece la responsabilidad solidaria del vendedor y del fabricante de unos aparatos acondicionadores defectuosos, en base al ejercicio de unas acciones contractuales derivadas del contrato de compraventa concertado con el vendedor, y de una transacción suscrita con el fabricante, fundamentando la solidaridad en que “*existe una íntima conexión entre sus obligaciones y porque aunque la fuente no es exactamente la misma, la finalidad de la responsabilidad frente al adquirente sí lo es, proporcionándose así una mayor garantía al acreedor-comprador quien, además, les ha demandado conjuntamente*”; vid. STS 10 de noviembre de 1.981 (RJ 1981\4471), que establece que la “*solución contraria al principio «concurso partes fiunt» y por consiguiente en pro de la solidaridad, que ha sido propugnada asimismo para las situaciones en que si bien los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes, todos ellos responden a una misma causa y se ha producido entre los varios interesados interdependencia y comunidad de intereses*”.

²²³⁷ Vid. GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentario a los artículos 1.137, 1138, 1139 y 1140 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XV, Vol. 2, Madrid, 1983, pp. 1246 a 249.

²²³⁸ Vid. en este sentido, SAP de Madrid de 22 de abril de 2005 (JUR 2005\122320).

²²³⁹ Vid. artículo 3 TRLCU que, sin perjuicio de lo dispuesto en los Libros III y IV, considera como tales a “*las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”, y también a 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*”. Por este motivo, las personas jurídicas en algún caso también podrían tener la condición de consumidores si se cumplen estos requisitos.

²²⁴⁰ Vid. LASARTE, C., “La protección del consumidor...”, *op. cit.*, p. 2.623.

initio, LOE, cuando se ejercitan acciones contractuales²²⁴¹. La misma conclusión se puede obtener aplicando la doctrina jurisprudencial que erosiona o vacía de contenido el principio de no presunción de solidaridad²²⁴². Con esta aplicación analógica de la LOE a la responsabilidad contractual por defectos constructivos²²⁴³, mejorará sustancialmente la posición de aquellos autopromotores que, por cualquier causa, como la aparición de los defectos fuera del plazo de garantía o la prescripción de las acciones de la ley especial, no hayan podido ejercitar las acciones previstas en aquella norma, sin que, a nuestro juicio, el diferente título de pedir pueda justificar en este caso una solución distinta en función de la acción ejercitada. Finalmente, cumple indicar que aunque la aplicación analógica que predicamos no tiene como fundamento la existencia de una laguna legal absoluta, pues, en primera instancia serían de aplicación las normas que regulan las obligaciones contractuales, parece que la paulatina erosión del principio de no presunción de responsabilidad en base a la denominada solidaridad tácita; la figura de la solidaridad impropia, incluso en el ámbito contractual; y el principio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios, dibujan un escenario que habilita la invocación de la analogía, como institución jurídica destinada a aportar soluciones idénticas a situaciones semejantes, en las que existe un “defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto”²²⁴⁴. Todo lo anterior siempre bajo la premisa de que el autopromotor no tenga ninguna responsabilidad en los vicios constructivos, como la que podría derivarse de las decisiones que haya adoptado en relación al proceso edificatorio, pues, en este caso, más que un perjudicado será un corresponsable que no podrá invocar la solidaridad en su favor.

(iii.d) Promotor profesional

Este supuesto se refiere al promotor que promueve la edificación con el fin de destinarla a la venta. Al respecto cumple advertir que este promotor profesional, mientras sea propietario del edificio podrá ejercitar las acciones de la LOE frente a los distintos agentes de la edificación y disfrutar del régimen de solidaridad previsto en el artículo 17.3, *ab initio*. Sin embargo, cuando ya no sea propietario, con base en la LOE sólo podrá ejercitar las acciones de repetición ex artículo 18.2, en cuyo caso la responsabilidad de los agentes constructivos ya no tiene carácter solidario, sino que se acomoda al régimen jurídico que opera en las relaciones internas ex artículo

²²⁴¹En este sentido, aunque se trata de normas cuyo ámbito objetivo no está específicamente constituido por la *reparación* de los daños causados por defectos constructivos, los artículos 128 a 149 TRLCU, establecen una responsabilidad solidaria entre los causantes del daño, en caso de responsabilidad causada por productos defectuosos, incluidos los materiales de construcción, o de la responsabilidad derivada de la construcción o comercialización de viviendas, respecto de los daños no cubiertos por un régimen especial de responsabilidad, lo cual habilita para reclamar todos los daños no cubiertos por la LOE con el carácter solidario establecido por el artículo 132 antes citado, a la personas que responden según estos preceptos.

²²⁴²*Vid.* PANTALEÓN, F., “Comentario al artículo 1902...”, *op. cit.*, p. 1980. En este sentido *cfr.* YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 95, que indica que también en el ámbito contractual la solidaridad es la regla general.

²²⁴³*Vid.* SAP de Sevilla de 20 de febrero de 2017 (JUR 2017\189274), que aplica por analogía la solidaridad subsidiaria del artículo 17.3, *ab initio*, LOE, en caso de ejercicio de acciones contractuales por un promotor profesional contra los demás agentes de la edificación.

²²⁴⁴*Vid.* Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo de 1974, por el que se aprobó el vigente Título Preliminar del Código Civil (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974).

1.145.2º CC. Repárese que, incluso mientras sea propietario, este promotor profesional estará ejercitando siempre una suerte de acción de regreso, siquiera sea con carácter anticipado, para evitar ser demandado por los propietarios en el futuro. No obstante, la posibilidad de ejercitar acciones directas o sólo de regreso depende del dato objetivo de que ostente o no la propiedad del edificio. En contraste con lo anterior, en el ámbito contractual el promotor puede ejercitar acciones directas o de regreso al margen de que conserve o no la titularidad del edificio. Pues bien, cuando en estos dos escenarios el promotor ejercite acciones de carácter contractual, es posible articular en punto a la solidaridad y, según nuestro criterio, algunas pautas hermenéuticas:

- Cuando el promotor profesional ejercite acciones contractuales directas contra los distintos agentes de la edificación, siempre que no tenga responsabilidad en los defectos constructivos y que aún sea propietario del edificio, se podrá establecer una analogía con la solidaridad que prescribe el artículo 17.3, *ab initio*, LOE, aunque los agentes estén vinculados por diferentes contratos²²⁴⁵, pues esta solidaridad beneficia indirectamente a los ulteriores titulares, especialmente a los consumidores.

- Cuando el promotor profesional entable esas mismas acciones contractuales ejercitando un derecho de repetición, la analogía procederá con las acciones de regreso del artículo 18.2 LOE, en cuyo caso no operaría el régimen solidario, sino la mancomunidad que rige en las relaciones internas entre codeudores en base al artículo 1.145.2º CC. No obstante, en la jurisprudencia menor algunas sentencias han establecido esta responsabilidad solidaria también en caso de acciones contractuales de repetición²²⁴⁶.

II. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

En nuestro Código Civil la responsabilidad por hecho ajeno está expresamente regulada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual o *aquilliana*, y tiene su fundamento en la concurrencia de culpa *in eligendo* o *in vigilando* en quien responde del hecho de otro. Remarca ALBALADEJO²²⁴⁷, que la obligación de responder por acto ajeno supone una excepción en nuestro ordenamiento respecto del principio de que sólo se responde por los actos propios. Junto a los supuestos que se regulan en el artículo 1.903 CC, se han venido a establecer otros por leyes especiales,

²²⁴⁵ Vid. en este sentido SSTS de 10 de noviembre de 1981 (RJ 1981\4471) y 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7450) sobre solidaridad en caso de ejercicio de acciones contractuales contra deudores de diferentes contratos. Vid. SAP de Tarragona de 3 de marzo de 2016 (JUR 2016\98912), que establece la responsabilidad solidaria del contratista y del suministrador con base en la LOE, estableciendo expresamente que a dicho resultado también se llega en base a las acciones contractuales.

²²⁴⁶ La SAP de Sevilla de 20 de febrero de 2017 (JUR 2017\189274), condena a la constructora, arquitectos y arquitectos técnicos, en base al ejercicio por el promotor de una acción de repetición de carácter contractual, y, además, con carácter solidario tanto entre las tres estirpes profesionales —por analogía con el artículo 17.3, *ab initio*, LOE—, como dentro de cada estirpe —por analogía con el artículo 17.7.3º LOE—; en sentido similar, aunque no aborda expresamente el problema de la solidaridad la STS 23 de Marzo de 2.007 (RJ 2007\2232), que confirma la sentencia de primera instancia que condenó solidariamente al constructor, arquitecto y aparejador, por el ejercicio por parte del promotor de acciones contractuales para el resarcimiento de unos gastos, aunque para la Sala no se trata propiamente de “una acción de repetición”, si bien entendemos que esta manifestación pretende diferenciar estas acciones de las de repetición ex artículo 1.591 CC, en relación con otro proceso relacionado con los mismos hechos.

²²⁴⁷ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones...*, op. cit., p. 947.

señaladamente por la LOE en cuanto es objeto de este trabajo, y, al propio tiempo procede indicar que este fenómeno concurre igualmente, con los matices propios de su régimen jurídico, en el ámbito de la responsabilidad contractual.

A) La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en el Código Civil

1. Naturaleza jurídica

La Ley romana de las XII Tablas —*Lex Duodecim Tabularum*— del 450 a. C, ya recogía en la Tabla VIII el precedente de la *Lex Aquilia de damno iniuria* del año 286 a. C —“*el que causa daño a otro tendrá que resarcir el daño causado*”— que inspira el artículo 1902 CC. A su vez, en la Tabla IX se recogía la responsabilidad por hecho ajeno al establecer que el padre o dueño asume la responsabilidad de las acciones u omisiones del hijo o del esclavo²²⁴⁸. Precisa MANRESA²²⁴⁹ en este punto, que nuestro Código no siguió las teorías de la escuela italiana sobre la representación o el propio interés —*cuius commoda eius est incommoda*—, sino que se amolda a la doctrina francesa y fundamenta esta clase de responsabilidad en una presunción *iuris tantum* de culpa de quien tiene bajo su autoridad o dependencia al causante del daño. Así, su justificación reside en la relación de dependencia o jerarquía entre quien responde por hecho ajeno y el autor material del daño²²⁵⁰, y requiere la concurrencia de culpa *in eligendo* o *in vigilando* en quien responde del hecho de otro. De este modo, la desacertada elección o la falta de control respecto del dañante determina la responsabilidad de quien incurre en tales conductas. Junto a lo anterior también aflora una connotación de orden social, vinculada al principio *pro damnato*, dirigida a reforzar la protección de las víctimas proporcionándoles un segundo patrimonio, presumiblemente más solvente, sobre el que reclamar los daños y perjuicios sufridos²²⁵¹. De este modo, el fundamento del artículo 1.903 CC en cuanto a los supuestos de los empresarios y los centros docentes, también respondería en cierta medida al principio *cuius est commodum eius est periculum*²²⁵².

2. Régimen jurídico

El Código Civil regula la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en los artículos 1903 y 1904 CC, y la configura en líneas generales como una responsabilidad subjetiva y no objetiva; directa y no subsidiaria; solidaria frente al perjudicado; y con facultad de repetición. Se perfila así como una responsabilidad *ex lege* distinta e independiente de la que, con arreglo al artículo 1902 CC, corresponde al autor material del daño²²⁵³. Aunque en principio requiere la existencia de culpa, es imprescindible tener presente la inversión de la carga de la prueba que dispone el último párrafo del artículo 1903 CC, y la tendencia objetivadora que en la praxis la

²²⁴⁸ Vid. CUENCA LÓPEZ, L.J., *Aparejadores...*, *op. cit.*, pp. 187 y 188

²²⁴⁹ MANRESA Y NAVARRO, J.M., “Comentario al artículo 1903 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo XII, revisada por J.J. Gómez Ysabel, 6ª ed., Reus, Madrid, 1973, pp. 885

²²⁵⁰ MARÍN CASTÁN, F., *Supuestos de responsabilidad civil de los artículos 1903 a 1910 del Código Civil*, coordinado por X. O’Callaghan Muñoz, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, p. 18.

²²⁵¹ GÁZQUEZ SERRANO, L., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 121.

²²⁵² Vid. SANTOS BRIZ, J., “La responsabilidad por hecho de otro derivada de ilícito no penal”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, 2ª ed., Barcelona, 2008, p. 653. Según este aforismo quien aprovecha el lucro, beneficio o utilidad de la actividad peligrosa, debe sufrir la indemnización del quebranto padecido por el tercero.

²²⁵³ STS de 26 de junio de 1984 (RJ 1984\3265).

vertebra como una responsabilidad por riesgo²²⁵⁴, soslayando los conceptos de *culpa in eligendo* o *in vigilando*²²⁵⁵. Así, conforme al último párrafo del artículo 1903 CC, se presume la *culpa in eligendo* o *in vigilando* de quien responde por hecho ajeno, concebida como causa mediata del daño, siendo el causante material una suerte de instrumento intermedio²²⁵⁶. Además, es directa, no subsidiaria, de modo que el dañado podrá exigirla directamente al responsable legal, si bien esta circunstancia no elimina la responsabilidad del dañante, por lo que el perjudicado puede exigirla a uno u otro de modo solidario²²⁵⁷.

3. El artículo 1.903 CC

a) Relación de supuestos

El artículo 1.903 CC²²⁵⁸ establece este tipo de responsabilidad en el caso de los padres o tutores respecto de los daños ocasionados por los menores o incapacitados; en el de los dueños o directores de un establecimiento respecto de los daños causados por los empleados; y en el de las personas o entidades titulares de un centro docente por los daños irrogados por los alumnos. En estos dos últimos casos se requiere que los daños que causen los empleados o los alumnos se produzcan en la esfera de dependencia del empresario o del centro docente²²⁵⁹. Señala DÍEZ-PICAZO²²⁶⁰ como supuesto adicional de responsabilidad por hecho ajeno, el del artículo 1.910 CC respecto del cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, por los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma.

b) El carácter abierto o cerrado de la enumeración legal

El carácter abierto o cerrado de la relación de supuestos del artículo 1.903 CC ha suscitado discrepancias en la doctrina. DÍEZ-PICAZO²²⁶¹, ALBALADEJO²²⁶², PUIG BRUTAU²²⁶³ o LACRUZ²²⁶⁴, sostienen el carácter cerrado del artículo 1.903, el cual no se puede extrapolar a otros supuestos dado su carácter excepcional respecto a la regla general de responsabilidad por actos propios²²⁶⁵; GÓMEZ CALLE²²⁶⁶ matiza este carácter cerrado y admite su aplicación analógica en supuestos que guarden identidad —acogimiento familiar, internados de menores, o centros psiquiátricos— sobre la base de la existencia de la misma situación de dependencia o control, aunque no respecto

²²⁵⁴ Vid. MARÍN CASTÁN, F., *Supuestos...*, *op. cit.*, p. 74.

²²⁵⁵ O'CALLAGHAN, X., *Código Civil...*, *op. cit.*, 2012, p. 2.114.

²²⁵⁶ Cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 953.

²²⁵⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 947 a 954.

²²⁵⁸ Vid. artículo 120 del Código Penal, que establece determinados supuestos de responsabilidad civil subsidiaria por hecho ajeno en la comisión de delitos.

²²⁵⁹ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 954.

²²⁶⁰ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 377.

²²⁶¹ *Ibidem*, p. 379.

²²⁶² Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p.954.

²²⁶³ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p.631.

²²⁶⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, Tomo II...*, *op. cit.*, p. 523

²²⁶⁵ En el mismo sentido MENDOZA ALONZO, P.A., *La obligación...*, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

²²⁶⁶ Cfr. GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil por hecho ajeno”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 435.

a situaciones distintas —daños causados por personas de las que se vale un particular o empresario pero que no son sus dependientes ni están sometidos a su control—. En cualquier caso, en aquellos supuestos en los que una persona cause daño a otra mediando *culpa in eligendo* o *in vigilando*, podrá reconducirse la responsabilidad al ámbito del artículo 1902 CC con arreglo al régimen de este precepto²²⁶⁷.

4. Especial consideración del artículo 1903.4 CC

En nuestro estudio reviste especial importancia el supuesto de responsabilidad del artículo 1.903.4 CC, respecto de los empresarios por los daños causados por los dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones²²⁶⁸. En este caso se requiere una relación de dependencia entre el causante del daño y el empresario, y que el suceso se produzca en el ámbito de la actividad de la empresa o con ocasión de sus funciones en ella.

a) La relación de dependencia

(i) Delimitación

No hay responsabilidad con arreglo al artículo 1.903.4 CC cuando no concurre una relación de dependencia, que debe estar constituida por un elemento de control, vigilancia y dirección de las tareas encargadas respecto al causante del daño²²⁶⁹. No existe esta dependencia cuando el dañante conserva su autonomía para la ejecución del encargo, y lo efectúa bajo dirección y supervisión propia sin actuar bajo las instrucciones de la empresa, como sucede con los contratistas y ciertos subcontratistas. En consecuencia, el factor crítico en este punto es la existencia o no de esta relación de dependencia, y no los pactos que se suscriban entre las partes²²⁷⁰. No existirá responsabilidad si no hay relación entre la actuación del causante del daño y su trabajo en la empresa, o si la hay sólo circunstancial. No es necesaria la concreta identificación del empleado, sino que basta con que éste pueda adscribirse a la esfera de la empresa. Finalmente, en cuanto a la identificación del empresario procede la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para determinar su identidad real, fundamentalmente en caso de empresas insolventes²²⁷¹.

(ii) Su flexibilización

No obstante lo anterior, los requisitos que determinan este supuesto de responsabilidad se han ido interpretando de forma cada vez más laxa, con el fin de ampliar su campo de acción. Lo anterior tanto en lo que respecta a la relación de dependencia, como en cuanto al requisito de que el daño se irroge cuando el dependiente actúe en el ejercicio de sus funciones, de modo que no se requiere ni que esté en el centro de trabajo, ni que se produzca en horario laboral, ni desempeñando sus funciones típicas²²⁷². Estas circunstancias incrementan su

²²⁶⁷ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 953, que cita al respecto la STS de 26 de marzo de 1981 (RJ 1981\1076); MENDOZA ALONZO, P.A., *La obligación...*, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

²²⁶⁸ Este supuesto se aborda en los artículos 5195-5, 5195-6 y 5194.3 PCCAPDC. *Vid.* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 870 a 872.

²²⁶⁹ *Vid.* GÁZQUEZ SERRANO, L. “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 130 a 135.

²²⁷⁰ STS de 3 de abril de 2006 (RJ 2006\1871).

²²⁷¹ *Vid.* MARÍN CASTÁN, F., *Supuestos...*, *op. cit.*, p. 97; *vid.* STS de 30 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8458).

²²⁷² *Vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Cuando el empresario responde casi solo por el hecho

alcance con el fin de proteger a la víctima y tienen como corolario que “*el empresario responde prácticamente por el hecho de serlo*”²²⁷³

b) La inversión de la carga de la prueba como elemento de objetivación de la responsabilidad

Sobre este particular, el artículo 1.903 CC, *in fine*, establece una inversión de la carga de la prueba, en cuanto dispone que esta responsabilidad cesará si se acredita haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. En este sentido, sería necesario probar la falta de nexo causal entre el daño y la negligencia, o “*la prueba de que el daño se hubiera producido igualmente aunque los llamados a responder conforme al 1.903 CC hubieran observado toda la diligencia exigible*”²²⁷⁴. No obstante, la jurisprudencia²²⁷⁵ ha interpretado esta norma con un fuerte matiz objetivista, partiendo de la existencia de esta regla de inversión del *onus probandi*²²⁷⁶. En definitiva, se produce una clara objetivación de la responsabilidad, hasta el extremo de que, en la mayoría de las ocasiones, será imposible acreditar que no se incurrió en culpa²²⁷⁷. Además, respecto del autor material del daño lo que exige el artículo 1903 CC es que el acto del hijo, pupilo, dependiente o alumno sea objetivamente negligente²²⁷⁸. Adicionalmente, la tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad se ve favorecida por el ejercicio de determinadas actividades, que originan riesgos anormales en relación con los estándares medios. No obstante, para su aplicación es necesario que este régimen esté legalmente previsto o que se trate de un riesgo extraordinario²²⁷⁹. En cualquier caso, no faltan pronunciamientos jurisprudenciales que atenúan los efectos de esta objetivación de responsabilidad vinculada al riesgo²²⁸⁰, o incluso que la rechazan retornando al matiz culpabilístico²²⁸¹.

5. La responsabilidad por hecho ajeno como supuesto de solidaridad

Puesto que la responsabilidad por hecho ajeno se configura como una responsabilidad directa y no subsidiaria, el dañado podrá exigirla directamente a quien

de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno”, *RCDI*, núm. 750, 2015, pp. 2.358 a 2360.

²²⁷³ *Loc. cit.*

²²⁷⁴ Cfr. GÓMEZ CALLE, E. “Los sujetos...”, *op. cit.*, p. 435.

²²⁷⁵ STS 29 marzo de 1996 (RJ 1996\2203), que indica que “*la doctrina jurisprudencial (...) configura esta responsabilidad del empresario como «cuasiobjetiva» y no resulta aceptable su exoneración por utilizar un operario -del que no consta cualificación especial- que supone se halla capacitado para realizar el trabajo que se le encomienda sino que, por el contrario, son exigibles medidas de vigilancia y control del desempeño de su tarea en evitación de sucesos como el que nos ocupa (...)*”.

²²⁷⁶ Vid. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas”, en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Reus, Madrid, 2009, p. 21. Señala este autor en relación a la responsabilidad de los padres y tutores, aunque su afirmación la entendemos extrapolable a todo el precepto, que “*el problema es que el último párrafo del art. 1.903 del CC ha sido aplicado de un modo especialmente riguroso por los tribunales de modo que acaecido el daño, se considera que el mismo manifiesta que la diligencia que emplearon los cuidadores no fue la adecuada, por lo que ha tornado en la práctica «misión imposible» desligarse de la responsabilidad sobre la base el último párrafo del artículo 1.903*”.

²²⁷⁷ GÁZQUEZ SERRANO, L. “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 122.

²²⁷⁸ Vid. GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos...”, *op. cit.*, p. 430. En el mismo sentido GÁZQUEZ SERRANO, L., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 129 y 130.

²²⁷⁹ Vid. STS de 7 de enero de 2008 (RJ 2008\203), si bien esta última establece la inexistencia de relación causal al caer un trabajador de un camión de recogida de residuos.

²²⁸⁰ STS de 16 de julio de 2008 (RJ 2008\4716).

²²⁸¹ STS 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006\62).

responde por la persona que causó el daño, pues le asiste una acción directa frente a éste como responsable legal, que no tiene carácter subsidiario respecto de la que pueda corresponderle frente a su autor material²²⁸². Pero también y de modo simultáneo, el perjudicado podrá dirigirse directamente contra el dañante con base en el artículo 1902 CC²²⁸³. En estos supuestos se produce una solidaridad que opera a modo de sanción civil, por el incumplimiento de ciertos deberes de control y supervisión²²⁸⁴. Así, aunque en ninguna de las normas del Código Civil se establece la solidaridad entre quien responde por hecho ajeno y el causante material del daño, la jurisprudencia²²⁸⁵ considera que existe un vínculo solidario²²⁸⁶ entre ambos, y aplica respecto al artículo 1.903 CC el mismo régimen del artículo 1902 CC cuando existen varios responsables, pese a que en aquel precepto éstos se encuentran en planos diferentes²²⁸⁷. Se trata de un supuesto de solidaridad impropia, si bien esta solidaridad no nace de la sentencia, sino que se conoce desde el mismo momento de la producción del hecho causante, por lo que no es *post facto* a efectos de la aplicación del artículo 1974.1º CC sobre la interrupción de la prescripción. En cualquier caso, esta cuestión no queda clara en la jurisprudencia²²⁸⁸.

6. La acción de repetición del artículo 1.904 CC

El artículo 1.904 CC establece un derecho de repetición a favor de quien responde por hecho ajeno, derivado de las actuaciones de los dependientes o de los profesores, en este segundo caso si hubiesen incurrido en dolo o en culpa grave en

²²⁸² Vid. GONZÁLEZ POVEDA, P., “Responsabilidades...”, *op. cit.*, pp. 335 y 336.

²²⁸³ STS de 26 de junio de 1984 (RJ 1984\3265).

²²⁸⁴ Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Solidaridad...”, *op. cit.*, y pp. 178 a 184.

²²⁸⁵ En este sentido SSTS de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994\1468), 12 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9889) o 2 de febrero de 2004 (RJ 2004\446).

²²⁸⁶ Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Comentario al artículo 1903”, en *Comentario del Código Civil*, tomo II, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2015; en el mismo sentido GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos...”, *op. cit.*, pp. 1.034 y 1035, que destaca la STS de 14 de febrero de 1964; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 18 y 19; y “Nº 1952. STS de 23 de febrero de 2006: Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad por hechos ajenos. Responsabilidad de empresarios por la actuación de sus dependientes”, *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 270 y 271, que subraya la importancia de esta solidaridad impropia en el caso de la responsabilidad por hecho ajeno del empresario.

²²⁸⁷ MENDOZA ALONZO, P.A., *La obligación...*, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

²²⁸⁸ Vid. en este sentido SAP Asturias 29 de julio de 2011 (JUR 2014\415994) y SAP Granada de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009\197064). Esta última, que alude a la STS de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007\1831) relativa a una responsabilidad solidaria de administradores societarios, indica que el efecto interruptivo se produce por venir establecida en la ley ex artículo 1903 CC, la responsabilidad directa del dueño o empleador. En sentido contrario la STS de 19 de octubre de 2007 (RJ 2007\8257) no aplica el artículo 1974.1 CC en un supuesto de reclamación a la empresa por los daños causados por sus trabajadores, en línea con las SSTS de 14 marzo de 2003 (RJ 2003\3645) y 5 de junio de 2003 (RJ 2003\4124), que se pronuncian sobre la inaplicación de dicho precepto a la solidaridad impropia. En nuestra opinión, esta cuestión habría de ser revisada conforme a los criterios que establece la STS de 16 de enero de 2015, en función de que se trate de una solidaridad *ex post* o *ab initio*. La STS de 25 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5643), en relación a una caída en un edificio, condena a la comunidad de propietarios y a su aseguradora y absuelve a la empresa en la que trabajaba el operario que originó el siniestro, pues contra ella no se dirigió ninguna reclamación extrajudicial para interrumpir la prescripción, sin que surtan efectos las dirigidas contra las otras dos demandadas. No obstante, en este supuesto, la responsabilidad por hecho ajeno de la empresa respecto de sus trabajadores ex artículo 1903 CC, no es la relación que determina la solidaridad, que se rige por el artículo 1902 CC, puesto que la interrupción de la prescripción tuvo lugar respecto los corresponsables solidarios y no respecto del trabajador.

el ejercicio de sus funciones. Esta facultad de repetición exige la culpa del causante material del daño, de modo que no se podrá regresar contra quien no fuera responsable de los daños. Aun así, este precepto no cohere bien con lo dispuesto en el artículo 1.903 CC. En efecto, si la responsabilidad por hecho ajeno que dispone este artículo se fundamenta en la existencia de *culpa in vigilando* o *in eligendo*, parece que no habría derecho a repetir por el todo, porque quien ejercita la acción de regreso también habrá incurrido en culpa propia, siendo responsable, al menos, de una parte de los daños, por lo que su repetición estaría sujeta a la oportuna ponderación de culpas. Para un sector de la doctrina sí sería posible la repetición por el todo, sobre la base de considerar que el artículo 1.904 CC evidencia que la responsabilidad ex artículo 1.903 CC no se fundamenta en la culpa, sino que deriva de la posición de garante incondicional del responsable legal, el cual, en última instancia, podrá reclamar íntegramente el daño a su causante material²²⁸⁹. De este modo, la contradicción del precepto puede salvarse prescindiendo de la presunción de culpa, y considerando que la imputación es de carácter objetivo, en cuanto que responsabilidad empresarial por riesgo de tipo vicarial o por sustitución, en la que la empresa responde aunque no medie culpa de su titular²²⁹⁰. En este sentido, parece que la acción de repetición tiene mayor justificación si este supuesto se entiende como una responsabilidad por hecho propio de tipo vicarial²²⁹¹. Este es el criterio que siguen los artículos 6:102 PETL y VI.3:201 DCFR²²⁹², sin perjuicio de que siga siendo necesaria la culpa del auxiliar²²⁹³. Debe destacarse que no es frecuente la repetición contra el empleado, como se demuestra por la escasa jurisprudencia existente en esta materia²²⁹⁴. En cualquier caso, el ejercicio de esta acción requiere probar la negligencia del dependiente²²⁹⁵, sin que resulte de aplicación la inversión del *onus probandi*, que sólo rige en beneficio del tercero perjudicado²²⁹⁶.

B) La responsabilidad por hecho ajeno en la LOE

El artículo 17 LOE regula expresamente una serie de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, que tienen un fundamento similar al que se desprende del artículo 1903 CC²²⁹⁷. En este sentido, el artículo 17.2 LOE, aunque consagra el principio de responsabilidad personal e individualizada, ya establece su compatibilidad con el establecimiento de determinados supuestos de responsabilidad por hecho ajeno —“*por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder*”— y sus efectos se despliegan tanto en la relación externa

²²⁸⁹GÁZQUEZ SERRANO, L. “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 135 a 137.

²²⁹⁰YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 347 y 348.

²²⁹¹NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. y VEIGA COPO, A.B., *Derecho de Daños*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 341 y 342.

²²⁹²MARTÍN-CASALS, M., “La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Editum, Murcia, 2011, pp. 68 y 69.

²²⁹³*Ibidem*, p. 78.

²²⁹⁴NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. y VEIGA COPO, A.B., *Derecho de Daños...*, *op. cit.*, p. 342

²²⁹⁵MENDOZA ALONZO, P.A., *La obligación...*, *op. cit.*, pp. 197 y 198, pone de relieve que la sentencia dictada en el proceso previo contra quien responde por hecho ajeno, no vincula al causante del daño que no fue demandado en aquel proceso, por lo que se habrá de probar de nuevo su responsabilidad

²²⁹⁶SAP de Islas Baleares de 5 de octubre de 2010 (AC\2010\1738)

²²⁹⁷SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2008, p. 924.

frente a los propietarios, como en la interna respecto de los demás agentes de la edificación²²⁹⁸.

1. Responsabilidad por hecho ajeno del proyectista

a) Delimitación

Los proyectistas que subcontraten cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, responden de los daños materiales que se deriven de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de su derecho a repetir contra los autores, según dispone el artículo 17.5.2º LOE. De este modo, la ley especial establece un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno a cargo del proyectista, respecto de los profesionales que contrate, cuando los trabajos que éstos realicen resulten defectuosos, aunque con reserva del derecho de repetición.

b) Alcance

Esta responsabilidad en algunos casos ya fue establecida por la jurisprudencia bajo la aplicación del régimen del artículo 1.591 CC, en los que se hizo responder al proyectista por deficiencias en el estudio geotécnico o en los cálculos realizados por otros profesionales²²⁹⁹. Su fundamento reside en el hecho de aceptar los trabajos de otro para utilizarlos en el encargo recibido, lo que tiene como consecuencia lógica el tener que asumir las posibles responsabilidades que de ellos se deriven²³⁰⁰. Se requiere que sea el propio proyectista quien concierte estas colaboraciones de terceros, pues el artículo 17.5.2º LOE así lo dispone expresamente. De este modo, no deberá responder si estos cálculos son contratados por el promotor para su entrega a aquél, salvo que debiera haber advertido las deficiencias²³⁰¹. Dada la importancia que tiene el estudio geotécnico y la cualificación específica que precisa su realización, antes de la entrada en vigor de la LOE, algún autor había considerado excesivo que el proyectista debiera afrontar los defectos de la información geotécnica, si había actuado diligentemente²³⁰². No obstante, con la LOE los errores geotécnicos caen de lleno bajo el ámbito del artículo 17.5.2º, pues su razón de ser estriba en que la obligación de realizar el proyecto es una obligación de resultado²³⁰³, que no puede entenderse cumplida por una actuación diligente si no se obtiene el resultado pretendido²³⁰⁴.

²²⁹⁸CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 388, por lo que v. gr. en el caso del constructor ex artículo 17.6. 2º, el mismo responderá por hechos del subcontratista frente a los propietarios, pero también frente al promotor o al arquitecto en vía de regreso.

²²⁹⁹Esta responsabilidad por hecho ajeno la establece la STS de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008\3067), dictada bajo el régimen del artículo 1.591 CC, que condena al arquitecto proyectista, argumento que éste no puede exonerarse de responsabilidad aduciendo la incorrección del estudio geotécnico. La STS de 31 de marzo de 2005 (RJ 2005\2743), condena al proyectista y rechaza la condena solidaria de la empresa que realizó los cálculos de la estructura de la edificación, razonando que la extensión de la responsabilidad subjetiva del artículo 1.591 CC, no abarca a quien efectúa dichos cálculos, invocando a efectos interpretativos el artículo 17.5. 2º LOE.

²³⁰⁰GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 129 y 130,

²³⁰¹*Vid.* STS de 10 de abril de 2015 (RJ 2015\1518), que atribuye responsabilidad solidaria al proyectista, por un proyecto de cimentación especial realizado por un geólogo a instancia del promotor, por haber aceptado el encargo, invocando lo dispuesto en el artículo 17.5 y 17.7 LOE. No obstante, parece que el supuesto debe incardinarse en un caso de pluralidad de proyectos, en relación con la función de coordinación que corresponde al proyectista principal ex artículo 10.1 LOE.

²³⁰²*Vid.* GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 132.

²³⁰³ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 723 y 724.

²³⁰⁴MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 132.

La responsabilidad que analizamos es distinta de la solidaridad que establece el artículo 17.5.1º LOE, que se refiere al supuesto de que el proyecto sea contratado conjuntamente con varios técnicos. En este caso éstos contratan en plano de igualdad y de modo conjunto con el promotor, asumiendo entre todos la función de este agente de la edificación, sin que se produzca una colaboración subalterna de ninguno de ellos²³⁰⁵.

También es diferente de la responsabilidad que puede derivarse de la existencia de proyectos parciales, complementarios o especiales. Estos proyectos deben coordinarse con el proyecto principal, si bien cada técnico asume la titularidad de suyo —artículo 10.1. 2º y 3º LOE—. De este modo, no parece que deba responder el proyectista principal por hecho ajeno, por cuanto no se trata de la subcontratación de los cálculos, estudios, dictámenes o informes a los que alude el artículo 17.5.2º, sino de proyectos completos, aunque parciales, debiendo tenerse en cuenta que la responsabilidad por hecho ajeno debe limitarse a los supuestos legalmente previstos²³⁰⁶. En este sentido, si se originan vicios constructivos derivados de estos proyectos parciales, y no se puede individualizar o graduar la imputación respecto de ninguno de ellos, será de aplicación la solidaridad subsidiaria ex artículo 17.3, *ab initio*; si es posible hacerlo responderá el autor del proyecto defectuoso, tanto si ha sido contratado directamente por el promotor, como si lo ha sido por el proyectista previo acuerdo con aquél²³⁰⁷. Por el contrario, si los proyectos parciales se realizan por terceros sin el consentimiento del promotor, deberá responder el proyectista principal salvo consentimiento posterior de aquél²³⁰⁸, aunque esta exoneración puede no surtir efectos frente a los propietarios²³⁰⁹. En cualquier caso, si el problema deriva de falta de coordinación entre los distintos proyectos²³¹⁰, sí debe responder el proyectista principal sin perjuicio de la posible solidaridad de todos ellos²³¹¹.

c) Derecho de repetición

En estos supuestos el proyectista podrá ejercer un derecho de regreso contra los autores de los cálculos defectuosos, bien *pro cuota*, bien por el todo, en función de que concurra o no su corresponsabilidad en los hechos. Esta repetición estará sujeta al régimen prescriptivo que establece el artículo 18.2 LOE, que previene un plazo de dos años y un especial *dies a quo* para su cómputo, y, en principio, no da lugar a una subrogación sino a un derecho de crédito que nace *ex novo*, en los términos que abordamos *infra* Capítulo Décimo, § II.C).6.

²³⁰⁵ *Vid. supra*, § I.B).2.a).ii), sobre la solidaridad en estos supuestos.

²³⁰⁶ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 132.

²³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 133 a 135. Indica este autor, que, en este caso, se produce una cesión parcial tácita del proyecto. No comparte esta opinión CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 392, que considera que el proyectista principal debe responder si contrató a los autores de los proyectos parciales ex artículo 1.596 CC, sin que la aceptación por el promotor del profesional elegido, le releve de esta responsabilidad; en el mismo sentido GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 132 y 133.

²³⁰⁸ *Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., Análisis...*, *op. cit.*, pp. 133 a 135.

²³⁰⁹ Destaca MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 206, el vacío de la LOE en relación con la atribución de responsabilidad por defectos derivados de proyectos parciales.

²³¹⁰ *Cfr. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”*, *op. cit.*, pp. 391 y 392.

²³¹¹ *Vid. ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad civil...”*, *op. cit.*, pp. 792.

2. Responsabilidad por hecho ajeno del constructor

a) Delimitación

El constructor es el agente de la edificación al que la LOE grava con un mayor número de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, debido a su rol principal en el proceso de la edificación y a que es quien aporta los medios personales y materiales para la ejecución del edificio. De este modo, el constructor responderá directamente: (i) por los daños materiales 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, ex artículo 17.6.1º; (ii) por los daños materiales causados por las empresas que subcontrate para la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, ex artículo 17.6.2º; o (iii) por los daños materiales causados por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, ex artículo 17.6.3º. Lo anterior sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar. Esta responsabilidad vicaria, aunque con un contenido literal más restringido, ya se hallaba recogida en el artículo 1.596 CC en sede de contrato de obra, en cuanto al trabajo ejecutado por sus auxiliares.

b) Alcance

Al igual que en los demás casos de responsabilidad por hecho ajeno que establece la LOE, ésta que se atribuye al constructor opera tanto en la relación externa, frente a las reclamaciones de los propietarios ex artículo 17.1 LOE, como en la relación interna respecto de las acciones de regreso ex artículo 18.2, entre los distintos agentes de la edificación²³¹². Aunque su fundamento reside en la *culpa in eligendo* o *in vigilando*, se trata de supuestos informados por el carácter objetivo que preside la regulación de la ley especial, en los que el constructor no podrá quedar liberado probando que empleó la diligencia necesaria²³¹³, pues asume una obligación de resultado. Es, en consecuencia, un garante por hecho ajeno frente al dañado²³¹⁴.

Los dos primeros supuestos —relativos al jefe de obra y personas que de él dependan, y al subcontratista— deben entenderse como un tipo de responsabilidad por los auxiliares utilizados en la ejecución de la obra²³¹⁵. En particular, respecto del subcontratista la imputación del constructor se fundamenta en que aquél es su sustituto, pero sin que éste quede desligado de su obligación²³¹⁶, y debe extenderse a las sucesivas subcontratas que se concierten en cadena, y a los auxiliares y a los productos de construcción que adquieran todas ellas, pues reviste un carácter objetivo que debe alcanzar a todas las personas o empresas que emplee para el cumplimiento de su obligación²³¹⁷. No obstante, no responderá si el subcontratista fue contratado por el promotor²³¹⁸.

²³¹²CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 388.

²³¹³Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, 158 a 172.

²³¹⁴Cfr. SIERRA PÉREZ, I., “La responsabilidad de los agentes...”, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

²³¹⁵Vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 390, que entiende esta responsabilidad, incluida la del subcontratista, en línea con la previsión del artículo 1.596 CC, por introducir a terceros en el cumplimiento del contrato.

²³¹⁶Vid. DE LA ROCHA GARCÍA, E. y DEL ARCO TORRES, M.A., *Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, p. 121.

²³¹⁷*Ibidem*, pp. 171 a 173.

²³¹⁸Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 433, con base en el artículo 1.721.2º CC.

En cuanto al tercer supuesto, relativo a los materiales, convierte al constructor en responsable por los que haya adquirido o aceptado para emplearlos en el edificio²³¹⁹. De este modo, el artículo 17.6.3º hace responder al constructor por hecho ajeno del suministrador respecto de los materiales defectuosos. No obstante, pese a que el artículo citado sólo menciona al constructor, no se puede descartar que se generen otras responsabilidades concurrentes o incluso exclusivas en este terreno. Así, puede existir una responsabilidad del proyectista si el material no era adecuado para el edificio por su novedad, falta de experimentación o singularidad; o del director de obra si debió haber advertido esta circunstancia y proveer en consecuencia, disponiendo una modificación del proyecto en este punto; o, con más probabilidad, del director de ejecución²³²⁰ por no haber advertido el defecto de los materiales, dadas sus atribuciones y obligaciones en este campo²³²¹.

c) Derecho de repetición

En los tres supuestos de responsabilidad vicaria que hemos analizado, pese al silencio de la norma respecto del jefe de obra y demás personas físicas y jurídicas que de él dependan, el constructor tendrá derecho de repetición contra el causante material del daño con las matizaciones que indicamos al tratar de la exigencia de responsabilidad a los trabajadores²³²². No obstante, en muchos casos la repetición no podrá ser por el todo, sino *pro cuota*²³²³, por concurrir también la propia responsabilidad del constructor en la causación del daño, por negligencia en sus tareas de dirección, organización y control de la obra; por no advertir determinados defectos en los materiales; o por no encargar ensayos o pruebas que hubieran resultado convenientes, entre otros supuestos²³²⁴. Esta repetición estará sujeta al régimen prescriptivo que establece el artículo 18.2 LOE, que previene un plazo de dos años y un especial *dies a quo* para su cómputo, y, en principio no origina una subrogación sino un derecho de crédito que nace *ex novo*, en los términos que abordamos en *infra* Capítulo Décimo, § II.C).6.

3. Responsabilidad por hecho ajeno del director de obra

a) Delimitación

El proyectista puede asumir también la dirección de obra, pero, cuando no lo haga así, el artículo 17.7.2º LOE atribuye una responsabilidad por hecho ajeno al director de obra que acepte la dirección de un proyecto elaborado por otro técnico, el cual responde de las omisiones, deficiencias e imperfecciones de éste, sin perjuicio

²³¹⁹ *Loc. cit.*, el constructor responde de los daños causados por los materiales adquiridos o aceptados por él, y de los puestos por el comitente u otro agente, incluso por vicio oculto, si los aceptó y no puso objeción, pudiendo concurrir también la responsabilidad del arquitecto técnico. *Vid.* STS de 18 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8233).

²³²⁰ *Vid.* STS de 28 octubre 1991 (RJ 1991\7242), que condena solidariamente a constructor y arquitecto técnico, al primero por la utilización de materiales defectuosos y al segundo por su obligación respecto al control de calidad de éstos.

²³²¹ *Cfr.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 166 a 168. Remarca esta autora que, si concurre una responsabilidad exclusiva del director de ejecución, el constructor no debe responder por hecho ajeno, pues esta posibilidad no se contempla en el artículo 17.6 LOE.

²³²² *Vid. infra* § II.D).1.d), sobre la responsabilidad de los trabajadores.

²³²³ *Cfr.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp.167 y 168.

²³²⁴ En sentido contrario, *cfr.* SIERRA PÉREZ, I., "La responsabilidad de los agentes...", *op. cit.*, pp. 143 y 144, sobre el derecho a repetir íntegramente.

de su derecho de repetición. Se configura así un supuesto de responsabilidad a cargo del director de obra respecto del proyectista, por el que primero responde de los actos u omisiones ajenos.

b) Alcance

Se ha indicado que este supuesto comporta una especie de solidaridad implícita de carácter disuasorio, para motivar al técnico a la revisión exhaustiva del proyecto antes de aceptar la dirección de obra²³²⁵. En cualquier caso, el director de obra asume una responsabilidad superior²³²⁶, pues la misma se agrava al responder de lo realizado por los profesionales que han efectuado la proyección del edificio²³²⁷, en los términos que ya había establecido la jurisprudencia bajo el régimen del artículo 1.591 CC²³²⁸. Al respecto cabe indicar que, en muchos supuestos, concurrirá la responsabilidad del director de obra por hecho propio si no cumple las obligaciones que, en este punto, le atribuye el artículo 12.3 LOE —en cuanto a la verificación del replanteo y la adecuación de la estructura y la cimentación proyectadas a las características geotécnicas del terreno, y a la realización de las modificaciones del proyecto exigidas por la marcha de la obra—²³²⁹. Es decir, si se trata de deficiencias de proyecto que debía haber advertido y subsanado y no lo hizo. Evidentemente, también podrá existir una responsabilidad exclusiva del director de obra, si se separa del proyecto o adopta decisiones incorrectas al resolver las contingencias que concurren en la obra en relación a aquél. Así, *rectius*, el supuesto legal de responsabilidad por hecho ajeno, se dará cuando concurren deficiencias de proyecto que el director de obra no debía haber advertido o subsanado. Si el director de obra asume y ratifica las soluciones erróneas del proyectista puede surgir una responsabilidad solidaria entre ambos²³³⁰.

Ni la LOE ni ninguna otra norma establecen ninguna responsabilidad por hecho ajeno del director de obra respecto del constructor, sus auxiliares o proveedores, lo cual se justifica porque ni son sus empleados —argumento *sensu contrario* ex artículos 1903 CC o 1.596 CC—, ni han sido contratados por el mismo —argumento *sensu contrario* ex artículos 17.5.2º y 6 LOE²³³¹—.

c) Derecho de repetición

En función de lo indicado en el apartado precedente, el director de obra podrá repetir contra el proyectista *pro cuota* o por el todo. Esta repetición estará sujeta al régimen prescriptivo que establece el artículo 18.2 LOE, que previene un plazo de dos

²³²⁵AMAT LLOMBART, P., “Responsabilidad civil de los profesionales de la edificación. Garantías legales y aseguramiento”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Editum, Murcia, 2011, p. 412, que cita en este punto a BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 142.

²³²⁶El Tribunal Supremo fundamenta esta responsabilidad en la asunción del trabajo de un tercero, que tiene como corolario una responsabilidad por sus consecuencias. *Vid.* SSTs de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001\2592) o 10 mayo 1986 (RJ 1986\2677).

²³²⁷RUIZ JIMÉNEZ, J., “El ámbito de responsabilidad del arquitecto en el proceso constructivo”, *RCDI*, núm. 694, 2006, pp. 757 y 758.

²³²⁸*Vid.* en este sentido la citada STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001\2592), en la que se incrementó la responsabilidad del arquitecto al asumir las actuaciones ejecutadas por otro.

²³²⁹MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

²³³⁰*Vid.* GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 159.

²³³¹CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 436

años y un especial *dies a quo* para su cómputo, y, en principio no dará lugar a una subrogación, sino a un derecho de crédito que surge *ex novo*, en los términos que abordamos *infra* Capítulo Décimo, § II.C).6.

C) La responsabilidad contractual por hecho ajeno

En las relaciones contractuales también puede predicarse este tipo de responsabilidad vicaria, que tendría su razón de ser en la asunción por parte de los contratantes de los hechos que acontecen en la esfera de control que les es propia. De este modo, al igual que sucede en la responsabilidad aquiliana, en el ámbito contractual también se apela a los conceptos de culpa *in eligendo* o *in vigilando* como fundamento de esta imputación, pues en las obligaciones de esta índole es igualmente posible responder por daños causados por un tercero –p. ej. cuando una empresa deba responder del incumplimiento contractual ocasionado por la actividad de sus empleados o auxiliares ex artículo 1.596 CC²³³², o incluso por la de sus proveedores—.

1. Supuestos expresamente establecidos en el Código Civil

DÍEZ-PICAZO²³³³ pone de relieve que, aunque el Código Civil no establece con carácter general una referencia a esta cuestión, sí recoge algunos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, entre los que destaca el regulado en el artículo 1.564 CC sobre la responsabilidad del arrendatario respecto de los daños causados por las personas de su casa; el ya citado del artículo 1.596 CC respecto del contratista por las personas que haya ocupado en la obra; el previsto en el artículo 1.721 CC sobre la responsabilidad del mandatario respecto del sustituto en determinados supuestos; o el que regula el artículo 1.784 CC respecto del fondista o mesonero por los daños causados por sus dependientes a los efectos de los viajeros.

2. Su extrapolación a otras relaciones y escenarios contractuales

De lo anteriormente expuesto, deduce DÍEZ-PICAZO²³³⁴ unos principios generales según los que, el contratante que incumple sus obligaciones, no puede exonerarse de responsabilidad apelando al incumplimiento de un tercero al que esté ligado contractualmente. De este modo, la regulación que dispone el Código Civil en los supuestos expresados en el apartado precedente, permite sintetizar este principio general de responsabilidad del contratante-empresario por hechos de terceros a los que esté vinculado. Señala PANTALEÓN²³³⁵, que el deudor que introduce a terceros en el programa de prestación responde de todo incumplimiento ocasionado por ellos, aunque no haya incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando* o negligencia en la instrucciones y directrices impartidas. Por su parte, JORDANO FRAGA²³³⁶ alude a esta responsabilidad contractual por hecho ajeno como responsabilidad civil indirecta, en la que se produce una disociación entre la causación material del daño por el agente, y la imputación jurídica al responsable indirecto. Indica este autor, que la circunstancia descrita no reviste carácter excepcional, en cuanto que esta clase de imputación es una necesidad del desarrollo económico actual, especialmente acusada

²³³² Vid. TORRALBA SORIANO, V., “La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones”, *ADC*, Vol. XXIV, núm. IV, 1971, pp. 1.143 a 1.166.

²³³³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pp. 729 y 730.

²³³⁴ *Loc. cit.*

²³³⁵ PANTALEÓN, F., “El Sistema...”, *op. cit.* p. 1058.

²³³⁶ Vid. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 19 a 26.

en la actividad de las grandes empresas. Su justificación puede residir bien en los conceptos de *culpa in vigilando*, *in eligendo* o *in instruendo* como criterios subjetivos aunque objetivados en un estándar de conducta diligente; o bien en criterios objetivos basados en el riesgo y en la adscripción del causante del daño a la esfera de imputación del responsable²³³⁷.

a) Por hechos de los dependientes y auxiliares

Como explica SCAEVOLA²³³⁸, los dependientes y auxiliares originan la responsabilidad de su principal también en el ámbito contractual, con base en el principio latente en el artículo 1.596 CC. En este sentido se pronuncia LACRUZ BERDEJO²³³⁹ aludiendo a los conceptos de *culpa in eligendo* o *in vigilando*, poniendo de relieve que “*como la culpa del auxiliar no es en sí fuerza mayor ni caso fortuito, es indudable que responderá el deudor, al menos, en los términos del art. 1.903*”. Para SALVADOR CODERCH²³⁴⁰ esta responsabilidad tiene carácter objetivo. En la misma línea, JORDANO FRAGA²³⁴¹ prescinde de la culpa y alude a la utilización voluntaria de terceros en el cumplimiento de la obligación, si bien exige la prueba del incumplimiento. En este sentido, precisa este autor que puede darse el supuesto de que, aunque el auxiliar en el cumplimiento no sea responsable, porque no deba responder con arreglo al canon de diligencia que extracontractualmente le sea exigible, sin embargo, esa conducta sí genere responsabilidad contractual indirecta²³⁴². Si el contratista no estaba autorizado para introducir auxiliares en el cumplimiento, por la naturaleza de la prestación o por pacto expreso, su responsabilidad en este caso será personal y directa²³⁴³. GÓMEZ CALLE²³⁴⁴ indica que el artículo 1.189 PMCC establece, en relación a los auxiliares o terceros no vinculados por relación laboral, que “*si el deudor se sirviere del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiera realizado el mismo*”, de modo que responde por estos actos ajenos como de los suyos propios, sin que pueda exonerarse de responsabilidad arguyendo que obró con diligencia al elegirlo, vigilarlo o darle instrucciones, si bien no se le podrá exigir responsabilidad cuando, de haber realizado el acto él mismo no habría lugar ello.

²³³⁷ *Ibidem*, pp. 26 a 30.

²³³⁸ SCAEVOLA, M., *Código Civil*, T. XXIV..., *op. cit.*, pp. 135 y 136, indica que “*para el dueño, la obra la ejecuta el contratista, y los operarios de cualquiera de los ramos constructivos que intervengan no representan sino los brazos y las manos del cíclope de tres ojos (el contratista) que la construye. Por esto el empresario responde de lo que ven sus ojos y de lo que hacen sus manos y sus brazos. En consecuencia, con este símil tan vulgar como exacto, el contratista es el único responsable para el dueño, del trabajo que realicen en la obra las personas que en ella emplee*”.

²³³⁹ *Vid.* LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., “*Elementos de Derecho Civil...*, *op. cit.*, pp. 171 y 172.

²³⁴⁰ SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 1.596”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1.206.

²³⁴¹ *Vid.* JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 334

²³⁴² *Ibidem*, pp. 26 a 30.

²³⁴³ *Ibidem*, pp. 614 y 615.

²³⁴⁴ GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios...”, *op. cit.*, p. 41.

b) Por hechos de terceros no dependientes

Esta responsabilidad contractual por hecho ajeno también puede predicarse en los casos en los que el incumplimiento del contrato, se deba a la actuación de terceros no dependientes del deudor, según detallamos a continuación.

(i) Por hechos del subcontratista

Señala JORDANO FRAGA²³⁴⁵, que debe realizarse una interpretación extensiva para entender incluidos en el artículo 1.596 CC, no sólo a las personas vinculadas laboralmente con el contratista, sino también a empresas, empresarios autónomos o profesionales liberales, tanto personas físicas como jurídicas, citando expresamente al subcontratista, pues todos ellos son también sus auxiliares en el cumplimiento de la obligación²³⁴⁶. A idéntica conclusión se llega mediante la aplicación analógica del artículo 1.721 CC relativo a los sustitutos del mandatario, supuesto en el que no se requiere la nota de dependencia que se desprende del artículo 1.596²³⁴⁷. De este modo, indica este autor que este último precepto consagra una responsabilidad contractual indirecta del deudor-contratista frente al acreedor, respecto de cualquier tercero que aquél introduzca en el cumplimiento de su obligación mediante un contrato de servicios o de obra, tenga o no relación de dependencia, y aunque sea una empresa o profesional autónomo, dentro de cuyo concepto se incluyen todos los subcontratistas —fontaneros, carpinteros, electricistas, etc.— aunque no al contratista cesionario del contrato de obra. Esta responsabilidad abarca a su vez a los auxiliares del subcontratista como responsabilidad indirecta de segundo grado²³⁴⁸.

(ii) Por hechos del proveedor

La actuación de los proveedores debe considerarse una actividad que se sitúa bajo la esfera de control y actuación del deudor, que no puede escudarse en sus retrasos o incumplimientos para exonerarse de responsabilidad frente al acreedor²³⁴⁹. Señala LACRUZ BERDEJO²³⁵⁰ que “*el hecho de que sea el deudor quien, en su propio interés, legitima al tercero a introducirse en la obligación, inclina a pensar que lo hace a su propio riesgo, también cuando la actuación del auxiliar se desarrolla de forma autónoma, sin relación de dependencia con el deudor*”. Cita este autor en este sentido las SSTs de 22 de junio de 1989²³⁵¹ y 1 marzo de 1990²³⁵², que consideran esta responsabilidad por hecho ajeno como “*un postulado imperioso del tráfico jurídico negocial*”, que cabe deducir bien de los conceptos de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, bien del principio *cuius est commodum eius est periculum*. Así lo afirma igualmente

²³⁴⁵ Vid. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 328 a 330.

²³⁴⁶ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, op. cit., p. 924, pone de relieve que contractualmente también se responde de los auxiliares independientes, a diferencia de la responsabilidad ex artículo 1903 CC, que sólo alcanza a los independientes si quien responde por hecho ajeno se reservó el control sobre su actividad.

²³⁴⁷ Vid. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 330 y 331.

²³⁴⁸ *Ibidem*, pp. 332 a 334.

²³⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., p. 732.

²³⁵⁰ Vid. LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., “*Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., pp. 171 y 172.

²³⁵¹ RJ 1989\4776.

²³⁵² RJ 1990\1656.

PANTALEÓN²³⁵³, que precisa que es el deudor el que selecciona libremente a sus proveedores, por lo que sus fallos, incluso fortuitos, no lo exoneran de responsabilidad por integrarse en su esfera de control. Se trata, en definitiva, de una responsabilidad que excede de la que contempla el artículo 1903.4 CC, pues ésta exige siempre una relación de dependencia²³⁵⁴. En este sentido, precisa CARRASCO PERERA²³⁵⁵ que la responsabilidad por los hechos del proveedor no es una responsabilidad por hecho de tercero, sino que se enmarca en la garantía incondicional del vendedor por vicios de la cosa. Señala JORDANO FRAGA, que la actividad del proveedor o fabricante respecto del contratista no puede calificarse como la de un “auxiliar en el cumplimiento”, sino que constituye un presupuesto fáctico de ese cumplimiento, por lo que aquél contratista tendrá una responsabilidad propia respecto de la prestación que le sea exigible distinta de la que corresponda a aquellos²³⁵⁶.

3. Responsabilidad contractual por hecho ajeno en los defectos constructivos

En los términos que han quedado expuestos, los agentes de la edificación también serán responsables frente a quienes contraten por los incumplimientos ocasionados por sus auxiliares, empleados, subcontratistas o proveedores, sin perjuicio de la posibilidad de dirigirse posteriormente contra éstos en cuanto sean responsables finales de los daños. En estos casos la acción de repetición no estará basada en la LOE, sino en los contratos que vinculen al responsable con los citados colaboradores²³⁵⁷.

D) La posible responsabilidad directa del causante material del daño

En los anteriores supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, cabe preguntarse si, en base a las acciones de la LOE o a las de carácter contractual, es posible dirigirse directamente contra el causante de los daños, prescindiendo de exigir aquella al responsable legal, o, incluso si se puede reclamar ambos con carácter solidario. En este sentido, debe tenerse presente que en la responsabilidad

²³⁵³PANTALEÓN, F., “El Sistema...”, *op. cit.*, pp. 1069 y 1070.

²³⁵⁴CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, *op. cit.*, p. 924, indica que la responsabilidad ex artículo 1903 CC, sólo alcanza a los auxiliares independientes si quien responde por hecho ajeno se reservó el control sobre su actividad.

²³⁵⁵CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, *op. cit.*, p. 920.

²³⁵⁶*Vid.* JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 220 a 229, indica que en el ámbito contractual, en el caso de un proveedor o fabricante que suministra productos defectuosos al contratista, el promotor perjudicado sólo podrá exigir contractualmente al contratista la responsabilidad por su prestación debida, pero no la específica responsabilidad por la defectuosa fabricación del producto, que podrá exigir al proveedor o fabricante con base en las normas sobre responsabilidad extracontractual, o, en su caso, con base en las normas especiales sobre la responsabilidad de productos defectuosos. En el primer caso, el promotor podrá dirigirse contra el contratista en base a las normas generales sobre incumplimiento contractual o en base a la acción resolutoria del artículo 1.124 CC. En el segundo, el promotor ostentará contra el fabricante la responsabilidad específica por la defectuosa fabricación de los productos, como puede ser la derivada de lesiones personales sufridas que no puedan ser imputadas al contratista de buena fe. No obstante, podrán darse supuestos en los que el proveedor-fabricante sí actúe como auxiliar del cumplimiento del contratista, como sucederá si éste delega en aquél la entrega de los productos directamente en obra, aunque en este caso la responsabilidad del contratista por la actividad del proveedor-fabricante como auxiliar del cumplimiento, queda limitada a esa obligación de entrega, y no a toda la derivada del proceso de fabricación

²³⁵⁷No obstante, en relación con los trabajadores, la STS, Sala de lo Social de 14 de noviembre 2007 (RJ 2008\1002), establece que la posibilidad de la empresa de exigir responsabilidad contractual a sus empleados, debe quedar limitada a los supuestos de actuación dolosa o con culpa grave.

extracontractual por hecho ajeno regulada en el artículo 1903 CC, se admite la existencia de una solidaridad impropia entre el dañante y quien responde por hecho de tercero²³⁵⁸, por lo que el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de ellos.

1. En la LOE

a) La posición de la doctrina

CORDERO LOBATO²³⁵⁹ admite esta posibilidad aduciendo que sería absurdo que el causante directo del daño sólo responda frente a su contratante y no frente al perjudicado. MARTÍNEZ ESCRIBANO²³⁶⁰ entiende viable reclamar directamente al responsable final del daño, aunque advierte que la LOE regula la responsabilidad por hecho ajeno con un cierto matiz imperativo que parece vedar esta opción. El hecho de que la LOE establezca determinados supuestos en los que se responda por hecho de tercero, supone una clara ventaja para el propietario dañado que, con frecuencia, desconocerá quien es el causante material del daño y que así dispondrá de una acción directa contra el responsable legal al margen de a quién se deba atribuir finalmente la responsabilidad. Sin embargo, en algunos supuestos, al titular del edificio le puede resultar de mayor interés demandar directamente al responsable final del daño —v. gr. si quien responde por hecho ajeno es insolvente o si pretende una reparación *in natura*—. Por este motivo, la autora mencionada entiende que es admisible reclamar directamente al causante final del daño²³⁶¹. En el mismo sentido, MONTSERRAT VALERO²³⁶² entiende que no tendría sentido que el responsable por hecho ajeno se pudiera dirigir directamente contra el responsable del daño en vía de regreso, y que no pudiera hacerlo el perjudicado. También ESTRUCH ESTRUCH²³⁶³ o MINGORANCE GOSÁLVEZ²³⁶⁴ consideran que procede la acción directa contra el dañante, como sucede en el caso del subcontratista. Con este planteamiento existiría una responsabilidad solidaria impropia entre quien responde por hecho ajeno y el causante material de daño, por analogía a lo que sucede en el ámbito del artículo

²³⁵⁸ Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Comentario al artículo 1903”,..., *op. cit.*, pp. 2015; GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos...”, *op. cit.*, pp. 993 y 994, que destaca en este punto la sentencia de 14 de febrero de 1964, que declaró la responsabilidad solidaria entre empresa y empleado frente al perjudicado. En el mismo sentido STS de 12 de diciembre de 1.998 (RJ 1998\9889), en un caso en el que se produjo la muerte de un menor, estableciendo la solidaridad entre médico, entidad titular del hospital y la aseguradora; o STS 2 de febrero de 2004 (RJ 2004\446).

²³⁵⁹ En el mismo sentido, CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 385 y 386, señala que sería absurdo que el causante directo del daño sólo responda frente a su contratante y no frente al perjudicado por el daño.

²³⁶⁰ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, 102 a 104.

²³⁶¹ Vid. *loc. cit.*, donde esta autora esgrime que pese al establecimiento de estos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, la ley no limita expresamente la posibilidad de reclamar directamente al responsable; La LOE tiene una orientación tuitiva y protectora hacia los propietarios que se vería reforzada si también se les brinda esta acción directa contra el responsable final del daño; el artículo 17 al subjetivar las responsabilidades que establece, al igual que el artículo 8 cuando define el concepto de agente de la edificación, alude a “las personas físicas y jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación” con un carácter general; la LOE establece una responsabilidad de carácter legal, al margen de la existencia de vínculos contractuales, que permite reclamar al responsable final del daño, sin que sea acorde al principio de economía procesal, obligar al propietario a demandar necesariamente a quien responde por hecho ajeno, pues, del modo propuesto, se evitaría una ulterior demanda en ejercicio de una acción de regreso.

²³⁶² MONTSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 261.

²³⁶³ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 712 a 715.

²³⁶⁴ Vid. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

1.903 CC²³⁶⁵. No obstante, si el daño es atribuible a la intervención conjunta de ambos sin que pueda individualizarse o graduarse su respectiva intervención, podrá existir una solidaridad por causa desconocida ex artículo 17.3, *ab initio*, LOE. En sentido contrario, no admiten la reclamación frente al responsable final del daño GONZÁLEZ POVEDA²³⁶⁶, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ²³⁶⁷ o RUIZ-RICO RUIZ²³⁶⁸, que aluden al carácter imperativo con el que dispone la LOE esta clase de responsabilidad, que apunta a que deba reclamarse en todo caso al responsable legal por hecho ajeno.

b) La posición de la jurisprudencia

La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la LOE, admitió en diversas ocasiones que se pudiera exigir responsabilidad al causante final del daño con base en los artículos 1.902 o 1.591 CC²³⁶⁹. Tras la entrada en vigor de la ley especial, en diversas ocasiones ha negado esta posibilidad aduciendo que quien debe responder en todo caso es el responsable legal por hecho ajeno, sin perjuicio de su derecho de repetición. En este sentido se pronuncia la STS de 14 de marzo de 2018²³⁷⁰.

c) El caso del subcontratista

(i) Doctrina

ESTRUCH ESTRUCH²³⁷¹, CORDERO LOBATO²³⁷², MINGORANCE GOSÁLVEZ²³⁷³ o ÁLVAREZ OLALLA²³⁷⁴ entienden que cabe exigir responsabilidad directamente al subcontratista. En el mismo sentido, CASTILLEJO MANZANARES²³⁷⁵ destaca que la LOE tiende a evitar que el contratante principal eluda su

²³⁶⁵ *Vid. supra* § II.A).5.

²³⁶⁶ GONZÁLEZ POVEDA, P., “Responsabilidades...”, *op. cit.*, pp. 335 a 336.

²³⁶⁷ *Cfr.* DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 528, aunque matizan que si el subcontratista es una empresa especializada con plena autonomía en la ejecución de la obra, se producirá una responsabilidad solidaria con el contratista principal.

²³⁶⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA ALGUACIL, M^a.J., “Los criterios...”, *op. cit.*, p. 137 que señalan que esta parece ser la intención del legislador.

²³⁶⁹ SSTS de 22 marzo 1986 (RJ 1986\1468) o 22 de junio de 1990 (RJ 1990\4861).

²³⁷⁰ *Vid.* STS de 14 de marzo de 2018 (RJ, 2018\980). En el mismo sentido la STS de 3 de julio de 2008 (RJ 2008\4365), no admite la acción directa contra el subcontratista aludiendo como argumentación al artículo 17.6 LOE, aunque en un caso en el que resulta de aplicación el régimen del artículo 1.591 CC. Del mismo modo, la STS de 31 de marzo de 2005 (RJ 2005\2743), condena al proyectista y rechaza la condena solidaria de la empresa que realizó los cálculos de la estructura de la edificación, invocando que la extensión de la responsabilidad subjetiva del artículo 1.591 no abarca a quien efectúa dichos cálculos, invocando también a efectos interpretativos el artículo 17.5.2º LOE. En sentido contrario, *vid.* SAP de Tarragona de 3 de marzo de 2016 (JUR 2016\98912), que admite la responsabilidad solidaria del suministrador, al que considera agente de la edificación.

²³⁷¹ *Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 712 a 715; y “Problemas de legitimación en la ley de ordenación de la edificación”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 38, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 6 a 12. Este autor defiende la responsabilidad directa del subcontratista, invocando la jurisprudencia anterior a la LOE, que la admitió en base a los artículos 1.591 y 1902 CC. Entre otras SSTS de 22 marzo 1986 (RJ 1986\1468) o 22 de junio de 1990 (RJ 1990\4861), y alguna jurisprudencia menor más reciente, como la SAP de Murcia de 29 de julio de 2010 (JUR 2010\1164).

²³⁷² *Vid.* CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 385 y 386

²³⁷³ *Vid.* MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

²³⁷⁴ ÁLVAREZ OLALLA, P., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 105 y 106.

²³⁷⁵ *Vid.* CASTILLEJO MANZANARES, R., “Legitimación...”, *op. cit.*, p. 7.

responsabilidad, pero no pretende obviar la del causante directo del daño. MARTÍNEZ ESCRIBANO²³⁷⁶ entiende igualmente que es admisible reclamar directamente al subcontratista, y concluye la compatibilidad respecto de los propietarios de ambas acciones²³⁷⁷. En sentido contrario se pronunciaban los hermanos MAZEAUD²³⁷⁸ en relación al *Code Civil* francés, indicando que, según su redacción inicial, el propietario no puede reclamar directamente contra el subcontratista, sino exclusivamente contra el contratista con el que ha contratado, al que se le imputan los vicios del primero. Por su parte, SIERRA GIL DE LA CUESTA²³⁷⁹ precisa que el artículo 17.6.2º LOE relega al ámbito contractual la responsabilidad del subcontratista, que no ostentará legitimación pasiva con base en la LOE.

(ii) Jurisprudencia

Como hemos adelantado, la jurisprudencia anterior a la LOE admitió en diversas ocasiones la responsabilidad directa del subcontratista con base en los artículos 1.591 y 1902 CC, en cuanto que en esta figura se delega la ejecución de una parte o de determinados aspectos de la obra, posee conocimientos especializados y actúa con autonomía y sin dependencia jerárquica, si el mismo fue determinante para la producción del resultado dañoso. Así, las SSTs de 22 de marzo de 1986²³⁸⁰, 14 de noviembre de 1988²³⁸¹ o 22 de junio de 1990²³⁸², entre otras, reconocen la responsabilidad del subcontratista, ex artículo 1.591 CC, para ser demandado por los adquirentes de las viviendas pese a la inexistencia de vínculo contractual²³⁸³. Más recientemente, ya bajo el régimen de la LOE, se admite esta posibilidad en la jurisprudencia menor. Así SSAP Valladolid de 22 de mayo de 2003²³⁸⁴, de Murcia de 29 de julio de 2010²³⁸⁵ o de Ciudad Real de 15 de julio de 2015²³⁸⁶. En todos estos casos, la jurisprudencia no admite que el subcontratista puede oponer la excepción de falta de legitimación pasiva frente a la reclamación del titular del edificio. Sin embargo, en sentido contrario se pronuncia la STS de 14 de marzo de 2018²³⁸⁷, que no admite se pueda demandar directamente al subcontratista, al que niega el carácter

²³⁷⁶ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 102 a 104.

²³⁷⁷ En el mismo sentido CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 385 y 386.

²³⁷⁸ MAZEAUD, H., L. y J., *Leçons de Droit Civil*, Tomo III, Vol. 2º, 4ª ed., Editions Montchrestien, Paris, 1974, p. 647.

²³⁷⁹ Vid. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., "La responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 926 y 927.

²³⁸⁰ RJ 1986\1468.

²³⁸¹ RJ 1988\8444.

²³⁸² RJ 1990\4861. Estas sentencias consideran que las acciones del promotor-constructor contra el subcontratista pasan a los propietarios, en línea con los que sucede con la transmisión a éstos de las acciones por ruina del artículo 1.591 contra los agentes de la edificación, y que la responsabilidad de aquél no empece la de éste

²³⁸³ Vid. SALVADOR CODERCH, P., "Comentario al artículo 1.596",..., *op. cit.*, p. 1.207.

²³⁸⁴ JUR 2003\172294.

²³⁸⁵ JUR 2010\1164, que equipara a subcontratista y constructor, en cuanto que el primero participó en el proceso constructivo de forma determinante, sin perjuicio de la responsabilidad por hecho ajeno que incumbe al segundo

²³⁸⁶ JUR 2015\193940.

²³⁸⁷ STS de 14 de marzo de 2018 (RJ, 2018\980), que indica al respecto que "desde esta óptica, no tiene sentido introducir la posibilidad de demandar con base en la LOE, al subcontratista, cuando los intereses de los propietarios ya están amparados por la responsabilidad del promotor (principalmente), del contratista y de otros agentes que tengan responsabilidad, máxime cuando el subcontratista estará ligado al contratista por un contenido contractual que solo le vincula a él y al contratista, limitándose el subcontratista a seguir las instrucciones de su contratista".

de agente de la edificación²³⁸⁸. No obstante, esta sentencia, *a fortiori*, indica para negar su legitimación pasiva que en el caso enjuiciado se limitó “*a seguir las instrucciones de su contratista*”, lo que permite albergar dudas sobre su legitimación si hubiera obrado con un grado de autonomía más relevante. En la misma línea STS de 9 de octubre de 2018²³⁸⁹, que incide en la falta de legitimación del subcontratista en la LOE, aunque precisa que los defectos se debieron a una decisión del constructor y que no se ha ejercitado contra el subcontratista la acción del artículo 1902 CC. También destaca esta resolución que el principio de relatividad de los contratos impide que el promotor pueda accionar contractualmente contra el subcontratista, sin perjuicio de que el contratista pueda repetir ulteriormente contra su subcontrata.

En el mismo sentido, la STS de 3 de julio de 2008²³⁹⁰ no admite la acción directa contra el subcontratista, aludiendo como pauta hermenéutica al artículo 17.6.2º LOE, en un caso en el que resulta de aplicación el régimen del artículo 1.591 CC²³⁹¹. También rechazan la responsabilidad directa del subcontratista otras sentencias, aunque su fundamento parece residir en la ausencia de una imputación concreta que atribuir a éste²³⁹². En esta línea, la SAP de Cáceres de 29 de enero de 2016²³⁹³ no admite la repetición contra el subcontratista al no ser agente de la edificación, debiendo repetirse contra el contratista que responde por el anterior en base al artículo 17.6 LOE. Por su parte, la STS de 21 de diciembre de 2011²³⁹⁴ rechaza una acción del promotor contra dos subcontratistas basada en el artículo 1902 CC, al considerar que aquél no ostenta la condición de perjudicado, pues ya había vendido todas las viviendas y se había negado a responder de los defectos frente a los propietarios, sin que fuera suficiente justificación la mera alegación de que iba a ser demandado por aquellos²³⁹⁵. En nuestra opinión abogamos por admitir la responsabilidad directa del subcontratista, cuando opere con autonomía y sea el responsable final del daño, en tanto que esta conclusión no impide la responsabilidad por hecho ajeno del constructor, sino que brindará una posibilidad adicional de actuación al titular del edificio dañado.

d) La responsabilidad de los trabajadores

En sentido similar al expuesto respecto del subcontratista, cabe cuestionarse la posible responsabilidad de los trabajadores, en especial respecto al jefe de obra, según abordamos a continuación.

²³⁸⁸En la misma línea, la STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015\1029), no admite la llamada del subcontratista ex DA 7ª LOE, al negarle el carácter de agente de la edificación.

²³⁸⁹RJ\2018\4441.

²³⁹⁰RJ 2008\4365.

²³⁹¹Cfr. DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, op. cit., pp. 573 y 574, que considera un error la exclusión de la responsabilidad directa del subcontratista.

²³⁹²Vid. STS de 21 de marzo de 1988 (RJ1988\2222), que rechaza la legitimación pasiva del subcontratista en base al 1.591 CC, aunque de su lectura se desprende que los supuestos enjuiciados no permitían discernir con claridad una responsabilidad del subcontratista, “*máxime si no se concreta como hecho probado el defecto o vicio constructivo achacable a cada uno de los numerosos subcontratistas intervinientes...*”.

²³⁹³JUR 2016\39258.

²³⁹⁴RJ 2012\1894.

²³⁹⁵MACÍAS CASTILLO, A., “Ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual por defectos constructivos de un edificio. Análisis de la STS de 21 de diciembre de 2011”, *Act. Civ.*, núm. 9, tomo 1, 2012, pp. 1038 a 1042.

(i) El jefe de obra

(i.a) Jefe de obra integrante de la dirección facultativa

Destaca ALBÁCAR²³⁹⁶, que la responsabilidad ex artículo 1.596 CC a cargo del contratista comprende la de profesionales que realicen funciones de obra, laboralmente o con contrato de arrendamiento de servicios concertado con aquél, como arquitectos o aparejadores, pero que esta responsabilidad no se puede confundir con la de la ruina del artículo 1.591 CC, que es exigible directamente a estos técnicos. En este sentido, la diferencia reside en que el jefe de obra intervenga simplemente como empleado del constructor, o en que, además, asuma la función de miembro de la dirección facultativa de la obra, lo que se podrá evidenciar en la firma del Certificado Final de Obra. De este modo, si el jefe de obra asume funciones y se integra en la dirección facultativa, generalmente como director de la ejecución, responderá directamente frente a los propietarios como agente de la edificación ex artículo 17.1 LOE, sin que para ello sea obstáculo el que haya sido contratado laboralmente por el contratista²³⁹⁷, o, en su caso, porque actúe como profesional integrado en una sociedad²³⁹⁸.

(i.b) Jefe de obra no integrante de la dirección facultativa

En este caso entendemos que sólo se procederá la responsabilidad por hecho ajeno del constructor ex artículo 17.6.1º LOE, en los mismos términos que a continuación exponemos respecto al resto de trabajadores —aunque si se trata de un profesional cualificado haya de ponderarse especialmente esta circunstancia para graduar su negligencia— sin que los propietarios puedan exigirle responsabilidad

²³⁹⁶ Vid. ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., “Comentario al artículo 1596”, en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo V, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1991, p. 1266.

²³⁹⁷ Vid. STS de 8 de noviembre de 2002, FD 8º (RJ 2002\9833), que establece que “la responsabilidad de que se trata se atribuye a los técnicos intervinientes en la obra y la circunstancia de que el ingeniero industrial Sr. G. fuera empleado de Indiser, S.A., empresa con la que la demandante contrató la redacción del proyecto y la dirección de obra no excluye aquélla, pues es de toda evidencia que el técnico debe desempeñar su trabajo conforme a la *lex artis* con absoluta independencia tanto en la redacción de proyectos como en la actividad constructiva en su más amplio sentido y parece indiscutible que, es designado por la empresa precisamente para que con la garantía de su título profesional realice su trabajo”.

²³⁹⁸ Vid. SAP de Málaga de 30 de enero 2008 (AC 2008\1199), que dispone que “la responsabilidad del demandado Sr. Carlos Manuel viene establecida legalmente, como una consecuencia derivada de su condición de agente interviniente en un proceso constructivo en su doble condición de técnico proyectista y director de obra; sin que tenga trascendencia alguna, a los efectos de delimitar las funciones y responsabilidades del agente interviniente en el proceso constructivo, que su actuación profesional se lleve a cabo con carácter autónomo o como empleado de alguna sociedad mercantil, como sucede en el supuesto enjuiciado. Esta última eventualidad determinará, en su caso, la extensión de la responsabilidad civil a la sociedad mercantil en la que se integra el profesional, como socio y empleado, en virtud de la responsabilidad civil extracontractual que se impone a ciertas personas por los actos de otras de quienes han de responder, en el marco del art. 1903.4 CC; lo que no comporta la exención de responsabilidad del causante del daño”. No obstante, según nuestro criterio, en caso de que la sociedad tuviera carácter profesional y ostentara directamente la condición de agente de la edificación, parece que habría que demandar a la sociedad, sin perjuicio de la posible responsabilidad solidaria del profesional designado por esta; vid. CRESPO MORA, Mª.C., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 19, sobre la responsabilidad solidaria entre la sociedad y los socios en caso de negligencia. Destaca esta autora que la solidaridad se produce entre los profesionales que hayan actuado, con lo que se plasma legalmente la jurisprudencia que la establece en caso de actuación conjunta de varios de ellos, e incluso se va más allá, pues responden aunque puedan delimitarse las respectivas responsabilidades.

directamente, en cuanto que no es agente de la edificación y será, por lo general, un empleado en régimen laboral del constructor.

(ii) Otros trabajadores

En el caso de otros trabajadores que no tengan la condición de jefe de obra, su actuación se desarrolla bajo la dirección jerárquica del contratista, como instrumentos de éste, por lo que sería excesivo admitir una acción directa contra ellos, salvo en el supuesto de actuaciones dolosas de suma gravedad. En consecuencia sólo cabría exigir responsabilidad por hecho ajeno al constructor, sin perjuicio de la ulterior acción de repetición de éste frente al trabajador²³⁹⁹. Esta repetición estaría sometida a los límites que establece jurisprudencia, que en resoluciones como la STS, Sala de lo Social, de 14 de noviembre de 2007²⁴⁰⁰ la admite sólo en caso de incumplimiento doloso o incurso en culpa grave²⁴⁰¹. No obstante, debe tenerse presente que, en base al artículo 1.903.4º CC, la jurisprudencia sí ha admitido la reclamación solidaria frente a empresa y trabajador si concurren las circunstancias previstas en esta norma²⁴⁰².

2. En la responsabilidad contractual

a) El principio de relatividad de los contratos como límite

En el ámbito contractual, cuando se produce un incumplimiento del que debe responder un agente de la edificación, derivado a su vez del incumplimiento de un auxiliar, dependiente, subcontratista o proveedor de aquél, opera con carácter general el principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC²⁴⁰³, que determina que el contratante perjudicado no tenga acción frente al tercero causante material del daño. Lo anterior porque en este terreno el contrato es el hilo conductor que habilita para la exigencia de responsabilidades. No obstante, en su caso y como remedio subsidiario ante la insolvencia de su contraparte contractual, el perjudicado podría

²³⁹⁹Cabe destacar, que el artículo 17.6.1º LOE no menciona expresamente el derecho de repetición respecto del jefe de obra y las demás personas físicas y jurídicas que de él dependan, y que puede tener cierta lógica que no se pueda repetir contra los mismos, en cuanto que estando estas personas dentro de la esfera de control del contratista, podría existir más bien una responsabilidad por hecho propio de éste. *Cfr.* RUIZ-RICO, “Los criterios de imputación...”, *op. cit.*, p. 138. En el mismo sentido MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 262.

²⁴⁰⁰RJ 2008\1002. *Vid.* MELLA MÉNDEZ, L., *La responsabilidad indemnizatoria del trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid (Las Rozas), 2017, pp. 162 a 168, donde destaca como la ajenidad obliga al empresario a asumir las pérdidas derivadas de negligencia leve, en cuanto que el trabajador nunca promete una prestación libre de faltas, en cuanto cierta de cuota de error es natural y aceptable en todo trabajador como ser humano que es.

²⁴⁰¹Indica esta sentencia que “ello obliga a matizar los tradicionales criterios civiles de responsabilidad indemnizatoria contractual, y a exigir para que ésta pueda surgir en el ámbito laboral, que la culpa o negligencia del trabajador sea grave, cualificada o de entidad suficiente. O lo que es igual, que no todo error, fallo u olvido del trabajador da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios que cause su actuar, lo que obliga a estar a las circunstancias de cada caso para valorar el grado de desatención de las medidas y cuidados exigibles a todo trabajador”.

²⁴⁰²*Vid. supra*, § II.A).5, sobre esta solidaridad impropia.

²⁴⁰³*Vid.* STS de 14 de marzo de 2018 (RJ, 2018\980), sobre el principio de relatividad de los contratos, que dispone que “esta sala debe declarar, de acuerdo con el art. 1257 del C. Civil, que Gescal no mantenía relación contractual alguna con Simte, dado que esta solo había formalizado relación contractual con la UTE, por lo que Gescal no puede pretender ejercer acciones derivadas del contrato que solo le corresponderían a la UTE (sentencias nº 274/2017 de 5 de mayo (RJ 2017, 2391) y 572/2016 de 29 de septiembre (RJ 2016, 4724), sobre el principio de relatividad de los contratos)”.

ejercitar la acción subrogatoria general del artículo 1.111 CC²⁴⁰⁴ contra el *debitor debitoris*.

Precisa CARRASCO PERERA²⁴⁰⁵, que cabría configurar la responsabilidad del causante final del daño con carácter contractual, a efectos de permitir al acreedor dirigirse directamente contra aquél, partiendo de presuponer la existencia de una estipulación a favor del contratante dañado, bien considerando que el deudor contrata con el tercero en su beneficio, bien entendiendo que la autorización de aquél acreedor para la intervención de dicho tercero pueda valorarse como una voluntad contractual.

b) La funcionalidad de la responsabilidad aquiliana en este ámbito

Sin embargo, el contratante perjudicado por la actuación del tercero sí podría dirigirse directamente contra éste ejercitando una acción de responsabilidad extracontractual ex artículo 1.902 CC²⁴⁰⁶. JORDANO FRAGA²⁴⁰⁷ considera que, en estos casos, se produce una doble responsabilidad derivada de un concurso de acciones²⁴⁰⁸ de distinta naturaleza, contra sujetos diferentes y exigible con carácter solidario²⁴⁰⁹: la del responsable indirecto, de carácter contractual y basada en el incumplimiento de la obligación; y la del auxiliar en el cumplimiento como causante del daño, basada en el ilícito civil ex artículo 1902 CC, siempre que en éste concurren bien culpa o negligencia, bien los presupuestos que permitan exigir responsabilidad objetiva, si procede aplicar un régimen especial de esta índole. Precisa este autor que ambas acciones están sometidas a un distinto plazo de prescripción, sin que el transcurso de uno de ellos impida el ejercicio de la acción no prescrita. De este modo, el acreedor puede dirigirse contra ambos responsables de modo indistinto y con carácter solidario, de modo análogo a lo que la jurisprudencia proclama respecto a la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903.4 CC, supuesto en el que también se produce un concurso de acciones, aunque en este caso ambas de carácter extracontractual²⁴¹⁰. A su vez, el responsable indirecto, una vez pagado el daño podrá regresar contra el auxiliar, pues la responsabilidad en la esfera externa frente al tercero deja impregada la relación interna, debiendo regirse este derecho de repetición por las concretas relaciones contractuales que los vinculen, en las que podrán existir pactos de limitación o exoneración de responsabilidad, sin perjuicio de las matizaciones efectuadas *supra* § II.D).1.d).ii), respecto de los auxiliares que tengan la condición de trabajadores. También habrá de considerarse si junto a la conducta del auxiliar ha concurrido responsabilidad del principal, lo que puede reducir o incluso excluir el importe del regreso.

²⁴⁰⁴ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo 3..., *op. cit.*, pp. 319 a 325; HERNANDO MENDÍVIL, J., "Garantías personales...", *op. cit.*, pp. 497 a 631.

²⁴⁰⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, *op. cit.*, p. 926.

²⁴⁰⁶ Vid. STS de 14 de marzo de 2018 (RJ\2018\980), que no admite la acción ex artículo 1.902 CC porque estaba prescrita y, además, porque no se había ejercitado.

²⁴⁰⁷ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 611.

²⁴⁰⁸ Vid. TORRALBA SORIANO, V., "La responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 1.162 a 1.163.

²⁴⁰⁹ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 611.

²⁴¹⁰ *Ibidem*, pp. 611 a 614, que señala como supuestos de este tipo de responsabilidad directa del auxiliar, los previstos en los artículos 1.551, 1.722 y 1.890 CC.

CAPÍTULO DÉCIMO. EL DERECHO DE REPETICIÓN

I. EL DERECHO DE REPETICIÓN ENTRE DEUDORES SOLIDARIOS

A) Cuestiones previas sobre el derecho de repetición

La jurisprudencia del Tribunal Supremo fundamenta la acción de regreso o repetición en la finalidad de evitar el enriquecimiento injustificado, en cuanto la concibe como un instrumento para impedir este resultado²⁴¹¹. En los casos en los que un tercero satisface una deuda ajena, salvo que el pago se haya realizado con ánimo de liberalidad, este pago da lugar a una acción de reintegro²⁴¹² a favor de éste. Esta acción se articula en nuestro derecho a través de alguna de estas tres vías: la subrogación²⁴¹³ del *solvens* en el crédito abonado; la acción o derecho de reembolso²⁴¹⁴ del *solvens* frente al deudor; y la acción de enriquecimiento —*actio in rem verso*—²⁴¹⁵. Supuesto distinto del anterior, aunque con importantes similitudes y problemas jurídicos análogos, es aquél en el que la deuda se satisface por un obligado a su pago, es decir, se trata de una obligación propia, pero el cual, por diversas razones, ostenta un derecho al reintegro total o parcial frente a otro u otros sujetos también obligados al pago de aquella deuda. Así, sin ánimo exhaustivo, son supuestos de este tipo el derecho de repetición o regreso de un codeudor frente a los demás en las situaciones de solidaridad pasiva, propia o impropia, ex artículo 1.145.2º CC; el derecho de regreso del fiador frente al deudor ex artículo 1.838 CC; el derecho del asegurador a reclamar al tercero responsable de los daños ex artículo 43 LCS; o el derecho de repetición que pueda derivarse de una relación contractual, cuando se

²⁴¹¹ Vid. OROZCO MUÑOZ, M., *El enriquecimiento injustificado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 233 a 235. En este sentido SSTS de 11 de marzo de 2002 (RJ 2002\1885); o 5 de febrero de 2007 (RJ, 2007\964).

²⁴¹² Esta acción de reintegro también recibe el nombre de acción de repetición o regreso. No obstante, a veces se utiliza, y así lo haremos en ocasiones, la denominación de acciones de repetición o regreso como sinónimo de acción de reembolso, para contraponerla a la acción por subrogación.

²⁴¹³ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., pp. 1.002 y 1.003, que indica que la subrogación, que no puede presumirse fuera de los supuestos establecidos, según indica el artículo 1.209 CC, tiene por finalidad fortalecer la posición del pagador, de forma que, por razón de este pago, se produce una novación modificativa subjetiva por cambio de acreedor, por la que no nace un crédito *ex novo*, sino que el crédito en cuestión continúa existiendo con su antigüedad, prestaciones accesorias, garantías (1.212 CC) y sujeto al mismo plazo de prescripción.

²⁴¹⁴ Vid. *ibidem*, p. 557. Indica este autor, que esta acción no tiene naturaleza subrogatoria, y que es la prevista con carácter general en el artículo 1.158 CC, en el supuesto de pago realizado por tercero, cuando éste no ha procedido contra la expresa voluntad del deudor. En estos casos nace un nuevo derecho de crédito a favor del *solvens* frente al deudor primitivo, cuyo importe se limita a la cantidad pagada por aquél. Puesto que se trata de un crédito nuevo, se pierde la antigüedad del crédito satisfecho, sus prestaciones accesorias, no se transmiten sus privilegios y garantías, y este nuevo crédito está sujeto, en principio, al plazo de prescripción general del artículo 1.964 CC. y no al plazo de prescripción del crédito extinguido.

²⁴¹⁵ *ibidem*, pp. 560 y 561. Precisa DÍEZ-PICAZO, que, en base a la acción de enriquecimiento (*actio in rem verso*) prevista en el inciso final del artículo 1.158 CC, el *solvens*, al haber efectuado el pago contra la expresa voluntad del deudor, sólo podrá reclamar a éste en la medida en la que le hubiera sido útil el pago, y que esta acción origina el nacimiento de un crédito *ex novo*. Precisa ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, op. cit., pp. 145 y 146, que esta acción también nacerá en aquellos supuestos en los que el *solvens* abone la deuda ignorándolo el deudor, si, por ejemplo, éste hubiera podido oponer alguna excepción al acreedor.

responde por hechos de un tercero subcontratado, entre otros. En todos ellos, sin perjuicio de aquellos que gozan de una regulación propia y específica que aborde este aspecto, habrá que analizar si este derecho de reintegro se articula a través de una acción de regreso, repetición o reembolso; cuando lo hace a través de una acción subrogatoria; y cuando da lugar a una acción de enriquecimiento. La importancia de lo anterior estriba en que el régimen jurídico de una acción de repetición, regreso o reembolso es diferente a aquél aplicable cuando del pago sólo se deriva una acción de enriquecimiento y, por supuesto, del que corresponde cuando se produzca una acción por subrogación en el crédito satisfecho²⁴¹⁶.

B) El derecho de repetición ex artículo 1.145.2º CC

1. Régimen jurídico

La acción de reembolso, repetición o regreso entre codeudores solidarios es una acción propia de la relación interna en la solidaridad pasiva, mediante la cual el deudor que pagó al acreedor puede reclamar a los demás codeudores la parte que les corresponda en la obligación²⁴¹⁷. Se trata de un regreso mancomunado, aunque matizado por la obligación de los demás codeudores de suplir a prorrata la insolvencia de cualquiera de ellos. Como indica LACRUZ²⁴¹⁸, es una obligación “*parciaria, siquiera con garantía recíproca adicional*”, sujeta, en principio, al plazo general de prescripción de las acciones personales ex artículo 1.964 CC. En definitiva, el régimen jurídico aplicable es el propio de la solidaridad pasiva en las relaciones internas, que hemos abordado *supra* Capítulo Noveno, § I.A).

2. ¿Derecho de reembolso o subrogación en el crédito satisfecho?

En principio el *solvens* no se subroga en la posición del acreedor, ni por tanto los demás codeudores responden solidariamente frente a él, sino que se convierte en titular de un crédito que surge *ex novo* para ejercitar la repetición por la parte que corresponda²⁴¹⁹. Se trata, en consecuencia, de un crédito nuevo con origen en el pago efectuado, pero distinto e independiente del derecho que ostentaba el acreedor satisfecho, del que el *solvens* no es cesionario. No obstante, esta no es la única opción posible, según hemos estudiado *supra* Capítulo Noveno, § I.A).1.b.ii).iib), al que nos remitimos.

II. EL DERECHO DE REPETICIÓN EN LA LOE

A) Naturaleza jurídica

Al igual que sucede con el derecho de reembolso ex artículo 1.145.2º CC, el derecho de repetición que instituye la LOE también encuentra su fundamento en la finalidad de impedir el enriquecimiento injustificado, de modo que la atribución al *solvens* de la acción de regreso se efectúa para que no se produzca este enriquecimiento indebido²⁴²⁰. Se trata también de un derecho de crédito que surge *ex*

²⁴¹⁶Vid. notas precedentes sobre las diferencias entre estos tres tipos de reintegro.

²⁴¹⁷Si no se puede conocer la cuota de participación de cada uno de los responsables en la obligación satisfecha, la responsabilidad se exigirá por partes iguales ex artículo 1.138 CC.

²⁴¹⁸LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II..., *op. cit.*, p. 44.

²⁴¹⁹CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, pp. 442 y 443.

²⁴²⁰OROZCO MUÑOZ, M., *El enriquecimiento...*, *op. cit.*, pp. 233 a 235.

novo, con origen en el pago efectuado pero distinto e independiente del derecho de crédito que ostentaba el acreedor, por lo que sólo cabe dirigirse contra los demás codeudores de forma mancomunada, aunque con suplencia de la insolvencia entre ellos de forma proporcional²⁴²¹. Sin embargo, la LOE no establece un solo tipo de derecho de regreso, sino que en su régimen este derecho puede reconducirse a dos modelos genéricos, uno con anclaje en el derecho de reembolso entre codeudores solidarios, y otro basado en los supuestos en los que se hace frente a una responsabilidad por hecho ajeno y se puede regresar contra el responsable final del daño.

B) Tipología de las acciones de repetición

A continuación, partiendo de los dos tipos de acciones de regreso que hemos indicado, clasificamos los diferentes supuestos de repetición que regula la LOE.

1. Entre codeudores solidarios

En este caso la acción de repetición tiene su fundamento último en el artículo 1.145.2º CC, en cuanto se trata de una acción de regreso entre codeudores solidarios, matizada por regulación de la ley especial que, entre otros extremos, expresamente establece un plazo de prescripción de dos años y un específico *dies a quo* para su cómputo. La LOE reconoce expresamente este derecho de repetición en el artículo 17.7.3º, cuando alude a la responsabilidad solidaria de los directores de obra contratados conjuntamente —“*sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda*”—; y no lo hace expresamente en el artículo 17.3, *ab initio*, —solidaridad subsidiaria por causa desconocida—; ni en el artículo 17.3, *in fine*, —solidaridad en garantía del promotor—; ni en el artículo 17.5.1º —solidaridad de los proyectistas contratados conjuntamente—. No obstante, pese al silencio legal, el derecho de repetición en estos casos es también indudable con base en el artículo 1.145.2º CC y en el artículo 18.2 LOE²⁴²².

2. En la responsabilidad por hecho ajeno

El artículo 17 LOE, en sus apartados 5, 6 y 7, también concede una acción de repetición *ex lege*, al proyectista, al constructor y al director de obra, en los distintos supuestos en los que les atribuye responsabilidad por hecho ajeno. En concreto, el artículo 17 recoge los siguientes supuestos:

- El proyectista que subcontrate cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, responde de los daños materiales que se deriven de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudiera ejercer contra sus autores (artículo 17.5.2º).

- El constructor responderá directamente por los daños materiales derivados de la impericia o 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 (artículo 17.5.1º); por las empresas que subcontrate para la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra (artículo 17.5.2º); o por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él (artículo 17.5.3º). En los dos últimos supuestos esta responsabilidad se dispone “*sin perjuicio*

²⁴²¹CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., *Derecho de la Construcción...*, op. cit., pp. 442 y 443.

²⁴²²SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación...*, op. cit., p. 226.

de la repetición a que hubiere lugar”, mientras que ley no menciona expresamente el derecho de repetición en el primero respecto del jefe de obra y las demás personas físicas y jurídicas que de él dependan. No obstante, entendemos que en estos casos también existirá un derecho de repetición, aunque con efectos más limitados²⁴²³, si bien, este silencio podría justificarse en cuanto que, estando estas personas directamente bajo su jerarquía inmediata, podría existir más bien una responsabilidad por hecho propio del constructor²⁴²⁴.

- El director de obra que acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto “*sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista*” (artículo 17.7.3º).

C) Régimen jurídico

1. Repetición entre codeudores solidarios

En los casos de repetición derivada de responsabilidades solidarias, el régimen jurídico seguirá el modelo de la acción de regreso del artículo 1.145.2º CC con las especialidades establecidas por la LOE. De este modo, el codeudor solidario que paga al propietario perjudicado gozará de un derecho a regresar frente al resto de codeudores²⁴²⁵, que se articulará mediante un crédito que surge *ex novo* —derecho de repetición—, sin que, en principio, en la solidaridad ex LOE se produzca una subrogación en el crédito del dañado²⁴²⁶. Al igual que sucede en el régimen del artículo 1.145.2º, el *solvens* sólo puede dirigirse contra los demás codeudores de forma mancomunada por la parte que les corresponda, aunque éstos tendrán la obligación de suplir la insolvencia de cualquiera de ellos de forma proporcional, según previene el artículo 1.145.3º CC²⁴²⁷. Si no se puede conocer la cuota de participación de cada uno de los responsables en el daño producido, la responsabilidad se distribuirá por partes iguales ex artículo 1.138 CC. El plazo de prescripción de esta acción se establece por el artículo 18.2 LOE en dos años, y el *dies a quo* se computa desde la firmeza de la resolución judicial que condene a indemnizar los daños, o partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial.

²⁴²³ Vid. *supra* Capítulo Noveno, § II.D).1.d), sobre la responsabilidad del jefe de obras y los trabajadores.

²⁴²⁴ Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y, GARCÍA ALGUACIL, Mª.J., “Los criterios...”, *op. cit.*, p. 138. En el mismo sentido, MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 262.

²⁴²⁵ Vid. SAP de Cáceres de 29 de enero de 2016 (JUR 2016\39258), que no admite la repetición contra el subcontratista al no ser agente de la edificación, debiendo repetirse contra el contratista que responde por el anterior en base al artículo 17.6 LOE. Como se puede apreciar, en este caso, quien ejerce en este caso la repetición no es el constructor, sino otro agente de la edificación que, según el tenor de la sentencia indicada, no puede dirigirse directamente contra el responsable final del daño, sino que debe hacerlo contra el responsable legal por hecho ajeno.

²⁴²⁶ Vid. MILÁ RAFEL, R., “Nº 2.777. Solidaridad entre agentes de la edificación responsables por vicios constructivos y distribución de los daños en las relaciones internas: el promotor, condenado en el primer pleito, no asume en el regreso una parte alícuota de la deuda si no intervino materialmente en la obra. Comentario a la STS, Primera, de 28 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5740)”, *CCJC*, núm. 104, 2017, pp. 348 a 354.

²⁴²⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II..., *op. cit.*, pp. 44 y 45; en el mismo sentido CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, pp. 442 y 443.

2. Repetición en la responsabilidad por hecho ajeno

En estos supuestos la repetición estará sujeta al régimen jurídico establecido en la LOE, apartados 5 a 7 del artículo 17, que delimitan los perfiles que generan esta responsabilidad vicaria y, en particular, al especial régimen prescriptivo que establece el artículo 18.2 LOE. Este precepto dispone un plazo de prescripción de dos años y un especial *dies a quo* para su cómputo, según hemos indicado en el apartado precedente. Como en el caso de la repetición entre deudores solidarios, en principio no se produce una subrogación, sino que el *solvens* se convierte en titular de un derecho de crédito que surge *ex novo* frente al causante final del daño

3. Presupuestos del derecho de repetición

Pese a que el artículo 18.2 LOE parezca no exigirlo expresamente, para el ejercicio del derecho de repetición es indispensable el previo pago al acreedor de la cantidad por la que pretende regresar. En este sentido, el *dies a quo* del plazo de prescripción suscita críticas en la doctrina²⁴²⁸, porque, en el primer hito que establece el artículo 18.2²⁴²⁹ —desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños— su cómputo se inicia antes de que se efectúe este pago, presupuesto básico e imprescindible para que nazca la acción de regreso²⁴³⁰. Este término inicial es atípico en nuestro ordenamiento, en el que este tipo de plazos se computan generalmente desde el pago²⁴³¹. Se ha señalado que lo anterior puede deberse a la intención de estimular su realización, para evitar que la acción prescriba, aunque, como señala ESTRUCH ESTRUCH²⁴³², difícilmente puede admitirse que empiece a prescribir una acción que aún no puede ejercitarse. Por este motivo, para este autor, lo que podría entenderse es que así se pretende facilitar el ejercicio anticipado de la acción de repetición, aunque la misma no podrá prosperar sin que en el curso del proceso se acredite haberlo efectuado.

4. Repetición por el todo o *pro cuota*

El alcance y cuantía de la repetición puede ser por el todo o *pro cuota*, procediendo la primera sólo cuando quien la ejercita no haya tenido ninguna responsabilidad en los hechos que la motivan. Cuando el regreso es *pro cuota*, salvo que se acredite un determinado grado de concurrencia de culpas, las cuotas de responsabilidad serán iguales conforme al artículo 1.138 CC. Cuando la repetición es por el todo, se podrá regresar por todos los costes incurridos en la reparación del daño, tanto si se ha efectuado mediante cumplimiento específico o por

²⁴²⁸Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C, *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 209 y 210.

²⁴²⁹Este artículo establece el *dies a quo* desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial

²⁴³⁰La STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\282), indica en relación al derecho de repetición, que “*de la caracterización de la figura se infiere que su aplicación requiere tanto de la regularidad del pago satisfecho, es decir, que se trate de un pago debido, válido y eficaz, dado que determina la extinción de la obligación, como de la determinación de la participación de cada codeudor en la obligación cumplida*”.

²⁴³¹Vid. ALMAGRO NOSETE, J., “Algunas cuestiones procesales”, en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 513 y 514; CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 420 a 421, en las que reseña algunos de los supuestos más representativos de plazos de prescripción de acciones de repetición que principian con el pago, entre los que cita los artículos 1.145 y 1.839 CC.

²⁴³²Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 637 a 639.

equivalencia²⁴³³. Así, el promotor o el asegurador, cuando respondan ex artículo 17.3, *in fine*, LOE, o en base al artículo 19 LOE²⁴³⁴, respectivamente, generalmente podrán repetir por el todo y deberán quedar indemnes. En el primer caso, de ordinario, se tratará del supuesto del promotor-vendedor que no actúa como constructor y que responde como garante “en todo caso”; y en el segundo del asegurador en el seguro decenal obligatorio del edificio, aunque sin excluir esta posibilidad respecto del asegurador en el seguro voluntario de daños materiales. En estos escenarios la acción de repetición sigue el modelo del regreso basado en la indemnidad de su titular —como el de la acción del artículo 1.838 CC respecto del fiador, o el de la subrogación del artículo 43 LCS—, a diferencia de las acciones que sólo permiten repetir *pro cuota* —como la del artículo 1.145.2º CC, o la del artículo 132 TRLCU en la responsabilidad por productos defectuosos²⁴³⁵—. Hemos de advertir que el modelo de repetición por el todo²⁴³⁶, en principio predicable del promotor-vendedor, requiere que éste no intervenga adoptando decisiones que puedan influir negativamente en el proceso edificatorio, a nivel de características del proyecto, selección de materiales y otras múltiples circunstancias que condicionen la labor de los agentes constructivos, pues, en otro caso podrá incurrir en responsabilidad por hecho propio.

5. Repetición por estirpes o por cabezas

Según hemos abordado *supra*, Capítulo Noveno, § I.B).2.b).i).ic), en relación a la responsabilidad por estirpes y por cabezas, aunque frente al perjudicado los agentes de la edificación responden solidariamente, en las relaciones internas y respecto de la acción de repetición, esta responsabilidad será de carácter mancomunado y por estirpes o grupos profesionales²⁴³⁷. De este modo, si un mismo agente de la edificación asume dos funciones distintas —v. gr. director de obra y director de ejecución— responderá de dos cuotas de responsabilidad y si varias personas desarrollan una misma función —v. gr. si tres técnicos asumen la dirección de ejecución— asumirán una sola cuota²⁴³⁸. A su vez, dentro de cada estirpe profesional, la repetición se efectuará por cabezas y de modo mancomunado.

6. ¿Cabe la subrogación del agente constructivo en el crédito del perjudicado?

Parte de la doctrina²⁴³⁹ admite la subrogación del agente de la edificación en el crédito del perjudicado, incluso con la posibilidad de que, en los procesos con pluralidad de demandados, el *solvens* se pueda subrogar en la posición procesal del

²⁴³³CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 403

²⁴³⁴No será este el caso del asegurador de la responsabilidad civil de un agente de la edificación, que sólo podrá repetir en los mismos términos que dicho agente.

²⁴³⁵CORDERO LOBATO, E. “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 404.

²⁴³⁶*Vid.* STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\282), que aborda una repetición por el todo del promotor.

²⁴³⁷La SAP Madrid de 3 de mayo de 2013 (JUR 2013\210029), indica que “*la responsabilidad frente al perjudicado es solidaria de no haber individualizar las responsabilidades de los diferentes agentes intervinientes en la construcción, lo cual no obsta a que, a efectos internos entre los agentes constructivos ante la reclamación de uno de ellos frente a los demás, se entienda de justicia que la responsabilidad sea por dichas “estirpes profesionales”, tal y como se recoge en sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2010, que se refiere a la responsabilidad exigida entre los agentes codemandados, dejando claro que: “en el posible pleito posterior no tendrán las partes la presencia en la misma que en el proceso anterior”*”.

²⁴³⁸*Vid.* GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Algunos aspectos...”, *op. cit.*, p. 112.

²⁴³⁹*Vid.* BLASCO GASCÓ, F.P., *Cuestiones...*, *op. cit.*, pp. 77 a 79; DÍAZ MORENO, A., “La solidaridad impropia en el ámbito de la edificación”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, p. 9, también admite la posibilidad de subrogación.

dañado, tanto en fase declarativa como en la de ejecución, a modo de sucesión procesal endógena por transmisión del objeto litigioso²⁴⁴⁰. También se defiende que el agente constructivo que satisface la deuda por entero, quede subrogado en la posición jurídica del perjudicado con la posibilidad de ejercitar la acción directa ex artículo 76 LCS, contra la compañía aseguradora de alguno de sus codeudores²⁴⁴¹. En sentido contrario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece no admitir esta subrogación. Así se pronuncian las SSTS de 5 de mayo de 2010²⁴⁴² o 28 de noviembre de 2016²⁴⁴³. Por su parte la STS de 2 de febrero de 2018²⁴⁴⁴ se alinea con las anteriores, en cuanto alude a la existencia en estos casos de una acción de “reembolso o regreso”, que no de subrogación, y a que el pago “*determina la extinción de la obligación*”.

7. Carga de la prueba

En las acciones de repetición no rige el principio de inversión de la carga de la prueba, ex artículo 17.8 LOE, sino que serán de aplicación las reglas generales en esta materia²⁴⁴⁵. En estos casos se habrá de cumplir con el régimen que dispone el artículo 217 LEC, sin que sea posible trasladar automáticamente las conclusiones del primer proceso a quienes sean demandados en uno ulterior y que no hayan intervenido en aquél²⁴⁴⁶. Por este motivo, el agente que ha sido condenado en el proceso previo en base a la solidaridad subsidiaria por causa ignota, ex artículo 17.3, *ab initio*, LOE, asume el riesgo de no poder acreditar la responsabilidad de los demandados en el segundo si aquella continúa siendo desconocida²⁴⁴⁷, pues la sentencia del primer pleito no produce efecto de cosa juzgada en el ulterior respecto de los que no fueron demandados en aquél²⁴⁴⁸. En este punto, CORDERO LOBATO²⁴⁴⁹ entiende que el promotor-vendedor que no es responsable de los daños, debe quedar indemne en la relación interna incluso en estos casos de causa desconocida, en los que debieran responder los demás agentes de la edificación por partes iguales ex artículo 1.138 CC. También defiende esta posición ESTRUCH ESTRUCH²⁴⁵⁰.

D) Análisis especial de algunos supuestos de repetición

1. Repetición del promotor

Aunque en el artículo 17.3 LOE no se mencione expresamente, el promotor ostenta un derecho de repetición con base en los artículos 18.2 LOE y 1.145.2º CC²⁴⁵¹, cuando responda por razón de la solidaridad subsidiaria o de la solidaridad en garantía

²⁴⁴⁰BLASCO GASCÓ, F.P., *Cuestiones...*, *op. cit.*, pp. 80 a 85.

²⁴⁴¹*Vid.* DÍAZ MORENO, A., “La solidaridad...”, *op. cit.*, p. 11.

²⁴⁴²STS de 5 mayo de 2010 (RJ 2010\5025).

²⁴⁴³STS de 28 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5740); *Vid.* MILÁ RAFEL, R., “Nº 2.777...”, *op. cit.*, pp. 348 a 354.

²⁴⁴⁴STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\282).

²⁴⁴⁵SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 244 y 245.

²⁴⁴⁶STS de 22 de mayo de 2009 (RJ 2009\3034).

²⁴⁴⁷STS de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004\1648) o de 11 de junio de 2002 (RJ 2002\5219).

²⁴⁴⁸*Vid.* MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas...*, *op. cit.*, pp. 470 y 471.

²⁴⁴⁹CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 405.

²⁴⁵⁰*Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 754; *vid.* STS de 25 de enero de 1993 (RJ 1993\356).

²⁴⁵¹*Vid.* MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 262.

establecidas en aquel precepto. El alcance y cuantía de este regreso podrá ser *pro cuota* o por el todo, en función de que tenga o no responsabilidad en los hechos que originaron los defectos constructivos. En estos casos, según nuestro criterio, la responsabilidad del promotor profesional por hecho propio no reviste carácter excepcional²⁴⁵², fundamentalmente en aquellas promotoras que disponen de nutridos equipos altamente especializados en gestión inmobiliaria de promociones. De este modo, incluso aunque no asuma la función de constructor, su intervención en el proceso constructivo es, o, al menos puede ser, omnicomprendiva, de modo que suele participar marcando pautas y ritmos de ejecución, imponiendo estándares de calidad, seleccionando materiales, prescribiendo plazos y adoptando otras muchas decisiones basadas en motivos técnicos, comerciales o económicos, que pueden determinar o condicionar la actuación de los demás agentes constructivos. En consecuencia, en cada promoción habrá que analizar el concreto alcance y contenido de la participación del promotor en el proceso edificatorio. De este modo, la repetición no será por el todo sino *pro cuota*, si con sus decisiones ha intervenido en el proceso constructivo²⁴⁵³ contribuyendo a la causación de los daños. En estos supuestos existirá una responsabilidad del promotor en parte por hecho propio y en parte por hecho ajeno.

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 17.3 y 18.2 LOE, el promotor ostentará un derecho de repetición en los dos siguientes escenarios:

a) Cuando responde solidariamente como garante de la edificación

El promotor se configura en la LOE como garante de la edificación, por lo que frente a los propietarios es un responsable solidario “en todo caso” ex artículo 17.3, *in fine*, LOE, respecto de la actuación de los demás agentes constructivos. En este supuesto, si el promotor no tiene responsabilidad en la causa que motiva los vicios constructivos, y responde únicamente por su condición de garante, una vez satisfechas sus responsabilidades podrá efectuar una repetición por el todo frente a los demás agentes de la edificación que resulten responsables, debiendo quedar indemne. De este modo, el derecho de repetición restaura así el principio de responsabilidad individualizada del artículo 17.2 LOE, soslayado inicialmente en favor del perjudicado por el juego de la responsabilidad en garantía, pero que prevalecerá al final en esta vía de regreso²⁴⁵⁴. En principio esta repetición tendrá carácter mancomunado, aunque parte de la doctrina²⁴⁵⁵ admite la solidaridad de este regreso bajo determinadas circunstancias.

²⁴⁵²Cfr. MILÁ RAFEL, R., *Promoción de viviendas...*, *op. cit.*, pp. 470 y 471, sostiene este carácter excepcional de la responsabilidad del promotor, acotado a los supuestos en los que como consecuencia de decisiones del mismo se ocasionen daños en el edificio. Además, precisa esta autora que según la jurisprudencia, el autopromotor sólo responderá por hecho propio cuando los agentes de la edificación le hayan advertido de la incorrección o de las consecuencias de sus decisiones.

²⁴⁵³MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 263.

²⁴⁵⁴Vid. GARCÍA LARAÑA, R., “La llamada en garantía y la acción de repetición en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *El Promotor Inmobiliario*, núm. 7, 2000, p. 27.

²⁴⁵⁵Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 120 a 122, que señala que que si junto a esta solidaridad en garantía concurre una solidaridad subsidiaria por causa desconocida ex artículo 17.3, *ab initio*, y son condenados otros agentes de modo solidario, el regreso del promotor tendría carácter solidario frente a aquellos. Sin embargo, si junto a la condena del promotor en base al artículo 17.3, *in fine* —solidaridad en garantía—, éste también resulta condenado solidariamente ex artículo 17.3, *ab initio* —solidaridad subsidiaria—, sólo podrá regresar *pro cuota*, pues en este caso el régimen de esta acción no tendrá carácter solidario y se adecuará a lo previsto en el artículo 1.145.2º CC.

b) Cuando responde solidariamente por causa desconocida

Como hemos adelantado, adicionalmente a la anterior responsabilidad solidaria en garantía, es posible que proceda la responsabilidad del promotor en los supuestos de solidaridad subsidiaria, en los que “*no pueda individualizarse la causa de los daños materiales o cuando quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que pueda precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido*”, ex artículo 17.3, *ab initio*, LOE. En este caso la repetición será generalmente *pro cuota*, salvo que el promotor acredite la exclusiva responsabilidad de otros agentes de la edificación en el segundo proceso, por lo que este regreso no tendrá carácter solidario, acomodándose en este punto al régimen del artículo 1.145.2º CC.

2. La repetición del asegurador

En el Derecho de seguros existe un especial derecho de repetición, que se articula vía subrogación y que se caracteriza generalmente porque no supone el nacimiento de un derecho *ex novo*, sino que supone la continuidad del derecho del asegurado que se transmite al asegurador²⁴⁵⁶. De este modo, cuando el asegurador hace frente a la indemnización fijada en el contrato de seguro, el artículo 43 LCS le atribuye los derechos y acciones que, por razón del siniestro, correspondan al asegurado contra los responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización satisfecha, en los términos y con las limitaciones que establece este precepto. Se trata de una acción propia de los seguros de daños, pues en los de personas se excluye salvo en cuanto al importe de los gastos de asistencia sanitaria que establece el artículo 82 LCS. En consecuencia, este derecho de repetición constituye una acción subrogatoria específica, sujeta a un régimen jurídico distinto al de la acción subrogatoria general que se recoge en el artículo 1.111 CC²⁴⁵⁷.

a) Naturaleza jurídica

Señalan URÍA, MENÉNDEZ y ALONSO²⁴⁵⁸, que la acción subrogatoria del artículo 43 LCS tiene una naturaleza jurídica similar a la del artículo 1.203.3º CC. Su finalidad es triple, en cuanto que con ella se pretende evitar la impunidad del causante del daño, preservar el principio indemnizatorio propio de los seguros de daños y proporcionar recursos económicos adicionales que mejoren la explotación del negocio del asegurador²⁴⁵⁹. Se trata de una acción que tiene un carácter netamente contractual, que permite al asegurador ejercitar las acciones que corresponden al

²⁴⁵⁶ Vid. STS de 11 de octubre de 2007 (RJ 2007\6489); VEIGA COPO, A.B., *Tratado del contrato de seguro*, Tomo I, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 981 y 982; SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “Acciones de regreso y subrogatoria...”, *op. cit.*, pp. 128 a 139.

²⁴⁵⁷ VEIGA COPO, A.B., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 982 a 991. Indica este autor que la acción subrogatoria del artículo 1.111 CC, es un remedio subsidiario concedido al acreedor para que se dirija contra el *debitor debitoris*, actuando en lugar de su deudor y no en nombre propio. Mediante el ejercicio de esta acción, podrá allegar bienes y derechos al patrimonio del deudor, sobre los que ulteriormente podrá, en su caso, hacer efectivo su crédito —*vid.* STS de 6 de noviembre de 2008 (RJ 2008\5900)—. Por el contrario, la acción del artículo 43 LCS, habilita la subrogación del asegurador en una o unas acciones concretas del asegurado, que pasan a ser titularidad de aquél *ope legis*, para, mediante su ejercicio, recuperar el importe pagado por razón del contrato de seguro.

²⁴⁵⁸ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y ALONSO SOTO, R., “Capítulo 77. Tipología del seguro”, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 2ª ed., coordinado por M.L. Aparicio González, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 637.

²⁴⁵⁹ Vid. BATALLER GRAU, J., LATORRE CHINER, N. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los Seguros...*, *op. cit.*, p. 232.

asegurado con sujeción a su mismo régimen jurídico²⁴⁶⁰. No obstante, en base a la referencia que el artículo 18.2 LOE realiza a los aseguradores²⁴⁶¹, que alude a la repetición que pudiese corresponder a los agentes constructivos contra los demás, “o a los aseguradores contra ellos”, esta acción de repetición-subrogación cuenta con un reconocimiento específico en la LOE, distinto y adicional al derivado del artículo 43 LCS, del que cabe extraer algunas consecuencias.

b) Supuestos

i) Seguros del artículo 19 LOE

En este caso el asegurador abonará el importe de los defectos constructivos al asegurado, en virtud de un seguro de daños materiales o de caución²⁴⁶². La subrogación del asegurador se producirá en las acciones que correspondan al propietario perjudicado, que serán las directas del artículo 17.1 LOE y, que, en principio, tendrán un plazo de prescripción de dos años desde la manifestación de los defectos constructivos, si bien esa subrogación se producirá igualmente respecto de las acciones contractuales que pudiera ejercer el titular del edificio. Generalmente se tratará de una repetición por el todo, pues parece que asegurador y asegurado, en principio, no habrán tenido ninguna intervención en el proceso edificatorio²⁴⁶³. Puesto que es la propiedad del inmueble la que convierte al promotor en asegurado respecto de los seguros del artículo 19 LOE, si deja de ser propietario también perderá el carácter de asegurado. En este caso será posible que las acciones del artículo 17.1 LOE, que el asegurador adquiera por vía de subrogación, las dirija frente al promotor que ya no ostenta aquella condición en el contrato de seguro²⁴⁶⁴. De este modo, el asegurador podrá ejercitar la acción directa por defectos constructivos del artículo 17.1 LOE contra los agentes responsables, con arreglo a su plazo de prescripción bianual, si bien su *dies a quo* se presta a dudas según abordamos *infra* Capítulo Decimosegundo, § II.C).3.b).

ii) Seguros de responsabilidad civil

En estos casos el asegurador cubrirá la responsabilidad civil de alguno de los agentes de la edificación, y será quien haga frente a las reclamaciones que se dirijan contra su asegurado. Una vez satisfecha la responsabilidad que proceda, el asegurador se subrogará, por la vía del artículo 43 LCS, en las acciones de repetición del artículo 18.2 LOE que correspondan al agente constructivo asegurado contra los demás responsables de los daños. Es decir, se producirá una subrogación en el derecho de repetición de la LOE, de modo que, en este caso, el plazo de prescripción será de dos años computado conforme al *dies quo* que establece aquel precepto. La repetición del asegurador en este caso lo será generalmente *pro cuota*, salvo que el asegurado sea un agente constructivo que no haya tenido ninguna participación en la

²⁴⁶⁰SANTAELLA SÁEZ, O., “La acción de repetición...”, *op. cit.*, p. 1.

²⁴⁶¹*Vid.* Capítulo Decimosegundo, § II.C).3.b), sobre el alcance de esta mención al asegurador.

²⁴⁶²*Vid.* CARRASCO PERERA, A., “Capítulo 22. Garantías...”, p. 465; VEIGA COPO, A.B, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 650 a 669.

²⁴⁶³Lo anterior salvo que el organismo de control técnico (OCT), que el asegurador suele imponer al promotor en orden a suscribir el seguro decenal, haya podido adoptar alguna decisión que contribuya a la causación de los vicios constructivos, en cuyo caso la repetición ya no será por el todo, sino pro cuota.

²⁴⁶⁴En este sentido CARRASCO PERERA, A., “Garantías...”, *op. cit.*, p. 465; y ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 909 y 910.

causa los defectos constructivos, supuesto en el que podrá regresar por el todo. Del mismo modo, la subrogación también opera respecto de las acciones contractuales que correspondan al agente constructivo asegurado.

iii) Otros seguros de daños materiales

En función de que estos seguros se suscriban por el promotor cuando aún sea titular de la edificación, por los propietarios o por los demás agentes de la edificación, la subrogación en las acciones del asegurado lo será en las acciones directas del artículo 17.1 LOE, o en las acciones de repetición del artículo 18.2 LOE, con similares efectos a los analizados para cada supuesto en los apartados precedentes.

E) La llamada en garantía y la acción de repetición

1. Introducción

En los casos en los que se reclamen responsabilidades de carácter solidario con base en la LOE, esta solidaridad impedirá, según reiterada jurisprudencia, la existencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario²⁴⁶⁵. Sin embargo, será posible que el demandado traiga al proceso a los demás responsables de los defectos constructivos, mediante la llamada en garantía que regula en la DA 7ª LOE²⁴⁶⁶. Esta posibilidad se articula procesalmente a través del artículo 14.2.LEC, habilitando al demandado para que llame al proceso a los demás agentes de la edificación. Se trata de una llamada en garantía que encuentra su fundamento en facilitar la correcta individualización de la responsabilidad y en el principio de economía procesal. Esta figura tiende a favorecer el enjuiciamiento unitario de todos los responsables con la finalidad de evitar ulteriores acciones de repetición²⁴⁶⁷. Su aplicación podía haber resucitado una suerte de litisconsorcio pasivo necesario a instancia del demandado, de no ser por la interpretación que de esta norma ha efectuado el Tribunal Supremo, en el sentido de excluir la posibilidad de condenar o absolver al llamado, si el actor no amplía su demanda en su contra. No obstante, en la praxis el recurso a esta DA 7ª ralentiza y complica el proceso en perjuicio del propietario dañado²⁴⁶⁸, en cuanto que

²⁴⁶⁵En este sentido se pronuncia de forma constante y reiterada la jurisprudencia, cuando se reclaman responsabilidades solidarias en la edificación. *Vid.* SSTS 17 de marzo de 1993 (RJ 1993\2018), 5 de julio de 1997 (RJ 1997\5507), 22 julio de 2009 (RJ 2009\6485) o 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011\144), aunque no falta alguna resolución en sentido contrario, como la de la STS de 3 de noviembre de 1999 (RJ 1999\9043). *Cfr.* una posición parcialmente crítica a este respecto en DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 543 a 548. La inaplicación de esta excepción ya se producía bajo el régimen del artículo 1591 CC, como pone de relieve SALVADOR CODERCH, P., "Comentario al artículo 1591",..., *op. cit.*, pp. 1.195. Esta inaplicación se mantiene con la LOE; *vid.* GARCÍA CARACUEL, M., "Cuestiones procesales en la LOE", en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 198; en el mismo sentido *vid.* MILÁ RAFEL, R., "Nº 2.471. STS de 26 de septiembre de 2012. Disposición adicional séptima LOE: el tercero llamado al proceso por el agente demandado no tiene la condición de parte demandada si el actor no solicitó su condena", *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 123 y 124.

²⁴⁶⁶La DA 7ª LOE indica: "*Séptima. Solicitud de la demanda de notificación a otros agentes: 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. 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*".

²⁴⁶⁷*Vid.* PAMELA ALONZO, P.A., *La obligación...*, *op. cit.*, pp. 361 a 363.

²⁴⁶⁸GARCÍA CARACUEL, M., "Cuestiones...", *op. cit.*, pp.197 a 202.

el centro de imputación de responsabilidad se diversifica²⁴⁶⁹, produciendo el efecto de mitigar la exclusión del litisconsorcio pasivo necesario. De este modo, esta llamada en garantía retrasa el procedimiento y limita las ventajas de la solidaridad en favor del propietario, por lo que se inscribe en la tendencia a la *dulcificación* de la solidaridad pasiva²⁴⁷⁰. Por este motivo, defendemos una aplicación restrictiva de esta DA 7ª en base a una interpretación literal de esta norma y teleológica de la LOE en su conjunto, para no degradar más la protección del dañado.

2. No procede su aplicación retroactiva

Del tenor literal de la DA 7ª se desprende que su aplicación no parece posible en aquellos casos en los que no resulte de aplicación la LOE, incluso aunque se trate de procesos iniciados tras su entrada en vigor²⁴⁷¹. La misma conclusión se obtiene de la disposición transitoria primera de la ley especial, en cuanto excluye del ámbito de esta norma las construcciones con licencia anterior a su entrada en vigor²⁴⁷². En este sentido, las SSTs de 22 de julio de 2009²⁴⁷³ y 28 de junio de 2012²⁴⁷⁴ condicionan la llamada en garantía a que exista una norma que expresamente lo permita, lo cual no acontece cuando resulta de aplicación el artículo 1.591 LOE, que no prevé esta posibilidad. No obstante, hay resoluciones de algunas Audiencias Provinciales que sí permiten invocar la DA 7ª en litigios sobre construcciones anteriores a la LOE, basándose bien en que esta norma tiene un carácter procesal²⁴⁷⁵ que permite una retroactividad débil, bien en una aplicación analógica²⁴⁷⁶.

3. No procede en caso de ejercicio de acciones contractuales

En la línea con lo apuntado, parece que no será posible invocar la DA 7ª LOE cuando la demanda se articule en base a acciones contractuales²⁴⁷⁷, pues así lo determina expresamente la ley especial cuando habilita su invocación por quien resulte demandado por acciones “*previstas en la presente Ley*”²⁴⁷⁸. Incluso cuando la demanda se base en ambos tipos de acciones, el régimen de esta disposición adicional sólo regirá en los aspectos que afecten a las acciones ex LOE, de modo que la condena, en su caso, del tercero o su oponibilidad frente a éste, sólo podrá producirse respecto de las pretensiones amparadas en esta norma, pero no respecto

²⁴⁶⁹SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La llamada...”, *op. cit.*, p. 301; y p 380.

²⁴⁷⁰*Ibidem*, p. 337, que recoge la citada expresión de CAFFARENA LAPORTA, “La extensión de la solidaridad...”, *op. cit.*, p. 61. *Vid.* sobre este extremo Capítulo Noveno, § I.B.2.c).

²⁴⁷¹MILÁ RAFEL, R., “Nº 2.471. STS de 26 de septiembre...”, *op. cit.*, p.125.

²⁴⁷²*Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 859 a 861.

²⁴⁷³RJ 2009\6485.

²⁴⁷⁴RJ 2012\8602.

²⁴⁷⁵*Cfr.* DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 554 a 556.

²⁴⁷⁶La SAP Madrid de 27 enero de 2010 (AC 2010\738), acoge la doctrina favorable a la aplicación de la llamada en garantía prevista de la DA 7ª, en supuestos en los que sea aplicable el artículo 1591 CC, y sintetiza las posiciones de la jurisprudencia menor a este respecto. En este sentido, *vid.* ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 797 y 798. En sentido contrario SAP de Las Palmas de 14 de abril de 2014 (JUR 2014\185798).

²⁴⁷⁷*Vid.* STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015\1029), que no admite esta llamada porque se trataba de una obra en construcción en la que no era de aplicación la LOE y sólo se ejercitaban acciones de carácter contractual; *vid.* en este sentido CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 407; SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 249; MILÁ RAFEL, R., “Nº 2.471. STS de 26 de septiembre...”, *op. cit.*, p. 125; o RIVAS VELASCO, Mª.J., “Intervención...”, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

²⁴⁷⁸*Vid.* SAP de A Coruña de 11 de junio de 2014 (JUR 2014\218808), que no admite la llamada de terceros en un proceso en el que se exige responsabilidad contractual al arquitecto.

de las que excedan de su ámbito, que sólo perjudicarán al inicialmente demandado²⁴⁷⁹. Así, aunque se acumulen diversas acciones en un único proceso, cada una de ellas conservará el régimen procesal y sustantivo que le es propio²⁴⁸⁰, que se les aplicará de forma independiente²⁴⁸¹.

4. ¿Quiénes pueden ser llamados?

La DA 7ª alude a la posibilidad del demandado de solicitar que la demanda “se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso”, en alusión al proceso edificatorio. Con base en lo anterior, se entiende que no cabe defender la existencia de un *numerus apertus* de supuestos en los que pueda invocarse esta disposición, aunque podrían defenderse aplicaciones analógicas de la norma siempre que se dé el necesario nexo común respecto a la causa de la reclamación²⁴⁸². En cualquier caso, quienes pueden ser llamados son los agentes de la edificación. No obstante, en este punto las posturas no son unívocas. Así, se mantiene que no se podrá llamar al proceso a quienes no sean agentes de la edificación según la LOE, como los aseguradores²⁴⁸³, ni incluso a los causantes de daños cubiertos por la responsabilidad de otros agentes²⁴⁸⁴, como es el caso del subcontratista respecto del constructor²⁴⁸⁵, aunque el supuesto del suministrador se presta a más dudas al ser mencionado expresamente como agente de la edificación en el artículo 15 LOE, si su conducta fue la causa de los vicios constructivos. En el mismo sentido, la norma tampoco permite la llamada del asegurador del agente demandado²⁴⁸⁶, ni del asegurador del tercero llamado. En sentido contrario, algunos autores defienden la llamada del asegurador²⁴⁸⁷. En cuanto a las entidades y laboratorios de control de calidad, dada su condición de agentes de la edificación ex artículo 14 LOE, podrían ser llamados, si bien esta posibilidad debe excluirse respecto de los organismos de control técnico (OCT), los cuales no ostentan esta condición²⁴⁸⁸. También surge la duda de si el llamado en base a esta norma puede, a su vez, llamar a otro agente, existiendo opiniones en ambos sentidos²⁴⁸⁹, y se niega la posibilidad de

²⁴⁷⁹ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 279.

²⁴⁸⁰ En este sentido la STS de 19 enero de 2015 (RJ 2015\1029), considera que este recurso solo es aplicable en supuestos de obra construida y recibida y no en obras en construcción, respecto de las que no se aplica la LOE.

²⁴⁸¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, op. cit., p. 279.

²⁴⁸² ALMAGRO NOSETE, J., “Los artículos...”, op. cit., p. 74.

²⁴⁸³ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 909 y 910, que apunta que el asegurador ex artículo 19 LOE, no es un agente constructivo, ni es mencionado como tal en los artículos 8 a 15 LOE.

²⁴⁸⁴ Vid. SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad...”, op. cit., pp. 248 y 249; en el mismo sentido RIVAS VELASCO, Mª.J., “Intervención...”, op. cit., p. 65.

²⁴⁸⁵ La STS de 19 de enero de 2015 (2015\1029), no admite la llamada del subcontratista, al que niega el carácter de agente de la edificación.

²⁴⁸⁶ RIVAS VELASCO, Mª.J., “Intervención...”, op. cit., pp. 65 y 66.

²⁴⁸⁷ Vid. LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 223 a 226; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La llamada...”, op. cit., p. 371, que considera que, dada la existencia de la acción directa ex artículo 76 LCS, parece pertinente defender una interpretación amplia que evite ulteriores procesos.

²⁴⁸⁸ Vid. PACHECO JIMÉNEZ, Mª.N., “Entidades...”, op. cit., pp. 15 a 17, pone de relieve que no se deben confundir las Entidades de Control de Calidad en la Edificación (ECCE) que prevé el artículo 14 LOE, con los Organismos de Control Técnico (OCT), que intervienen en la obra a instancia de la aseguradora para controlar su ejecución de cara a la suscripción del seguro decenal.

²⁴⁸⁹ A favor vid. SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad...”, op. cit., pp. 249 y 250; en contra BLASCO GASCÓ, F.P., *Cuestiones...*, op. cit., p. 46, que entiende que la norma no lo permite, aunque considera que ello dificulta que puedan ventilarse en un sólo proceso todas las posibles responsabilidades.

llamar al agente que precedió en su función al demandado²⁴⁹⁰. Por nuestra parte, consideramos que pueden ser llamados los agentes constructivos según el criterio amplio del artículo 8 LOE —personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación—, y no el más restrictivo de considerar como tales sólo a los que se mencionan en el artículo 17 LOE²⁴⁹¹. Pero sólo ellos pueden ser llamados, por lo que no cabría invocar la DA 7ª respecto de los aseguradores, ni siquiera respecto del asegurador decenal, ni en relación a otros intervinientes en el proceso edificatorio que no ostenten la condición de agentes constructivos, como los OCT, o que originen la responsabilidad vicaria de alguno de ellos, y sin que el llamado pueda, a su vez, reproducir la llamada en garantía.

Destaca ALMAGRO NOSETE²⁴⁹², que conforme al artículo 150.2 LEC el tribunal podría notificar el proceso a las personas que se puedan ver afectadas, pudiendo derivar lo anterior en una intervención voluntaria provocada por mandato judicial, lo que podría realizarse particularmente en los casos en los que el proceso esté siendo utilizado con fines fraudulentos.

Por último, hay que hacer mención al hecho de que, si el tercero llamado está en concurso de acreedores, el Juzgado de Primera Instancia carecerá de competencia para resolver sobre su eventual responsabilidad²⁴⁹³.

5. ¿Es posible repetir sin el ejercicio de la previsión contenida en la DA 7ª LOE?

Indica CORDERO LOBATO²⁴⁹⁴, que, a diferencia del artículo 1.482 CC respecto al comprador, la LOE no erige esta posibilidad de emplazamiento como una carga para el ejercicio de la acción de regreso, por lo que no sería necesario a tal efecto haber ejercitado la llamada en garantía, en cuanto que facultad del demandado de que la demanda se notifique a los demás partícipes en el proceso de la edificación²⁴⁹⁵. En el mismo sentido, SANTAELLA SÁEZ²⁴⁹⁶ aduce el carácter no imperativo del precepto a efectos del ulterior ejercicio de una acción de repetición. Así lo entendemos también por nuestra parte, en cuanto que la LOE no condiciona la repetición al uso de esta llamada en garantía. En sentido contrario, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ²⁴⁹⁷ entiende que si no se utiliza esta facultad no procede ejercitar la acción de regreso, salvo si llamado el tercero el juez denegó su intervención por

²⁴⁹⁰SAP Baleares de 19 de abril de 2005 (JUR 2005\143444), que indica que “sólo se permite la intención provocada en los casos previstos en la Ley, como en la LOE, cuando uno de los agentes pretende llamar a juicio a otros intervinientes, en el caso a constructores, Arquitecto Superior y Aparejador, distintos en su función respectiva, pero no a otro agente anterior que le precede en la misma función (promotor primero y promotor segundo, disimulando las responsabilidades de éste último (...))”.

²⁴⁹¹Vid. *supra* Capítulo Cuarto, § IV.A). En este sentido SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La llamada...”, *op. cit.*, p. 371.

²⁴⁹²Vid. ALMAGRO NOSETE, J., “Los artículos 13 y 14...”, *op. cit.*, p. 82.

²⁴⁹³Vid. RIVAS VELASCO, Mª.J., “Intervención...”, *op. cit.* p. 67, que cita el Auto de la SAP de Madrid, de 25 de mayo de 2012 (JUR 2012\209223).

²⁴⁹⁴CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 405; y en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 447.

²⁴⁹⁵Vid. en este sentido SAP de Pontevedra de 2 de marzo de 2015 (JUR 2015\99900).

²⁴⁹⁶Vid. SANTAELLA SÁEZ, O., “La acción de repetición...”, *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁹⁷SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La llamada...”, *op. cit.*, pp. 376 y 377.

causas ajenas a una incorrecta gestión procesal del demandado. En sentido similar RIVAS VELASCO²⁴⁹⁸, que invoca la preclusión de alegaciones del artículo 400 LEC.

6. ¿Es posible la acumulación eventual del regreso en el primer proceso?

CORDERO LOBATO²⁴⁹⁹ defiende la posibilidad de ejercitar la acción de regreso en el propio pleito instado por el propietario frente a los responsables, siempre que quien repita lo efectúe con carácter eventual para el caso de resultar condenado. Lo anterior pese a que bajo el régimen del artículo 1.591 CC esta posibilidad se rechazó por el Tribunal Supremo²⁵⁰⁰, que consideró que esta norma no habilitaba para efectuar esta llamada en garantía. Sin embargo, como argumenta esta autora, el Alto Tribunal sí admitió esta acumulación eventual frente al vendedor en caso de evicción ex artículo 1.482 CC²⁵⁰¹. En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ RICHART²⁵⁰². También admite esta posibilidad ORMAZÁBAL SÁNCHEZ²⁵⁰³, que indica que, aunque no está expresamente previsto en la norma, parece estar implícito en la misma. En sentido contrario ALMAGRO NOSETE²⁵⁰⁴, GÓMEZ MARTÍNEZ²⁵⁰⁵, MILÁ RAFEL²⁵⁰⁶, o PAMELA ALONZO²⁵⁰⁷, niegan esta posibilidad de acumulación. La STS de 26 de septiembre de 2012²⁵⁰⁸ en su FD 6º parece rechazar esta posibilidad, apelando a la doctrina²⁵⁰⁹ de que el demandado carece de legitimación para interesar la condena de sus codemandados, si bien se ha de indicar que en este caso está cuestión sólo se planteó en vía de recurso y no en la instancia.

7. Efectos jurídicos

a) Respecto al demandante

La STS de 26 de septiembre de 2012²⁵¹⁰ establece que el actor no está obligado a dirigir su demanda frente al agente llamado con arreglo a la DA 7ª LOE. Así, en base

²⁴⁹⁸ Vid. RIVAS VELASCO, M^a.J., "Intervención...", *op. cit.*, p. 73.

²⁴⁹⁹ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 449; CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 409 a 412.

²⁵⁰⁰ Vid. STS de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004\6641), entre otras.

²⁵⁰¹ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, p. 449; CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 409 a 412.

²⁵⁰² Vid. LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 223 a 226.

²⁵⁰³ Vid. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, S., "La notificación de la demanda a terceros prevista en la DA 7ª de la LOE: análisis del precepto y tentativa de aclarar un embrollo que ya viene durando demasiado", *Act. Civ.*, núm. 2, 2013, p. 214, indica que la DA 7ª supone una revolucionaria novedad que estriba precisamente en "que se permita al demandado accionar contra un tercero en el mismo proceso, cosa que podría suceder cuando varios agentes de la construcción hubiesen de responder solidariamente de los daños, (...)", mediante su articulación en vía de regreso como "una suerte de pretensión subsidiaria a la petición de absolución: el demandado pediría ser exonerado de responsabilidad y, caso de no ser así, que se declarase también responsable solidario a otro agente de la edificación en la proporción o cuota correspondiente".

²⁵⁰⁴ Vid. ALMAGRO NOSETE, J., "Algunas cuestiones...", *op. cit.*, p. 514.

²⁵⁰⁵ GÓMEZ MARTÍNEZ, C., "Algunos aspectos...", *op. cit.*, pp. 115 y 116,

²⁵⁰⁶ Vid. MILÁ RAFEL, R., "Nº 2.471. STS de 26 de septiembre...", *op. cit.*, pp. 132 a 134.

²⁵⁰⁷ PAMELA ALONZO, P.A., *La obligación...*, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

²⁵⁰⁸ Pleno, RJ 2012\9337.

²⁵⁰⁹ Vid. STS de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012\122).

²⁵¹⁰ RJ 2012\9337. La STS de 20 diciembre de 2011 (RJ 2011\7329) esboza ya esta tesis en un supuesto en el que no era de aplicación la LOE, en el que el tercero llamado era la aseguradora del empresario por un accidente de trabajo, donde ya se indica que el tercero no tiene la condición de parte y no puede ser absuelto ni condenado.

al principio dispositivo que rige en el proceso civil, el recurso a esta norma no supondrá una ampliación subjetiva forzosa de la demanda²⁵¹¹. En consecuencia, en este escenario el demandante tendrá la facultad, que no la obligación, de ampliar su demanda por lo que, en orden a decidir sobre su ejercicio, entendemos habrá de valorar las posibilidades de que dicho tercero pueda ser condenado, y los beneficios que le reporte tal ampliación²⁵¹². Si el demandante no dirige la demanda contra el llamado, con base en el principio de los actos propios podría argumentarse que no podría ulteriormente demandarlo, si esta actuación pudiera considerarse contraria a la buena fe²⁵¹³.

b) Respecto al demandado

El demandado ostenta la facultad de efectuar esta *litis denuntiatio*, pero no es imprescindible que la ejercite ni está obligado a ello²⁵¹⁴. A su vez, tampoco ostenta un derecho a que el tercero sea citado²⁵¹⁵, sino que la llamada será resuelta por el juez a través del trámite que prevé el artículo 14.2 LEC²⁵¹⁶, pudiéndose acordar pese a la oposición del demandante. Por nuestra parte, entendemos que el demandado sólo deberá utilizar esta posibilidad de llamar al tercero, cuando considere probable la responsabilidad de éste en los defectos constructivos, dado el riesgo de poder ser condenado en costas²⁵¹⁷. Por este motivo, no será conveniente su llamada cuando su responsabilidad en los hechos sea remota, y sea difícil que pueda apreciarse²⁵¹⁸; o cuando no le vaya reportar ninguna utilidad²⁵¹⁹.

c) Respecto al llamado

La citada STS de 26 de septiembre de 2012²⁵²⁰, viene a establecer que el tercero solo adquiere la condición de parte si el actor dirige la demanda en su contra, de modo que, si no se produce esta circunstancia, no podrá ser condenado como consecuencia directa del principio dispositivo que rige en el proceso civil. De este modo, el recurso a la DA 7ª no supone una ampliación forzosa de la demanda que permita su absolución o condena. En cualquier caso, el agente constructivo llamado podrá actuar procesalmente como una parte, con todas las posibilidades de alegación y defensa intactas²⁵²¹, si bien no podrá formular reconvenición si la demanda no se

²⁵¹¹MILÁ RAFEL, R., "Nº 2.471. STS de 26 de septiembre de 2012...", *op. cit.*, p. 131.

²⁵¹²Así, no se deberá llamar al tercero si el mismo no tiene responsabilidad en los hechos o si está prescrita la acción que pudiera ejercitar contra el mismo, o si es insolvente, pues ello puede comportar un riesgo de condena en costas.

²⁵¹³Vid. BLASCO GASCÓ, F.P., *Cuestiones...*, *op. cit.*, pp. 77 a 79.

²⁵¹⁴SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., "La llamada...", *op. cit.*, p. 370.

²⁵¹⁵Como precisa CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidades...", *op. cit.*, p. 411, el demandado sólo tiene derecho a solicitar que la notificación se practique, pero no ostenta un derecho para que la notificación se haga efectiva.

²⁵¹⁶SAP Badajoz 22 de noviembre de 2010 (JUR 2011\35406), aclara que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si el juez no acuerda la notificación de la demanda al tercero.

²⁵¹⁷Vid. *infra* § g) sobre la condena en costas.

²⁵¹⁸Pensemos en un supuesto en el que las acciones del actor frente al tercero estén prescritas.

²⁵¹⁹Así, v. gr., en el caso de un demandado insolvente o en situación de concurso.

²⁵²⁰RJ 2012\9337. En el mismo sentido SSTS de 24 de octubre de 2013 (RJ 2013\7859), 27 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1021) o 9 de septiembre de 2014 (RJ 2014\5546).

²⁵²¹Vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., "La llamada...", *op. cit.*, pp. 362 y 363, que precisa que el tercero llamado intervendrá en el proceso con el carácter de interviniente adhesivo litisconsorcial, como carácter propio de los deudores solidarios en cuanto que pudieron o debieron ser llamados al proceso y no lo fueron.

dirige en su contra, aunque parece que sí podrá recurrir la sentencia si contiene algún pronunciamiento que le perjudique²⁵²². No obstante, la utilidad de esta DA 7ª no queda anulada en caso de que el actor no dirija su demanda frente al tercero, pues éste, aunque no pueda ser condenado, quedará vinculado de cara a un ulterior proceso por los pronunciamientos de la sentencia que le afecten, en particular por el efecto positivo de la cosa juzgada²⁵²³. Cabe la duda de si respecto al agente llamado contra el que no se amplía la demanda se interrumpe la prescripción, pues, por un lado no ha sido demandado por el actor-acreedor, pero por otro la reclamación ha llegado a su conocimiento²⁵²⁴.

8. Costas

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial²⁵²⁵, modificó el artículo 14.2 LEC, añadiendo una regla 5ª, en la que se dispone que en el “*caso de que en la sentencia resultase absuelto el tercero, las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales del artículo 394 de esta ley*”. De este modo, las costas del agente de la edificación llamado al proceso, en caso de absolución se podrán imponer a la parte que haya provocado su intervención y no sólo al actor. Sin embargo, esta regla resulta insuficiente en los casos en los que el actor no amplía su demanda frente al tercero. En estos supuestos, la STS de 27 de diciembre de 2013²⁵²⁶ mantiene que las costas se deben imponer a la parte que lo llamó injustificadamente, considerando que la llamada carece de justificación si de la sentencia no se desprende su responsabilidad en los hechos. En consecuencia, considerando ambas premisas, cabría efectuar varias matizaciones:

- Si el actor amplía la demanda frente al tercero y éste resulta absuelto, las costas serán de cargo de aquél por razón de su desestimación, aunque, según la citada regla 5ª, también se podrán imponer a quién provocó su intervención, por lo que parece que también cabría se impusieran a ambos.

- Si el actor no dirige la demanda frente al llamado, éste no podrá ser condenado, pero ello no comportará necesariamente la condena en costas de la parte que efectuó la llamada en garantía, si de la sentencia se desprende que el tercero tiene responsabilidad en los defectos constructivos, pues en estos casos estaría justificada la invocación de la DA 7ª. De lo anterior podemos concluir que las costas serán de cargo del agente que llamó al tercero, cuando éste no resulte condenado porque el actor no haya dirigido la demanda en su contra y su llamada resulte injustificada por las razones apuntadas²⁵²⁷.

²⁵²²BLASCO GASCÓ, F.P., *Cuestiones...*, *op. cit.*, pp., 46 y 47.

²⁵²³Vid. MILÁ RAFEL, R., “Nº 2.471. STS de 26 de septiembre...”, *op. cit.*, pp. 131 y 132. Cfr. RIVAS VELASCO, Mª.J., “Intervención...”, *op. cit.*, p. 69, que indica, en sentido contrario, que el tercero no podrá ser condenado en el fallo, pero también que se debe evitar atribuirle responsabilidad en su fundamentación jurídica, por lo que la única opción de que esta sentencia le sea oponible en un ulterior proceso, será mediante la determinación en dicha resolución de la causa de los vicios constructivos, en cuanto de la misma quepa deducir, en su caso, responsabilidad respecto del llamado

²⁵²⁴Vid. BLASCO GASCÓ, F.P., *Cuestiones...*, *op. cit.*, p. 47.

²⁵²⁵BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

²⁵²⁶RJ, 2014\1021, FD 22º.

²⁵²⁷SAP de Pontevedra de 2 de marzo de 2016 (JUR 2016\66678).

F) La cosa juzgada

Soslayando algunas concepciones metajurídicas basadas en la presunción de verdad o en la tópica santidad de esta figura procesal²⁵²⁸, la Exposición de Motivos de la LEC considera la cosa juzgada como una institución de naturaleza esencialmente procesal, dirigida a impedir la repetición indebida de litigios, y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncian sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos²⁵²⁹. Precisa GUASP²⁵³⁰, que la cosa juzgada permanece indiferente ante el valor de justicia, pues se basa en el valor de seguridad, y sin ella las situaciones jurídicas materiales no quedarían aclaradas y permanecerían en trance de continua discusión. En similar sentido, indica MANRESA²⁵³¹ que el fundamento de la cosa juzgada “*se encuentra en la esencia misma de la resolución judicial, que no merecería tal nombre ni tendría fuerza y resultado, si no se fortaleciera de ese modo*”. De este modo, la cosa juzgada tiene como efecto principal el de impedir un nuevo proceso en el que se dé la triple identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir —*eadem personae, eadem res y eadem causae*—, con las excepciones y matizaciones que estos tres requisitos presentan en la actualidad, en relación con el concepto de *causa petendi* y el objeto del proceso y el efecto preclusivo del artículo 400 LEC²⁵³².

1. La cosa juzgada en la responsabilidad solidaria

La institución de la cosa juzgada no opera en los sucesivos procesos que, eventualmente y en virtud del *ius variandi* ex artículo 1.144 CC, interponga el perjudicado de forma consecutiva contra los distintos deudores solidarios hasta conseguir el total cobro de su crédito. Por este motivo, esta institución no podrá excluir un segundo proceso contra otro deudor solidario, si bien podrían producirse algunos *secundum effectum litis*, en el sentido de que la sentencia obtenida frente a uno de ellos impediría el inicio de uno nuevo frente a los demás, si la desestimación de la demanda se fundó en una causa aplicable a todos, a modo de excepción real o común. De forma análoga, el deudor no podrá oponer aquellas excepciones comunes que hayan sido desestimadas en procesos anteriores²⁵³³. En todo caso, las sentencias obtenidas frente a un deudor solidario no serán ejecutables frente a aquellos que no hubieran sido parte en el procedimiento, según dispone el artículo 542.1 LEC

²⁵²⁸ Vid. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R., “Comentario al artículo 222”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil y Leyes Complementarias*, 17ª ed., Colex, Madrid, 2008, p. 406.

²⁵²⁹ Cfr. CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa...*, op. cit., pp. 144 y 145, que pone de relieve que, con carácter general es posible afirmar que se trata de un efecto exclusivo de las resoluciones de fondo, de modo que no producen este efecto las resoluciones procesales, en el sentido que indica la STS 19 de mayo de 1998 (RJ 1998\3383), cuando afirma que “*carecen de esa eficacia de cosa juzgada material aquellas sentencias que por apreciar la existencia de un obstáculo procesal no entran a decidir sobre el fondo, dejando imprejuzgada la acción que pueda ser ejercitada en un nuevo proceso removidos que sean aquellos impedimentos procesales*”.

²⁵³⁰ GUAPS, J., *Derecho Procesal Civil. Tomo Primero. Introducción y parte general*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.968, p. 556, que indica que “*la cosa juzgada es una de tantas concesiones que la justicia hace a la seguridad jurídica para la mejor obtención del bien común*”.

²⁵³¹ MANRESA Y NAVARRO, J.Mª., “Comentario del artículo 1252”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, 4ª ed., Reus, Madrid, 1929, p. 529.

²⁵³² Cfr. CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa...*, op. cit., pp. 158 a 176, en cuanto a los límites objetivos de la cosa juzgada; y pp. 177 a 206, en cuanto a los límites subjetivos.

²⁵³³ Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias...*, op. cit., pp. 262 a 264.

2. La repetición entre codeudores solidarios

El desarrollo de un segundo proceso sobre el mismo objeto material, aunque con intervención de distintos litigantes y en ejercicio de pretensiones diferentes, suscita la cuestión del alcance de la cosa juzgada. Al respecto, se ha de partir del hecho de que ni el artículo 222.3 LEC ni el 542.1 LEC, a diferencia del derogado artículo 1.252.3º CC, proyectan el principio de cosa juzgada respecto de los deudores solidarios no demandados. En efecto, como ya había establecido la jurisprudencia anterior a la vigente LEC, éstos no se verán afectados por los pronunciamientos de condena, ni por la declaración de imputabilidad, ni por la cosa juzgada de un procedimiento en el que no han sido parte²⁵³⁴, según el aforismo *res inter alios iudicata aliis no praeiudicat*. Por este motivo, para exigirles la responsabilidad que les corresponda será necesario demandarlos en vía de regreso. En línea con lo indicado, el proceso de repetición no se verá afectado por la cosa juzgada del anterior, pues según el artículo 222.3 LEC ésta no se extiende a terceros²⁵³⁵. No obstante, sí será posible que opere el efecto positivo de esta institución ex artículo 222.4 LEC²⁵³⁶, pues se producirá una indudable conexión entre ambos. Así, incluso en los supuestos en los que exista una condena individual y se repita contra agentes no demandados, el pronunciamiento del segundo proceso podrá estar condicionado en cierto modo por lo resuelto en el primero²⁵³⁷.

3. La discusión en el segundo proceso de las cuotas de responsabilidad

Como hemos indicado, es posible dirigir la acción de regreso frente a los codemandados que han sido conjuntamente condenados de forma solidaria, supuesto emblemático de ejercicio de acción de repetición conforme a los artículos 1.145.2º CC y 18.2 LOE. Sin embargo, las dudas surgen en torno al alcance de los pronunciamientos del primer proceso y a su eficacia en el segundo²⁵³⁸. Más concretamente, se plantea el problema de si cabe discutir las cuotas de responsabilidad establecidas en la primera sentencia.

a) La posición de la doctrina

SEIJAS QUINTANA y REPRESA SACRISTÁN²⁵³⁹, sostienen que cabe el ejercicio de la acción de repetición para cuantificar responsabilidades o redistribuir porcentajes respecto de cada uno de los agentes constructivos, pero no para exonerar a un condenado o para condenar a quien fue juzgado y absuelto, pues la dimensión de la cosa juzgada debe mantenerse en su aspecto esencial de condena o absolucón,

²⁵³⁴SSTS de 3 de enero de 1990 (RJ 1990\04), 6 de octubre de 1992 (RJ 1992\7527), 17 de marzo de 1993 (RJ 1993\2018) o 5 de julio de 1997 (RJ 1997\5507).

²⁵³⁵GÓMEZ MARTÍNEZ, C., "Algunos aspectos...", *op. cit.*, pp. 102 y 103; *vid.* DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 612 y 613.

²⁵³⁶El artículo 222.4 LEC dispone que "*lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal*".

²⁵³⁷*Vid.* SOLER PASCUAL, LA., "Cuestiones prácticas de pluralidad de partes en procesos relacionados con la Ley de Ordenación de la Edificación", *Práctica de Tribunales*, núm. 113, 2015, p. 11.

²⁵³⁸*Vid.* DÍAZ CABIALE, J.A., *La eficacia material y procesal de la sentencia civil más allá de la cosa juzgada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 333 a 336, sobre la eficacia procesal reducida de la sentencia en un ulterior proceso y sobre las consecuencias de su inobservancia por el tribunal.

²⁵³⁹*Vid.* SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., "Responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 242 y 243.

aunque no alcance a aquellos detalles cuantitativos. SANTANA NAVARRO²⁵⁴⁰ distingue entre los casos de falta de individualización de la causa de los daños, de aquellos en los que se produce una concurrencia de culpas, pero en los que no se puede graduar la intervención de cada uno de los responsables. Según este autor, en este segundo supuesto no sería posible discutir la cuota igualitaria fijada en el primer proceso, como establece la STS 13 de marzo de 2007²⁵⁴¹; mientras que, en el primer supuesto, el condenado sí podría intentar demostrar su irresponsabilidad, pues su condena sólo tendría como fundamento el problema de probar la causa de los daños, sin que hubiera quedado acreditada su intervención en el hecho dañoso. RIVAS VELASCO²⁵⁴², entiende que sólo cuando no todos los agentes de la edificación fueron demandados ni llamados al primer proceso, se podría ejercitar la acción de repetición para discutir plenamente en el segundo la existencia y grado de responsabilidad de cada agente. Por el contrario, GÓMEZ MARTÍNEZ²⁵⁴³ o GARNICA MARTÍN²⁵⁴⁴, admiten claramente la posibilidad de discutir ampliamente en el ulterior procedimiento el pronunciamiento del primero.

b) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La postura del Tribunal Supremo no ha sido unívoca en este punto y ha alternado diferentes criterios, a veces de forma aleatoria²⁵⁴⁵. Así, en ocasiones ha admitido la posibilidad de repetición alterando las cuotas inicialmente establecidas, incluso cuando la solidaridad deriva de no ser posible la distribución de responsabilidades²⁵⁴⁶, mientras que en otros casos veta la fijación de cuotas diferentes, considerando que se vulnerarían los límites de la cosa juzgada, como establece la STS de 13 de marzo de 2007²⁵⁴⁷. Según esta resolución, el derecho de regreso del artículo 1.145.2º CC, sólo puede tener como objeto una acción de reintegro, pero no la modificación de las cuotas de responsabilidad del primer proceso²⁵⁴⁸, que no cabría alterar tanto si la solidaridad deriva de la imposibilidad objetiva de establecer la causa de los daños, como si ésta no se ha individualizado por dejación o negligencia de los demandados. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha cambiado su doctrina en este punto²⁵⁴⁹. Así, la STS de 7 marzo de 2013²⁵⁵⁰ ya afirma

²⁵⁴⁰SANTANA NAVARRO, F.L., *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 771 a 789.

²⁵⁴¹RJ 2007\1787.

²⁵⁴²RIVAS VELASCO, M^a.J., "Intervención...", *op. cit.*, pp. 72 a 74.

²⁵⁴³GÓMEZ MARTÍNEZ, C., "Algunos aspectos...", *op. cit.*, pp. 102 y 103.

²⁵⁴⁴*Vid.* GARNICA MARTÍN, J., "Problemas derivados de la pluralidad de responsables en el proceso civil", *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, núm. 25, 2008, pp. 32 y 33, en las que crítica la STS de 13 de marzo de 2007 (RJ 2007\1787), en cuanto no permite discutir la distribución de la responsabilidad en el segundo proceso.

²⁵⁴⁵SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., "Responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 234 a 242.

²⁵⁴⁶Así SSTS de 8 de mayo de 1991 (RJ 1991\3585) o 29 de diciembre de 2006 (RJ 2007\553).

²⁵⁴⁷RJ 2007\1787. Esta sentencia cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, que entiende posible revisar la fijación de cuotas en el segundo proceso, al tener ambos un objeto procesal distinto.

²⁵⁴⁸En este sentido RIVAS VELASCO, M^a.J., "Intervención...", *op. cit.*, pp. 72 a 74.

²⁵⁴⁹*Vid.* SEOANE SPIEGELBERG, J.L., "Acciones de regreso y subrogatoria...", *op. cit.*, pp. 125 a 127.

²⁵⁵⁰RJ 2013\2588. Esta resolución, en relación a una condena por solidaridad impropia por una lesión al derecho al honor, admite la individualización ulterior de responsabilidades al establecer dicha condena "sin perjuicio de las reclamaciones que puedan formularse los condenados entre sí, las cuales pertenecen al ámbito de su no construida relación interna, que es ajena al proceso en que la condena solidaria se impone (...), que a nivel de relaciones internas, los obligados respondan de forma distinta, pero sin que esta cuestión afecte al acreedor"; también se pronuncia en sentido similar la STS de 21 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7134).

la posibilidad de discutir en un segundo proceso el alcance de la responsabilidad en la relación interna²⁵⁵¹. En la misma línea se pronuncia la STS 28 de noviembre de 2016²⁵⁵², en la que, tras una condena solidaria basada en el artículo 1.591 CC, se dispone que el artículo 1145.2º CC faculta al *solvens* para debatir en un ulterior proceso la distribución del contenido de la obligación entre todos los sujetos involucrados en la relación interna, pudiendo producirse la exoneración de aquellos que no tuvieron participación en la causa de los defectos constructivos²⁵⁵³. También en este sentido, la STS de 2 de febrero de 2018²⁵⁵⁴ permite el derecho de repetición, ex artículo 18.2 LOE, del asegurador del promotor condenado solidariamente como garante conforme al artículo 17.3, *in fine*, LOE, para reclamar por unos defectos exclusivamente imputables al arquitecto, indicando “*que aquel o aquellos que cumplieron con el total de la deuda puedan acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de reembolso o regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los intervinientes en el proceso constructivo, desapareciendo entonces la solidaridad que rige en las relaciones externas, frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas (entre deudores solidarios) la mancomunidad*”.

G) La legitimación pasiva

Además del supuesto en el que la acción de regreso se dirige frente a otros codemandados que han sido conjuntamente condenados de forma solidaria, se plantea la cuestión del posible ejercicio esta acción en otros escenarios. Uno de ellos sería aquel en el que el responsable solidario no haya sido demandado —v. gr. porque el actor estimó que la acción directa contra él estaba prescrita o, directamente, porque no quiso o no lo consideró necesario—. Otro sería aquel en el que dicho responsable haya sido demandado y haya quedado absuelto, bien sea por prescripción, por la ineficacia de las acciones ejercitadas en su contra, o por otro motivo distinto que no esté basado en haberse acreditado su no intervención en la causa eficiente de los defectos constructivos. A continuación, analizamos estos dos supuestos.

²⁵⁵¹ Vid. DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 540 y 541.

²⁵⁵² RJ 2016\5740. Esta sentencia aborda un supuesto en el que, en un primer proceso derivado de una demanda de una comunidad de propietarios frente a promotor, constructor y un técnico, éstos son condenados solidariamente. Tras el pago del constructor, éste repite contra los demás, allanándose el técnico y oponiéndose el promotor que resulta finalmente absuelto, pues, aunque sea garante *ad extra* frente a los propietarios, puede quedar exonerado de responsabilidad en la relación interna. Dicha resolución alude a la ya citada de 13 de marzo de 2007 (RJ 2007\1787) para decir de ella que se trata de una “resolución aislada”, que no modifica la doctrina jurisprudencial de la Sala; vid. comentario de la misma por PÉREZ-CABALLERO ABAD, P., “La indemnidad del promotor inmobiliario en la vía de regreso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de noviembre de 2016”, *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 1030 a 1042.

²⁵⁵³ Así lo afirma GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Algunos aspectos...”, *op. cit.*, p. 111.

²⁵⁵⁴ RJ 2018\282, que indica igualmente que “*la responsabilidad de la promotora frente al propietario de la obra es solidaria con su aseguradora y con los demás agentes vinculados a una obra mal ejecutada en cuanto favorece la protección del perjudicado, pero esta solidaridad no impide a la aseguradora repetir lo que pagó al perjudicado por cuenta de su asegurado contra el arquitecto por defectos directamente imputables a dicho profesional y únicamente a él exigibles, lo que en nada afecta a quien fue parte actora en el anterior proceso ni posibilita el dictado de una sentencia que sea contradictoria con esta (sentencia de 24 junio 2002), pues lo que se discute en este pleito es un objeto procesal distinto entre partes también distintas a las que lo fueron en aquel proceso ya que entre los allí demandados no existió relación jurídico-procesal alguna que pudiera ahora ser reiterada reproduciendo un proceso ya ventilado*”.

1. Repetición contra el agente no demandado en el proceso previo

La doctrina de la “solidaridad impropia” llevada a su máximo exponente, determinaría que las acciones de repetición sólo podrían ejercitarse contra quienes hayan sido solidariamente condenados junto al *solvens*, lo cual no tendría mucha lógica²⁵⁵⁵. Esta limitación derivaría del concepto mismo de solidaridad impropia, en cuanto que solidaridad *extra legem* con origen en la sentencia, de forma que, si ésta nace de una resolución judicial, quienes no hayan sido condenados *in solidum* no tendrían la condición de deudores solidarios, y frente a los mismos no sería posible dirigir la acción de regreso que prevé el artículo 1.145.2º CC. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en algún caso no ha permitido el ejercicio de acciones contra quien no fue demandado²⁵⁵⁶. No obstante, la doctrina considera que, en estos supuestos, aunque no pudiera entablarse una acción de regreso ex 1.145.2º CC, sí podría articularse una acción de enriquecimiento injusto²⁵⁵⁷. En cualquier caso, la repetición contra el no demandado se admite por la doctrina²⁵⁵⁸ y la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁵⁵⁹. En esta línea, la LOE no impone esta limitación, de forma que no será posible reducir el círculo de destinatarios de las acciones de repetición sólo a aquéllos que hayan sido solidariamente condenados junto con el *solvens*²⁵⁶⁰. Así, esta norma ensancha el círculo de legitimados pasivamente, por lo que las acciones de repetición podrán dirigirse contra los demandados condenados solidariamente y contra los no demandados²⁵⁶¹, o incluso contra quienes hayan sido absueltos en determinadas circunstancias, como abordaremos a continuación. En consecuencia, el doble *dies a quo* que para el cómputo del plazo prescriptivo recoge el artículo 18.2 LOE, en cuanto se refiere al día de firmeza de la resolución judicial de condena, o al de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma

²⁵⁵⁵MENDOZA ALONZO, P.A., *La obligación...*, *op. cit.*, p. 387.

²⁵⁵⁶Cfr. STS de 5 de mayo 2010 (RJ 2010\5025). En esta sentencia, que analiza un supuesto de responsabilidad que cae bajo el régimen del artículo 1.591 CC, el TS niega a la constructora que pagó los defectos constructivos, la posibilidad de repetir contra una aseguradora no demandada por los propietarios en el proceso inicial, aunque el argumento principal se centra en indicar que la constructora que pagó y ejerce el derecho de repetición no se subroga en la acción ex artículo 76 LCS que titula el perjudicado, sino que sólo puede ejercer un derecho de repetición contra los demás condenados en base al artículo 1.145 C.C. No obstante, según nuestro criterio, la aseguradora estaba legitimada pasivamente en vía de regreso en cuanto que aseguradora de la responsabilidad civil de los aparejadores condenados en el juicio inicial, aunque no se pudiera ejercitar la acción directa ex artículo 76 LCS, si bien en las sentencias de primera y segunda instancia quedó probado que la aseguradora ya había indemnizado a sus asegurados, que le había firmado el correspondiente finiquito, extremo este determinante, en ausencia de acción directa, para negar su legitimación pasiva; admite esta repetición contra el no demandado la STS de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016\938).

²⁵⁵⁷Vid. HERNÁNDEZ MORENO, A. y MONSERRAT VALERO, A., “Responsabilidad por vicios de la construcción y litisconsorcio pasivo necesario”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porrás y F. Méndez González, tomo I, Universidad de Murcia, 2004, pp. 2.462 y 2.463.

²⁵⁵⁸En este sentido BLASCO GASGÓ, F.P., *Cuestiones...*, *op. cit.*, pp. 76 y 77, que subraya que esta acción contra el no demandado es una acción de repetición distinta a la acción de reembolso o regreso del artículo 1.145.2º CC.

²⁵⁵⁹Vid. STS de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016\938), que cita la antes mencionada STS de 5 de mayo de 2010, indicando que admite el regreso porque en este caso no se pretende la subrogación en la acción directa del perjudicado ex artículo 76 LCS, como ocurría en la sentencia de 2010, sino en la acción de repetición de un corresponsable ex artículo 1.145 CC.

²⁵⁶⁰Cfr. MENDOZA ALONZO, P.A., *La obligación...*, *op. cit.*, pp. 385 a 389; SANTANA NAVARRO, F.L., *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 764.

²⁵⁶¹Vid. DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 614 y 615.

extrajudicial, comporta reconocer la vigencia de esta acción de regreso, incluso aunque no nos encontremos frente a una responsabilidad solidaria reconocida en sentencia²⁵⁶². Las mismas conclusiones pueden extraerse de la DA 7ª, si se considera que la llamada al proceso de los demás agentes de la edificación es facultativa para el agente demandado, y que no constituye un presupuesto indispensable para el ejercicio de una ulterior repetición²⁵⁶³. En el ejercicio de esta acción de regreso contra el no demandado en el primer proceso, se habrá de determinar *ex novo* si éste es responsable²⁵⁶⁴ —salvo en si fue llamado en base a la DA 7ª y le es oponible la resolución dictada en aquel procedimiento²⁵⁶⁵—; si su responsabilidad es solidaria o individual; y, en última instancia, su grado de participación en los defectos constructivos²⁵⁶⁶. Este no demandado contra el que se ejercite la acción de regreso, podrá oponer todas las excepciones que hubiera podido aducir frente al demandante en el proceso previo —argumento por analogía *ex artículo 1.840 CC*—, particularmente si no tuvo noticia de su existencia²⁵⁶⁷.

2. Repetición contra el codemandado absuelto en el proceso previo

Del mismo modo, consideramos que la acción de repetición podrá dirigirse contra aquellos demandados absueltos en el primer proceso, bien sea por prescripción, por la ineficacia de las acciones ejercitadas en su contra, o por otro motivo distinto que no esté basado en el hecho de haberse acreditado su no intervención en la causa de los defectos constructivos. En efecto, este derecho de regreso no debe verse limitado por la sentencia dictada en el aquel procedimiento, si esta resolución no establece su falta de participación en los daños. A este respecto, el Tribunal Supremo²⁵⁶⁸ tiene declarado que, en determinados supuestos, los efectos

²⁵⁶²La citada STS de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016\938), analiza un supuesto de repetición en virtud de una transacción acordada en un anterior proceso. En estos casos resulta evidente que dicha transacción no vincula a quienes no intervinieron en la misma —*vid.* STS de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010\1780)—, pero será posible la repetición si se acredita la responsabilidad de los demandados, puesto que el artículo 18.2 LOE habilita para repetir en caso de pago mediante transacción, si bien será preciso en primer lugar, como *prius lógico*, declarar la responsabilidad civil del demandado a fin de poder repetir contra él; *vid.* SANTAELLA SÁEZ, O., “La acción de repetición...”, *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁶³CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 21. Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 405; y CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 447; *vid. supra* § III.B).5.e), sobre la innecesariedad de ejercitar la llamada en garantía como requisito para la repetición.

²⁵⁶⁴STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2016\2325).

²⁵⁶⁵*Vid.* SSTS 26 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9337); y 9 de septiembre de 2014 (RJ 2014\5546).

²⁵⁶⁶En este sentido, BLASCO GASGÓ, F.P., *Cuestiones...* *op. cit.*, pp. 76 y 77.

²⁵⁶⁷CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 447.

²⁵⁶⁸Así, STS 27 de febrero 2004 (RJ 2004\1648), en la que se analiza un supuesto en el que la sentencia dictada en el primer proceso, en el que sólo fue demandada la constructora que ejerce la acción de repetición en el segundo, exoneró de responsabilidad al arquitecto proyectista, pese a que no fue demandado, pues los defectos eran imputables sólo a la ejecución de la obra y no al proyecto, por lo que el Tribunal Supremo establece expresamente la imposibilidad de repetir contra el citado arquitecto proyectista. Así, el hecho de demandar al arquitecto proyectista en el proceso de repetición, en contra de la irresponsabilidad decretada por la sentencia dictada en el primer proceso, supone para el Tribunal Supremo vulnerar el principio de la cosa juzgada, en cuanto permitiría enjuiciar con desigual resultado una misma conducta. *Vid.* MACÍAS CASTILLO, M., “Acción de repetición del condenado en procedimiento anterior por vicios ruinosos contra los intervinientes en la ejecución de la obra. Análisis de la STS 27 de febrero de 2004”, *Act. Civil*, núm. 13, 2004, tomo 2, pp. 1581 a 1.585; y GARCÍA MUÑOZ, O., “Vicios en la ejecución de la obra, ¿Quién responde?”, *Comentario a la STS, 1ª, de 27 de febrero de 2004*”, *InDret*, núm. 239, 2004, pp. 1 a 11.

del primer proceso se proyectan sobre el segundo de repetición, cuando la primera sentencia exime a alguno o algunos de los agentes de la edificación de responsabilidad, como ocurre cuando se declara que uno de ellos no ha tenido ninguna intervención en los hechos que originan los vicios constructivos²⁵⁶⁹. No obstante, entendemos que esta vinculación no se dará cuando el objeto del segundo procedimiento sea diferente, en cuanto en éste se deba abordar una responsabilidad material que no pudo ventilarse en el primero, por la estimación de una excepción de prescripción de una acción distinta de la de repetición que se ejercite o por otra causa similar²⁵⁷⁰. En este sentido, el Tribunal Supremo en otros supuestos ha considerado que la absolución de los codemandados por otro motivo distinto del anteriormente citado —no intervención en los hechos— no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de regreso. Así, entre otras, admiten la repetición en estos casos las SSTS de 13 de marzo de 2007²⁵⁷¹ y 27 de febrero de 2012²⁵⁷², aunque en ellos, al basarse la absolución en que no resultaron de aplicación ni el artículo 1.591 CC ni la LOE, el regreso se instrumenta por vía contractual. Del mismo modo, en determinados escenarios, cuando la absolución de uno de los agentes constructivos se fundamente en la prescripción de la acción directa del artículo 18.1 LOE, será posible que el *solvens* articule contra aquél la acción de repetición del artículo 18.2 LOE, en base al carácter autónomo de su plazo de prescripción, según estudiamos en *infra* Capítulo Decimosegundo § II.E).

²⁵⁶⁹En este supuesto entendemos muy razonable que la cosa juzgada del primer proceso se proyecte sobre el segundo, aunque se trate del ejercicio de una acción distinta, siquiera sea en cuanto al efecto positivo que dispone el artículo 222.4 LEC, respecto de lo resuelto en aquél, que constituya antecedente lógico del objeto de éste. *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa...*, *op. cit.*, pp. 219 a 224. Sin embargo, no sucede así cuando en el primer proceso se produce una absolución por prescripción, y en el segundo lo que hay que enjuiciar es la prescripción de una acción distinta, como es la de repetición, supuesto en el que ya no se da esa conexión lógica entre ambos procesos.

²⁵⁷⁰La STS de 27 de marzo de 2013 (RJ 2013\3154), niega al promotor codemandado la facultad de recurrir la sentencia que estimó la excepción de prescripción respecto de los demás codemandados, para interesar la condena de éstos en vía de recurso, pero lo hace en base a que, en el proceso civil, sólo el actor puede pedir la condena de los demandados. Por este motivo, dicha resolución no impide que, en un proceso posterior y en ejercicio de una acción de repetición no prescrita, el promotor, en su condición de actor en este segundo procedimiento, pueda repetir contra los codemandados absueltos por prescripción.

²⁵⁷¹*Vid.* STS de 13 de marzo de 2007 (RJ 2007\2569), que admite el ejercicio de una acción repetición contra dos empresas que fueron absueltas en el primer proceso, porque la principal acción ejercitada era de carácter contractual, de modo que sólo fue condenada la promotora como parte en los contratos de compraventa y no los demás agentes constructivos.

²⁵⁷²STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012\4051) Esta sentencia tiene por objeto una acción de repetición derivada de un previo proceso promovido por una comunidad de propietarios contra la promotora, constructora y técnicos en ejercicio de acciones de responsabilidad decenal y cumplimiento de contrato de compraventa. La promotora resultó condenada en base a su responsabilidad contractual y la constructora fue absuelta porque los vicios eran de acabado y no tenían carácter ruinógeno. Dicha sentencia establece que la dictada en el primer proceso no produce cosa juzgada en el proceso promovido por la promotora contra la constructora con base en el contrato de ejecución de obra, en repetición de las sumas abonadas, al tratarse de acciones diversas y de partes distintas en ambos procesos.

III. EL DERECHO DE REPETICIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

En aquellos casos en los que existan relaciones contractuales entre el *solvens* que ha reparado los daños del edificio, y el responsable de los defectos constructivos que los han originado, la acción de repetición ex LOE coexistirá con las generales para exigir responsabilidad contractual, las cuales se podrán articular con arreglo a su propio régimen jurídico²⁵⁷³. Estos supuestos podrán concurrir en situaciones en las que exista una situación de solidaridad contractual, pero también en aquellas en las que se asuma una responsabilidad contractual por hecho ajeno. Así, además del derecho de repetición que deriva del artículo 18.2 LOE, por el que el agente constructivo que hizo frente a la reparación podrá dirigirse contra el causante del daño, medie o no vínculo contractual entre ellos, el *solvens* podrá ejercitar las acciones contractuales que le asistan para regresar, aunque con los límites propios del principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC.

A) Naturaleza jurídica

Como hemos indicado, esta repetición por vía contractual podrá derivar bien de un supuesto de solidaridad, bien de una asunción de responsabilidad por hecho ajeno. En cualquier caso, se trata de exigir una responsabilidad contractual con el carácter de regreso o repetición²⁵⁷⁴, en tanto que se reclama lo previamente pagado al acreedor. En este escenario, será determinante el contenido sustantivo y el régimen jurídico que dimane de las concretas relaciones contractuales que hayan motivado la solidaridad o la responsabilidad por hecho ajeno. No obstante, debido a la importancia de la LOE también en el ámbito convencional²⁵⁷⁵, habrá que estar a las obligaciones y atribuciones que ley especial establece, dado su valor como norma de integración de la prestación contractual en este terreno. En estos casos, la repetición estará sujeta al régimen contractual específico que corresponda y, en su defecto, a las normas generales sobre el incumplimiento contractual, fundamentalmente ex artículos 1.101 y 1.124 CC, y al plazo de prescripción general del artículo 1.964 CC.

²⁵⁷³ Vid. SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley...*, op. cit., pp. 227 y 228, que pone de relieve que el promotor deberá repetir por esta vía, si pretende ser resarcido por los daños no amparados en la LOE por los que haya indemnizado a los propietarios.

²⁵⁷⁴ La STS de 18 de febrero de 2016 (RJ 2016\577) aborda el ejercicio de una acción contractual de repetición por hecho ajeno en materia de defectos constructivos, indicando que el *solvens* que efectuó el pago “*lo hizo en virtud del contrato a que se refiere la demanda, del que deriva la acción para exigir responsabilidad a quienes considera directamente responsables del siniestro, como suministradores y fabricantes de producto defectuoso instalado en la obra, pidiendo recuperar la misma cantidad abonada al perjudicado (...)*”, añadiendo que la “*Ley de Ordenación de la Edificación insiste con reiteración en señalar que las responsabilidades que establece se imponen con independencia de las responsabilidades contractuales que a cada sujeto, a cada agente de la edificación, se le puedan exigir*”; La STS 23 de Marzo de 2.007 (RJ 2007\2232), aunque aborda una acción contractual de resarcimiento del promotor contra los agentes constructivos, indica que “*no es propiamente una acción de repetición*”, si bien entendemos lo hace para subrayar su carácter contractual en contraposición a las acciones de repetición que dimanan de la responsabilidad decenal del artículo 1.591 CC, en relación con otro proceso relacionado con el primero.

²⁵⁷⁵ Vid. *supra* Capítulo Tercero, § III, sobre la funcionalidad de la LOE como norma de integración del contrato.

B) Compatibilidad con el régimen de la LOE

La compatibilidad entre las acciones contractuales y las de la LOE, viene expresamente establecida en varios preceptos de esta norma —artículos 17.1 y 9 y 18.1— y ha sido declarada expresamente por el Tribunal Supremo en recientes sentencias²⁵⁷⁶, que tienen su antecedente en la admisión de aquella que ya había sido proclamada por el Alto Tribunal, respecto de las acciones de los artículos 1.591 y 1.101 CC²⁵⁷⁷. En el caso concreto de las acciones de repetición, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también admite esta compatibilidad en el ámbito de la LOE²⁵⁷⁸. En sentido contrario, estableciendo la incompatibilidad entre la acción de repetición del artículo 18.2 LOE y las acciones contractuales del artículo 1.101 CC, se pronuncia alguna jurisprudencia menor²⁵⁷⁹ cuyo criterio no compartimos. En este sentido, aunque el artículo 18.2 LOE sobre la prescripción de las acciones de repetición —a diferencia del artículo 18.1 sobre la prescripción de las acciones directas—, no mencione expresamente que el plazo prescriptivo que dispone lo es sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual, procede un razonamiento por analogía, dada la compatibilidad general entre ambos regímenes jurídicos, sin que exista ninguna justificación que pueda amparar esta restricción²⁵⁸⁰. De este modo, podrá existir una concurrencia de acciones de repetición entre las derivadas del régimen de la LOE y las de carácter contractual²⁵⁸¹.

No obstante, conviene precisar que, en principio, el ejercicio de acciones de regreso deberá guardar relación con el tipo de acción por la que se haya afrontado la responsabilidad. Es decir, si el promotor es demandado por los propietarios como vendedor con base en las acciones derivadas del contrato de compraventa, su repetición deberá basarse en las acciones contractuales de que disponga, y no podrá hacerlo con base en las acciones de repetición del artículo 18.2 LOE. Lo anterior puede condicionar esta repetición, pues su ejercicio no podrá dirigirse contra aquellos con los que no mantenga vínculos contractuales. Por el contrario, si es demandado con base en la LOE, sí podrá dirigirse frente a todos los responsables, aunque no

²⁵⁷⁶Sobre la compatibilidad de las acciones LOE y las acciones contractuales, *vid.* STS de 24 de mayo de 2017 (RJ 2017\2217); STS de 15 junio 2016 (RJ 2016\2766); o STS de 27 diciembre 2013 (RJ 2014\1021). *Vid. supra* Capítulo Tercero, § I.D).1, sobre la compatibilidad entre las acciones de la LOE y las acciones contractuales directas.

²⁵⁷⁷*Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 957 a 961.

²⁵⁷⁸*Vid.* SSTS de 18 de febrero de 2016 (RJ 2016\577) o de 8 de enero 2015 (RJ 2015\435); en el mismo sentido *vid.* SAP de Sevilla de 20 de febrero de 2017 (JUR 2017\189274). *Vid. supra* Capítulo Tercero, § I.D).2, sobre la compatibilidad entre las acciones de la LOE y las acciones contractuales de repetición.

²⁵⁷⁹*Cfr.* SAP Pontevedra de 14 enero 2016 (JUR 2016\58770). Según el criterio de esta resolución, el promotor que pagó al propietario, cuando reclama al arquitecto está ejerciendo la acción del artículo 18.2 LOE, sujeta al plazo de prescripción de dos años, y, aunque se invoque expresamente en la demanda, no se está ejercitando una acción de incumplimiento contractual del artículo 1.101 CC, puesto que esta situación está específicamente regulada por aquel precepto. De este modo, transcurrido el plazo de dos años, la acción esta prescrita, sin posibilidad de ejercitar acciones contractuales, reseñando esta resolución que el artículo 18.2 no salva la posibilidad de ejercitar acciones contractuales, como sí lo hace el 18.1.

²⁵⁸⁰*Vid. supra* Capítulo Tercero, § I.D).2, sobre la compatibilidad entre las acciones de la LOE y las acciones contractuales de repetición.

²⁵⁸¹*Vid.* SAP de Tarragona de 18 de abril de 2018 (JUR 2018\124638), que admite una acción de repetición contractual del contratista frente al subcontratista.

mantenga vínculos con ellos. Entendemos esta afirmación como una consecuencia lógica del principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC, en cuanto que no procede extender la responsabilidad legal de la LOE más allá de los supuestos previstos en esta norma²⁵⁸².

C) Otras vías para la repetición

Según hemos indicado, cuando el promotor u otro agente de la edificación demanden a otros agentes constructivos en base a las relaciones contractuales que los vinculen y éstos resulten condenados de forma conjunta y solidaria²⁵⁸³, no será posible, en principio, articular una repetición basada en la LOE²⁵⁸⁴, pues, entendemos que sólo lo sería si la condena se hubiera sustentado en la ley especial.

En estos casos, si entre los condenados solidariamente no existen vínculos contractuales, se plantea la cuestión de determinar la vía a través de la cual sería posible instrumentar este derecho de repetición. Al respecto, consideramos que, en esta situación, sería de aplicación directamente el artículo 1.145.2º CC, en cuanto norma general de repetición entre los codeudores solidarios, lo que comportaría que, al no ser de aplicación la LOE, el plazo de prescripción de esta acción fuera el general del artículo 1.964 CC. Es decir, cuando no resulte de aplicación la LOE, el régimen del regreso entre los agentes condenados solidariamente podrá ser el derivado del artículo 1.145.2º CC.

Sin embargo, si la condena en base a una acción contractual se produce sólo respecto de un agente de la edificación, éste no podrá instrumentar la repetición con arreglo a la LOE –al no haber sido condenado con base en esta norma–, por lo que, si carece de vínculos contractuales con los responsables, sólo podrá regresar por la vía del artículo 1.902 CC, con sujeción al régimen de la tutela aquiliana, si así procede. No obstante, si la condena de un solo agente de la edificación con base en una acción contractual, tiene un expreso fundamento solidario en la sentencia o, si pese al silencio de la resolución en este punto, el condenado acredita la existencia de una responsabilidad solidaria similar o equivalente a la que establece el artículo 17.3, *ab initio*, LOE, del mismo modo que hemos admitido –en determinados casos– la aplicación de la LOE por analogía para establecer responsabilidades solidarias en el ámbito contractual²⁵⁸⁵, entendemos que, en ese escenario, también cabría articular

²⁵⁸²Como señala HIDALGO GARCÍA, S., *El contrato y los terceros*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 177, no cabe dudar de la aplicabilidad del artículo 1257 CC en la actualidad, como ponen de relieve multitud de sentencias del Tribunal Supremo que establecen la falta de legitimación con base en el principio *res inter alios acta aliis neque nocet, neque prodesse potest*.

²⁵⁸³*Vid.* los supuestos en los que puede resultar posible la existencia de solidaridad contractual derivada de contratos distintos, *supra* Capítulo Noveno, § I.C).4.c).ii); *vid.* SAP de Sevilla de 20 de febrero de 2017 (JUR 2017\189274), por la que se condena a la constructora, arquitectos y arquitectos técnicos, en base al ejercicio por el promotor de una acción de repetición de carácter contractual, en base a los diferentes contratos suscritos con los mismos, y, además, con carácter solidario, tanto entre las tres estirpes profesionales, por analogía con el artículo 17.3.1º LOE, como dentro de cada estirpe, por analogía con el artículo 17.7 párrafo tercero LOE.

²⁵⁸⁴*Vid.* CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.A., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 445 y 446, que precisan que si el fundamento de la responsabilidad no es la LOE si no otro, como la responsabilidad contractual del promotor, no habrá regreso conforme a la LOE, sin perjuicio de las acciones contractuales que asistan al condenado frente a los demás, sujetas a su propio plazo de prescripción.

²⁵⁸⁵*Vid. supra* Capítulo IX, § I.C.

una repetición ex LOE con la misma justificación técnica, o, en una última instancia, apelar a la norma general del artículo 1.145.2º CC.

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS

I. LOS DAÑOS RECLAMABLES EN LA RESPONSABILIDAD LEGAL

A) El régimen precedente

1. El artículo 1.591 CC como vía integral de reparación

A diferencia del régimen de la LOE, la regulación precedente del artículo 1.591 CC presenta un mayor alcance en cuanto a los daños y perjuicios que pueden ser objeto de reclamación²⁵⁸⁶. Así, este precepto se refiere genéricamente a la responsabilidad por los “daños y perjuicios” derivados de la ruina del edificio por vicios constructivos, permitiendo reclamar los de cualquier clase²⁵⁸⁷, frente a la restrictiva alusión que efectúa el artículo 17.1 LOE a la responsabilidad por los “daños materiales causados en edificio”. En consecuencia, los daños reclamables al amparo del artículo 1.591 CC no quedan limitados a éstos²⁵⁸⁸, pues este precepto posibilita también hacerlo respecto de los demás que se deriven de los vicios en la construcción²⁵⁸⁹. En el sentido expuesto, la jurisprudencia interpretó el citado artículo de acuerdo con su genérica alusión a los “daños y perjuicios”, sin imponer restricciones²⁵⁹⁰, admitiendo la reclamación de conceptos diversos²⁵⁹¹, siempre que quedara debidamente acreditada su realidad y la relación de causalidad con los defectos constructivos²⁵⁹². Por un lado, evidentemente, con base en el artículo 1.591 CC podrá accionarse frente a los daños materiales causados en el edificio, pero, además, también frente a los personales, en bienes muebles, los gastos de mudanza y desalojo, daños indirectos, el lucro cesante o los daños morales, como se recoge en la STS de 13 de abril de 2012²⁵⁹³. Sin embargo, parte de la doctrina²⁵⁹⁴ considera que no hay base para afirmar que, al amparo del artículo 1.591 CC, se pudieran reclamar daños distintos a los materiales causados en el edificio, pues las sentencias que los reconocen no explican si esta admisión se basa en este precepto o en las acciones contractuales, cuando se produjo su acumulación, o incluso en el principio *iura novit curia*.

²⁵⁸⁶ Vid. DÍAZ BARCO, F., *Manual...*, *op. cit.*, pp. 163 a 167.

²⁵⁸⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Régimen jurídico de los daños y perjuicios derivados de los vicios de la construcción exigibles tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Construcción”, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, p. 127; VARGAS BENJUMEA, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 23.

²⁵⁸⁸ Vid. DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 517 y 518.

²⁵⁸⁹ Vid. MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

²⁵⁹⁰ MUÑOZ GARCÍA, C., “Tutela del adquirente de vivienda por daños causados por el inmueble. A propósito del artículo 149 TRLGDCU”, *Diario La Ley*, núm. 8005, 21 de enero de 2013, pp. 3 y 4; COLINA GAREA, R., “La determinación...”, *op. cit.*, p. 659.

²⁵⁹¹ Vid. STS de 21 de junio de 1999 (RJ 1999\4390).

²⁵⁹² MESA MARRERO, C., “El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.13, 2001, pp. 33.

²⁵⁹³ RJ 2012\5902.

²⁵⁹⁴ RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y PASTOR VITA, F.J., “Los daños cubiertos por la LOE: el concepto de «daños materiales en el edificio» y su posible justificación. Los sujetos dañados: la legitimación activa para reclamar la reparación”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 69 a 72.

2. La pretendida vigencia residual del artículo 1.591 CC

Como hemos abordado en el Capítulo Segundo²⁵⁹⁵, un sector de la doctrina²⁵⁹⁶ y alguna jurisprudencia²⁵⁹⁷, sostiene la vigencia actual del artículo 1.591 CC, para la reclamación de los daños y perjuicios no amparados por la LOE. Según el criterio que compartimos²⁵⁹⁸, esta posibilidad es admisible pero la reclamación con base en este artículo debe quedar limitada al ámbito contractual, sin que se pueda exigir responsabilidad por daños no cubiertos en la ley especial a agentes de la edificación con los que el dañado no mantenga vínculos contractuales. Lo anterior tiene como corolario, que, en la práctica, la utilidad de este precepto sea equivalente a la que se deriva de aplicar las normas generales sobre responsabilidad contractual.

B) La reducción de los daños reclamables en la LOE

1. Los daños materiales en el propio edificio como objeto exclusivo de la ley especial

Como ya hemos adelantado, el artículo 17.1 LOE limita la responsabilidad por defectos constructivos a los “*daños materiales causados en el edificio*”²⁵⁹⁹. Esta limitación deriva de lo dispuesto en el artículo 17.1 LOE, y se reitera en el artículo 19.9 LOE, cuando establece los daños que no quedan cubiertos por las garantías previstas en dicho precepto²⁶⁰⁰. De este modo, quedan extramuros del régimen LOE todo lo que

²⁵⁹⁵ Vid. *supra* Capítulo Segundo, § I.D), sobre la vigencia actual del artículo 1.591 CC.

²⁵⁹⁶ Vid. PANTALEÓN PRIETO, F., Responsabilidades y garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación, Ponencia presentada al II Congreso de nacional de responsabilidad civil y seguro, Córdoba, 2001, p. 7; SIERRA PÉREZ, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.* pp. 151 y 152; MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 193 a 195; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M^a. y LÓPEZ FERNÁNDEZ, L., “Tipos de contratos inmobiliarios...”, *op. cit.*, pp. 939 a 941; LEÓN-CASTRO ALONSO, J., “Algunas...”, *op. cit.*, p. 2.673; HERRANZ ORTIZ, A.I., “La configuración...”, *op. cit.*, p. 326; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Responsabilidad profesional del arquitecto”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 78, 2010, pp. 14 y 15; ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Comentario al artículo 1.588 CC”..., *op. cit.*, p. 11.237; ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El difícil encaje...”, *op. cit.*, pp. 583 y 584.

²⁵⁹⁷ En la jurisprudencia algunas sentencias mantienen la tesis anterior. Así se pronuncia la SAP de Castellón de 21 de mayo de 2007 JUR 2007\322124), que considera que el artículo 1591 CC sigue en vigor, si bien su ámbito de aplicación se limita a las edificaciones excluidas de la LOE, así como para reclamar por los daños corporales y los perjuicios y los daños morales que no pueden ser reclamados al amparo del artículo 17 LOE.

²⁵⁹⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 400 a 402; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 964 y 965.

²⁵⁹⁹ Vid. STS 15 de julio de 2011, FD 5º (RJ 2011\5123), que afirma que el artículo 17 LOE, se refiere sólo a los daños materiales y que los daños de otra índole se habrán de indemnizar con arreglo a las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual, en su caso, “*dado que no existe precepto específico en la LOE que regule su resarcimiento*”, lo que supone establecer un doble régimen jurídico según el tipo de daño “*lo que sin duda no parece conforme con un sistema que pretende la reparación integral del daño ni beneficia a quien lo sufre*”; la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2016 (JUR 2016\76405), indica que la LOE sólo ampara los daños materiales en el edificio y no puede reputarse como tal “*la pérdida de superficie útil debido a la disminución de altura por la configuración y/o anchura de los forjados*”; VARGAS BENJUMEA, I., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 22.

²⁶⁰⁰ Vid. DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 520 a 522.

no sea daños materiales en la edificación²⁶⁰¹. No obstante, parte de la doctrina²⁶⁰² ha propugnado una interpretación amplia del término “daños materiales” para incrementar el ámbito objetivo de la LOE; o la inclusión adicional de otros daños cuando el perjudicado es un consumidor²⁶⁰³; o incluso la posibilidad de reclamar con base en la misma los daños morales²⁶⁰⁴. En cualquier caso, se trata de interpretaciones que chocan con el tenor literal del artículo 17.1 LOE, y su meridiana claridad en este punto²⁶⁰⁵. Por tanto, la LOE sólo brindará protección en orden a la reparación de los defectos constructivos y los daños que dichos defectos hayan causado en el propio edificio²⁶⁰⁶. Esta reducción de los daños reclamables, se ha justificado en la conveniencia de no extender el régimen de la LOE —con la presunción de nexo causal que lleva aparejada, respecto de los daños materiales en el edificio que se manifiesten dentro del plazo de garantía, y su carácter cuasi-objetivo—, a otros en los que esta relación de causalidad no es tan evidente, pues respecto de los daños a bienes muebles, corporales o el lucro cesante, resulta más conveniente exigir la prueba de ese nexo causal²⁶⁰⁷.

2. Factores adicionales de limitación

Además de que únicamente queden amparados por la LOE los daños materiales causados en el edificio, para que dichos daños queden cubiertos por la ley especial, deberán (i) derivar de los concretos defectos constructivos que se recogen en el artículo 17.1 citado; (ii) haberse producido dentro de los plazos de garantía que se disponen en dicho precepto; y (iii) ser reclamados en el plazo de prescripción del artículo 18.1 LOE. Adicionalmente, como “edificio” habrá que entender lo que pueda considerarse como tal de acuerdo con el artículo 2 LOE. Así, este término engloba las construcciones de carácter permanente, de carácter público o privado, cualquiera que sea su uso, incluyendo sus instalaciones fijas, equipamiento propio y los elementos de urbanización adscritos al edificio, según dispone el artículo 2.3. Pero quedan fuera del mismo, las obras inmobiliarias que no puedan ser consideradas como edificio con arreglo al precepto citado, como los embalses, pantanos, las obras de urbanización

²⁶⁰¹ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., “Régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 129; MUÑOZ GARCÍA, C., “Tutela del adquirente...”, *op. cit.*, p. 5; COLINA GAREA, R., “La determinación...”, *op. cit.* p. 660; ARENAS CABELLO, F.J., *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 503 y 504; GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “La disciplina normativa...”, *op. cit.*, pp. 3 a 5, indica que el régimen LOE ampara los defectos de edificación y sólo en cuanto a los daños materiales que se deriven de los mismos; SANTOS MORÓN, M^a.J., “Comentario al art. 17 LOE”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dirigido por L. Parejo Alfonso, Tecnos, Madrid, 2001, p. 329, indica que “*el artículo 17 LOE sólo regula la responsabilidad por daños materiales causados en el propio edificio, y sólo frente a sus propietarios*”; SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley...*, *op. cit.*, pp. 38 a 40.

²⁶⁰² En este sentido PRENDES CARRIL, P., “El artículo 1.591 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*, núm. 1, 2001, pp. 30 a 33, defiende una interpretación amplia del término “daño material”, para incluir el mayor número de daños posibles.

²⁶⁰³ Vid. GONZÁLEZ TAUSZ, R., “El nuevo régimen jurídico...”, *op. cit.*, pp. 2706.

²⁶⁰⁴ Cfr. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a.D., “El Artículo 1591 ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Aranzadi Civil*, 1999, Vol. III, pp. 2391 a 2322, que interpreta el concepto de “daño material” como equivalente a “daño efectivo”, y no como excluyente de los daños no materiales, considerando la posibilidad de reclamar los daños morales al no existir una exclusión expresa.

²⁶⁰⁵ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis Práctico...*, *op. cit.*, p. 57.

²⁶⁰⁶ ORTI VALLEJO, A., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 784 y 785.

²⁶⁰⁷ RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y PASTOR VITA, F.J., “Los daños cubiertos...”, *op. cit.*, pp. 72 a 74.

no adscritas al edificio²⁶⁰⁸ y las nuevas construcciones de escasa entidad y sencillez técnica que no tengan de forma eventual o permanente, carácter residencial o público²⁶⁰⁹. Lo anterior delimita un escenario mucho más restrictivo que el vigente con el artículo 1.591 CC, pues, además de la concreta delimitación del concepto de defecto constructivo, de la drástica reducción del plazo de prescripción y del plazo garantía para los vicios más comunes, se produce una restricción objetiva respecto de los daños reclamables²⁶¹⁰. En consecuencia, el régimen de la LOE sólo cubre los daños materiales en el propio edificio, siempre que deriven de los defectos constructivos que esta norma contempla, que los mismos se manifiesten dentro de los plazos de garantía²⁶¹¹ y se reclamen dentro del plazo de prescripción del artículo 18.1.

C) Vías de reclamación de los daños excluidos

Del modo expuesto, quedan fuera de la protección que dispensa la LOE, una serie de daños de importancia como son los personales, los sufridos por los bienes muebles, los ocasionados a los inmuebles colindantes, el lucro cesante, los gastos indirectos —desalojo, mudanzas, vivienda de reemplazo, etc.—, y el daño moral, entre otros²⁶¹². Evidentemente, tampoco serán reclamables los que deriven de situaciones que no puedan considerarse constitutivas de un vicio constructivo según la LOE, como sucede con las diferencias entre el edificio proyectado y el ejecutado y otros defectos constructivos en la dimensión contractual de este concepto²⁶¹³. No obstante, es preciso adelantar que los daños que no queden cubiertos en el régimen LOE, podrán ser objeto de reparación con base en las normas que regulan la responsabilidad contractual²⁶¹⁴, extracontractual²⁶¹⁵ o, en su caso, con base en las normas específicas sobre protección de los consumidores, artículos 135 y 148 y 149 TRLCU²⁶¹⁶, si concurren los requisitos necesarios para la aplicación de tales regímenes jurídicos.

²⁶⁰⁸ Vid. *supra*, Capítulo Segundo, § II.D).2, sobre el concepto de edificio y las obras e inmuebles excluidos del mismo.

²⁶⁰⁹ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 415 a 417.

²⁶¹⁰ Señala ARNAU MOYA, F, *Los vicios de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 206 y 207, que esta reducción puede obedecer a compensar el plus de protección que supone para los perjudicados la objetivación de la responsabilidad en la LOE, frente al régimen de presunción de culpa del artículo 1.591 CC.

²⁶¹¹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., “La falsa identificación...”, *op. cit.*, p. 4592.

²⁶¹² MESA MARRERO, C., “El alcance...”, *op. cit.* p. 33.

²⁶¹³ Vid. SAP Vizcaya de 10 de febrero de 2014 (JUR 2014\182910), que no considera como defecto constructivo que origine responsabilidad ex LOE, las deficiencias derivadas de la modificación del proyecto inicial que decidió la promotora, y que suponen una diferencia entre lo proyectado y lo ejecutado.

²⁶¹⁴ Vid. STS 15 de julio de 2011, FD 5^o (RJ 2011\5123), que afirma en relación a la necesidad de acudir a otros regímenes para obtener la íntegra reparación de los daños, “*que sin duda no parece conforme con un sistema que pretende la reparación integral del daño ni beneficia a quien lo sufre*”; ESTRUCH ESTRUCH, J, “Régimen jurídico...”, *op. cit.*, pp. 148 a 158; y 170 a 183.

²⁶¹⁵ CADARSO PALAU, J., “La responsabilidad de los constructores...”, *op. cit.*, p. 9; ESTRUCH ESTRUCH, J, “Régimen jurídico...”, *op. cit.*, pp. 159 y 160. Vid. *supra* Capítulo Primero, § II.C, sobre la responsabilidad extracontractual.

²⁶¹⁶ Vid. *supra* Capítulo Primero, § II.D, sobre las normas específicas sobre protección de los consumidores en este ámbito.

II. LOS DAÑOS RECLAMABLES EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Indica DÍEZ-PICAZO²⁶¹⁷, que el contenido de la responsabilidad contractual estriba en abonar al acreedor insatisfecho el interés positivo de la prestación, dejándolo en la misma situación que tendría si el contrato se hubiera cumplido. Como ya hemos adelantado, el que determinados daños queden extramuros de la LOE no significa que el perjudicado carezca de la posibilidad de reclamar su reparación, y quedar indemne de todas las consecuencias dañosas derivadas de los defectos constructivos. En consecuencia, esta reparación será posible, pero habrá de articularse a través de las demás acciones que el ordenamiento jurídico brinda al dañado, entre las que revisten especial importancia las de carácter contractual. El ejercicio de tales acciones habrá de acomodarse, evidentemente, a las normas que las regulan y, señaladamente al principio de relatividad de los contratos que consagra el artículo 1.257 CC. De este modo, sólo será posible dirigirlas frente a quienes se hallen vinculados con el perjudicado por una relación contractual²⁶¹⁸. Cuando esta vinculación no exista, será necesario acudir al régimen de responsabilidad aquiliana o a las normas específicas sobre protección de los consumidores ex artículos 135 y 148 y 149 TRLCU, si se cumplen los requisitos para accionar con base a ellas. No obstante, cuando sea posible accionar contractualmente, la compatibilidad existente con las acciones de la LOE permitirá que, mediante el ejercicio de las de carácter convencional, también se pueda obtener la reparación de los daños amparados por esta norma, es decir, los materiales causados en el edificio, sin sujeción a los plazos de garantía y prescripción que dispone la ley especial. A continuación, analizamos los daños reclamables mediante el ejercicio de acciones contractuales, que comprenden, además de los materiales causados en el edificio, otros que no están cubiertos por la LOE, y que podemos clasificar, sintéticamente, del siguiente modo:

- A) Daños materiales amparados por la LOE
- B) Daños no amparados por la LOE
 - 1. Materiales en el propio edificio excluidos de la LOE
 - a) En construcciones excluidas de la LOE
 - b) En obras o intervenciones excluidas de la LOE
 - c) Derivados de defectos no amparado por la LOE
 - 2. Distintos de los materiales en el propio edificio
 - a) Corporales
 - b) En bienes muebles
 - c) En inmuebles colindantes

²⁶¹⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., "Ley de edificación...", *op. cit.*, p. 2.

²⁶¹⁸ En la actualidad, como precisan ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 965; o MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 255, dado que la LOE atribuye legitimación a los propietarios para dirigirse frente a agentes de la edificación con quienes no han contratado, no procede establecer ninguna excepción al principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC, como las que la jurisprudencia estableció al interpretar el artículo 1.591 de este texto legal. En el mismo sentido *vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., "Régimen jurídico...", *op. cit.*, p. 151

d) Lucro cesante

e) Morales

f) Indirectos (gastos de traslado, mudanzas, alojamiento temporal, obras provisionales, vigilancia, etc.)

A) Los daños materiales amparados por la LOE

La LOE ampara exclusivamente los daños materiales causados en el edificio. Estos daños también pueden ser reclamados mediante la apelación a la responsabilidad contractual, debido a su compatibilidad con la que dispone la ley especial, por lo que el titular del edificio dispondrá de una doble vía para obtener su reparación, pudiendo acumular las acciones correspondientes. De este modo, el propietario perjudicado estará amparado por un doble régimen jurídico, que le facultará para reclamar la reparación de todos los daños sufridos, si bien cuando la condena sólo puede basarse en el incumplimiento contractual —por haber transcurrido el plazo de garantía LOE o por cualquier otra causa—, ésta alcanzará exclusivamente a los agentes constructivos con los que esté vinculado por un contrato, y no a aquellos contra los que únicamente se podía accionar con base en la LOE.

B) Los daños no amparados por la LOE

A continuación, abordamos los daños que sólo pueden ser reclamados con base en la responsabilidad contractual, que serán todos aquellos distintos de los materiales causados en el propio edificio, pero también algunos de estos daños derivados de hechos que no pueden ser calificados como defectos constructivos en el régimen de la LOE, y que sólo pueden merecer tal calificación con arreglo a la dimensión contractual de este concepto.

1. Daños materiales en el propio edificio excluidos de la LOE

a) Daños materiales en construcciones excluidas de la LOE

i) El concepto de edificio como factor crítico

Los artículos 2.1 LOE y 2 del CTE, perfilan el concepto de edificio²⁶¹⁹, con carácter normativo y en un sentido restrictivo, excluyendo del mismo determinadas construcciones, como aquellas 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; las de carácter provisional; las obras menores que no requieren proyecto; o las grandes obras públicas como pantanos, carreteras o diques. En consecuencia, no quedarán amparados por esta norma, todos aquellos daños que no se produzcan en una construcción que pueda ser calificada como “edificio”, en los términos en los que este concepto se define en los artículos 2.1 LOE y 2 CTE. Sí quedarán amparados por la ley especial los daños que afecten al edificio y a sus instalaciones fijas, equipamiento propio y en los elementos de urbanización adscritos a dicho edificio, pero no podrán reclamarse con base en la LOE los defectos constructivos en obras de urbanización no adscritas al edificio²⁶²⁰, o en grandes construcciones tales como refinerías, minas, carreteras, diques, pantanos, presas,

²⁶¹⁹ Vid. *supra* Capítulo Segundo, § II.D).2, sobre el concepto de edificio en el régimen LOE.

²⁶²⁰ Vid. STS de 10 de febrero de 2010 (RJ 2010\528), sobre la exclusión del régimen LOE de las obras de urbanización no adscritas al edificio.

puentes, puertos y obras públicas de este orden²⁶²¹. No obstante, la inclusión o no de estas obras en el ámbito LOE, depende de que se adopte un concepto de edificio restringido —construcción inmobiliaria destinada a la habitación u ocupación humana para desarrollar actividades al resguardo de las inclemencias meteorológicas— o amplio —toda construcción inmobiliaria²⁶²²—. En todos estos supuestos de daños materiales causados en construcciones excluidas de la LOE, el perjudicado podrá ejercitar las correspondientes acciones contractuales, en su caso, con sujeción al régimen establecido en la Ley de Contratos del Sector Público²⁶²³, si se trata de construcciones que tengan el carácter de obra pública sujeta a esta norma.

ii) Referencia a las instalaciones fijas, equipamiento propio y obras de urbanización

Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio (artículo 2.3 LOE). Esta consideración, que deriva de una jurisprudencia anterior a la LOE²⁶²⁴, comporta que las obras que les afecten puedan exigir proyecto; que el mismo y su ejecución deban guardar la necesaria coordinación con el proyecto del edificio al que corresponden; y que a tales obras se extienda el régimen de garantías del artículo 17, cuando se den las circunstancias que establece esta norma. De particular importancia es el concepto de instalaciones fijas y equipamiento propio. Parece claro que dicho concepto abarca a instalaciones tales como ascensores, aparatos de climatización, infraestructura eléctrica, redes de saneamiento, telecomunicaciones, elementos como las piscinas, o instalaciones deportivas, entre otros. Sin embargo, se presta a mayores dudas si este concepto debe abarcar otro equipamiento que no es usual en todos los edificios, pero que puede considerarse propio de algunos de ellos, como puede suceder con el equipamiento propio de determinados edificios industriales. En cualquier caso, parece que la responsabilidad ex LOE no alcanzará a la maquinaria ni a los equipos de trabajo que existan en algunos edificios²⁶²⁵, en cuanto que no se trata de elementos del edificio, por lo que, en estos casos, podría ser de aplicación de forma analógica la exclusión que el artículo 19.9.c) establece respecto de los bienes muebles. Sin embargo, todos estos daños sí estarán amparados por la responsabilidad contractual.

b) Daños materiales en intervenciones u obras excluidas de la LOE

(i) Delimitación de las obras sujetas a la LOE

Tampoco serán reclamables con base en la LOE, aquellos daños que deriven de actuaciones sobre construcciones que tengan la consideración de edificio según esta norma, pero que no reúnan los requisitos para quedar sujetas al régimen

²⁶²¹ Vid. ARNAU MOYA, F, *Los vicios...*, *op. cit.*, p. 187, que considera que estas obras incluidas en el ámbito del artículo 1.591 CC; VIVAS TESÓN, I., “Las clases de obras...”, *op. cit.*, pp. 356 y 357; SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 189.

²⁶²² Vid. COLINA GAREA, R., “La determinación...”, *op. cit.*, pp. 660 a 662, donde se contienen argumentos a favor de la adopción de un concepto amplio de edificio.

²⁶²³ Vid. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 277, de 9 de noviembre de 2017).

²⁶²⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de febrero de 1.990 (RJ 1990\1510).

²⁶²⁵ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 416.

establecido en la ley especial. Así, los artículos 2.2 LOE²⁶²⁶ y 2 CTE determinan las actuaciones que quedan sujetas a la primera norma, cuyo contenido puede concretarse del siguiente modo:

a) Las obras de rehabilitación, ampliación, modificación o reforma que afecten a edificios existentes, están sujetas a la LOE si tienen carácter de intervención total o integral —adecuación estructural, funcional y de remodelación para ampliar la superficie destinada a viviendas o el número de éstas—; o si tienen carácter parcial, siempre que en este caso determinen 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.

b) También están sujetas a la LOE las obras de intervención total o parcial en edificaciones que gocen de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico artístico.

(ii) La exclusión de las obras de reparación

En consecuencia, no quedarán sujetas a la LOE las actuaciones que no se ajusten a los parámetros anteriores, como es el caso de simples obras de reparación²⁶²⁷. De este modo, los defectos constructivos que se deriven de tales obras y los daños que se irroguen por los mismos, no podrán ser reclamados con base en aquella norma, si bien podrán serlo mediante la aplicación de las normas generales que regulan la responsabilidad contractual.

c) Daños materiales derivados de defectos constructivos no amparados por la LOE

(i) Clasificación de los defectos constructivos

El concepto defecto constructivo tiene un ámbito común en la LOE y en la responsabilidad contractual, pero también tiene otro que queda fuera del radio de acción de aquella norma, y que únicamente es tutelado por las normas que disciplinan la responsabilidad contractual. Así, el defecto constructivo en la LOE tiene un alcance más restringido que en la responsabilidad contractual, de modo que todo defecto constructivo ex LOE constituye un defecto en la dimensión contractual de este concepto, pero no a la inversa. En consecuencia, desde la óptica contractual, podrán

²⁶²⁶En concreto quedan sujetas a la LOE, según el artículo 2.2.b) y c), las siguientes actuaciones:

b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose 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” (número 2 del artículo 2, redactado por el número uno de la disposición final tercera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, B.O.E. de 27 junio).

²⁶²⁷Las obras de reparación están excluidas de la LOE, pero pueden quedar dentro del ámbito del artículo 1.591 CC. *Vid.* LÓPEZ ORELLANA, M.J. y CREMADES MORANT, J., “Prescripción de las obras de reparación excluidas de la LOE”, en *Sepin Revista de Propiedad Horizontal*, núm. 289, 2007, pp. 8 a 13; en el mismo sentido GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor...*, *op. cit.*, pp. 108 y 109; el artículo 19.9.d) LOE establece a este respecto que no quedan cubiertos por las garantías obligatorias: “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”.

considerarse como defectos constructivos que generen responsabilidad *ex contractu*, no sólo los incumplimientos de todos los requisitos básicos de la edificación, sino también todos aquellos desajustes entre las características del edificio contratado y el efectivamente ejecutado, incluyendo los incumplimientos de la normativa urbanística, cuando respondan a una anomalía técnico constructiva²⁶²⁸. De este modo, según la clasificación que efectuamos en el Capítulo Sexto § I.B), los defectos constructivos en el ámbito contractual podrían quedar delimitados en algunas de las siguientes categorías:

1. Defectos constructivos que también generan responsabilidad ex LOE
2. Defectos constructivos que no generan responsabilidad ex LOE
 - a) Defectos constructivos que no ampara el artículo 17.1 LOE si no generan daños materiales
 - (i) Incumplimiento de normas técnicas
 - (ii) Defectos estéticos²⁶²⁹
 - b) Defectos constructivos que no ampara el artículo 17.1 LOE por su incompleta remisión al artículo 3.1 LOE²⁶³⁰
 - (i) Defectos ex artículo 3.1.a) LOE, relativos a la funcionalidad, sobre la posibilidad de utilización conforme a las funciones previstas en el edificio; la accesibilidad para personas de movilidad y comunicación reducida; el acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información; y acceso a los servicios postales.
 - (ii) Defectos ex artículo 3.1.b.2) y 3), sobre seguridad en caso de incendio y seguridad en la utilización del edificio, de forma que el uso normal del mismo no suponga riesgo de accidente para las personas
 - c) Desajustes entre el edificio contratado y el entregado que constituyan anomalías constructivas.
 - (i) Diferencias de calidades
 - (ii) Diferencias de cabida

²⁶²⁸No obstante, somos conscientes de que la etiología de cada uno de estos desajustes puede ser muy diferente, y que sólo en algunos casos estará justificada su inclusión como defecto constructivo. Así, una diferencia de cabida en una vivienda, o la mayor ocupación de la superficie de parcela de un edificio que constituya un incumplimiento urbanístico, podrán deberse a un error en el proyecto o en el replanteo de la obra, en cuyo caso estas deficiencias técnicas justificarán su inclusión como defectos constructivos, a efectos de exigir responsabilidad contractual; o podrán deberse a un decisión voluntaria del promotor, en cuyo caso más que defectos constructivos serían defectos “volitivos”.

²⁶²⁹Si el defecto estético tiene una gran entidad, puede ser considerado como un daño en sí mismo; *vid.* SSAP de La Coruña de 9 de octubre de 2012 (AC 2012\1981); de Alicante de 13 de julio de 2009 (JUR 2009\368879); o de León de 9 de diciembre de 2011 (JUR 2012\37480).

²⁶³⁰Estos defectos podrían encontrar amparo en la LOE, en virtud de la cláusula residual que contiene el apartado 3.1.c.4), “*sobre otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*”; *vid.* SAP de Asturias de 6 de marzo de 2012 (JUR 2012\115829), sobre el artículo 3.1.c.4), incardinando defectos varios en el mismo, en cuanto que impiden un uso satisfactorio del edificio.

(iii) Incumplimientos urbanísticos

(iv) Otros desajustes

(ii) Remisión

Todos los daños que deriven de defectos constructivos que no generan responsabilidad con base en la LOE, indicados en el apartado 2 de la clasificación anterior, no podrán ser reclamados con base en esta norma, si bien podrán serlo mediante la aplicación de las normas generales que regulan la responsabilidad contractual. El estudio de estos defectos constructivos y los daños que originan lo hemos realizado en el Capítulo Sexto I.

2. Daños distintos de los materiales causados en el propio edificio

Se trata de daños que están excluidos de la LOE en cuanto que son distintos de los materiales causados en el edificio, exclusión que se deduce del artículo 17.1 LOE y corrobora el artículo 19.9, en sus apartados a), b) y c)²⁶³¹. Entre estos daños cabe destacar los daños corporales, los causados a inmuebles contiguos o adyacentes, los daños a los bienes muebles existentes en el edificio, el lucro cesante, los daños morales y aquellos otros que el artículo 19.9.a) engloba bajo la alusión a “*otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley*”. Sin embargo, todos los anteriores perjuicios podían ser reclamados en el régimen anterior a la LOE, con base en el artículo 1.591 CC, y podrán serlo ahora con base en las acciones contractuales.

a) Daños corporales

El daño corporal es un daño extrapatrimonial y personal que recae sobre el propio cuerpo y que afecta a la integridad física y psíquica de la persona, viniendo determinado por el menoscabo de una de ellas o de ambas. Se trata de un daño reparable vinculado al derecho a la salud²⁶³². Dentro de los conceptos indemnizables habrán de contemplarse entre otros, la incapacidad temporal, las secuelas, las incapacidades permanentes, el *pretium doloris*, el daño estético, el daño reflejo o de rebote o el daño moral puro²⁶³³. Ciertamente, no serán los daños más frecuentes, pero podrán concurrir no sólo en situaciones límite en las que se produzca el derrumbamiento de un edificio con personas en su interior, sino en otros escenarios en los que los vicios constructivos originen diversas patologías, como desprendimientos de piezas de fachadas que impacten en los propietarios de los inmuebles²⁶³⁴. En estos casos, además de la necesaria relación de causalidad, habrá

²⁶³¹Este precepto establece: “*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. (...)*”.

²⁶³²Vid. VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinado por L.F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 360 a 364.

²⁶³³*Ibidem*, pp. 364 a 378.

²⁶³⁴En caso de que impacten sobre terceros estos podrán ejercitar las correspondientes acciones de responsabilidad extracontractual con base en los artículos 1907 o 1.909 CC, o, en su caso, 1.902, según proceda.

de acreditarse el importe del daño corporal, lo que requiere una previa valoración en función de las lesiones sufridas. Sin embargo, en nuestro ordenamiento no existe un sistema general para la valoración del daño corporal. Tan sólo en el marco de la responsabilidad civil derivada de la circulación a vehículos a motor existe este sistema, conocido como “baremo de tráfico”, y plasmado en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación²⁶³⁵. Este baremo no es de aplicación obligatoria fuera de este ámbito, si bien puede cumplir una función orientativa²⁶³⁶, que puede servir para unificar criterios y reducir el margen de discrecionalidad judicial en la valoración del daño corporal²⁶³⁷.

b) Daños causados a inmuebles contiguos o adyacentes

Se trata también de daños no amparados por la LOE, expresamente excluidos en el artículo 19.9.b), salvo pacto en contrario, en relación a las garantías que instrumenta este precepto. Esta exclusión está en consonancia con la exclusiva legitimación que la LOE concede al propietario del edificio que padece los defectos constructivos, para el ejercicio de las acciones que regula. En estos casos, los propietarios de los inmuebles contiguos no podrán ejercitar las acciones de la LOE, pero podrán ejercitar acciones de responsabilidad extracontractual contra el promotor, los propietarios o los agentes de la edificación responsables, con base en los artículos 1907 o 1909 CC, o, en su caso, 1.902 CC, en función de cuál sea la causa del defecto constructivo que origine los daños²⁶³⁸. En cualquier caso, si el propietario o el promotor debieran responder frente a los perjudicados, si la causa de los defectos constructivos no les es imputable, tendrán la correspondiente acción de repetición contra el causante material del daño, la cual podrá articularse por vía contractual, de modo que el importe asumido integrará, como una partida más, la reclamación contra el responsable de los defectos constructivos. De este modo, por esta vía de regreso, la responsabilidad contractual también cumple la función de garantizar la indemnidad del propietario.

c) Daños en bienes muebles

Como sucede en los casos anteriores y por las mismas razones, tampoco la LOE ampara la reclamación de estos daños. Así, el artículo 19.9.c) excluye de cobertura, salvo pacto en contrario, los daños en los bienes muebles situados en el edificio. *A fortiori* tampoco quedarán amparados los daños causados a bienes muebles situados fuera del edificio. Sin embargo, todos estos daños también podrán ser reclamados por vía contractual, en los términos apuntados en los epígrafes precedentes o, en caso de ser terceros los titulares de estos bienes, con base en las acciones extracontractuales antes citadas. Como hemos señalado, esta exclusión puede revestir especial importancia en el caso de edificios de uso industrial, en el que

²⁶³⁵BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015.

²⁶³⁶Vid. SSTS de 18 junio de 2013 (RJ 2013\4376) que confirma la línea de aplicación de este baremo con carácter orientativo no vinculante, marcada por sentencias precedentes como las de 30 marzo 2012 (RJ 2012\4529), 13 de junio de 2006 (RJ 2006\3129), 27 de noviembre de 2006 (RJ 2006\9119) o 7 de mayo de 2009 (RJ 2009\2915). En el mismo sentido SAP Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de junio de 2017 (AC 2017\958), que aplica el baremo de tráfico con carácter orientativo.

²⁶³⁷XIOL RÍOS, J.A., “Posición actual del Tribunal Supremo...”, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

²⁶³⁸Vid. sobre este punto *supra*, Capítulo Primero § II.C).3 sobre la responsabilidad extracontractual por daños a los terceros.

estos bienes muebles pueden ser máquinas o equipos de trabajo de gran valor, que en muchas ocasiones tendrán la consideración de inmuebles por incorporación ex artículo 334.5º CC y que tampoco estarían amparados por la LOE.

d) Lucro cesante

i) Concepto y prueba

En el caso de edificios destinados a actividades empresariales o que sean objeto de explotación económica, la existencia de defectos constructivos puede determinar la necesidad de paralizarlas, lo cual podrá generar daños y perjuicios de consideración, entre los que cabe destacar el lucro cesante. Mientras que el daño emergente (*damnum emergens*) es una pérdida real y efectiva directamente constatable, el lucro cesante (*damnum cessans*), como indica PUIG BRUTAU²⁶³⁹, es inicialmente una pérdida invisible, que se sustenta en la presunción de como habrían sucedido los acontecimientos de no acaecer el evento dañoso. El lucro cesante o ganancia dejada de obtener, aparece reflejado en el artículo 1.106 CC, y queda sujeto al *onus probandi* que atribuye al perjudicado la tarea de probar los perjuicios reclamados. Sin embargo, su prueba y cuantificación implica una labor prospectiva, distinta de la prueba directa que opera respecto del daño emergente, y que entraña la valoración futura de unos ingresos contingentes, lo cual introduce un margen de indeterminación mayor, que obliga a la jurisprudencia a buscar el equilibrio entre los “sueños de riqueza” de la víctima, y la exigencia de una prueba estricta de los ingresos dejados de obtener²⁶⁴⁰. Frente a la prueba directa del daño emergente, en el caso del lucro cesante se habrá de articular una prueba indirecta o probabilística²⁶⁴¹. De este modo, será necesario acreditar la probabilidad de las ganancias, en el sentido de demostrar que éstas hubieran resultado del curso normal de los negocios²⁶⁴². Así, habrán de probarse el nexo causal y el beneficio o los ingresos dejados de percibir bajo criterios de razonabilidad, pero sin exigir mayor rigor ni aplicar un criterio restrictivo²⁶⁴³. En estos casos, la prueba no puede derivar sólo de la contabilidad o de informes periciales, sino que habrá que acudir a prueba indirectas y a criterios presuntivos, debiendo exigirse mayor rigor probatorio cuanto mayor sea el periodo de tiempo por el que se reclame el lucro cesante²⁶⁴⁴.

ii) Supuestos admisibles

En el ámbito de este concepto, la jurisprudencia dictada en torno al artículo 1.591 CC, ha admitido la indemnización de partidas como las rentas dejadas de percibir, por razón de los contratos de arrendamientos de viviendas que hubieron de ser desalojadas por la ruina del inmueble; o la rebaja en la renta de las viviendas arrendadas por la existencia de defectos constructivos²⁶⁴⁵; o los ingresos netos

²⁶³⁹ Vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II..., *op. cit.*, pp. 181 a 184.

²⁶⁴⁰ Vid. MARTÍN DEL PESO, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil, aspectos fundamentales*, coordinado por J.A. Seijas Quintana, Sepin, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 94 y 95.

²⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 96.

²⁶⁴² PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II..., *op. cit.*, p. 184.

²⁶⁴³ VICENTE DOMINGO, E., “El daño...”, *op. cit.*, pp. 344 a 349.

²⁶⁴⁴ Vid. MARTÍN DEL PESO, R., “La indemnización...”, *op. cit.*, pp. 95 y 96.

²⁶⁴⁵ SAP Barcelona de 1 de diciembre de 2017 (JUR 2018\18490).

dejados de percibir por una empresa cuyo establecimiento tuvo que ser desalojado por los defectos constructivos²⁶⁴⁶.

e) Daños morales

i) Concepto de daño moral

En principio el daño moral podría definirse como todo daño no patrimonial²⁶⁴⁷. La STS de 15 de julio de 2011²⁶⁴⁸ identifica el daño moral “*con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido*”. Este daño en sentido estricto no es susceptible de ser evaluado en dinero, pues no existe en rigor un “*pecunia doloris*”, por lo que, en principio, no podría ser indemnizado, puesto que el dinero no puede borrarlo al afectar a bienes o derechos que no circulan en el tráfico jurídico y no se puede reponer²⁶⁴⁹. No obstante, sí puede ser compensado con una suma de dinero que aporte a la víctima otras satisfacciones que atenúen o compensen ese daño moral²⁶⁵⁰, por lo que su resarcimiento hoy día se admite por la jurisprudencia con la máxima amplitud²⁶⁵¹.

ii) Su reconocimiento en nuestro Derecho

MANRESA²⁶⁵² admite el carácter resarcible del daño moral frente a la posición clásica, fundada en su omisión en el Código de Napoleón y en la imposibilidad de determinar la equivalencia entre daño moral y reparación pecuniaria. Cita este autor la STS de 6 de diciembre de 1912²⁶⁵³, que otorga carta de naturaleza al resarcimiento

²⁶⁴⁶ Vid. STS de 18 de junio de 1998 (RJ 1998\5064). ESTRUCH ESTRUCH, J, “Régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 137.

²⁶⁴⁷ Vid. MARTÍN-CASALS, M., “La «modernización»...”, *op. cit.*, pp. 108 a 110, que distingue tipológicamente el daño moral entre daño anatómico-funcional o daño moral objetivo; pérdida de calidad de vida o daño moral subjetivo; y daño moral puro. En el mismo sentido NAVARRO MENDIZÁBAL, I. y VEIGA COPO, A.B., *Derecho de Daños*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 155 a 162, señalan como la doctrina y jurisprudencia francesa ha establecido diversas categorías admisibles de daño moral (pérdida de agrado, perjuicio sexual, perjuicio estético, perjuicio de afecto, padecimientos físicos y psicofísicos, perjuicio de ocio, perjuicio juvenil), y como este concepto está presidido por las notas de heterogeneidad y dinamismo, sin que la enumeración citada pueda tener carácter cerrado dada la mutabilidad inherente a esta materia.

²⁶⁴⁸ RJ 2011\5123, que, no obstante, rechaza su resarcimiento en el caso de autos arguyendo que “la existencia de un vicio constructivo no lleva aparejada de forma inseparable la situación de “zozobra e intranquilidad” que refiere la sentencia, ni supone tampoco la frustración del deseo de obtener una vivienda en circunstancias óptimas para ser habitada”.

²⁶⁴⁹ VICENTE DOMINGO, E., “El daño...”, *op. cit.*, pp. 350.

²⁶⁵⁰ Vid. PINTO MONTEIRO, A., “La indemnización por daños no patrimoniales en debate: ¿existe también en la responsabilidad contractual?, ¿también a favor de las personas jurídicas?”, en *100 años de la Revista de Derecho Privado, 1913-2013*, dirigido por S. Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2014, p. 12. Indica este autor que la STS de 6 de diciembre de 1912 principia el reconocimiento y construcción del concepto de daño moral y su reparación al amparo del artículo 1902 CC.

²⁶⁵¹ Vid. PANTALEÓN, F., “Comentario al artículo 1902”,..., *op. cit.*, p. 1992.

²⁶⁵² MANRESA Y NAVARRO, J.M., “Comentario al artículo 1902 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo XII, revisada por J.J. Gómez Ysabel, 6ª ed., Reus, Madrid, 1973, pp. 859 y 860.

²⁶⁵³ Vid. MARÍN GARCÍA, I. y MILÁ RAFEL, R., “Daño moral contractual”, en *El daño moral y su cuantificación*, dirigido por F. Gómez Pomar e I. Marín García, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, p. 246, que indican, citando la expresión que recoge la STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006\6548), que

del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual en nuestro ordenamiento, invocando como precedente el cuerpo legal de Las Siete Partidas —Ley 21, Título IX, de la Partida 7^a—. Dicha sentencia reconoce el carácter indemnizable del daño moral y condena a una editorial por una publicación ofensiva contra una joven²⁶⁵⁴. Posteriormente este reconocimiento se extiende al ámbito contractual con la STS de 9 de mayo de 1984²⁶⁵⁵. De este modo, el daño moral²⁶⁵⁶ no es una excepción al régimen general de responsabilidad civil, a pesar de la dificultad inherente a su cuantificación²⁶⁵⁷. El fundamento del mismo estriba en el carácter integral de la reparación que establece el artículo 1.101 CC, en paralelo con el 1902 CC en el ámbito extracontractual²⁶⁵⁸. De este modo, la jurisprudencia reconoce con amplitud el daño moral aún en el caso de incumplimientos de marcado carácter y eficacia patrimonial²⁶⁵⁹. Dentro del mismo merece destacarse el derivado de contaminación acústica, que tiene su base en el artículo 1.908 CC en cuanto regula las inmisiones causantes de daños²⁶⁶⁰.

iii) El daño moral por defectos constructivos

Los daños morales tampoco podrán ser indemnizados con arreglo a la LOE, aunque podrán ser reclamados con base en la responsabilidad contractual. La jurisprudencia también reconoció el resarcimiento de dichos daños, en determinados supuestos, bajo la aplicación del artículo 1.591 CC²⁶⁶¹. En este sentido, el Tribunal Supremo, tras algunas vacilaciones²⁶⁶², más recientemente admite con carácter general la reclamación del daño moral por defectos constructivos con las SSTS de 13

el daño moral es producto de un “descubrimiento jurisprudencial”, que se inicia con esta STS de 6 de diciembre de 1912.

²⁶⁵⁴ Vid. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., “La reparación del daño moral y los derechos de la personalidad”, *Act. Civ.*, núm. 22, 2010, pp. 2.619 a 2.622 (versión digital, LA LEY 14396/2010), que comenta esta sentencia y señala como en ella se efectúan una serie de consideraciones que constituyen el fundamento de nuestra doctrina jurídica en esta materia, a pesar del tiempo transcurrido.

²⁶⁵⁵ RJ 1984\2403. Esta sentencia concede una indemnización por daño moral a un abogado por la omisión por la Compañía Telefónica Nacional de España, de sus datos profesionales en las guías telefónicas. Por su parte, la STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006\6548), concede una indemnización por daño moral por pérdida de oportunidad procesal al dejar el procurador transcurrir el plazo para formalizar un recurso.

²⁶⁵⁶ Indica PINTO MONTEIRO, A., “La indemnización...”, *op. cit.*, pp. 120 y 121, que los daños que nos ocupan, más que como daños morales, podrían encuadrarse en la categoría más amplia de daños no patrimoniales, quedando limitada la categoría de daños morales a los derivados de la ofensa a bienes o valores morales, como la honra o el buen nombre o la reputación.

²⁶⁵⁷ Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Concepto de daño moral”, en *El daño moral y su cuantificación*, dirigido por F. Gómez Pomar e I. Marín García, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, pp. 27 a 31.

²⁶⁵⁸ Vid. sobre la fundamentación de la indemnización del daño moral contractual PINTO MONTEIRO, A., “La indemnización...”, *op. cit.*, pp. 123 a 129.

²⁶⁵⁹ MARTÍN DEL PESO, R., “El daño moral: determinación y cuantía algunos aspectos de su problemática jurisprudencial”, en *Derecho de Daños 2013*, coordinado por M.J., Herrador Guardia, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 308 a 313.

²⁶⁶⁰ VICENTE DOMINGO, E., “El daño...”, *op. cit.*, pp. 358 y 359, que cita la STS de 5 de marzo de 2012 (RJ 2012\2974).

²⁶⁶¹ SSTS de 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8097), 12 de julio de 1999 (RJ 1999\4740) o 26 de noviembre de 2001 (RJ 2001\9524).

²⁶⁶² Vid. STS de 31 de octubre 2002 (RJ 2002\9736) y 7 marzo de 2005 (RJ 2005\2214), que negaron la indemnización del daño moral derivado de vicios ruinógenos, aduciendo que de una lesión patrimonial no puede derivarse un daño en la esfera espiritual, existiendo daño moral sólo cuando se atenta contra un derecho inmaterial de la persona.

de abril de 2012²⁶⁶³ y 10 de octubre de 2012²⁶⁶⁴. Dicho daño debe ser indemnizado junto al daño patrimonial, con base en reglas específicas como el artículo 1.591 o en las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual²⁶⁶⁵. En este sentido, ha de hacerse notar, que la necesidad de abandonar una vivienda por defectos constructivos, además de los gastos derivados de la mudanza y alojamiento en otra de similares características, genera un quebranto moral a sus ocupantes, sin descartar el temor y angustia que estas situaciones ocasionan, incluso con peligro de la vida en determinadas situaciones. Así lo ha reconocido la jurisprudencia²⁶⁶⁶, debiendo destacarse en este punto que los daños morales son compatibles con la indemnización de los daños corporales. En concreto, este daño moral por defectos constructivos puede derivar de situaciones en las que no se puede usar la vivienda por este motivo; o de cuando los defectos constructivos ocasionan daños físicos o psíquicos; o de cuando originan angustia, temor o frustración. No obstante, en ocasiones no se considera acreditado por la exclusiva manifestación de dichos padecimientos, si no se prueban las repercusiones psico-afectivas. Además, cuando se produce la privación de la vivienda, se consideran de inferior entidad si afectan a una segunda residencia o una vivienda cuyo propietario la tiene alquilada²⁶⁶⁷.

iv) Precisiones sobre el daño moral y la responsabilidad contractual

La jurisprudencia admite la indemnización por daño moral en la responsabilidad contractual²⁶⁶⁸, aunque los derechos de la personalidad no puedan ser objeto de contrato, pues un incumplimiento contractual que origine una lesión patrimonial puede generar este tipo de daño²⁶⁶⁹. No obstante, debe tenerse presente que cuando los daños no se hayan causado dolosamente, el vendedor o contratista no deberá responder si los daños no fueron previstos o no se habían podido prever al tiempo de constituirse la obligación, según dispone el artículo 1.107 CC²⁶⁷⁰. En este sentido, la STS de 15 de julio de 2011²⁶⁷¹ señala que el incumplimiento contractual genera la

²⁶⁶³RJ 2012\5902.

²⁶⁶⁴RJ 2013\537. Esta última resolución dispone que “esta sala ya se ha pronunciado sobre la posibilidad que los demás daños morales pueden resultar indemnizados en los supuestos de ruina o vicios constructivos de la calificación por el impacto, trastorno o angustia ocasionada por el necesario abandono de la vivienda familiar (SSTS de 22 noviembre 2004 y 15 julio 2011 (RJ 2011, 5123))”.

²⁶⁶⁵Vid. MARTIN DEL PESO, R., “El daño moral...”, *op. cit.*, pp. 308 a 313.

²⁶⁶⁶La SAP de Córdoba de 12 de mayo de 2003 (2003\151774), indica sobre el daño moral por defectos constructivos que los propietarios “han sufrido y están sufriendo una sensación de inquietud, ansiedad, temor a males mayores incluso pudiendo peligrar la vida en un derrumbamiento inopinado y total impotencia ante sus justas reclamaciones desatendidas y que les han llevado a tener que acudir a los Tribunales”. Dicha resolución, partiendo de la dificultad de cuantificarlo, invoca la STS de 12 de julio de 1999 (RJ 1999\4740), para justificar la procedencia de indemnizarlo acotando dicho daño como “el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que determinadas conductas, actividades e incluso resultados pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la media de lo posible, una compensación a la aflicción causada”.

²⁶⁶⁷Vid. el análisis de MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Nº 2472 Defectos constructivos...”, *op. cit.*, pp. 156 a 158; *vid.* SAP de Pontevedra de 8 de febrero de 2007 (JUR 2007\88305).

²⁶⁶⁸Vid. SERRANO RUIZ, M.A., “Daño moral por vicios de construcción”, *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 29, 2012, p. 13, destaca dos posibilidades para reclamar el daño moral por defectos constructivos. Una con base en el artículo 149 TRLCU, al no estar este daño cubierto por un régimen legal específico; otra con base en la responsabilidad contractual en base a la remisión del artículo 128.2º TRLCU.

²⁶⁶⁹NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. y VEIGA COPO, A.B., *Derecho de Daños...*, *op. cit.*, p. 78.

²⁶⁷⁰Vid. en este sentido STS de 7 de marzo de 2005 (RJ 2005\2214).

²⁶⁷¹RJ 2011\5123. Pese a ello en el caso de autos no se consideró acreditado.

obligación de responder del daño moral, siempre que del contenido del contrato se desprenda una obligación especial de diligencia para cubrir los daños morales derivados de su incumplimiento²⁶⁷². Sin embargo, en el caso de adquisición de una vivienda puede considerarse como daño moral previsible, la privación de sus elementos privativos o comunes, cuando han tenido que desalojar los inmuebles por defectos constructivos o por retraso en su entrega²⁶⁷³.

v) Cuantificación

El problema del daño moral estriba en su cuantificación, si bien, como principio rector, se ha de partir de su carácter compensatorio, ante la imposibilidad de determinar el alcance de la indemnidad en este tipo de daños; y de que esta materia está presidida por la imprecisión²⁶⁷⁴, lo que da lugar a diferencias de criterio importantes entre los distintos órganos judiciales²⁶⁷⁵.

f) Daños indirectos

Cuando como consecuencia de los defectos constructivos es necesario desalojar el inmueble, total o parcialmente, para acometer su reparación, se producen unos daños y perjuicios inevitables, constituidos por los gastos derivados de su desalojo, de mudanzas, del alojamiento de sus propietarios en otro edificio, traslados, de vigilancia, de abono de cantidades vinculadas a la propiedad del inmueble que no puede ser utilizado —intereses de préstamos hipotecarios²⁶⁷⁶, fundamentalmente, IBI, tasas municipales, suministros, etc.—, incrementos de gastos generales²⁶⁷⁷. Se trata de daños que la jurisprudencia dictada bajo la aplicación del artículo 1.591 CC²⁶⁷⁸, reconoció como daños indemnizables, que ahora no son reclamables en base a la LOE, pero que podrán serlo con base en las acciones de responsabilidad contractual²⁶⁷⁹.

²⁶⁷²La STS de 10 de octubre de 2012 (RJ 2013\537), no aclara si la condena a los daños morales derivados de defectos constructivos se efectúa en virtud de la acción contractual o de la del artículo 1.591 CC, pues se acumularon ambas, si bien entendemos que tal precisión no era necesaria, pues la condena podía basarse en cualquiera de ellas.

²⁶⁷³Vid. MARÍN GARCÍA, I. y MILÁ RAFEL, R., "Daño moral contractual...", *op. cit.*, pp. 267 a 269.

²⁶⁷⁴Vid. PANTALEÓN, F., "Comentario al artículo 1902",..., *op. cit.*, p. 1992, que alude en este punto a la incertidumbre en materia de valoración de daño moral.

²⁶⁷⁵Vid. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. y VEIGA COPO, A.B., *Derecho de Daños...*, *op. cit.*, pp. 174 a 183.

²⁶⁷⁶Así, la STS de 27 de abril de 1989 (RJ 1989\3268), reconoce como indemnizables los intereses de los préstamos hipotecarios desde el momento en que debieron ser entregadas las viviendas, hasta que, una vez reparados los vicios constructivos, pudieron ser ocupadas; *vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., "Régimen jurídico...", *op. cit.*, p. 134 y 135.

²⁶⁷⁷Vid. SAP de Madrid de 31 de marzo de 2016 (JUR 2016\142406), en la que se estima parcialmente la reclamación de la constructora al suministrador, por el incremento de gastos generales que le supuso la instalación de un material cerámico defectuoso, y que cifra en el 13% del coste de las obras de reparación.

²⁶⁷⁸En este sentido SSTS de 21 de junio de 1999 (RJ 1999\4390) o 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8097). Esta última establece que dichos gastos deben satisfacerse de modo anticipado.

²⁶⁷⁹ESTRUCH ESTRUCH, J., "Régimen jurídico...", *op. cit.*, pp. 133 y 134.

III. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DE LOS DAÑOS

A) Las acciones ejercitables y su acumulación

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en función del tipo de daños que se hayan originado, éstos se podrán reclamar mediante las acciones que establece la LOE o mediante las de carácter contractual²⁶⁸⁰, por lo que habrá que acumular las de ambas clases para poder exigir responsabilidad por la totalidad de daños y perjuicios que se hayan producido, sin perjuicio de que, en determinados casos, se puedan ejercitar las acciones de carácter extracontractual o las específicas de los artículos 135 y 148 y 149 TRLCU. Esta acumulación²⁶⁸¹ es tanto o más necesaria, si se tiene en cuenta el efecto preclusivo que puede ocasionar la “cosa juzgada virtual” del artículo 400 LEC²⁶⁸². En particular, puesto que existe un ámbito objetivo común, en lo que respecta a los daños materiales causados en el edificio, los mismos se podrán reclamar en base a ambos tipos de acciones, siendo recomendable su acumulación para soslayar el efecto preclusivo del citado artículo 400 LEC.

B) La prueba del daño

Para entablar con éxito una reclamación por daños y perjuicios originada por defectos constructivos, en lo que respecta al objeto de dicha reclamación, será preciso cumplir el *onus probandi* que el artículo 217 LEC impone a todo demandante. De este modo se habrán de probar las siguientes circunstancias: (i) la existencia del daño; (ii) la relación de causalidad; (iii) su producción dentro del correspondiente plazo de garantía cuando se ejerciten acciones ex LOE; (iv) y su cuantificación.

1. La existencia del daño

En este punto la jurisprudencia ha admitido, en ocasiones, que el daño constituye una consecuencia casi ontológica del propio defecto constructivo. En este sentido la STS de 29 de noviembre de 1990²⁶⁸³, en relación con una edificación que padecía vicios constructivos, dispone que el propio incumplimiento *per se* genera daños, aunque difiera a ejecución de sentencia su cuantificación. Por el contrario, en otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha exigido la demostración del daño como presupuesto previo para exigir la responsabilidad correspondiente²⁶⁸⁴. No obstante, no será de gran dificultad acreditar la existencia de daños materiales en el edificio, bastando al efecto su constatación por cualquier medio de prueba admitido en

²⁶⁸⁰O, en su caso, extracontractuales o basadas en los artículos 135 o 149 TRLCU.

²⁶⁸¹Vid. *supra* Capítulo Tercero, § III.A).2, sobre la acumulación de acciones.

²⁶⁸²Vid. *supra* Capítulo Tercero, § III.B), sobre la cosa juzgada virtual. En este punto deben distinguirse aquellos casos en los que las acciones acumuladas se dirigen a reclamar la misma pretensión; de aquellos en los que cada una de las acciones se encamina a exigir una pretensión diferente, pues en este segundo escenario su no acumulación no originará la preclusión del artículo 400 LEC, que se refiere a los casos en los que una misma pretensión puede basarse en diferentes acciones, pero no cuando se trata de pretensiones diferentes, las cuales podrían encauzarse en procesos distintos. Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Nº 2472. Defectos constructivos...”, *op. cit.*, pp. 150 a 152, sobre acumulación de una acción del artículo 1.591 CC para reclamar por ciertos defectos constructivos, con una acción de responsabilidad contractual para exigir una cláusula penal por el retraso en la entrega de unas viviendas y para exigir la entrega de unos planos. Sin embargo, según nuestro criterio, cuando se reclaman daños y perjuicios materiales en el edificio junto a otros de otra índole —en bienes muebles, morales, etc.—, siempre se planteará la duda de si trata de una única pretensión múltiple o de dos diferentes.

²⁶⁸³RJ 1990\9059.

²⁶⁸⁴Vid. STS de 18 de febrero de 1993 (RJ 1993\1245).

derecho, entre los que cabe destacar un acta notarial de constancia de hechos con incorporación de fotografías o la realización de un informe pericial que describa e identifique los mismos. Mayor dificultad puede comportar la prueba de otro tipo de daños, como el lucro cesante o los de carácter moral.

2. La relación de causalidad

También constituye un requisito indispensable para entablar con éxito la reclamación que proceda, el acreditar la existencia del nexo causal entre los defectos constructivos y los daños y perjuicios padecidos. Sin embargo, en lo que respecta a los daños materiales en el edificio, el carácter cuasi-objetivo de la responsabilidad que establece la LOE, ha motivado que se haya trasladado a este régimen sin solución de continuidad, la presunción de nexo causal característica del artículo 1.591 CC, por lo que en la praxis la prueba de este requisito se ha flexibilizado. Además, esta presunción también se proyecta en cierta medida al ámbito contractual, de modo que en este punto no existen diferencias relevantes. Sin embargo, esta presunción no opera respecto de otro tipo de daños que no sean los materiales en el propio edificio. Esta cuestión la hemos abordado en el Capítulo Séptimo, § I.C).2, en lo que respecta al régimen de la LOE, y en ese mismo capítulo, § II.D) en relación a la responsabilidad contractual.

3. La prueba de su producción dentro del plazo de garantía en las acciones ex LOE

Al igual que en el régimen del artículo 1.591 CC, la reclamación de responsabilidad ex LOE, requiere acreditar que la producción de los daños materiales en el edificio ha acaecido dentro de los plazos de garantía²⁶⁸⁵. Es decir, la existencia de un daño material producido dentro de un determinado lapso temporal. La reducción de estos plazos que efectúa la LOE, dota de mayor dificultad a este requisito, en tanto que la producción del daño en el correspondiente periodo de garantía, opera como presupuesto indispensable para que nazca la responsabilidad que dispone la ley especial. En consecuencia, el dañado habrá que extremar la diligencia en orden a preconstituir aquellas pruebas que permitan constatar que los defectos constructivos se produjeron dentro de los plazos de garantía, de forma suficiente para que surtan efecto respecto de terceros.

4. La cuantificación de los daños

a) La importancia de la prueba pericial

En la cuantificación de los daños adquiere una notoria relevancia la prueba pericial, por ser ésta una labor esencialmente técnica²⁶⁸⁶. En la práctica, pese a la ausencia de una específica previsión legal a este respecto, se observa una tendencia a practicar la prueba pericial de forma conjunta, para promover el debate entre los

²⁶⁸⁵ Vid. artículo 217 LEC en cuanto a la distribución de la carga de la prueba. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 615 y 616, indica que el perjudicado demandante debe probar que los daños se produjeron dentro del periodo de garantía, al igual que sucedía bajo el régimen del artículo 1591; SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley...*, op. cit., pp. 126 a 128. Vid. en este sentido STS 17 de junio de 2002 (RJ 2002\4903); SAP Barcelona de 19 de enero de 2018 (JUR 2018\84362); o SAP de Jaén de 20 de octubre de 2014 (JUR 2015\46276).

²⁶⁸⁶ Sobre la importancia y práctica de la prueba pericial en los procesos sobre vicios constructivos, vid. MAGRO SERVET, V., *La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación*, La Ley, Las Rozas, 2007.

peritos²⁶⁸⁷. Esta tendencia persigue impulsar una participación activa, real y efectiva de los peritos en el juicio o vista, como medio de aportar la mayor información al juzgado, a fin de que el juzgador pueda evaluar la cualificación de cada perito y contrastar los elementos de sus respectivos dictámenes: método científico aplicado, sometimiento a comprobación de los resultados habidos, conclusiones a las que ha llegado y posibles alternativas²⁶⁸⁸. Aunque, en principio, se podría afirmar el mayor valor de la prueba pericial judicial, por la presunta mayor imparcialidad del perito designado por el juzgado, o por la información más global y menos sesgada que recibe, la valoración del dictamen pericial no depende del modo de designación del perito, sino de la razonabilidad, verosimilitud, fiabilidad, certeza y fundamentación de su contenido²⁶⁸⁹.

b) Precisiones respecto a algunos tipos de daños

i) Daños corporales

En supuestos graves, los defectos constructivos pueden causar, además de daños materiales, otros de tipo personal como la muerte o lesiones físicas. Sin embargo, no existe en nuestro ordenamiento un régimen general para la valoración de los daños corporales o la muerte. Tan sólo en el marco de la responsabilidad civil derivada de la circulación a vehículos a motor, existe el que se conoce como “baremo de tráfico”, cuya redacción vigente se debe a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación²⁶⁹⁰. Este sistema no es de aplicación obligatoria fuera de este ámbito, si bien puede cumplir una función orientativa²⁶⁹¹ para unificar criterios y reducir el margen de discrecionalidad judicial en la valoración del daño corporal.²⁶⁹² El citado baremo fija unas indemnizaciones a favor del perjudicado que incluyen los daños morales, salvo en determinados supuestos de especial gravedad, en los que se pueden reclamar perjuicios morales complementarios²⁶⁹³. Actualmente se advierte como tendencia generalizada, la aplicación del baremo de accidentes de

²⁶⁸⁷ Vid. SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 254 a 260, resaltan la importancia de que los peritos asistan a la vista y de que sus informes se sometan a la crítica de los demás, con base en el artículo 347.1.5º LEC, en una suerte de “careo” que se articula mediante la práctica de la prueba pericial de forma conjunta.

²⁶⁸⁸ Vid. CALAZA LÓPEZ, S., “El dictamen de peritos”, *Act. Civ.*, núm. 9, tomo 2, 2014, p. 917.

²⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 915.

²⁶⁹⁰ BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015.

²⁶⁹¹ Vid. STC de 3 de noviembre de 2014 (RTC 2014\178); las SSTS de 18 junio de 2013 (RJ 2013\4376) o 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012\10433), confirman la línea de aplicación de este baremo con carácter orientativo no vinculante, marcada por sentencias precedentes como la de 13 de junio y 27 de noviembre de 2006 y 7 de mayo de 2009. En el mismo sentido SAP Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 junio de 2017 (AC 2017\958). Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 868, artículo 5192-12, que atribuye a este tipo de baremos el efecto de acreditar el valor del daño en otros sectores distintos, aunque con la posibilidad de probar que se ha sufrido un perjuicio superior.

²⁶⁹² XIOL RÍOS, J.A., “Posición actual...”, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

²⁶⁹³ Vid. NIETO ALONSO, A., “Daños morales derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación contractual (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *ADC*, Vol. LIX, núm. III, 2006, pp. 1.130 a 1.137.

circulación a los daños morales por muerte derivados de hechos producidos en otros ámbitos²⁶⁹⁴.

ii) Lucro cesante

En el caso del lucro cesante, frente a la prueba directa que se requiere respecto del daño emergente, se habrá de articular una prueba indirecta o probabilística²⁶⁹⁵. Está *probatio* debe ir dirigida a acreditar la probabilidad de las ganancias que hubieran resultado del curso normal de los negocios²⁶⁹⁶, bajo criterios de razonabilidad, pero sin exigir mayor rigor ni aplicar un criterio restrictivo²⁶⁹⁷. En estos casos se podrá apelar a la prueba indirecta y a criterios presuntivos, debiendo exigirse mayor rigor probatorio cuanto mayor sea el periodo de tiempo por el que se reclama el lucro cesante²⁶⁹⁸.

iii) Daño moral

La cuantificación del daño moral es una cuestión de gran dificultad, debido a su carácter esencialmente no patrimonial. Por este motivo, la jurisprudencia considera suficiente la prueba del hecho que genera el daño moral, sin que se requiera una prueba específica y adicional sobre su exacta cuantificación, pues lo anterior constituiría una *probatio diabólica*²⁶⁹⁹. Así, se admite que sea el juzgador el que fije su importe con criterios discrecionales razonables o mediante el recurso a la equidad²⁷⁰⁰. En esta línea, las SSTs de 13 de abril de 2012²⁷⁰¹ o 10 de octubre de 2012²⁷⁰² consideran que el juzgador puede fijar discrecionalmente su importe, atendiendo a las circunstancias del caso, para determinar si la cantidad reclamada “*resulta ajustada y ponderada conforme a la entidad del daño y al trastorno derivado*”²⁷⁰³. La STS de 23 de enero de 2012²⁷⁰⁴ rechaza que pueda plantearse como motivo de recurso de casación la cuantificación del daño moral.

c) El IVA de las obras de reparación

El IVA de las obras de reparación es un elemento que afecta a la cuantificación del daño que puede ser objeto de reclamación. Sin embargo, esta cuestión se presta a algunas dudas en relación a qué personas pueden reclamar esta partida cuando se reclama el cumplimiento por equivalencia; al tipo de IVA de aplicable; y a la incidencia en este punto de la modalidad de cumplimiento de la sentencia, según abordamos a continuación.

i) Personas que pueden reclamar su importe

²⁶⁹⁴ Vid. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “Daño moral derivado de muerte y lesiones corporales”, en *El daño moral y su cuantificación*, dirigido por F. Gómez Pomar e I. Marín García, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, pp. 315 a 318, que cita la STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8136).

²⁶⁹⁵ MARTÍN DEL PESO, R., “La indemnización...”, *op. cit.*, p. 96.

²⁶⁹⁶ Vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II..., p. 184.

²⁶⁹⁷ VICENTE DOMINGO, E., “El daño...”, *op. cit.*, pp. 344 a 349.

²⁶⁹⁸ Vid. MARTÍN DEL PESO, R., “La indemnización...”, *op. cit.*, pp. 95 y 96.

²⁶⁹⁹ MARÍN GARCÍA, I. y MILÁ RAFEL, R., “Daño moral contractual...”, *op. cit.*, pp. 269 y 270.

²⁷⁰⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., “El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación”, *Act. Civil*, núm. 6, 2018, ap. IV. 2.

²⁷⁰¹ RJ 2012\5902.

²⁷⁰² RJ 2013\537.

²⁷⁰³ Vid. STS de 10 de octubre de 2012, FD 2º (RJ 2013\537).

²⁷⁰⁴ RJ 2012\3675.

Si el perjudicado es un empresario o profesional²⁷⁰⁵ que realiza operaciones que generan derecho a deducción²⁷⁰⁶, es decir, fundamentalmente un empresario o profesional que repercute IVA en las entregas de bienes o prestaciones de servicios que efectúa en su actividad, y los daños originados por los vicios constructivos se producen en un edificio o en otros bienes afectos²⁷⁰⁷ a dicha actividad, el dañado tendría derecho a deducir IVA que le repercutan las empresas que efectúen la reparación. Por este motivo, si se reclama el cumplimiento por equivalencia sobre la base del importe de un presupuesto de obra o del abono previo de una factura de reparación, el IVA integrado en dicho presupuesto o factura no debería incrementar el importe de la condena, ya que, en otro caso, se produciría un enriquecimiento injusto, pues el perjudicado percibiría el importe de una partida que no le supone un perjuicio real, en tanto que tendrá derecho a deducir²⁷⁰⁸ el IVA soportado en sus declaraciones fiscales, o, en su caso, a pedir la devolución²⁷⁰⁹ de su importe a la Hacienda Pública. Sin embargo, se impone una solución distinta si se trata de un empresario que no tenga derecho a la deducción del IVA soportado —v. gr. por realizar sólo operaciones exentas²⁷¹⁰—, o de particulares o de comunidades de propietarios, que, como no desarrollan ninguna actividad empresarial, no tiene derecho a la deducción del IVA soportado. En estos supuestos, el IVA correspondiente al importe de las obras de reparación de los defectos constructivos, es un coste más que se debe reclamar al responsable de los daños²⁷¹¹. No obstante, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo no es homogénea en este punto, y también, en la jurisprudencia menor, en no pocos casos, se reconoce el derecho a reclamar el IVA del importe de las reparaciones a empresarios que tienen derecho a deducirlo, lo cual, a nuestro juicio, generaría un enriquecimiento injustificado²⁷¹². A tal efecto, se argumenta que esta cuestión tiene carácter tributario y que debe discutirse en otro foro, que no se ha acreditado el derecho a la deducción o que éste constituye un hecho eventual. Sin embargo, bajo nuestro criterio, la cuestión de si el dañado tiene, o no, derecho a deducir el IVA soportado es un aspecto más del objeto del procedimiento, que debe

²⁷⁰⁵ Vid. artículo 5 LIVA —Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992)—, en cuanto al concepto de empresario o profesional.

²⁷⁰⁶ Vid. artículo 94 LIVA, en cuanto a las operaciones que generan derecho a deducción, que fundamentalmente son las operaciones sujetas y no exentas, pero entre las que también se incluyen otras como las exportaciones y las entregas intracomunitarias previstas en los artículos 21 a 25 LIVA.

²⁷⁰⁷ Vid. artículo 95 LIVA, en cuanto a los bienes afectos a la actividad.

²⁷⁰⁸ Vid. artículos 92 a 114 LIVA en cuanto al derecho a la deducción del IVA soportado.

²⁷⁰⁹ Vid. artículos 115 a 119 LIVA en cuanto al derecho a la devolución del IVA soportado.

²⁷¹⁰ P. ej., piénsese en un edificio destinado a la consulta de un médico, cuyas prestaciones de servicios están exentas en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.1.3º LIVA. En estos casos este profesional no tiene derecho a la deducción del IVA soportado, por lo que, si este edificio padece defectos constructivos, el IVA de las obras de reparación no serán una partida deducible para el mismo.

²⁷¹¹ Vid. SSTS de 21 octubre de 2014 (RJ 2014\5623) o 26 de junio de 2014 (RJ 2014\4889). Esta última, dictada por interés casacional, indica que “*al tratarse de la reparación de unos vicios o defectos constructivos, el importe de la indemnización debe fijarse teniendo en cuenta el importe total que el perjudicado debe abonar para la reparación de los vicios y defectos constructivos, sin que en este caso se pueda plantear el posible enriquecimiento injusto de la comunidad de propietarios; en cuanto dicha comunidad, carente de personalidad jurídica, no es sujeto pasivo del impuesto y por tanto no puede pensar en declaración tributaria lo abonado.*”.

²⁷¹² Vid. en este sentido STS de 15 de enero de 2013 (RJ 2013\1817); o SAP de Barcelona de 20 diciembre de 2017 (JUR 2018\18512), que en su FD 3º, haciendo alusión a otras sentencias de esta audiencia y a las SSTS de 31 mayo 2006 y 7 noviembre 2007, indica que la deducción del IVA por quien lo reclama es un hecho eventual y que si no se ha acreditado su deducción efectiva procede su reclamación.

ser materia de prueba y, en su caso, resuelta en sentencia con efectos prejudiciales, según autoriza el artículo 42 LEC, al margen de que la determinación del régimen tributario de un contribuyente sea competencia de los Tribunales Económico-Administrativos²⁷¹³ y, ulteriormente, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De este modo, si tras la prueba practicada se acredita que el actor tiene derecho a deducir el IVA soportado, su importe no debe integrar el *quantum* de la condena.

ii) Tipo de IVA aplicable

Como regla general, las obras de reparación de los defectos constructivos que se realicen tras la finalización del edificio, tributarán en este impuesto al tipo general del 21%. Para que esta clase de obras puedan tributar al tipo reducido del 10%, las reparaciones deben reunir los requisitos que se establecen en alguno de los supuestos que establecemos a continuación:

- Obras de construcción o rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas²⁷¹⁴ –incluidos los locales, anexos, garajes, instalaciones y servicios complementarios situados en ellos– consecuencia de contratos directamente formalizados entre promotor y contratista²⁷¹⁵. Para la aplicación de este supuesto, que en principio parece que sólo se daría en el caso de vicios constructivos muy graves, constituirá un inconveniente el rígido concepto normativo de “rehabilitación”²⁷¹⁶, que establece la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA)²⁷¹⁷. En efecto, este concepto está caracterizado por la necesidad de que más del 50% del coste total de la actuación, se corresponda con obras de consolidación o tratamiento de elementos estructurales, fachadas o cubiertas o con obras análogas o conexas a las de rehabilitación; y que, a su vez, el coste total exceda del 25% del precio de adquisición de la edificación, si se hubiese efectuado en los dos años anteriores al inicio de las obras de rehabilitación, o, en otro caso, del valor de mercado de la edificación, en el mismo momento, sin considerar en ambos casos el valor del terreno.

- Obras de renovación y reparación de viviendas²⁷¹⁸, siempre que el destinatario sea una persona física o una comunidad de propietarios; que la construcción del edificio en el que se va a ejecutar las obras de reparación haya concluido al menos dos años antes del inicio de éstas; y que la persona que realice las obras no aporte materiales que supongan más del 40% de la base imponible de la reparación. Para la aplicación de este supuesto, será un inconveniente este límite del 40%, dado el concepto omnicomprendivo que la Dirección General de Tributos viene realizando del término “materiales”²⁷¹⁹. De lo expuesto, se deduce que debe tratarse de ejecuciones

²⁷¹³Artículo 227 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003).

²⁷¹⁴Vid. Artículo 91.Uno.3 LIVA.

²⁷¹⁵En este tipo de obras, si el contratista es empresario se producirá la inversión del sujeto pasivo ex artículo 84.1.2º.f). En este sentido vid. DGT V0998-18, de 18 de abril, o V0943-18, de 11 de abril.

²⁷¹⁶Vid. artículo 20.1.22º LIVA, sobre el concepto de obra de rehabilitación y DGT V0011-18, de 6 de enero o V0740-18, de 19 de marzo, que repasan la doctrina administrativa sobre concepto.

²⁷¹⁷BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.

²⁷¹⁸Vid. Artículo 91.Uno.2.10º LIVA.

²⁷¹⁹Vid. DGT V1152-10, de 28 de mayo, que entiende como tales todos los bienes corporales que queden incorporados directamente o previa transformación al edificio, como piedras, cal, arena o yeso u otros materiales.

de obra en las que la aportación de materiales por el contratista, no supere el citado 40% del importe total de la actuación, pudiendo consistir en trabajos de albañilería, fontanería, electricidad, carpintería, entre otros.

- Obras de reparación de vicios ocultos graves que se contraten entre el promotor de la edificación y el contratista, supuesto que se dará en el caso del autopromotor, pero no en el caso de una comunidad de propietarios que no haya sido la promotora del edificio²⁷²⁰.

- Obras de reparación de vicios constructivos que consistan en la supresión de barreras arquitectónicas de un edificio destinado a vivienda²⁷²¹.

iii) Modalidad de cumplimiento de la reparación y su incidencia en el IVA

El importe del IVA merece recibir un tratamiento distinto, en función de que se proceda a la reparación de los defectos constructivos en forma específica o por equivalencia. Así, en el primer caso, el condenado a la reparación podrá contratar su ejecución con terceros contratistas, subcontratistas o proveedores, y podrá deducirse este impuesto en el ámbito general de su actividad empresarial como un *input* más de la misma. Por el contrario, si el cumplimiento es por equivalencia, el condenado deberá abonar al perjudicado el importe de la reparación que se determine en sentencia, que incluirá, como una partida más, el IVA en los términos antes precisados, en función de quien sea el dañado, y de que éste tenga o no derecho a deducir este impuesto. Pues bien, si el perjudicado no tiene derecho a deducir el IVA soportado, el responsable de los defectos constructivos deberá abonarle el importe del IVA correspondiente al presupuesto, o el incluido en las facturas de las obras de reparación. En estos casos, el agente condenado no podrá deducir este importe, ya que la suma total abonada al dañado tendrá el carácter de indemnización por daños y perjuicios. En efecto, por esta indemnización de daños y perjuicios el perjudicado no podrá emitir ninguna factura, ni siquiera aunque sea empresario, por cuanto que la misma no constituye la contraprestación o compensación por entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto²⁷²². En consecuencia, a igualdad de los demás factores, el cumplimiento por equivalencia es más costoso para el condenado que el cumplimiento en forma específica, en una cantidad equivalente al importe del IVA aplicable a las obras de reparación, generalmente y en la actualidad un 21%. Las anteriores consideraciones sobre el mayor coste del cumplimiento por equivalencia, son comunes a la modalidad de cumplimiento específico subsidiario del artículo 706 LEC, cuando el perjudicado opta por encargar a un tercero la ejecución a costa del ejecutado, o cuando opta por el resarcimiento de los daños y perjuicio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 712 LEC.

C) La reparación de los defectos constructivos

Tanto la LOE, en su artículo 17, como las normas generales sobre responsabilidad contractual, establecen la obligación del causante de los daños de responder por los daños causados. En el ámbito de la primera, el artículo 17 no precisa nada sobre la forma en la que deba exigirse esta responsabilidad. Sólo el artículo 19.6

²⁷²⁰ Vid. DGT V0535-89, de 6 de abril de 1989.

²⁷²¹ Vid. DGT V0519-17, de 1 de marzo.

²⁷²² Artículo 78.3.1º LIVA.

LOE atribuye al asegurador la facultad de optar por abonar una indemnización o proceder a la reparación *in natura*. En lo que respecta al régimen contractual, tradicionalmente, al igual que ha sucedido respecto al artículo 1.591 CC, ha existido una preferencia por el cumplimiento específico frente a la reparación por equivalencia, tal y como se indica respecto de las obligaciones de hacer por el artículo 1.098 CC. A continuación, examinamos el régimen jurídico de la reparación de los daños, abordando las opciones que asisten a los dañados y las consecuencias que se derivan del hecho de que la reparación se lleve a cabo en una u otra forma. En este sentido, efectuaremos las anteriores consideraciones en el ámbito de la reparación de los daños materiales en el edificio, en cuanto que, por lo general, el resto de daños sólo podrán ser indemnizados mediante el abono de una suma dineraria. Esta clase de daños son los únicos que pueden ser reclamados con base en la LOE, aunque también pueden serlo con arreglo a las normas generales sobre responsabilidad contractual y constituyen, por lo general, el núcleo principal de las reclamaciones que se formulan por defectos constructivos. El análisis que a continuación efectuamos es extensible a ambos tipos de responsabilidad, con las matizaciones que indicamos en algunos epígrafes.

1. El cumplimiento en forma específica

a) La tradicional preferencia de este remedio

Pese a que el artículo 1.101 CC sólo se refiere a la indemnización de daños y perjuicios, lo cual remite al cumplimiento por equivalencia o *id quod interest*, en base a otros preceptos —artículos 1.096, 1.097 y 1.098 CC— puede inferirse la idea de que en nuestro ordenamiento existe una preferencia por el cumplimiento específico en caso de prestaciones no personalísimas²⁷²³, constituyendo el cumplimiento por equivalencia un remedio subsidiario que la jurisprudencia ha construido sobre la base de las normas procesales²⁷²⁴. En este sentido, se considera que el cumplimiento específico es el remedio central en caso de incumplimiento²⁷²⁵, el centro de gravedad del sistema²⁷²⁶. Así, la línea jurisprudencial tradicional ha considerado que la reparación de los daños constructivos debía producirse mediante el cumplimiento específico o *in natura* de la obligación²⁷²⁷, quedando relegada la posibilidad de abonar una suma dineraria como indemnización al carácter de remedio subsidiario en determinadas situaciones excepcionales²⁷²⁸. De este modo, según la tesis tradicional,

²⁷²³ Vid. O'CALLAGHAN, X., "Comentario artículo 1101CC", *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 7ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, pp. 1.108 a 1125.

²⁷²⁴ SÁNCHEZ CASTRO, J.D., "El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?", *ADC*, Vol. LXIII, núm. IV, 2010, pp. 1.742 y 1743.

²⁷²⁵ MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios frente...*, *op. cit.*, p. 81.

²⁷²⁶ Vid. DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos... Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, p. 775.

²⁷²⁷ Vid. PALAZÓN GARRIDO, Mª.L., "La pretensión de cumplimiento en el derecho comparado: «civil law» versus «common law»", en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, dirigido por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín y coordinado por Mª.M. Heras Hernández Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 559, que destaca como el dogma de la primacía del cumplimiento específico descansa en una concepción voluntarista del contrato que considera que el cumplimiento *in natura* blindo el acuerdo de las partes y garantiza la intangibilidad de su voluntad, y la consideración de la indemnización como un remedio de inferior categoría, cuya admisión general como remedio de primer nivel convertiría a toda obligación en alternativa.

²⁷²⁸ MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios frente...*, *op. cit.*, p. 102, destaca que en el derecho inglés la preferencia es por la indemnización de daños y perjuicios, pues se tiene muy presente que el cumplimiento específico prolonga la batalla mientras que la indemnización ponen fin al litigio; vid. en el

los propietarios no podrían optar por reclamar la reparación *in natura* de los vicios constructivos o por el abono de una indemnización equivalente al importe de su reparación, sino que sólo podrían exigir lo primero. Entre otras muchas, la STS de 12 de diciembre de 1990²⁷²⁹ indica que la reparación de los vicios constructivos es una obligación de hacer (un *facere*)²⁷³⁰, que debe ser cumplida en forma específica conforme al artículo 1.098 CC, debiendo el condenado reparar los vicios constructivos a su costa y no abonar una cantidad de dinero equivalente al coste de su reparación. En consecuencia, el cumplimiento por equivalencia sólo entra en juego si el deudor no cumple la anterior obligación de reparar en forma específica o si esta deviene imposible. El mismo criterio se ha mantenido por la doctrina, que pone de relieve el interés de la ley en que el patrimonio del deudor quede igual que si no se hubiera producido el incumplimiento, por lo que es preferente la reparación en forma específica, mediante la satisfacción de la misma prestación debida y, en su defecto, la indemnización de daños y perjuicios²⁷³¹, mediante el cumplimiento por equivalencia. El régimen general de las obligaciones concibe el cumplimiento por equivalencia como una excepción frente a la regla general, constituida por el deber de reparar en forma específica²⁷³². En sentido contrario, en el *Common Law* el remedio principal en caso de incumplimiento lo constituye la indemnización de daños y perjuicios, siendo excepcional el cumplimiento en forma específica. En palabras de HOLMES²⁷³³ el *deber de cumplir un contrato no es más que una predicción en el sentido de que una parte tendrá que indemnizar daños y perjuicios si no lo cumple*. No obstante, como remedio de *equity* se admite en ciertos supuestos el cumplimiento en forma específica —*decree of specific performance*—, si bien su aplicación queda al arbitrio del tribunal cuando considere que resulta justo y equitativo hacerlo, porque la indemnización de daños y perjuicios no depare un resultado satisfactorio para el acreedor²⁷³⁴.

b) Excepciones al cumplimiento específico

(i) A instancia del acreedor

No obstante la tradicional preferencia por el cumplimiento *in natura*, la jurisprudencia ha admitido que los propietarios puedan exigir directamente la condena

mismo sentido, PINO EMHART, A., “Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos”, *Revista chilena de derecho privado*, núm. 22, 2014, p. 8, que destaca como en el *Common Law* el cumplimiento específico es un remedio excepcional, que sólo procede cuando la indemnización no se considera un remedio adecuado para reparar el daño; *vid.* PALAZÓN GARRIDO, M^a.L., “La pretensión de cumplimiento...”, *op. cit.*, pp. 555 a 557, que indica igualmente como en los ordenamientos continentales el cumplimiento específico es el remedio clave, mientras que en el *common law* este papel se asume por la indemnización de daños y perjuicios, aunque en los últimos tiempos se ha producido una aproximación entre ambos sistemas, por la vía de admitir amplias excepciones a los principios generales.

²⁷²⁹RJ 1990\9999.

²⁷³⁰*Vid.* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 656, que en su artículo 518-7 establece que la pretensión de cumplimiento engloba las de reparación o rectificación y la de sustitución.

²⁷³¹*Vid.* ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

²⁷³²*Vid.* AYLLÓN SANTIAGO, H.S., “Cumplimiento sensu stricto en contrato unilateral y en contrato bilateral”, en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O’Callaghan Muñoz, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 29.

²⁷³³HOLMES, O.W., *The common law*, Little, Brown ann Co., Boston, 1897, p. 457.

²⁷³⁴*Vid.* MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios frente al incumplimiento...*, *op. cit.*, p. 89 a 92.

al abono de una suma de dinero²⁷³⁵, equivalente al coste de la reparación de los vicios constructivos, cuando ya hayan ejecutado las reparaciones, en cuyo caso podrán reclamar el coste de las mismas siempre que hubieran requerido previamente a los agentes de la edificación, que éstos no hayan atendido el requerimiento y que se trate de reparaciones urgentes. En este sentido SSTS de 8 de febrero de 1994²⁷³⁶ o 9 de octubre de 2001²⁷³⁷

(ii) A instancia del deudor

En sentido inverso, el deudor podría solicitar el cumplimiento por equivalencia cuando el cumplimiento específico le resulte excesivamente oneroso y desproporcionado, en relación con la utilidad que reportará al acreedor, como postula PANTALEÓN²⁷³⁸ con base en la interdicción del abuso de derecho o en la prestación exorbitante, lo cual ha sido admitido en ocasiones por el Tribunal Supremo —STS de 2 de julio de 1998²⁷³⁹—, siempre que esta cuestión se plantee en ejecución de sentencia y no haya quedado resuelta en el proceso previo²⁷⁴⁰. En esta línea, el artículo 1.192 PMCC dispone que el acreedor en las obligaciones no dinerarias puede exigir el cumplimiento, salvo que la prestación sea física o jurídicamente imposible, resulte excesivamente onerosa para el deudor, contraria a la buena fe o consista en una conducta personal del deudor. En similares términos se pronuncian los artículos III.- 3.202 DCFR o 518-6 PCCAPDC²⁷⁴¹.

c) Régimen jurídico

El cumplimiento *in natura* comprende todos los gastos necesarios para acometer la reparación, incluyendo los de proyecto, tasas, impuestos, licencias, honorarios técnicos, costes de demolición y ejecución material. Los condenados podrán realizar las obras con sus propios medios en los términos que establezca la sentencia, debiendo acudir, en caso de discrepancia sobre lo ejecutado, a la aprobación judicial²⁷⁴². A estos efectos el juez podrá ejercer el control sobre la ejecución, en su caso a través del dictamen del perito que, en la fase declarativa, estableció las bases y criterios que debían regir la reparación²⁷⁴³. En la modalidad de cumplimiento que analizamos, si la condena es solidaria y hace frente a su importe el

²⁷³⁵ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 656, que en su artículo 518-8 faculta al acreedor para desistir de la pretensión de cumplimiento cuando no haya obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho, pudiendo acudir a otros remedios. Por su parte el artículo 5192-4, en sede de responsabilidad extracontractual, faculta al perjudicado para optar entre la reparación específica o la indemnización, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada, *vid.* p. 866.

²⁷³⁶ RJ 1994\836.

²⁷³⁷ RJ 2001\8789.

²⁷³⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., “Las nuevas bases...”, *op. cit.*, p. 1730.

²⁷³⁹ RJ 1998\5123. Esta resolución indica que, “*en resumen, el presente recurso es de los típicos casos, en que una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar*”.

²⁷⁴⁰ Vid. PASTOR VITA, F.J., “La reparación de los defectos constructivos”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 383 a 385.

²⁷⁴¹ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 656.

²⁷⁴² Vid. STS de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994\9394).

²⁷⁴³ SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 265.

constructor, al repetir contra los demás codeudores no podrá incluir el beneficio industrial, sino sólo el coste de ejecución material²⁷⁴⁴.

d) El cumplimiento por equivalencia como libre elección del perjudicado

Pese a lo anteriormente expuesto, hoy en día la jurisprudencia admite que el perjudicado pueda optar libremente por una u otra forma de cumplimiento²⁷⁴⁵, puesto que, como dispone la STS de 10 de octubre de 2012²⁷⁴⁶, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido “*el carácter no subsidiario del cumplimiento por equivalente en materia de daños indemnizables derivados de vicios de construcción*”, aduciendo en relación al artículo 1.101 CC, que la “*formulación de los conceptos de resarcibilidad y exigibilidad que deban derivarse del daño o perjuicio producido no requieren, ya como presupuesto o condición de su aplicación, que el daño haya sido previamente reparado o su coste de reparación previamente desembolsado por el perjudicado*”; y, en alusión al artículo 1.591 CC, que “*el tenor resarcitorio que informa al precepto no puede reconducirse a su mera caracterización subsidiaria y no principal*”.

2. El cumplimiento por equivalencia

a) Régimen jurídico

Como hemos indicado, en los últimos años hemos asistido a una evolución jurisprudencial tendente a permitir al dañado optar por el cumplimiento específico o por equivalencia, *id quod interest*, mediante la articulación de una pretensión de condena dineraria cuyo importe vendrá determinado por el coste de reparación de los vicios constructivos objeto de reclamación²⁷⁴⁷. Esta modalidad de cumplimiento consiste en proporcionar al acreedor el valor de la prestación o la *aestimatio rei*²⁷⁴⁸, pudiéndose valorar en estos casos la compensación de los beneficios o ventajas que el acreedor haya obtenido por la infracción contractual o extracontractual, con los daños causados²⁷⁴⁹. Se trata de un remedio sustitutivo del cumplimiento en forma específica²⁷⁵⁰, mediante el abono de una indemnización compensatoria calculada

²⁷⁴⁴MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 89.

²⁷⁴⁵Vid. SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley...*, op. cit., pp. 240 a 243.

²⁷⁴⁶RJ 2013\537, vid. FD 3º.

²⁷⁴⁷Vid. AYLLÓN SANTIAGO, H.S., “Cumplimiento sensu stricto...”, op. cit., p. 29, que indica que, aunque normalmente se equipare el cumplimiento por equivalencia con la indemnización de daños y perjuicios, se trata de conceptos distintos. El primero se corresponde con el valor económico de la prestación que el deudor no ha realizado o ha realizado defectuosamente, mientras que la indemnización comprende los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

²⁷⁴⁸Vid. DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...Las relaciones obligatorias...*, op. cit., p. 781.

²⁷⁴⁹Es la conocida como *compensatio lucro cum damno*. Vid. SANTOS BRIZ, J., “Comentario al artículo 1.101 CC”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por I. Sierra Gil de la Cuesta, T. 6, Bosch, Barcelona 2000, pp. 98 y 99, que destaca como en la práctica judicial se procede a dicha compensación de forma explícita o implícita; vid. SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley...*, op. cit., pp. 244 y 245, que mantiene que no se debe compensar a los agentes en caso de que la reparación comporte la sustitución de elementos usados por otros nuevos, invocando la STS de 21 de mayo de 2004 (RJ 2004\3533), que alude al concepto de deuda de valor de la reparación, que determina que su importe se fije en el momento del pago, para negar la compensación de lo viejo a nuevo. En sentido contrario, vid. STS de 4 de octubre de 2011 (RJ 2011\6703), que, aunque se refiere a un caso de culpa extracontractual por el hundimiento de una casa debido a una obra colindante, aplica un coeficiente de corrección al importe de construcción de una nueva vivienda, por razón de la antigüedad del edificio derruido.

²⁷⁵⁰Vid. MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios frente al incumplimiento...*, op. cit., p. 102, destaca como en el derecho inglés la preferencia es por la indemnización de daños y perjuicios, pues se tiene muy

sobre el valor de la prestación incumplida (*aestimatio rei*)²⁷⁵¹. Este cumplimiento por equivalencia puede articularse como una partida de la indemnización de daños y perjuicios que corresponda al dañado, o incluso con carácter autónomo a modo de remedio contractual independiente, si bien en su determinación habrán de ponderarse los criterios generales sobre la reparación de daño²⁷⁵². Debido a que el artículo 219 LEC no admite las sentencias a reserva de liquidación, en la demanda se deberá fijar la cantidad reclamada o, en su defecto, ésta deberá quedar fijada durante el proceso²⁷⁵³. Solo será posible su cuantificación en ejecución de sentencia, si en el proceso se fijan con precisión las bases para su liquidación en los términos que exige el artículo 219 citado. En estos casos se podrá proceder a compensar las deudas existentes entre las partes²⁷⁵⁴. Finalmente, cumple advertir que, un riesgo relevante de esta modalidad de cumplimiento, estriba en que los daños se agraven tras el dictado de la sentencia o el pago extrajudicial, o que aparezcan nuevos daños, en cuyo caso parece que el propietario podrá entablar un nuevo procedimiento²⁷⁵⁵.

b) La evolución hacia su carácter no subsidiario

(i) En la doctrina

En materia de responsabilidad extracontractual, PANTALEÓN²⁷⁵⁶ defiende la posibilidad de optar por la reparación en forma específica o por equivalencia como facultad del perjudicado; y, en materia contractual, defiende esta facultad de optar por el cumplimiento por equivalencia, cuando, fijado un plazo al deudor, este incumpla, o cuando la fijación de dicho plazo se presuma infructuosa²⁷⁵⁷, lo cual permite compatibilizar esta afirmación con aquella que considera el cumplimiento específico como un derecho del deudor²⁷⁵⁸. En esta línea, el artículo 634 BGB, tras la reforma operada por la Ley de modernización del Derecho de obligaciones, de 26 de noviembre 2001, establece la prevalencia del cumplimiento posterior mediante la fijación de un plazo al deudor, si bien admite que se pueda prescindir de dicho plazo, cuando el contratista rechace la ejecución seria y definitivamente, o si concurren razones que aconsejen la aplicación de otros remedios²⁷⁵⁹. Precisa DE ÁNGEL

presente que el cumplimiento específico prolonga la batalla mientras que la indemnización ponen fin al litigio; PINO EMHART, A., "Una aproximación...", *op. cit.*, p. 8, que destaca como en "*el derecho inglés, la obligación contractual se compone de obligaciones primarias, que consisten en el cumplimiento de las prestaciones involucradas, y obligaciones secundarias, que consisten en los remedios que persiguen reparar el incumplimiento contractual, siendo el principal de ellos la obligación secundaria de indemnizar a la contraparte por los perjuicios originados por el incumplimiento de la obligación primaria*".

²⁷⁵¹SÁNCHEZ CASTRO, J.D., "El cumplimiento por equivalente...", *op. cit.*, p. 1728.

²⁷⁵²Cfr. *ibidem*, pp. 1.755 a 1.757.

²⁷⁵³STS 13 de octubre de 2010 (RJ 2010\7453).

²⁷⁵⁴Vid. STS 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005\8887).

²⁷⁵⁵RAYÓN BALLESTEROS, M^a.C., "El artículo 1591 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*, dirigido y coordinado por L. Martínez-Calcerrada y Gómez, Volumen II, Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 1606.

²⁷⁵⁶Vid. PANTALEÓN, F., "Comentario al artículo 1902",..., *op. cit.*, pp. 2001 y 2002.

²⁷⁵⁷Vid. PANTALEÓN, F., "Las nuevas bases...", *op. cit.*, p. 1731

²⁷⁵⁸*Loc. cit.*

²⁷⁵⁹SENMEYER, S., "La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del derecho alemán", *ADC*, Vol. LXV, núm. II, 2012, p. 598 y 599.

YÁGÜEZ²⁷⁶⁰, que en nuestro Derecho no se enuncia claramente el principio de preferencia de la ejecución en forma específica, aunque tal consideración prevalece en la jurisprudencia y doctrina. Señala en el mismo sentido BLASCO GASCÓ²⁷⁶¹, que del artículo 1.098 CC sólo se desprende la posibilidad de interesar la ejecución a cargo de un tercero, pero sin que esta posibilidad se imponga al acreedor ni se establezca un orden de prelación. Idéntica conclusión obtiene este autor del artículo 1.591 CC, que enuncia una obligación indemnizatoria, y que señala que los artículos 705 y 706 LEC disponen la preferencia del cumplimiento específico porque parten de la previa existencia de un título ejecutivo que así lo declare, por lo que tampoco establecen con carácter general una preferencia por dicha modalidad de reparación. Tampoco de la correlación entre los artículos 1.098 CC y 1.101 CC, se desprende la suficiente claridad a este respecto, en orden a la preferencia de uno u otro tipo de reparación²⁷⁶². CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO²⁷⁶³, establecen que esta opción corresponde al propietario perjudicado, por ser esta la regla en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, en base al argumento ex artículo 1.486 CC. De este modo, frente al precedente criterio hegemónico de la reparación *in natura*, cada vez más se opta por la reparación pecuniaria por su simplicidad y funcionalidad, pudiendo combinarse ambas modalidades, que no son excluyentes, para conseguir la íntegra satisfacción del acreedor²⁷⁶⁴. En esta línea, se ha de considerar que si la responsabilidad ex LOE tiene por objeto los daños materiales en el edificio, se ha de entender, para proteger de forma más efectiva a los propietarios, que a ellos les corresponde la elección por una u otra forma de reparación²⁷⁶⁵. No debe olvidarse que otro argumento en favor de conceder esta opción al perjudicado, es lo ilógico que resulta condenar a reparar a quien ya incumplió la obligación, o precisamente a quien no ha ejecutado bien los trabajos²⁷⁶⁶. De este modo, se considera que la determinación de la pretensión es facultad del acreedor como señor del crédito, por lo que se puede optar en el suplico por una u otra modalidad de cumplimiento²⁷⁶⁷.

(ii) En la jurisprudencia

La evolución jurisprudencial hacia el carácter no subsidiario del cumplimiento por equivalencia, se inicia con la STS de 10 de marzo de 2004²⁷⁶⁸, que niega el carácter preferente del cumplimiento específico, habilitando al perjudicado para reclamar directamente una condena dineraria y reparar por su cuenta los vicios

²⁷⁶⁰DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., "Comentario al artículo 1.106", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 46.

²⁷⁶¹Vid. BLASCO GASCÓ, F.P., "La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos de responsabilidad por vicios en la construcción", en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, pp. 200 a 202.

²⁷⁶²*Ibidem*, op. cit., pp. 208 y 209.

²⁷⁶³CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., pp. 455 y 456

²⁷⁶⁴Vid. AYLLÓN SANTIAGO, H.S., "Cumplimiento sensu stricto...", op. cit., p. 30.

²⁷⁶⁵Vid. en este sentido RAYÓN BALLESTEROS, M^a.C., "El artículo 1591...", op. cit., p. 1.606.

²⁷⁶⁶BLASCO GASCÓ, F.P., "La ejecución de las sentencias...", op. cit., p. 225.

²⁷⁶⁷BLASCO GASCÓ, F.P., *Cuestiones...*, op. cit., pp. 108 y 109.

²⁷⁶⁸RJ 2004/898.

constructivos, aunque subordinando esta posibilidad al requerimiento previo²⁷⁶⁹. En la misma línea y con mayor claridad se pronuncian las SSTs de 20 de diciembre de 2004²⁷⁷⁰, 13 de julio de 2005²⁷⁷¹ y 29 de mayo de 2008²⁷⁷². En todas estas sentencias se permite al perjudicado optar por el cumplimiento específico o por equivalencia, negando que el primero tenga carácter preferente tras la entrada en vigor de la LOE²⁷⁷³. La STS de 20 de junio de 2007²⁷⁷⁴, supone un cierto regreso a tesis anteriores y permite exigir el cumplimiento por equivalencia, sólo si el responsable muestra una actitud renuente y de pasividad frente a los requerimientos sobre la reparación de los defectos constructivos. No obstante, la evolución que analizamos se consolida con las SSTs de 21 diciembre de 2010²⁷⁷⁵, 15 de febrero de 2011²⁷⁷⁶ y, fundamentalmente, con la de 10 de octubre de 2012²⁷⁷⁷, que admite la opción por una u otra posibilidad, pues “*el tenor resarcitorio que informa al precepto no puede reconducirse a su mera caracterización subsidiaria y no principal*”, en alusión al artículo 1.591 CC. En concreto esta sentencia establece, a elección del perjudicado, las siguientes vías de reclamación: (i) obras de reparación *in natura*, (ii) reclamación de reintegro de cantidades invertidas y (iii), reclamación de cantidades presupuestadas en la demanda y acreditadas pericialmente, pues para que el daño sea resarcible no se requiere que ya haya sido reparado o que el propietario haya realizado el desembolso previo²⁷⁷⁸. De este modo, hoy día el perjudicado podrá optar por una u otra forma de reparación, en función de lo que le parezca más aconsejable o conveniente²⁷⁷⁹. En sentido similar se pronuncia la STS de 30 de octubre de 2014²⁷⁸⁰.

c) Algunas opciones alternativas

También es posible interesar en la demanda el cumplimiento específico de forma subsidiaria²⁷⁸¹, o hacer lo propio respecto del cumplimiento por equivalencia, interesando se cuantifique esta modalidad de reparación para el supuesto de que el deudor incumpla la obligación de reparar *in natura*²⁷⁸². En ciertos casos en los que en

²⁷⁶⁹Como pone de relieve AYLLÓN SANTIAGO, H.S., “Cumplimiento sensu stricto...”, *op. cit.*, pp. 28 y 29, cuando se trata de cosas fungibles o genéricas o de obligaciones de hacer no personalísimo, resulta más sencillo para el acreedor exigir el cumplimiento por equivalencia a costa del deudor.

²⁷⁷⁰RJ 2004\8131.

²⁷⁷¹RJ 2005\5098.

²⁷⁷²RJ 2008\3182.

²⁷⁷³Vid. SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 263 y 264, que indican como ya en los años noventa se adoptó esa solución de conceder desde el primer momento la indemnización.

²⁷⁷⁴RJ 2007\3459.

²⁷⁷⁵RJ 2011\144.

²⁷⁷⁶RJ 2011\446.

²⁷⁷⁷RJ 2013\537, *vid.* FD 3º.

²⁷⁷⁸Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Nº 2472 Defectos constructivos...”, *op. cit.*, pp. 156 a 158. Es más, lo que no parece posible es acometer unilateralmente la reparación y luego exigir el reembolso de su coste al responsable. Vid. en este sentido STS de 8 de febrero de 1994 (RJ 1994\836), salvo en el caso de reparaciones urgentes y que se haya requerido previamente al responsable del daño para su reparación. Vid. STS 27 de diciembre de 1983 (RJ 1983\7006).

²⁷⁷⁹BLASCO GASCÓ, F.P., “La ejecución de las sentencias...”, *op. cit.*, pp. 212 a 215; y 225 y 226; en el mismo sentido SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 264.

²⁷⁸⁰RJ 2018\5189.

²⁷⁸¹Cfr. BLASCO GASCÓ, F.P., “La ejecución de las sentencias...”, *op. cit.*, p. 215.

²⁷⁸²Vid. STS, Pleno, de 24 mayo de 2017 (RJ 2017\2217), que establece que se ajusta a derecho el que, en previsión de un incumplimiento *in natura* de la obligación, se cuantifique en la sentencia su

la demanda se solicita el cumplimiento por equivalencia, algunas sentencias han condenado a la reparación en forma específica²⁷⁸³, lo cual podría constituir incongruencia, si bien, en ocasiones, el Tribunal Supremo no ha estimado su existencia por considerar como opción más acorde la reparación específica²⁷⁸⁴.

3. Consecuencias jurídicas de una u otra modalidad de reparación

La opción por exigir una u otra modalidad de cumplimiento compete al dañado, con la excepción del supuesto del artículo 19.6 LOE respecto del asegurador, en el que se atribuye a este responsable la facultad de optar por una u otra modalidad de reparación. En cualquier caso, las consecuencias de optar por una u otra modalidad de cumplimiento afectan sustancialmente tanto al perjudicado como al condenado. En efecto, mientras que el cumplimiento específico comporta una obligación de hacer, el cumplimiento por equivalencia constituye una obligación de dar que, una vez determinado su importe, se erige en una deuda nominal. Además, en caso de cumplimiento específico es el condenado el que debe organizar, costear y acometer la reparación, mientras que en el cumplimiento por equivalencia es el perjudicado el que ha de ejecutar las obras de reparación, aunque sea a costa del condenado con el importe obtenido en el procedimiento²⁷⁸⁵. Además, en caso de cumplimiento específico, el condenado deberá continuar respondiendo si las reparaciones no se realizan correctamente, o si se originan nuevos defectos constructivos por razón de las mismas, mientras que en el cumplimiento por equivalencia el condenado cumple con entregar una cantidad de dinero. Finalmente, el coste de una u otra alternativa puede ser muy diferente, pues en caso de cumplimiento específico el condenado puede organizar la reparación y, en función de su gestión y de las demás circunstancias concurrentes, su coste final puede ser igual, inferior o superior al que resulte de las valoraciones que consten en autos como presupuesto de reparación. En el mismo sentido, también difieren ambas modalidades en su coste fiscal, fundamentalmente en relación al IVA, pues, a igualdad de los demás factores, este impuesto puede suponer que el cumplimiento por equivalencia sea más costoso para el condenado en un 21%, que el cumplimiento en forma específica²⁷⁸⁶. En cualquier caso, la opción por una u otra modalidad de cumplimiento corresponde al dañado —con la excepción del artículo 19.6 LOE respecto del asegurador— que deberá articularla en su demanda de forma excluyente, alternativa o subsidiaria.

4. El cumplimiento específico subsidiario y el resarcimiento de daños y perjuicios

a) Delimitación de los supuestos

valor o coste, de acuerdo al informe pericial de los arquitectos, y se condene a la demandada a su pago, caso de no cumplir con la obligación de reparación.

²⁷⁸³ Vid. el completo análisis sobre esta cuestión en BLASCO GASCÓ, F.P., “La ejecución de las sentencias...”, *op. cit.*, pp. 215 a 225.

²⁷⁸⁴ STS 13 de mayo de 1996 (RJ 1996\3876). Vid. BLASCO GASCÓ, F.P., *Cuestiones...*, *op. cit.*, pp. 109; *vid.*, en sentido similar, el supuesto que aborda la STS de 16 de febrero de 2016 (RJ 2016\560).

²⁷⁸⁵ Nótese que cuando el perjudicado opta en su demanda por reclamar una cantidad de dinero, la sentencia podrá condenar a su pago, sin que, posteriormente, aquél deba necesariamente ejecutar la reparación. No ocurre así cuando el fallo determina el cumplimiento específico, y se procede al cumplimiento específico subsidiario, en el que la entrega del dinero al ejecutante está condicionada a la ejecución de la obra. Vid. en este sentido AAP de Pontevedra de 22 de julio de 2010 (JUR 2010\328115).

²⁷⁸⁶ Vid. *supra* § B.4.c.iii).

En el caso de que la sentencia condene al responsable de los daños a la reparación *in natura*, puede ser que éste no cumpla esta obligación. En este escenario será de aplicación la regulación contenida en el Libro III, Título V, Capítulo III de la LEC sobre la ejecución de las obligaciones de hacer no personalísimo. De acuerdo con este régimen, los artículos 705²⁷⁸⁷ y 706²⁷⁸⁸ LEC disponen que, si tras el requerimiento del tribunal al condenado para que ejecute las reparaciones en un determinado plazo, éste no las lleva a cabo, se concede al ejecutante la opción de encargarlas a un tercero²⁷⁸⁹ a costa del ejecutado²⁷⁹⁰, o de reclamar directamente el resarcimiento de los daños y perjuicios, salvo que el título de la ejecución contenga alguna previsión a este respecto. En el primer caso, tiene lugar un cumplimiento específico de carácter subsidiario, en el segundo el resarcimiento de los daños y perjuicios. Como se puede apreciar, el condenado puede, por su exclusiva negativa a cumplir la sentencia —según el principio *nemo factum cogi potest* o de incoercibilidad de la prestación de hacer²⁷⁹¹— transformar la obligación de reparación *in natura*, bien en su ejecución por un tercero a costa del ejecutado, bien en una suerte de cumplimiento por equivalencia especial, mediante la determinación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Si el ejecutante opta por el resarcimiento de los daños y perjuicios, la situación se asemeja al citado cumplimiento por equivalencia. En cambio, si opta por la ejecución a cargo de un tercero, nos encontramos ante el cumplimiento específico subsidiario.

b) Análisis comparativo

El resarcimiento de daños y perjuicios opera como un cumplimiento por equivalencia especial, que se activa tras la negativa del ejecutado a cumplir y la consiguiente opción del ejecutante por esta modalidad de cumplimiento, lo que

²⁷⁸⁷“Artículo 705 Requerimiento y fijación de plazo: Si el título ejecutivo obliga a hacer alguna cosa, el tribunal requerirá al deudor para que la haga dentro de un plazo que fijará según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran”.

²⁷⁸⁸“Artículo 706 Condena de hacer no personalísimo:

1. Cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el Secretario judicial, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.

Cuando el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, se estará a lo dispuesto en aquél, sin que el ejecutante pueda optar entre la realización por tercero o el resarcimiento.

2. Si, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, el ejecutante optare por encargar el hacer a un tercero, se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el Secretario judicial y, si el ejecutado no depositase la cantidad que éste apruebe mediante decreto, susceptible de recurso directo de revisión sin efecto suspensivo ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución, o no afianzase el pago, se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria

Cuando el ejecutante optare por el resarcimiento de daños y perjuicios, se procederá a cuantificarlos conforme a lo previsto en los artículos 712 y siguientes”.

²⁷⁸⁹CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, op. cit., pp. 1.057 y 1.058, precisa que, aunque enfocada desde la óptica del cumplimiento, esta modalidad de cumplimiento específico subsidiario, más que una reparación por equivalente económico, en puridad es una reparación en forma específica.

²⁷⁹⁰Estamos de acuerdo con la precisión de OSTOS MOTA, M^a.J., “La reclamación procesal por razón del incumplimiento”, en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O’Callaghan Muñoz, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 596 y 597, que señala que, aunque la LEC se refiere a un “tercero”, también es posible que la ejecución se realice por el propio acreedor.

²⁷⁹¹Vid. SANTOS BRIZ, J., “Comentario a artículo 1.098 CC”,..., op. cit., p. 78.

determina que, con arreglo al procedimiento de los artículos 712 a 717 LEC²⁷⁹², se proceda a determinar el valor pecuniario de una obligación no dineraria para su pago al actor. En el cumplimiento específico subsidiario, tras la negativa a cumplir del ejecutado, se procede al cumplimiento *in natura* mediante la entrada en escena de un tercero que será quien acometa la reparación. Esta circunstancia determina que el condenado no asuma la eventual responsabilidad que pueda derivarse de una defectuosa reparación de los daños originados por los defectos constructivos, pues aquél se limita a abonar una determinada cantidad de dinero. En este punto, esta irresponsabilidad también concurre en el cumplimiento por equivalencia directo, y cuando el dañado opta por el resarcimiento de los daños y perjuicios en fase de ejecución de sentencia. No obstante, en estos dos supuestos la reparación, en su caso, se lleva a efecto de modo extrajudicial, mientras que en aquél la ejecución *in natura* se verifica en el seno del proceso, en el que se procede a la designación de un tercero para que efectúe las obras desarrollándose esta ejecución bajo control judicial²⁷⁹³.

5. Análisis especial del cumplimiento específico subsidiario

Ante la negativa a cumplir del ejecutado, o en caso de que la sentencia no se cumpla en sus propios términos²⁷⁹⁴, si el ejecutante opta por la ejecución de la reparación por un tercero a costa de aquél²⁷⁹⁵, se valorará previamente el coste de las obras precisas por un perito tasador designado por el Letrado de la Administración de Justicia, y, si el condenado no deposita el importe que se apruebe mediante Decreto, se procederá al embargo y realización de sus bienes para obtener la cantidad necesaria. En estos casos el actor podrá pedir anticipos para ejecutar la reparación con las cantidades depositadas o embargadas²⁷⁹⁶.

a) La elección del tercero

El cumplimiento *in natura* subsidiario plantea un supuesto singular, en cuanto que un tercero elegido por el ejecutante y no por el tribunal, realizará lo que el ejecutado incumplió con cargo a éste. De este modo la elección del tercero se realiza por el ejecutante y por su cuenta y riesgo, de forma que el ejecutado no podrá oponerse a esta elección²⁷⁹⁷, si bien el Tribunal podrá pronunciarse sobre la idoneidad del elegido²⁷⁹⁸. El propio tercero queda vinculado con el actor a través de un peculiar

²⁷⁹²Los artículos 712 a 720 LEC establecen un procedimiento aplicable siempre que deba determinarse en la ejecución forzosa el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria, o fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase o determinar el saldo resultante de la rendición de cuentas de una administración. Se trata de un procedimiento contradictorio en el que el actor cuantifica los daños y que, en caso de oposición del acreedor, se tramitará por el cauce del juicio verbal, habilitándose al tribunal para que de oficio designe un perito que valore los daños.

²⁷⁹³Hasta el punto de que si la obra no se ejecuta no se pueden entregar al ejecutante las cantidades embargadas al ejecutado o, si se entregaron, deberá restituirlas. *Vid.* en este sentido AAP de Pontevedra de 22 de julio de 2010 (JUR 2010\328115).

²⁷⁹⁴*Vid.* AAP de Lugo de 5 de marzo de 2018 (JUR 2018\131712) sobre ejecución específica subsidiaria, por haber efectuado las reparaciones con materiales distintos de los establecidos en la sentencia.

²⁷⁹⁵CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, *op. cit.*, pp. 1.057 y 1.058, precisa que, aunque enfocada desde la óptica del cumplimiento, la reparación específica subsidiaria más que una forma de cumplimiento por equivalente económico, en puridad es una reparación en forma específica.

²⁷⁹⁶*Vid.* MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 88.

²⁷⁹⁷BLASCO GASCÓ, F.P., "La ejecución de las sentencias...", *op. cit.*, p. 235.

²⁷⁹⁸BLASCO GASCÓ, F.P., *Cuestiones...*, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

contrato de arrendamiento de servicios²⁷⁹⁹ o de obra, según los casos, con cargo al condenado. No obstante, incluso podría ser el ejecutado quien directamente propusiese que la reparación se llevase a cabo por un tercero, sin carácter vinculante, lo cual debiera ser admisible al no tratarse de una obligación de hacer personalísimo²⁸⁰⁰, siempre que se haga dentro del plazo que se conceda para cumplir la sentencia²⁸⁰¹. En caso de defectuosa ejecución de la reparación por el tercero, habrá lugar a la exigencia a éste de la responsabilidad que proceda en un juicio distinto²⁸⁰².

b) La tasación pericial de las obras de reparación

(i) Prescripción legal de una nueva tasación

En el cumplimiento específico subsidiario se procede a realizar una nueva tasación de los daños, que se efectúa por un perito designado por el letrado de la Administración de Justicia, según dispone el artículo 706 LEC. Lo anterior aunque la valoración de los daños se haya realizado previamente en el curso del procedimiento por un perito designado judicialmente ex artículo 339 LEC²⁸⁰³. No obstante, pese al tenor literal de ley, en los casos en los que exista este perito judicial ya designado en el procedimiento, parece que debiera encargarse al mismo la nueva valoración²⁸⁰⁴. En cualquier caso, la norma impone una nueva valoración, que, por el tiempo transcurrido, el posible agravamiento de los daños y la evolución de los precios, entre otros posibles factores, arrojará un importe que, generalmente, será superior al que conste en los informes periciales obrantes en autos²⁸⁰⁵. Aunque esta consecuencia no tiene que concurrir necesariamente, suele darse con pocas excepciones, pudiendo existir en ocasiones diferencias de gran importancia. No obstante, habrá de analizarse cuál es la causa concreta del sobrecoste, puesto que no podrá imponerse una valoración superior al ejecutado si ésta obedece claramente a una causa imputable a un tercero o a la negligencia de actor. Debe destacarse que el juez no está vinculado por la valoración de perito, debiendo apreciarla conforme las reglas que rigen la prueba pericial²⁸⁰⁶. Por otro lado, aunque en la LEC no se prevé un trámite específico, las circunstancias aconsejan dar audiencia a las partes o celebrar una vista para que las mismas se pronuncien sobre la tasación del perito designado, bien en base al

²⁷⁹⁹Piénsese que en la ejecución de determinadas obras de reparación, habrá que contratar a una constructora mediante un contrato de obra, pero también puede ser necesario el concurso de un director de ejecución o de obra, que podrán estar vinculados por un contrato de servicios.

²⁸⁰⁰BLASCO GASCÓ, F.P., "La ejecución de las sentencias...", *op. cit.*, pp. 232 y 233.

²⁸⁰¹*Ibidem*, p. 236.

²⁸⁰²SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., "Responsabilidad civil...", *op. cit.*, p. 265.

²⁸⁰³*Vid.* en este sentido AAP Castellón de 24 de octubre de 2008 (JUR 2009\134556), que precisa que el perito debe valorar las reparaciones a realizar en el momento de la ejecución, y que se debe designar un perito tasador en ejecución sin que el actor pueda imponer la valoración de terceros. *Vid.* en sentido similar AAP Barcelona de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009\170213).

²⁸⁰⁴*Vid.* DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 193.

²⁸⁰⁵BLASCO GASCÓ, F.P., "La ejecución de las sentencias...", *op. cit.*, p. 260, indica que se podría prescindir de la nueva valoración si en autos ya consta una y las circunstancias no han cambiado. En otro caso procede la nueva valoración, si bien el perito designado debe partir de la valoración obrante en autos y justificar sus modificaciones. En este sentido AAP de La Rioja de 18 de marzo de 2005 (AC 2005\470).

²⁸⁰⁶*Ibidem*, pp. 236 a 240; y también el mismo autor en *Cuestiones...*, *op. cit.*, pp. 119.

artículo 639.4 LEC²⁸⁰⁷, bien con fundamento en una interpretación extensiva del artículo 712 LEC²⁸⁰⁸.

(ii) Efectos

No es pacífica la cuestión de si la valoración del perito constituye el importe aproximado de las obras de reparación, de tal modo que es posible exigir al ejecutado un importe adicional si el coste de dichas obras es superior; o si por el contrario constituye una valoración definitiva que libera totalmente al condenado una vez abonado su importe. Hay resoluciones que se inclinan por considerar que la valoración no es definitiva y que la misma no tiene un efecto de cierre sobre el derecho del ejecutante. En este sentido AAP de Valladolid de 27 de junio de 2005²⁸⁰⁹, de Valencia de 10 de abril de 2007²⁸¹⁰, de Madrid de 7 de abril de 2010²⁸¹¹ o de Pontevedra de 22 de julio de 2010²⁸¹². En sentido contrario, hay otras resoluciones que establecen el carácter definitivo de la tasación del perito una vez aprobada judicialmente, trasladando el riesgo de la ejecución al actor. Así AAP de Vizcaya de 10 de diciembre de 2004²⁸¹³, de Barcelona de 5 de octubre de 2005²⁸¹⁴, de Burgos de 21 de junio de 2006²⁸¹⁵ o de Jaén de 25 de marzo de 2011²⁸¹⁶. BLASCO GASCÓ²⁸¹⁷ considera que la tasación del perito debe operar como un límite máximo en favor del ejecutado, pues las partes han debido efectuar las alegaciones correspondientes a la vista de la valoración pericial; aunque también matiza que si aquéllas no han dispuesto de este trámite de alegaciones, se podrá interesar la adecuación entre el precio de la obra y la cuantía fijada judicialmente como importe de la reparación.

c) Consecuencias y riesgos para el condenado

Procede destacar que, pese a que el condenado pueda originar esa mutación en la forma de ejecutarse la sentencia al negarse a su cumplimiento específico, esta

²⁸⁰⁷ *Ibidem*, pp. 242 a 248; y pp. 120 a 123.

²⁸⁰⁸ A favor de conceder la posibilidad de formular alegaciones a las partes con base en el artículo 639.4 LEC, se pronuncia el AAP de Zamora de 15 de octubre de 2010 (JUR 2011\17611), que señala que “*al no permitirse contradicción se produce una merma importantísima en la aportación de datos que facilite que el juez haga una valoración de la pericial con arreglo a las reglas de la sana crítica, e incluso que el perito se llegue a apartar de lo determinado en la ejecutoria, como alegan de forma reiterada los ejecutados*”. En el mismo sentido AAP de Palencia de 17 febrero de 2006 o Zaragoza de 19 abril de 2002 (JUR 2002\197294)

²⁸⁰⁹ JUR 2005\207330. *Vid.* en el mismo sentido AAP de Zaragoza de 7 de noviembre de 2003 (JUR 2003\277498) o Santa Cruz de Tenerife de 19 de diciembre de 2005 (JUR 2006\70567).

²⁸¹⁰ AC 2007\1194.

²⁸¹¹ JUR 2010\233982.

²⁸¹² JUR 2010\328115, indica que “*el procedimiento del art. 706 regula el «hacer a costa», lo mismo que el antiguo art. 924.1 LEC. Si no se ejecuta lo hace incompletamente, porque si, realizado el hacer el coste efectivo es superior al presupuestado, el ejecutado ha de pagar la diferencia -o ser sujeto a ejecución dineraria por la diferencia-, salvo que haga valer, con éxito, que se ha actuado en contrariedad con el título ejecutivo o que ha existido incumplimiento o cumplimiento imperfecto del “contratista”, del cual el ejecutado no responde. Pero, por esas mismas razones, si el ejecutante ha optado por el “hacer a costa” y éste no se lleva a cabo, ni, por tanto, se justifica su realización y coste, no cabe expedir mandamiento de pago a favor del ejecutante con cargo a lo consignado en cuenta de depósitos y consignaciones, o, si el ejecutante ya ha percibido la cantidad, debe restituirla*”.

²⁸¹³ JUR 2005\67373.

²⁸¹⁴ JUR 2006\36577.

²⁸¹⁵ JUR 2006\219071.

²⁸¹⁶ AC 2011\1167.

²⁸¹⁷ *Vid.* BLASCO GASCÓ, F.P., “La ejecución de las sentencias...”, *op. cit.*, pp. 268 y 269.

posibilidad comporta una serie de ventajas e inconvenientes para aquél, que habrá de ponderar antes de decidir su actuación. En cualquier caso, no se trata propiamente de una opción legal en favor del condenado, sino de que su incumplimiento, por la propia naturaleza de las cosas, da lugar a una modalidad subsidiaria de resarcimiento. De este modo, este escenario es distinto a aquél en el que se desenvuelve el asegurador conforme al artículo 19.6 LOE, pues aquí este responsable sí dispone de una auténtica opción legal para cumplir *in natura* o por equivalencia, y, en el supuesto de optar por esta segunda modalidad, su implementación no viene precedida de ningún incumplimiento previo.

Entre las ventajas cabe citar la comodidad que para el condenado supone no tener que organizar, dirigir y acometer una obra de reparación, y, principalmente, el no asumir ninguna responsabilidad que pueda derivarse de tales obras en el futuro.

Entre los inconvenientes, hay que resaltar la necesidad de realizar una nueva valoración de los daños por un perito tasador designado judicialmente. En esta nueva valoración reside esencialmente el riesgo para el ejecutado, por cuanto que normalmente arrojará un montante más alto que las que se hayan realizado durante el desarrollo del juicio por los peritos de las partes, o incluso por el perito judicial. Además, en este caso el condenado permanece ajeno a la gestión de la obra de reparación, por lo que carece de cualquier facultad sobre su dirección y sobre el control de su coste, más allá de la valoración pericial de los daños, de modo que pierde cualquier ahorro que pudiera derivarse de su ejecución directa. En el mismo sentido, el cumplimiento específico subsidiario supone un mayor coste en relación al IVA, pues, a igualdad de los demás factores, este impuesto puede suponer que esta modalidad sea más costosa que la ejecución *in natura* directa en un 21%²⁸¹⁸.

6. Referencia a la opción del asegurador ex artículo 19.6 LOE

Ha de hacerse notar que, conforme a línea jurisprudencial vigente, es el perjudicado, generalmente el propietario, el titular de la opción para exigir la reparación *in natura* o su equivalente económico, de forma que no se concede esta opción al causante del daño. Sin embargo, el artículo 19.6 LOE habilita al asegurador para optar, bien por el pago de la indemnización que corresponda a la valoración de los daños, bien por la reparación específica de los mismos, opción que algún autor considera debía haberse conferido al resto de agentes de la edificación²⁸¹⁹. Esta opción no se concede a cualquier asegurador, sino sólo a los que concierten los seguros previstos en el artículo 19 LOE, y, como hemos indicado, tampoco se concede a los demás agentes de la edificación²⁸²⁰. Esta facultad funciona como una suerte de obligación alternativa y podría ejercitarse incluso en fase de ejecución²⁸²¹. Su ejercicio puede comportar problemas, puesto que, en este caso, la obligación de hacer que comporta el deber de reparar, se transforma en una deuda nominal invariable sin el concurso del dañado. De este modo, si por cualquier motivo —retraso en la ejecución de las obras, contingencias surgidas durante las mismas, alza de precios, etc.— el importe final de la reparación supera la cantidad abonada por la aseguradora, según

²⁸¹⁸ Vid. *supra* § B.4.c).iii)

²⁸¹⁹ Cfr. ABRIL CAMPOY, J.M., “La responsabilidad del promotor...”, *op. cit.*, p. 1.250.

²⁸²⁰ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 546 a 547, el cual pone de relieve que no se comprende bien por qué esta opción no se concede con carácter general en la ley a los perjudicados y sí al asegurador; en el mismo sentido BLASCO GASCÓ, F.P., “La ejecución de las sentencias...”, *op. cit.*, pp. 269 a 271.

²⁸²¹ BLASCO GASCÓ, F.P., “La ejecución de las sentencias...”, *op. cit.*, p. 271.

lo determinado en sentencia, el propietario sufrirá un perjuicio que no habrá quedado resarcido. Señala ESTRUCH ESTRUCH²⁸²², que en este caso, el principio de cosa juzgada impedirá que este coste superior pueda ser reclamado a aquella, pero que éste comporta un nuevo daño patrimonial no existente en el momento de la interposición de la demanda, que podrá ser reclamado a los demás agentes de la edificación, incluso aunque hayan sido condenados en la misma sentencia, siempre que esta condena consista en una obligación de acometer la reparación *in natura* y no en el abono de una suma dineraria. Para este autor, esta posibilidad se puede extender incluso al supuesto de que la cantidad abonada por la aseguradora se haya fijado mediante acuerdo extrajudicial.

²⁸²²Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 546 a 550. No aclara totalmente este autor si esta reclamación se podría realizar en el mismo proceso respecto de los demás agentes de la edificación condenados, o en uno nuevo, aunque si precisa que éste no estaría vedado por la preclusión del artículo 400 LEC, puesto que ese daño patrimonial no existía en el momento de interponer la primera demanda.

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO. LA PRESCRIPCIÓN

I. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

La *praescriptio* fue en sus inicios una parte de la fórmula que el pretor redactaba y entregaba al juez para el enjuiciamiento del asunto. Las *praescriptiones* podían ser *pro actore* o *pro reo*. Estas últimas eran una especie de cuestiones previas sobre las que el juez debía pronunciarse, pues de ser estimadas impedían una sentencia sobre el fondo del asunto. En el *ius civile* romano, junto a las acciones perpetuas surgieron otras temporales introducidas por el pretor, frente a cuyo ejercicio fuera de plazo el demandado podía oponer la *praescriptio* o *exceptio temporis*²⁸²³.

A) Naturaleza y fundamento

1. Naturaleza jurídica

La prescripción extintiva es un modo de extinción de derechos por la inacción de su titular durante el plazo fijado en la ley. Se discute si la prescripción supone una extinción del derecho o una simple presunción legal, y también si lo que se extingue es el derecho o la acción para ejercitarlo. Señala CASTÁN²⁸²⁴, con base en los artículos 1.930.2º CC y 1932.1 CC, que la prescripción es un verdadero modo de extinción de derechos y de acciones, pues extinguida la acción que proporciona la tutela judicial como nota inmanente y esencial a todo derecho, se pierde también éste²⁸²⁵. No obstante, parece que su efecto principal es la extinción de la acción, por cuanto que si la excepción de prescripción no se invoca, el ejercicio del derecho se produce con plena validez²⁸²⁶.

2. Fundamento

Sobre el fundamento de la prescripción existen tres posturas principales, la subjetiva, la objetiva y la intermedia, según exponemos a continuación.

a) Tesis subjetiva

Para la tesis subjetiva el fundamento de la prescripción es el abandono, negligencia o indiferencia en el ejercicio de los derechos propios, siendo esta institución una reacción punitiva frente a tales conductas, que evidencian un desinterés o falta de diligencia del titular del derecho de modo que la prescripción opera como una suerte de sanción²⁸²⁷. Es por tanto esa inactividad la que origina una

²⁸²³ Vid. Díez-Picazo, L., *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 25 y 26.

²⁸²⁴ Vid. Castán Tobénas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Primero, *Introducción y Parte General*, Volumen Segundo, revisada y puesta al día por A.M. Román García, 15ª ed., Reus, Madrid, 2007, pp. 881 y 882.

²⁸²⁵ Vid. Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 879, que en su artículo 611-1 establece que el objeto de la prescripción es la pretensión, en cuanto derecho a reclamar de otro una acción u omisión.

²⁸²⁶ Vid. Cañizares Laso, A., "Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 94 a 99, que señala que el objeto de la prescripción son las pretensiones, en cuanto que suponen "un poder exigir" que puede ser impuesto también extrajudicialmente, a diferencia de la acción que remite a la tutela judicial.

²⁸²⁷ Vid. Sole Resina, J., "La prescripción en el Código Civil de Cataluña: Comentario a la STSJC 22/2011, de 26 de mayo", *Act. Civ.*, núm. 13-14, 2012, p. 1.

presunción de renuncia o abandono del derecho. La principal crítica a esta postura estriba en que en nuestro ordenamiento la prescripción se produce por el transcurso del tiempo, siendo irrelevante la voluntad de su titular.

b) Tesis objetiva

Para la tesis objetiva el fundamento de la prescripción es la seguridad jurídica y el dotar de firmeza y certidumbre a las relaciones jurídicas. De este modo, para que se consuma basta el transcurso del plazo determinado en la ley con el consiguiente “silencio en la relación jurídica” para que el derecho prescriba, con independencia de la voluntad de su titular. Esta tesis descansa en la necesidad y utilidad social del principio de seguridad jurídica, aún en perjuicio del principio de justicia intrínseca.

c) Tesis intermedia

La tesis intermedia se acoge por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias²⁸²⁸ y fundamenta la prescripción tanto en la seguridad jurídica derivada del transcurso del tiempo, como en la presunción de abandono del derecho, lo que exige una aplicación cautelosa y restrictiva de esta institución, por no estar basada en principios de justicia intrínseca. Para el Alto Tribunal, la existencia de un *animus conservandi* por parte del titular del derecho interrumpe el *tempus praescriptionis*, si bien dicho ánimo opera de forma objetiva, en cuanto que aquél debe acreditar que manifestó su voluntad de ejercitarlo para que no se consuma la prescripción por el mero transcurso del plazo legal correspondiente. De este modo, cabe concluir que ante la inactividad de su titular es posible presumir su abandono, como se establece de modo reiterado por la jurisprudencia²⁸²⁹, aunque, según lo indicado, su fundamento es esencialmente objetivo y opera directamente por el mero transcurso del *tempus praescriptionis*.

B) Aplicación de la prescripción

1. La prescripción como excepción

Para que pueda aplicarse la prescripción, es necesario que la parte a quien beneficie la invoque oponiendo la oportuna excepción procesal, sin que sea posible su aplicación de oficio²⁸³⁰, a diferencia de lo que sucede en la caducidad. Constituye un hecho excluyente que debe ser analizado en sentencia como cuestión de fondo, tras su necesaria alegación como excepción en la contestación a la demanda o en la contestación a la reconvenición, quedando vedada su alegación posterior²⁸³¹. Conforme al artículo 217 LEC, es el demandado quien debe alegar esta excepción,

²⁸²⁸ Vid. STS de 29 de octubre de 2003 (RJ 2003\7773) o 2 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7619), entre otras.

²⁸²⁹ SSTS de 29 de octubre de 2003 (RJ 2003\7773), 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003\640) o 14 de marzo de 1989 (RJ 1989\2043), entre otras.

²⁸³⁰ Entre otras, vid. SSTS de 24 de febrero de 2005 (RJ 2005\4035) o 12 de mayo de 2003 (RJ 2003\3898).

²⁸³¹ Vid. SSTS de 7 julio 1986 (RJ 1986\4414) sobre la improcedencia de su alegación en conclusiones; de 18 junio 1990 (RJ 1990\4855) o 20 diciembre 1994 (RJ 1994\9772), que vedan su alegación en vía de recurso.

incumbiendo al actor el ejercicio temporáneo de su derecho y, en su caso, la prueba de la interrupción del plazo prescriptivo²⁸³².

2. La renuncia a la prescripción ganada y su ejercicio por terceros

La prescripción ganada puede ser renunciada por el beneficiario según dispone el artículo 1.935 CC. No obstante, el artículo 1.937 CC faculta al acreedor y a cualquier otra persona interesada en hacerla valer, para invocarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor.

3. Interpretación de las normas sobre la prescripción

La aplicación e interpretación de esta institución debe realizarse con carácter restrictivo, nota que debe abarcar todos sus aspectos, entre ellos el *dies a quo* o las causas de interrupción, de modo que la pauta hermenéutica debe orientarse a resolver las dudas en el sentido más favorable para desestimar la prescripción²⁸³³. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia, como señalan las SSTS de 5 de marzo de 2003²⁸³⁴ o 20 de octubre de 2016²⁸³⁵ y se reitera en abundantísima jurisprudencia²⁸³⁶. En sentido contrario, DÍEZ-PICAZO²⁸³⁷ sostiene que las normas sobre prescripción no permiten criterios de interpretación diferentes a los generales, sin que pueda afirmarse que la subsistencia de los derechos sea un principio general y su extinción una suerte de excepción²⁸³⁸.

4. Los pactos sobre la prescripción

a) Su validez en el régimen del Código Civil

La posición sobre esta cuestión será distinta según se aborde desde una concepción de la prescripción que ponga el acento en la seguridad jurídica o en su carácter eminentemente privado. Nuestro Código sólo contiene un precepto sobre esta materia, a diferencia de otros ordenamientos que cuentan con una regulación

²⁸³² Vid. SSTS de 5 marzo 2003 (RJ 2003\2541) o 24 julio 2001 (RJ 2001\8417), en cuanto disponen que cuando la fecha inicial del plazo prescriptivo no se ha acreditado, la prescripción no puede ser estimada.

²⁸³³ Vid. PÉREZ CALVO, I., "La prescripción extintiva y el incumplimiento contractual", en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O'Callaghan Muñoz, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 258 a 265.

²⁸³⁴ RJ 2003\2541.

²⁸³⁵ RJ 2016\4956. Esta resolución, establece que "*la doctrina de la Sala (STS 2 de noviembre de 2005, Rec. 605/1999 (RJ 2005, 7780) viene manteniendo la idea básica, para la exegesis de los artículos 1969 y 1973 CC, que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (sentencias de 8 de octubre de 1981, 31 de enero 1983 (RJ 1983, 401), 2 de febrero y 16 de julio 1984, 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987). Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias*".

²⁸³⁶ Vid. en el mismo sentido SSTS de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993\2284), 20 junio de 1994 (RJ 1994\6025), 14 de febrero de 1994 (RJ 1994\1468), 26 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9399), 27 de mayo de 1997 (RJ 1997\4142) y 29 de octubre de 2003 (RJ 2003\7773), entre otras muchas

²⁸³⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción...*, *op. cit.*, pp. 46 a 48.

²⁸³⁸ Vid. en sentido similar CAÑIZARES LASO, A., "Algunas claves...", *op. cit.*, p. 93.

más significativa²⁸³⁹. Según el artículo 1935 CC se admite la renuncia, expresa o tácita, a la prescripción ya ganada, pero se prohíbe la renuncia del “*derecho a prescribir en los sucesivo*”. En este punto, Díez-PICAZO distingue tres posibles contenidos de los pactos sobre prescripción²⁸⁴⁰:

- El primero de ellos versaría sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de los derechos. En nuestro Derecho esto último no sería admisible por la prohibición de renuncia al derecho a prescribir en lo sucesivo. Sin embargo, el pacto sobre la prescriptibilidad de un derecho sería admisible siempre que no fuera contra la propia naturaleza del derecho en cuestión, como sucedería con un pacto sobre la prescriptibilidad de una acción de división de la cosa común, que, por su naturaleza, es esencialmente imprescriptible.

- Un segundo contenido de estos pactos versaría sobre la duración de los plazos prescriptivos. Sobre este particular, parece posible admitir aquellos que tiendan a acortarlos, habiéndose pronunciado en este sentido el Tribunal Supremo²⁸⁴¹, pues no vulneran la seguridad jurídica. Aunque con más dudas, incluso podrían admitirse los pactos que prolonguen el *tempus praescriptionis*, siempre que no determinen una autentica imprescriptibilidad que choque contra la prohibición de renuncia al derecho a prescribir en lo sucesivo²⁸⁴².

- Un tercer contenido vendría determinado por la modificación de otros aspectos del régimen prescriptivo, como el *dies a quo* o las formas y efectos de su interrupción. En el mismo sentido anterior, serían válidas aquellas estipulaciones que tiendan a facilitar la prescripción, siendo inadmisibles los que la dificulten si convierten en extraordinariamente difícil su consumación.

MORENO-TORRES HERRERA²⁸⁴³ entiende que la regulación de la prescripción contiene normas de naturaleza disponible, y que serán admisibles dichos pactos tanto en el sentido de acortarlos como en el de prolongarlos, con el límite de no poder establecer la imprescriptibilidad, el respeto a la facultad que a los terceros otorga el artículo 1.937 CC y a las normas que protegen los intereses de los consumidores y usuarios²⁸⁴⁴. CAÑIZARES LASO²⁸⁴⁵ no admite los pactos que prolonguen los plazos de prescripción, pero sí los que los acorten, siempre que se trate de materia disponible y de que el ejercicio de la pretensión no se torne

²⁸³⁹El párrafo 225 BGB, establece que la prescripción no puede quedar excluida ni dificultada, pero admite los negocios que la faciliten, en especial los que versen sobre el acortamiento de los plazos. El artículo 2.396 del *Codice Civile* italiano, dispone la nulidad de todo pacto dirigido a modificar la disciplina legal de la prescripción. Finalmente, el artículo 300 del Código civil portugués establece la nulidad de los negocios jurídicos destinados a modificar los plazos legales de prescripción o a facilitar o dificultar de otro modo las condiciones en que la prescripción opera sus efectos. Vid. Díez-PICAZO, L., *La prescripción...*, *op. cit.*, pp. 41 a 43.

²⁸⁴⁰Vid. Díez-PICAZO, L., *La prescripción...*, *op. cit.*, pp. 43 a 46.

²⁸⁴¹STS 20 de octubre de 1973 (RJ 1973\3654).

²⁸⁴²STS de 24 enero 1986 (RJ 1986\407).

²⁸⁴³Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 225 a 234.

²⁸⁴⁴Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 879, que en su artículo 611-3 admite la modificación convencional de las normas sobre prescripción, aunque la duración de los plazos prescriptivos sólo puede reducirse hasta la mitad o extenderse hasta el doble, y sin que este precepto puede invocarse en perjuicio del consumidor en los contratos que se celebren con empresarios.

²⁸⁴⁵Vid. en sentido similar CAÑIZARES LASO, A., “Algunas claves...”, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

prácticamente imposible. También admite esta autora los pactos sobre el inicio del cómputo prescriptivo y sobre su interrupción.

b) Normas especiales con incidencia en esta materia

Frente al sistema expuesto, que se desprende de los principios que dimanarían del artículo 1.935 CC, y que, en general, es más proclive a admitir los pactos que acorten los plazos de prescripción y los que la favorezcan, la aplicación de determinadas normas especiales supone la implementación de un criterio distinto, condicionado por una finalidad preordenada a proteger a una de las partes de la relación jurídica, por considerar que no se encuentra en plano de igualdad frente a su contraparte en dicha relación. De este modo, no serán admisibles los pactos que acorten los plazos de prescripción o los que la favorezcan en perjuicio de los sujetos protegidos por la norma en cuestión, y, sin embargo, sí serán admisibles estos pactos cuando beneficien a estos sujetos.

(i) Normas sobre consumidores y usuarios

En esta materia habrán de observarse otras limitaciones como las que resultan del TRLCU. En este sentido, el artículo 86.1 TRLCU²⁸⁴⁶ dispone el carácter abusivo de las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, en particular las que excluyan o limiten sus derechos legales en caso de incumplimiento de contrato. Con base en esta ley, no serían admisibles aquellos pactos que tiendan a favorecer o a acortar los plazos de prescripción en perjuicio del consumidor. Debe considerarse a este respecto que, aunque la norma no mencione expresamente la prescripción, determinados pactos en esta materia pueden suponer una limitación o privación del derecho del consumidor. De este modo, sería abusiva una cláusula que acorte el plazo de prescripción en beneficio del profesional²⁸⁴⁷, aunque no una que lo alargara.

(ii) LOE

Como ya hemos reseñado, dado el interés público que persigue la LOE en cuanto norma destinada a promover la seguridad y la calidad de la edificación, y al igual que sucede con otras cuestiones, no será posible alterar mediante pactos o cláusulas determinadas el régimen de imputación de responsabilidad y las causas de exoneración que se recogen en el artículo 17.8²⁸⁴⁸, ni reducir los plazos de garantía, ni en general limitar la responsabilidad por defectos constructivos. Así lo estableció la jurisprudencia dictada en torno al artículo 1.591 CC, decretando la nulidad de las cláusulas que reducían o excluían los plazos de garantía, limitaban su ámbito de aplicación o la cantidad reclamable, imponían requisitos no previstos legalmente para

²⁸⁴⁶ Vid. artículo 86.1 que dispone: “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario. 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”.

²⁸⁴⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción...*, op. cit., p. 46.

²⁸⁴⁸ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 323 a 326.

el ejercicio de acciones o introducían cualquier limitación en perjuicio del dañado por los vicios constructivos²⁸⁴⁹. En consecuencia, tampoco serán válidos los pactos que supongan un acortamiento de los plazos de prescripción ni aquellos que la favorezcan o faciliten, dado el carácter imperativo de la LOE en favor de los propietarios. No obstante, estas estipulaciones podrán tener efectos entre los agentes de la edificación. Sin embargo, sí podrían ser admisibles aquellos que prolonguen estos plazos o los que dificulten la prescripción en favor de los propietarios, p. ej. admitiendo otras formas de interrupción, con el límite antes enunciado de que no supongan una dificultad extraordinaria para su consumación.

5. El computo del plazo de prescripción

Los plazos de prescripción se deben computar con arreglo a lo establecido en el artículo 5.1 CC, pues se trata de plazos civiles y no procesales y, puesto que los mismos se fijan generalmente por meses o años, procede el cómputo de fecha a fecha²⁸⁵⁰. En consecuencia, no es aplicable el artículo 133 LEC y no se excluyen los sábados ni los días inhábiles.

a) El *dies a quo* de los plazos de prescripción

Según la teoría de la *actio nata*²⁸⁵¹, el comienzo del cómputo del plazo prescriptivo requiere que la acción haya nacido. Por tanto, no basta con la existencia del derecho, sino que es preciso que haya surgido la acción para defenderlo o ejercitarlo. Así, el artículo 1.969 CC establece el inicio del cómputo prescriptivo de toda clase de acciones “desde el día que pudieron ejercitarse”. Para resolver cuando se produce la posibilidad de ejercicio se han postulado diversas teorías²⁸⁵², como la teoría de la lesión, más adecuada para los derechos reales; la de la insatisfacción, más apropiada para los derechos de crédito; o la de la realización, según la cual la acción nace y el *dies a quo* se determina en base al momento en el que aquella puede ser ejercitada eficazmente para lograr su total efecto, pues no debe iniciarse la prescripción de un derecho que aún no se puede reclamar²⁸⁵³. La posibilidad de ejercicio de la acción debe valorarse generalmente con carácter objetivo²⁸⁵⁴, es decir, con exclusión de las imposibilidades subjetivas o el desconocimiento de tal circunstancia por el titular del derecho²⁸⁵⁵. Los casos en los que el *dies a quo* se establece a partir del conocimiento subjetivo deben ser la excepción²⁸⁵⁶. No obstante, existen supuestos concretos en los que el plazo se inicia desde que su titular tuvo conocimiento del hecho, como sucede cuando tal hecho se oculta y no hay medio razonable de conocerlo²⁸⁵⁷, o en las acciones para exigir responsabilidad extracontractual por aplicación de la regla del artículo 1.968.2º, que establece el inicio

²⁸⁴⁹ Vid. SSTS de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999\2375), 27 de junio de 1994 (RJ 1994\6505) o 13 de junio de 1984 (RJ 1984\3236). Esta última declara la inoponibilidad frente a tercero de un pacto de exoneración de responsabilidad convenido entre los arquitectos y el promotor.

²⁸⁵⁰ Vid. STS de 3 de octubre de 1990 (RJ 1990\7468).

²⁸⁵¹ *Actio nondum natae no praescribetur*.

²⁸⁵² Vid. CAÑIZARES LASO, A., “Algunas claves...”, *op. cit.*, pp. 109 a 125, sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 1969 CC, hacia un criterio subjetivo, matizado por el principio de la diligencia debida.

²⁸⁵³ STS de 25 de marzo de 2009 (RJ 2009\1746).

²⁸⁵⁴ Vid. CAÑIZARES LASO, A., “Algunas claves...”, *op. cit.*, pp. 107 y 108.

²⁸⁵⁵ Vid. PÉREZ CALVO, I., “La prescripción...”, *op. cit.*, p. 274.

²⁸⁵⁶ Vid. Díez-PICAZO, L., *La prescripción...*, *op. cit.*, pp. 132 a 135.

²⁸⁵⁷ Vid. PÉREZ CALVO, I., “La prescripción...”, *op. cit.*, pp. 274 y 275.

del cómputo “desde que lo supo el agraviado”²⁸⁵⁸, aunque en general la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado un cierto giro hacia el criterio subjetivo²⁸⁵⁹.

b) El *dies ad quem*

(i) Consumación del plazo de prescripción

La prescripción se consuma cuando transcurre completo el día final del plazo correspondiente, según puede entenderse por analogía con lo dispuesto en el artículo 1960.3º CC, sin que se haya producido ningún acto interruptivo. De este modo y en principio, es posible ejercitar el derecho en cualquier momento anterior a su consumación, es decir, antes del final del último día del plazo prescriptivo.

(ii) La doctrina del retraso desleal en el ejercicio del derecho

No obstante, en determinados supuestos, el ejercicio del derecho de forma tardía puede resultar inadmisibles si resulta contrario al principio de buena fe, o si constituye un supuesto de abuso de derecho ex artículo 7.2 CC. La doctrina del retraso desleal tiene su génesis en la doctrina alemana de la *Verwirkung*²⁸⁶⁰, según la cual el ejercicio de los derechos debe efectuarse en un plazo razonable, de forma que el mismo no es admisible cuando su titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y el sujeto pasivo puede esperar objetivamente que ya no se van a ejercitar. De este modo, para su aplicación esta doctrina requiere que la activación del derecho se presente como desleal e intolerable, por lo que la valoración de las circunstancias del caso reviste una importancia determinante²⁸⁶¹. VAQUER ALCOY²⁸⁶² destaca que *Verwirkung* es el término alemán que alude a un retraso desleal en el ejercicio del derecho que lo torna inadmisibles. Este retraso desleal se define no sólo por el transcurso de un plazo más o menos largo, sino porque el derecho se invoca en unas condiciones contrarias a la buena fe. Así, esta doctrina puede operar como una restricción adicional al ejercicio de los derechos antes del transcurso de los plazos de prescripción, como respuesta a una deficiente regulación de esta institución²⁸⁶³. Indica CARRASCO PERERA²⁸⁶⁴, que esta doctrina se aplica por vez primera en España por la STS de 13 de junio de 1986²⁸⁶⁵, si bien anteriormente, en situaciones análogas, había operado como subtipo del acto propio vinculante. En la actualidad se aplica por la jurisprudencia anudada a los principios de buena fe, proscripción del abuso de derecho y a la doctrina de los actos propios, con fundamento en el artículo 7 CC²⁸⁶⁶. Su virtualidad requiere la existencia de un acto

²⁸⁵⁸ Vid. STS de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010/5156), que sigue la línea jurisprudencial que, en materia de daños personales, fija el *dies a quo* en el momento en el que se conoce definitivamente el alcance de las secuelas, concretando el inicio del cómputo cuando la jurisdicción social califica la situación de invalidez por resolución firme.

²⁸⁵⁹ Vid. CAÑIZARES LASO, A., “Algunas claves...”, *op. cit.*, pp. 113 a 115.

²⁸⁶⁰ Esta doctrina se desarrolla en torno al parágrafo 242 BGB, sobre el deber de buena fe en el tráfico jurídico y está en directa relación con la proscripción del *venire contra factum proprium*.

²⁸⁶¹ Vid. Díez-PICAZO, L., *La prescripción...*, *op. cit.*, pp. 84 a 91.

²⁸⁶² VAQUER ALCOY, “El retraso desleal en el ejercicio de los derechos”, *Revista Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1.999, pp. 89 a 130

²⁸⁶³ Vid. CARRASCO PERERA, A., *Tratado del abuso...*, *op. cit.*, p. 521.

²⁸⁶⁴ *Ibidem*, pp. 518 y 519.

²⁸⁶⁵ RJ 1986\3549.

²⁸⁶⁶ Vid. STS de 21 de mayo de 1982 (RJ 1982\2588). Esta doctrina tiene especial relevancia en materia de propiedad horizontal, cuando se ejercitan acciones contra alteraciones de elementos comunes largamente consentidas; *vid.* PÉREZ CALVO, I., “La prescripción...”, *op. cit.*, p. 284, que aboga por un

propio que haya generado una confianza cualificada en la otra parte, por lo que constituye una especificación del citado principio de los actos propios, siendo necesario que concurren los elementos que habilitan la aplicación de la doctrina del *venire contra factum proprium non valet*²⁸⁶⁷. La STS de 25 de enero de 2007²⁸⁶⁸ alude a la figura que nos ocupa como “prescripción por tolerancia”, fijando su origen en la doctrina alemana del “*Verwirkung durch Duldung*” y en la angloamericana del “*estoppel by laches*”, las cuales tienen su reflejo en nuestra jurisprudencia en la doctrina del “retraso desleal”, como una manifestación de conducta contraria al principio de buena fe. Por su parte, las SSTS de 3 de diciembre de 2010²⁸⁶⁹ y 12 de diciembre de 2011²⁸⁷⁰ exigen para su aplicación el transcurso de un plazo sin ejercitar el derecho y la creación de una confianza legítima en la otra parte derivada de lo anterior²⁸⁷¹, sin que se exija que el actor pretenda causar un daño al perjudicado, como precisa la STS de 20 de junio de 2011²⁸⁷².

II. LA PRESCRIPCIÓN EN LA LOE

La LOE establece unos plazos de prescripción notablemente más cortos que el plazo aplicable al artículo 1.591 CC, que era el general del artículo 1.964 CC, de quince años hasta su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁸⁷³. En este sentido, si bien es cierto que este plazo quinquenal podía generar situaciones injustas —puesto que, anudado al plazo de garantía decenal, permitía que en algunos casos se pudieran ejercitar acciones veinticinco años después de finalizada la construcción de un edificio—, también lo es que la modificación que introduce aquella norma, en el sentido de reducir el plazo de prescripción a dos años, puede generar situaciones igualmente inicuas, al generar importantes escenarios de desprotección. A su vez, la ley especial distingue entre los plazos de las acciones de las que disponen los propietarios frente a los agentes de la edificación, acciones directas, y los de las acciones de repetición que corresponden a unos agentes constructivos o, en su caso, los aseguradores, frente a los demás, si bien fija un mismo plazo bianual para ambas, aunque, evidentemente, con diferentes *dies a quo*.

tratamiento cauteloso de esta doctrina, pues resultaría contradictorio con el fin de ganar seguridad jurídica que persigue la prescripción, aplicar una doctrina que aumente las dudas en torno a esta institución.

²⁸⁶⁷CARRASCO PERERA, A., *Tratado del abuso...*, *op. cit.*, pp. 527 y 528.

²⁸⁶⁸RJ 2007\2778. *Vid.* también STS de 21 de octubre de 2.005 (R 2005\8274) y las que cita; y 28 de noviembre de 2.005 (RJ 2006\1233).

²⁸⁶⁹RJ 2011\1176.

²⁸⁷⁰RJ 2012\367.

²⁸⁷¹*Vid.* PEREA GONZÁLEZ, A., “Verwirkung o el retraso desleal: el valor de la confianza”, *Diario La Ley*, núm. 9211, 5 de junio de 2018, ap. 5, donde este autor pone de relieve la importancia de esta doctrina en la ejecución forzosa en el proceso civil, ante la inexistencia de caducidad en la instancia en la fase de ejecución, según se desprende del artículo 239 LEC, pues solo se prevé la caducidad de la acción ejecutiva en el artículo 518 LEC.

²⁸⁷²RJ 2011\4644. *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 207; *vid.* también SSTS 3 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1176) y 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012\32).

²⁸⁷³Esta norma ha modificado el artículo 1.964 CC reduciendo este plazo a cinco años. Su entrada en vigor se produjo el 7 de octubre de 2015.

A) Cuestiones previas

1. El plazo de prescripción del artículo 1.591 CC

Pese a que inicialmente no fue una cuestión pacífica, el plazo de prescripción aplicable a la acción directa de ruina del artículo 1.591 CC, se estableció por la jurisprudencia en quince años²⁸⁷⁴, por remisión al plazo general de las acciones personales que establece el artículo 1.964 CC²⁸⁷⁵, con la consecuente inaplicación del plazo anual previsto respecto de las acciones de responsabilidad extracontractual por artículo 1.968.2º CC. En relación a la prescripción de la acción decenal del artículo 1.591 CC, se generó una jurisprudencia que, en líneas generales, es extrapolable a los plazos de la LOE, fundamentalmente en lo relativo al *dies a quo*.

2. La irretroactividad de los nuevos plazos de prescripción

La importante reducción de los plazos de prescripción que efectúa la LOE, ha suscitado la cuestión de si es posible aplicarla de forma retroactiva a edificaciones que no se rijan por esta norma. Esta cuestión ha sido zanjada por el Tribunal Supremo negando esta posibilidad, de forma que a las edificaciones que se rijan por el artículo 1.591 CC, les seguirá siendo de aplicación el plazo del artículo 1.964 CC. Así, la STS de 4 octubre de 2013²⁸⁷⁶ dispone la irretroactividad del plazo de prescripción de la LOE, respecto de las obras cuya licencia de edificación fue solicitada con anterioridad a su entrada en vigor.

B) Acciones directas

1. Plazo

El artículo 18.1 LOE fija el plazo de prescripción de las acciones directas, que pueden ejercitar los propietarios frente a los agentes de la edificación, en dos años²⁸⁷⁷, el cual coincide con el plazo de las acciones de repetición y con el que establece el artículo 23 LCS respecto de las derivadas del contrato de seguro.

2. *Dies a quo* en los daños diferidos

La complejidad del *dies a quo* en los daños por defectos constructivos deriva de su carácter de daños diferidos o de manifestación tardía, que se exteriorizan

²⁸⁷⁴Así SSTS de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005\6362), 18 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8233), 6 de abril de 1994 (RJ 1994\2940) o 15 de julio de 1991 (RJ 1991\5387); *vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 342.

²⁸⁷⁵VIGO MORANCHO, A., "Las responsabilidades decenal, trienal y anual en la Ley de Ordenación de la Edificación", *La Ley*, núm. 7, 2001, p. 1.444.

²⁸⁷⁶RJ 2013\7054, que cita de las SSTS de 22 de marzo de 2010 (RJ 2010\2410) y 19 de abril de 2012 (RJ 2012\5908).

²⁸⁷⁷*Vid.* SAP Zaragoza 27 diciembre de 2016 (JUR 2017\23237), que declara prescritas las acciones LOE por el transcurso del plazo bianual, descartando la aplicación del plazo de 15 años del artículo 1.591 CC, al tratarse de una edificación con licencia solicitada con posterioridad a la entrada en vigor de esta norma. Al propio tiempo esta resolución también rechaza el argumento que invoca el apelante para aplicar el plazo quincenal del artículo 1.964 CC, sobre la existencia de una estipulación a favor de tercero. Dicho apelante contrató con una entidad la construcción de una nave, la cual encargó su dirección y ejecución al ahora demandado. Para el tribunal, este segundo pacto lo que determina es la existencia de otro contrato al que es ajeno el recurrente y no una estipulación a favor de tercero. "No existe un contrato, que pueda contener una estipulación a un tercero, sino dos contratos, uno del actor al constructor, y otro de éste al actual demandado".

después de la recepción del edificio, a veces cuando ya ha transcurrido un prolongado lapso temporal desde aquella fecha.

a) El criterio literal del artículo 18.1 LOE

El artículo 18.1 LOE establece el *dies a quo* de este plazo bianual en el momento de la producción de los daños, con un marcado signo objetivo, obviando cuándo han sido conocidos por el titular del edificio, lo cual ha merecido calificativos negativos por parte de la doctrina —“novedoso y perturbador”—²⁸⁷⁸, por la dificultad que comporta detectar ciertos daños en la edificación para el profano en la materia²⁸⁷⁹. Así, según una exégesis literal del artículo 18.1, el *dies a quo* del plazo de dos años de las acciones directas se computa desde que se “se produzcan dichos daños”²⁸⁸⁰.

b) El criterio de la manifestación de los daños

No obstante, este puro criterio objetivo debe ser matizado por la aplicación del principio de la *actio nata* del artículo 1.969 CC, de modo que el *dies a quo* debiera fijarse en atención a cuándo se produce la aparición o manifestación externa de los vicios ruinógenos en el edificio²⁸⁸¹. En consecuencia, vendrá determinado por el momento en el que aflora la manifestación del daño, posibilitando que el perjudicado pueda tener cabal conocimiento de éste²⁸⁸². Así lo establece unánimemente la jurisprudencia dictada en torno al artículo 1.591 CC, cuando alude a la aparición o manifestación de los vicios ruinógenos y al tiempo en el que se aprecie la ruina, o a aquél en el que se detecten o se hagan patentes los defectos²⁸⁸³. Por este motivo, la interpretación judicial del artículo 18.1 LOE debe atender al hito de la manifestación externa de los vicios, como equivalente al criterio de la producción²⁸⁸⁴. Es decir, pese a que la LOE dispone el *dies a quo* adoptando el hito objetivo de la producción del daño, el principio de la *actio nata* debe llevar a considerar que el *tempus praescriptionis* principia desde que el daño aflore hacia el exterior²⁸⁸⁵, de modo que

²⁸⁷⁸ Vid. JIMÉNEZ MORAGO, J.T., “Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación: subsiste el art. 1.591 CC”, *La Ley*, núm. 6, 2001, p. 15.

²⁸⁷⁹ LACABA SÁNCHEZ, F., “Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1.591 del Código Civil”, *La Ley*, núm. 1, 2000, p. 1625.

²⁸⁸⁰ Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La prescripción de las acciones en la Ley de Ordenación de la Edificación: una lectura desde la jurisprudencia”, en *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 495 a 500. Cfr. SAP Asturias de 7 de febrero de 2018 (JUR 2018\97834) que indica que no resulta aplicable a las acciones LOE el artículo 1.969 CC. Aclara la STS de 1 de julio de 2016 (RJ 2016\3160), que el plazo computa desde la producción del daño y no desde el final del plazo de garantía.

²⁸⁸¹ Vid. STS de 5 de julio de 2013 (RJ 2013\8443), que alude al momento en el que se conocen no sólo los daños, sino también la causa de los defectos observados; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 638 a 640. Vid. SAP de Ciudad Real de 11 de noviembre de 2014 (JUR 2015\49346).

²⁸⁸² Vid. BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 157 y 158.

²⁸⁸³ SSTS de 15 de octubre de 1990 (RJ 1990\7867) o 20 julio de 2002 (RJ 2002\7473).

²⁸⁸⁴ SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 211.

²⁸⁸⁵ Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J., “El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1.969 del Código Civil”, en *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 94 y 95, que considera que el Tribunal Supremo, fundamentalmente a partir de la STS 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 4.350), adopta el criterio del conocimiento en este punto, siendo el *dies a quo* aquél en el que perjudicado conoce o debe conocer el hecho dañoso, en semejanza con la *discovery rule* que rige en algunas materias del *tort law* americano. Así, STS de 1 de julio de 2016 (RJ 2016\3160) que considera que la acción pudo ejercitarse “desde el momento en que tuvo conocimiento la demandante de la

su existencia pueda ser objetivamente conocida por el propietario dañado²⁸⁸⁶, pues lo relevante a estos efectos es su cognoscibilidad y no su mera existencia²⁸⁸⁷, aunque sin llegar al extremo de exigir su conocimiento efectivo²⁸⁸⁸. En este sentido, pese a su defectuosa redacción, el artículo 18.1 LOE no altera la regla de la *actio nata* del artículo 1.969²⁸⁸⁹, por lo que cumple observar el principio de cognoscibilidad objetiva²⁸⁹⁰, sin que el inicio del plazo pueda diferirse al momento de la emisión de un informe pericial sobre los defectos constructivos²⁸⁹¹. Una vez producido el daño, siempre que resulte objetivamente reconocible por el propietario²⁸⁹², se inicia el plazo de prescripción sin que se pueda condicionar a ningún otro requisito de carácter subjetivo²⁸⁹³. No obstante, la adecuada protección de los consumidores hubiera exigido que se iniciara en el momento de entrega de la vivienda a su adquirente, para evitar las situaciones, frecuentes en la práctica, en las que, cuando aquél entra en posesión del edificio, ya han prescrito las acciones de la LOE²⁸⁹⁴. La STS de 1 de julio de 2016²⁸⁹⁵, aclara que los plazos de garantía y de prescripción discurren sin interferencia, de modo que los primeros se computan desde la recepción, y los segundos desde la manifestación de los vicios y no desde el final del plazo de garantía correspondiente²⁸⁹⁶.

presencia de daños en el edificio". Cfr. en sentido contrario SAP Asturias de 7 de febrero de 2018 (JUR 2018\97834) que indica que no resulta aplicable a las acciones LOE el artículo 1.969 CC.

²⁸⁸⁶SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*, p. 964.

²⁸⁸⁷LARROSA AMANTE, M.A., "Los mecanismos...", *op. cit.*, p. 21.

²⁸⁸⁸Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J., "El dies a quo...", *op. cit.*, pp. 76 a 80, sobre la necesidad del conocimiento, más o menos efectivo, del interesado, que se requiere en el derecho americano en ciertas materias del *tort law* en virtud de la *discovery rule*, y su aplicación en nuestro ámbito por la STS 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013\4350).

²⁸⁸⁹GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación", *RCDI*, núm. 661, 2000, p. 2.705.

²⁸⁹⁰SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "La falsa identificación...", *op. cit.*, p. 4623.

²⁸⁹¹SAP de Cáceres de 3 de junio de 2016 (JUR 2016\172339); en sentido contrario vid. SAP de Madrid de 28 de enero de 2016 (JUR 2016\74386), que precisa que hasta ese momento no se tuvo conocimiento exacto y definitivo de los daños.

²⁸⁹²La SAP de Córdoba de 19 de junio de 2015 (JUR 2015\194071), determina el *dies a quo* en atención al momento en el que vuelen a aparecer unos defectos constructivos, previamente reparados por la constructora.

²⁸⁹³MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., "Los plazos...", *op. cit.*, p. 241.

²⁸⁹⁴Vid. LARROSA AMANTE, M.A., "Los mecanismos...", *op. cit.*, pp. 20 y 21; vid. SAP de Asturias de 14 de marzo de 2016 (JUR 2016\76405), que declara prescritas las acciones de la LOE por el transcurso de dos años desde la recepción sin reservas, que considera efectuada por la emisión del certificado final de obra, pues los defectos eran apreciables desde la expedición de dicho certificado, sin que pueda diferirse el cómputo al momento de ocupación de las viviendas ni al de la emisión de un informe pericial.

²⁸⁹⁵RJ 2016\3160.

²⁸⁹⁶Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., "Prescripción de la responsabilidad civil: última jurisprudencia y tendencias legislativas y doctrinales", *XVIII Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, coordinado por J. López y García de la Serrana y J.L. Nava Meana, Sepín, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 108 y 109.

c) La doctrina de los daños continuados o de producción sucesiva

(i) El dies a quo en los daños continuados

En caso de daños continuados²⁸⁹⁷ el *dies a quo* viene determinado por el momento en el que dejen de producirse las acciones dañosas, de forma que el cómputo se inicia el día en el que se conoce el resultado definitivo²⁸⁹⁸, o aquél en el que se produce su verificación total, siempre que “*no fuera posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida*”, según establece la STS de 18 de enero de 2010²⁸⁹⁹. Para la aplicación de la doctrina anterior es preciso que se trate de sucesivas acciones que prolonguen en el tiempo una actuación antijurídica, de modo que, en estos casos, el plazo principiará cuando aquella cese, pues se trata de daños de producción sucesiva, ininterrumpida²⁹⁰⁰ o continuada²⁹⁰¹, de diferentes actos que se manifiestan como “*algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección*”²⁹⁰². La STS de 25 enero de 2017²⁹⁰³ aplica esta doctrina en un caso de reclamación de un arrendatario contra la comunidad de propietarios, en base al artículo 1902 CC, para que repare la cubierta por la existencia de humedades, considerando que, en este supuesto, el cómputo no se inicia hasta la producción del definitivo resultado dañoso, siempre que no sea posible fraccionar en diferentes etapas o hechos diferenciados la serie proseguida. Por este motivo, estos daños continuados son distintos de los daños repetidos, en los que una acción se reitera periódicamente y en los que el plazo prescriptivo comienza individualmente respecto de cada acción. También aplica esta doctrina, en un caso de culpa extracontractual, la STS de 4 julio de 2016²⁹⁰⁴ y, sin embargo, no lo hace la STS de 28 octubre de 2009²⁹⁰⁵ en otro asunto sobre responsabilidad aquiliana.

ii) Su aplicación a los defectos constructivos

Se ha indicado que la doctrina de los daños continuados debe ser trasladada con cautela a la responsabilidad por defectos constructivos, en cuanto que sólo podrá

²⁸⁹⁷ Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J., “El dies a quo...”, *op. cit.*, pp. 214 a 218.

²⁸⁹⁸ A este resultado definitivo alude la SAP de Pontevedra de 2 de marzo de 2016 (JUR 2016\66678).

²⁸⁹⁹ RJ 2010/1401. Esta sentencia indica que para considerar que el artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal “*no sanciona con la prescripción la inactividad del legitimado mientras el infractor permanezca en la situación antijurídica, basta con admitir la existencia de una posibilidad de ejercicio de las correspondientes acciones mientras persista la infracción que las justifique*”.

²⁹⁰⁰ STS de 11 de febrero de 2002 (RJ 2002\3106), que indica que “*está, en efecto, consolidada la doctrina jurisprudencial que refiere, a la fecha de producción del resultado definitivo, el momento inicial del cómputo, cuando se trata –como ocurre en el caso– de daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida (...) y que “la demandada no ha logrado acreditar o fijar un día inicial a partir del cual dejara ya de generarse el resultado lesivo, siendo así que todavía, actualmente, se siguen produciendo a la vista de las pruebas practicadas (...), ya que no es posible confundir la causa con el efecto en el sentido de que la causa generadora del origen de los daños pudo haber cesado y, sin embargo, sus efectos seguir exteriorizándose*”.

²⁹⁰¹ MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los plazos...”, *op. cit.*, pp. 244 a 249.

²⁹⁰² Vid. SEIJAS QUINTANA, J.A., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 61.

²⁹⁰³ RJ 2017\346.

²⁹⁰⁴ RJ 2016\2897. Esta resolución indica que “[...] 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 este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr «desde que lo supo el agraviado», como dispone el artículo 1968.2.º CC, es decir desde que tuvo cabal

aplicarse cuando se trate de un daño de los que continuamente se están operando y produciendo²⁹⁰⁶. Así, en la mayor parte de los casos esta doctrina no será de aplicación a los vicios constructivos, pues el plazo no puede computarse desde su verificación total, ya que se trata de daños sujetos casi siempre a una progresiva agravación²⁹⁰⁷, que se manifiestan generalmente en un momento determinado por la existencia de un defecto *ab origine*, generado en la fase de construcción del edificio, si bien su efecto persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad de agravarse por factores ajenos a la propia actuación del responsable²⁹⁰⁸. En estos supuestos, parece que la seguridad jurídica exige que el *dies a quo* comience a correr conforme al principio de la *actio nata*, cuando el daño se manifieste externamente y el perjudicado pueda conocer su dimensión de modo razonable. Esta última es la doctrina que consideramos más adecuada a la naturaleza de los vicios constructivos, porque, en esta clase de daños, lo que persisten son sus efectos y no la acción que los genera²⁹⁰⁹.

*conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción. En cambio, 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, RJ 2009, 5817, 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, RJ 1993, 3727, 5 de junio de 2003, 14 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2007)»; Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., “Prescripción de la responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 113, que pone de relieve como en este caso, en el que los daños se causaron por las obras en un edificio colindante, el *dies a quo* se produce cuando se consolida el resultado definitivo, y como tal se considera el momento en el que un perito realiza una segunda visita al inmueble, año y medio después de que se identificaran los daños en un primer informe pericial. A nuestro juicio, la brevedad del plazo de prescripción del artículo 1.968.2º CC, condiciona que determinados daños se configuren como continuados para preservar la acción del dañado. Esta sentencia es un ejemplo de la tendencia a calificar determinados daños extracontratuales como continuados, cuando, en caso de resultar de aplicación otros regímenes jurídicos, se clasificarían como duraderos.*

²⁹⁰⁵RJ 2009\5817. Esta sentencia dispone que “*finalmente, el propio argumento del motivo de que la acción no ha prescrito todavía porque los daños siguen y seguirán produciéndose y agravándose a medida que pase el tiempo, lo que equivale a sostener que la acción ejercitada en la demanda no podrá prescribir nunca, revela la inaplicabilidad a este caso de la jurisprudencia sobre los daños continuados, porque se trataría más bien de daños duraderos o permanentes y, además, propiciados no sólo por la actividad de la demandada-recurrida en la cantera sino también por otros muchos factores que van acumulándose en el tiempo, como la instalación de un vertedero en la antigua cantera, al que la demandada-recurrida es ajena, y el abono con nitratos de todas las explotaciones agrarias que afectan al acuífero, entre ellas la de la propia actora-recurrida, que por ende admitió en la segunda instancia haber arrendado parte de la finca en el año 2002, constando en el correspondiente contrato la cesión del agua de los pozos para cualquier clase de cultivo*”.

²⁹⁰⁶Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los plazos de garantía...”, *op. cit.*, pp. 246 a 249, que admite esta doctrina en el caso de humedades sucesivas.

²⁹⁰⁷Cfr. PALAZÓN GARRIDO, M^a.L., “Los límites temporales...”, *op. cit.*, pp. 773 y 774.

²⁹⁰⁸La SAP de Sevilla de 18 de julio de 2016 (JUR 2016\265832) aborda en profundidad y detalle este problema, exponiendo las diversas doctrinas existentes, y considera que los defectos constructivos, como regla general, deben considerarse daños permanentes o duraderos a efectos prescriptivos.

²⁹⁰⁹Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C. *Derecho de construcción...*, *op. cit.*, p. 454, que no considera aplicable a los vicios constructivos la doctrina de los daños continuados, ni la fijación del *dies a quo* en el momento de la verificación total del daño. Vid. SAP Murcia de 16 de noviembre de 2011 (JUR 2011,426128), que indica que “*llegados a este punto, lo que no cabe en modo alguno, como pretende la recurrente, 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 SSTs de 13 de marzo de 2007²⁹¹⁰ o 31 de octubre de 2014²⁹¹¹, no admiten el carácter de daños continuados respecto a los defectos constructivos que analizan. Esta última no lo admite respecto a unas humedades aduciendo que sus causas y origen resultaban claras desde un principio, y tampoco respecto a la caída de unas placas de fachada porque este defecto ya se había manifestado anteriormente. Sin embargo, no se puede soslayar que, en ciertos supuestos, los defectos constructivos sí podrían exteriorizarse como daños continuados²⁹¹², o, al menos, que la jurisprudencia menor los considera como tales en no pocas ocasiones²⁹¹³, animada, según nuestro criterio, por el propósito de articular un mecanismo para salvar el problema del reducido plazo de prescripción bianual.

las obras, comenzaron a aparecer los problemas (v. STS de 13 de marzo de 2007); y, aunque algunas sentencias del Tribunal Supremo introducen la variable del carácter continuado de los daños como factor para posponer el inicio del cómputo a la definitiva consolidación del daño (Sentencias de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990, 15 y 20 de marzo y 24 de mayo de 1993, entre otras), en el régimen de la LOE el término "producción del daño" debe entenderse como aparición, sin dilatarlo a la concreción del resultado dañoso, por lo que no es de aplicación dicha doctrina, sin perjuicio de que, de no haber prescrito la acción principal, la responsabilidad (obligación de resarcir) se extienda a las agravaciones dañosas o que sean consecuencia lógica del vicio o defecto típico, incluso aunque se hayan producido fuera del plazo de responsabilidad; y, en cualquier caso, aun cuando se entendiera que sí es aplicable aquella doctrina, en las expuestas resoluciones también se matiza que deben de ser "continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida...", por lo que los daños objeto de la demanda y de esta "litis" no pueden ser considerados continuados -daños producidos por diferentes actos, continuados también-, sino permanentes -daños que perduran en el tiempo, producido por un solo acto".

²⁹¹⁰RJ 2007\2569.

²⁹¹¹RJ 2014\5642.

²⁹¹²Cfr. en este sentido SANTANA NAVARRO, F.L., *La Responsabilidad...*, op. cit., pp. 578 a 588, que establece varios supuestos que podrían considerarse como daños continuados por defectos constructivos, entre los que destaca el desprendimiento de baldosas de un pavimento que se va produciendo poco a poco, hasta que se generaliza; y el mismo autor en *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 160 a 162, donde indica como criterio delimitador, que en los daños continuados la reparación no impide la producción de daños sucesivos; mientras que en los permanentes si se produce la reparación, los mismos ya no continúan.

²⁹¹³Vid. sobre daños calificados como continuados la SAP Cuenca de 27 de febrero de 2018 (JUR 2018\116819), que en un supuesto de daños estructurales por existencia de grietas, considera estos daños como daños continuados estructurales, al considerar que dichas grietas no llegaron nunca a estabilizarse; SAP Cantabria de 18 de enero de 2018 (JUR 2018\74791), en relación a unas filtraciones en sótanos respecto de las que considera se han producido de modo sucesivo, por lo que el *dies a quo* es aquel en el que se produzca el resultado definitivo; o SAP de A Coruña de 15 de diciembre de 2015 (JUR 2016\18717), en relación a unas humedades por filtraciones y a unas grietas y fisuras; SAP de Madrid de 14 de julio de 2016 (JUR 2016/208257), también relativo a un supuesto de humedades y grietas; SAP de Toledo de 28 de junio de 2016 (JUR 2016\237865); SAP de Málaga de 29 de febrero de 2016 (JUR 2016\182340), sobre daños en una piscina por asentamiento; SAP de A Coruña de 9 de diciembre de 2015 (JUR 2016\18303), también sobre humedades por filtraciones; SAP de Huesca de 27 de noviembre de 2015 (JUR 2016\7900), por unos daños derivados de un defecto de cimentación; SAP de Madrid de 14 de octubre de 2015 (JUR 2015\275995), sobre unos ruidos ocasionados por el sistema de recogida neumática; SAP de Alicante de 23 de septiembre de 2015 (JUR 2015\270670), también sobre filtraciones; SAP de Jaén de 16 de abril de 2015 (JUR 2015\171551), sobre daños estructurales; SAP de Murcia de 9 de diciembre de 2014 (JUR 2015\52389), en relación a unos daños por humedades; SAP de Castellón de 5 de marzo de 2014 (JUR 2014\160642), sobre daños en el pavimento; SAP de Madrid de 30 de enero de 2014 (JUR 2014\63842), sobre humedades, grietas y fisuras.

d) Los daños permanentes

Distintos de los daños continuados son los daños duraderos o permanentes, que derivan de la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo que se mantiene mientras no se solucione la causa que lo originó²⁹¹⁴. A diferencia de lo que sucede en aquéllos, en los permanentes o duraderos no hay una reiteración de actuaciones lesivas, sino que existe un acto singular, sin bien su efecto perdura y se agrava con el tiempo²⁹¹⁵. En estos supuestos el problema deriva del “agravamiento de los daños por su falta de pronta reparación pese a haber cesado la causa productora de los mismos”, aunque no siempre es fácil distinguir en la práctica los de una y otra clase²⁹¹⁶. En los daños permanentes o duraderos el plazo prescriptivo debe iniciarse cuando se manifiesten, aunque los mismos estén sujetos a una progresiva agravación²⁹¹⁷. Con carácter general, en los términos que hemos indicado, los defectos constructivos, en cuanto que vicios *ab initio*, generan este tipo de daños.

C) Acciones de repetición

1. Plazo

El artículo 18.2 LOE establece un plazo de prescripción de dos años, que prevalece en cuanto *lex specialis* sobre el plazo de prescripción de cinco años (antes quince²⁹¹⁸) que rige con carácter general en las acciones personales que no tengan plazo especial, y que se aplica en los supuestos de derecho de repetición entre codeudores solidarios ex artículo 1.964 CC. En contra de este criterio se pronuncia la SAP Madrid de 18 de septiembre de 2014²⁹¹⁹, que sigue el de la SAP Cáceres de 10 de diciembre de 2012²⁹²⁰, para las que la limitación de este plazo a dos años no opera cuando se ejercita una acción de regreso ex artículo 1.145.2º CC, contra los demás condenados solidariamente. Esta jurisprudencia abriría la posibilidad de dos tipos de acciones de repetición: unas derivadas de la LOE y con plazo de prescripción bianual, que se pueden dirigir contra los responsables no condenados solidariamente; y otras

²⁹¹⁴ Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “Los plazos...”, *op. cit.*, p. 244.

²⁹¹⁵ La STS de 20 de octubre de 2015 (RJ 2015\4226), niega el carácter de daños continuados en relación al caso de la talidomida, calificándolos como daños permanentes. Vid. al respecto MARÍN CASTÁN, F., “Jurisprudencia consolidada y vigente del Tribunal Supremo en los pleitos por daños”, *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, dirigido por M.J. Herrador Guardia, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 33 y 34. En el mismo sentido vid. STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010\5152), que niega el carácter de daños continuados a la reclamación por daños morales derivados de la infidelidad de un cónyuge que dio lugar al nacimiento de un hijo extramatrimonial.

²⁹¹⁶ Vid. SEIJAS QUINTANA, J.A., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

²⁹¹⁷ Vid. sobre daños calificados como permanentes o duraderos, SAP de Málaga de 12 de mayo de 2016 (JUR 2017\471), que considera las humedades que afectan al edificio como daños permanentes, porque derivan de actuaciones de los agentes de la edificación anteriores a su entrega aunque se perpetúen en el tiempo; SAP de Granada de 6 de febrero de 2015 (JUR 2015\141059) sobre ruidos en el edificio; SAP de Valencia de 20 de noviembre de 2014 (JUR 2015\95608), sobre deficiencias consistentes en olores que pasan de unas viviendas a otras; SAP de Cantabria de 8 de julio de 2014 (JUR 2014\226865), que indica que las humedades son daños permanentes y no daños continuados en los que no se ha producido el resultado definitivo; SAP de Segovia de 28 de enero de 2016 (JUR 2016\111653), también sobre humedades; SAP de Burgos de 18 de enero de 2016 (JUR 2016\35360) sobre defectos de habitabilidad; SAP de Málaga de 14 de diciembre de 2015 (JUR 2016\58337) sobre defectos estructurales; SAP de Madrid de 2 de diciembre de 2015 (JUR 2016\37878); SAP de Sevilla de 18 de julio de 2016 (JUR 2016\265832); o SAP de Madrid de 4 de octubre de 2016 (JUR 2016\250066).

²⁹¹⁸ Vid. *infra* en este Capítulo, § III.A).I.

²⁹¹⁹ Cfr. SAP Madrid de 18 septiembre 2014 (JUR 2014\288910).

²⁹²⁰ Cfr. SAP Cáceres de 10 de diciembre de 2012 (JUR 2013\5544).

con base en el artículo 1.145.2º CC, con plazo de prescripción de 5 años (antes 15), que se podrán dirigir contra los condenados solidariamente con el *solvens*. No obstante, por nuestra parte entendemos que la acción de repetición del artículo 18.2 LOE es la misma que la del artículo 1.145 CC, aunque sujeta a un régimen jurídico especial, que instaura un plazo prescriptivo *ad hoc* que prevalece sobre el general del artículo 1.964 CC, posición que ha sido mantenida por otro sector jurisprudencial, más acertado a nuestro criterio²⁹²¹.

2. *Dies a quo*

El plazo de prescripción de las acciones de repetición se computa desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o desde que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial. Este *dies a quo* suscita críticas en la doctrina²⁹²², porque, en el primer caso, su cómputo principia antes de que se efectúe el pago, presupuesto básico e imprescindible para que nazca la acción de regreso. Así, se indica que este término inicial es atípico en nuestro ordenamiento, en el que este tipo de plazos computan siempre desde el pago²⁹²³. Para ESTRUCH ESTRUCH²⁹²⁴, difícilmente puede admitirse que empiece a prescribir una acción que aún no puede ejercitarse, por lo que podría entenderse que se pretende facilitar una suerte de regreso anticipado, aunque la pretensión no pueda prosperar sin que en el curso del proceso se acredite haberlo efectuado. En definitiva, este *dies a quo* es difícilmente conciliable con el criterio de la *actio nata* del artículo 1.969 CC. Por lo demás, operaría sin perjuicio de la eficacia interruptiva respecto del mismo de un posible proceso penal²⁹²⁵, y de otras interrupciones que se puedan producir conforme al artículo 1.973 CC.

3. El *dies a quo* en la subrogación-repetición del asegurador

Entre las acciones de repetición incardinables en el artículo 18.2 LOE, se encuentran las que correspondan a los seguros de responsabilidad civil de los agentes constructivos, pero también las que correspondan al asegurador del artículo 19 LOE en cuanto al seguro de daños materiales, fundamentalmente²⁹²⁶. Estas acciones de

²⁹²¹ Vid. SAP Lleida de 17 octubre 2014 (JUR 2014\298889), que cita la SAP de Barcelona de 3 abril de 2014 (JUR 2014\135240). En el mismo sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 208.

²⁹²² *Ibidem*, pp. 209 a 210.

²⁹²³ Vid. ALMAGRO NOSETE, J., "Algunas cuestiones...", *op. cit.*, pp. 513 a 514; CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 420 a 421, en las que se reseñan algunos de los supuestos más representativos de plazos de prescripción de acciones de repetición que principian con el pago (*cf.* artículos 1.145 y 1.839 CC, o la propia acción de regreso del 1.591 CC).

²⁹²⁴ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 637 a 639.

²⁹²⁵ Así lo establece la STS de 13 mayo 2014 (RJ 2014\2726), en relación a la acción de regreso del artículo 10 del Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, BOE núm. 267, de 5 de noviembre 2004 (LRCSCVM), lo cual, por las mismas razones, entendemos aplicable en el ámbito específico de la LOE.

²⁹²⁶ En el caso del seguro de caución, que necesariamente es un seguro por cuenta ajena, es preciso delimitar la acción de subrogación de la acción de reembolso del artículo 68 LCS. Esta última no es una acción de subrogación del asegurador en las acciones del asegurado frente al incumplimiento del tomador del seguro. Se trata de un derecho propio del asegurador nacido del contrato de seguro, derivado de la finalidad fideusoria que el mismo cumple en este tipo contractual, sujeta al plazo de prescripción de dos años del artículo 23 LCS. Pero entendemos que junto con la acción de reembolso del artículo 68 LCS, el asegurador puede ejercitar además las acciones de subrogación que prevé el artículo 43 LCS. No olvidemos que este artículo se incardina en la Sección Primera, Título II de la LCS, relativo a las disposiciones generales del seguro de daños y, que, por consiguiente, son aplicables al

repetición derivan de la subrogación que prevé el artículo 43 LCS, el cual hemos abordado *supra*, Capítulo Décimo, § II.D).2. En el ámbito de la ley especial de la edificación, en base a la referencia que el artículo 18.2 LOE realiza al asegurador al regular la acción de repetición, este derecho cuenta con un reconocimiento legal específico, adicional y distinto del que le proporciona la legislación de seguros. Por este motivo, una cuestión de suma importancia en el análisis de la acción del artículo 43 LCS en el marco de la LOE, es la determinación del *dies a quo* de las acciones que, por subrogación, podrá ejercitar el asegurador frente al responsable de los daños.

a) Subrogación en las acciones de la LOE

(i) Acciones directas

En el caso de los seguros de daños materiales del artículo 19 LOE u otros seguros de daños materiales suscritos por quien sea propietario de la edificación, el asegurador se subrogará generalmente en las acciones directas del artículo 17 LOE. En este escenario se plantea el problema de delimitar cuál sea el *dies a quo* de la acción que corresponde al asegurador, pues, por un lado, por la propia naturaleza de la subrogación en la acción directa, éste podría venir determinado por el momento en el que aquella nació para el asegurado²⁹²⁷, mientras que, por otro, la mención que el artículo 18.2 LOE efectúa respecto al asegurador, plantea la cuestión de si el *dies a quo* podría venir determinado por la fecha en la que se efectuó el pago al asegurado.

(ii) Acciones de repetición

En el caso de los seguros de responsabilidad civil suscritos por los agentes de la edificación, la subrogación se producirá generalmente en las acciones de repetición ex artículo 18.2 LOE. En este caso, el *dies a quo* será el momento en el que se efectuó el pago al dañado, al que alude el artículo 18.2, que coincide con aquél que correspondería a la acción de repetición del asegurado, si dicho pago lo hubiera efectuado éste.

seguro de caución, regulado en la Sección Sexta del mismo título. Así, cuando el seguro de caución garantice el cumplimiento de una obligación pecuniaria de entregar una suma de dinero a cargo del tomador, ante el incumplimiento de éste, el ejercicio de las acciones del artículo 43 LCS no supondrán generalmente ninguna mejora en la posición jurídica del asegurador. Sin embargo, cuando el seguro de caución garantice el correcto cumplimiento de una obligación tan compleja como las que regula la LOE, con un pluralidad de sujetos obligados que no han intervenido en la contratación de aquel seguro, la aplicación del artículo 43 posibilitará al asegurador dirigirse, mediante la subrogación en las acciones del asegurado, contra otros sujetos distintos del tomador, ampliando el número de patrimonios que pueden resarcirle del quebranto que representa el pago del siniestro. Lo anterior cobrará especial relevancia si el tomador es insolvente. Del modo expuesto, en el seguro de caución el asegurador podría ejercitar la acción de reembolso frente al tomador, generalmente el promotor, y, por la vía de la subrogación, las acciones que los asegurados-propietarios tuviesen frente a los demás agentes de la edificación. *Cfr.* TIRADO SUÁREZ, F., “Comentario al artículo 68”, en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dirigido por F. Sánchez Calero, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2.010, pp. 1.492 a 1495, que diferencia ambas acciones sin excluir la subrogatoria.

²⁹²⁷ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al artículo 43”, en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1.980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dirigido por F. Sánchez Calero, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2.010, pp. 969 a 971.

b) Subrogación en la acción directa y su *dies a quo*

En estos casos, si el *dies a quo* se fija en el momento del pago efectuado por el asegurador al propietario, la prescripción de esta acción operará con independencia respecto del plazo de prescripción que corresponda a la acción del dañado-asegurado frente al responsable de los daños. En otro supuesto, si el plazo se inicia el mismo día que corresponda a esta acción del asegurado, prescrita la acción directa también lo estará la acción ex artículo 43 LCS. Esta cuestión ha dado lugar a un importante debate jurisprudencial²⁹²⁸ y doctrinal²⁹²⁹ en el ámbito general del Derecho de seguros, dada su evidente trascendencia. En el terreno específico de la LOE, el debate general presenta como nota distintiva, al igual que sucede con la acción del artículo 10.b) del

²⁹²⁸A favor de la identidad del *dies a quo* de la acción del artículo 43 LCS y el correspondiente a la acción del asegurado-dañado, se pronuncian la SAP de Córdoba de 19 noviembre de 2012 (AC 2013\2236), que alude a las SSTs de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8152), 13 de octubre de 1994 (RJ 1994\7483) y 7 de diciembre de 2006 (RJ 2006\8161), si bien la doctrina discute sobre el alcance y la adscripción de estas tres sentencias del Alto Tribunal a una u otra tesis; SSAP de A Coruña 1 de abril de 2005 (RJ 2006\6483), Islas Baleares de 22 de abril de 2005 (JUR 2005\119357) y Valencia de 14 de junio 2003 (AC 2003\2200), entre otras; en sentido contrario SAP Castellón de 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001\12913), cuyo criterio sigue la SAP Las Palmas de 3 de marzo de 2003 (JUR 2003\243649) o la de Murcia de 18 de marzo de 2004 (JUR 2004\155591), aunque esta última en su puesto relativo a la LRCSCVM.

²⁹²⁹*Vid.* sobre este punto las posiciones encontradas que se sustentan por REGLERO CAMPOS, L.F., “La prescripción de la acción de reclamación de daños”, actualizado por J. M. Busto Lago, en *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, coordinado L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5ª ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1.244 a 1.247; y por SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al artículo 43”..., *op. cit.*, pp. 969 a 971. Para este autor, el crédito que adquiere el asegurador vía subrogación es el propio que tenía el asegurado frente al tercero, con su mismo *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo y con el mismo régimen de interrupción del mismo. Entender lo contrario sería tanto como admitir una prórroga del plazo prescriptivo, dejando al arbitrio del asegurador la determinación del *dies a quo*, en función de cuando decidiera abonar el importe de la reparación del daño causado al asegurado. Además, destaca este autor que la propia subrogación no supone un acto de interrupción de la prescripción, por lo que el plazo de prescripción computa desde que el asegurado pudo ejercitar su acción contra el responsable y no desde el pago del asegurador —en apoyo de esta tesis cita este autor la STS 11 noviembre de 1991 (RJ 1991\152)—. Al subrogarse el asegurador en la posición jurídica del asegurado, le benefician los actos de interrupción de la prescripción que hubiera realizado éste, pero debiendo remarcarse que la obligación del tercero responsable del daño frente al asegurado, y la del asegurador frente a éste nacen de títulos distintos y no tiene carácter solidario, por lo que los actos interruptivos que el asegurado efectúe frente al asegurador no perjudican al tercero. Sigue este criterio MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, A. “Acción subrogatoria, acción de reembolso y acción de repetición. Solidaridad impropia. Prescripción: dies a quo”, *Práctica de Tribunales*, núm. 118, 2016; y SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “Acciones de regreso...”, *op. cit.*, p. 137. Una posición distinta de la anterior mantiene REGLERO CAMPOS, para el que la acción subrogatoria debe considerarse sometida al mismo régimen prescriptivo que el de la que trae causa, pero con la excepción del criterio del *dies a quo*, que en el caso de esta acción comienza desde que se efectúa el pago. La acción por subrogación se asimila a la del asegurado en cuanto a plazo prescriptivo y a sus causas de interrupción, pero no en cuanto al *dies a quo*, pues la segunda nace después de la primera. Lo contrario iría contra el principio de la *actio nata* ex artículo 1.969 CC. Esta segunda posición tiene como corolario el hecho de que “*de este modo podría prolongarse sine die el plazo de ejercicio de la acción contra el dañante, pero no hay norma que lo impida. Tan sólo el hecho de que quien se subroga en la posición del perjudicado haya pagado una deuda prescrita, circunstancia que puede oponer aquel contra el que se repite (artículo 1.937 CC.)*”. En el mismo sentido, GONZÁLEZ BARRIOS, I., “La prescripción de la acción”, en *Accidentes de Circulación, Responsabilidad Civil y Seguro*, dirigido por REGLERO CAMPOS, F., 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pp. 1.151 a 1.152; y PÉREZ CALVO, I., “La prescripción...”, *op. cit.*, pp. 280 y 281. Este último autor esgrime en favor de esta segunda tesis, el argumento del carácter restrictivo con el que debe interpretarse la prescripción. No obstante, SÁNCHEZ CALERO admite también esta tesis en el caso de la responsabilidad civil de vehículos a motor, al existir una norma especial sobre el *dies a quo*.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor²⁹³⁰ (LRCSCVM), la existencia de una norma especial que fija como *dies a quo* el día del pago, según analizamos a continuación.

i) La cuestión en la acción del artículo 10.b) LRCSCVM

El artículo 10 LRCSCVM establece un derecho de repetición del asegurador en diferentes supuestos, siendo pacífico²⁹³¹ que el previsto en el artículo 10.b) “*contra el tercero responsable de los daños*”, constituye un caso de subrogación. Recoge este apartado b) una acción de naturaleza subrogatoria, si bien sujeta a un régimen prescriptivo especial en cuanto a su plazo y a su *dies a quo*, que se establecen en el citado artículo 10 en un año y en la fecha del pago, respectivamente. Además, esta acción subrogatoria, con fundamento último en el artículo 43 LCS, se incardina en el seno de un seguro de responsabilidad civil²⁹³². En este régimen especial, SÁNCHEZ CALERO²⁹³³ coincide con REGLERO CAMPOS²⁹³⁴ y GONZÁLEZ BARRIOS²⁹³⁵, en que el plazo para el ejercicio de la acción de repetición por subrogación, tiene como *dies a quo* la fecha en la que se hizo el pago al perjudicado²⁹³⁶. De este modo, el *dies a quo* en esta regulación especial sería una excepción a la regla general según la opinión de SÁNCHEZ CALERO, mientras que para REGLERO CAMPOS se trataría de su confirmación.

ii) Alcance de la mención del artículo 18.2 a los “aseguradores”

La mención que el artículo 18.2 LOE realiza respecto de los “aseguradores”, cuando establece el *dies a quo* de la acción de repetición en el momento del pago y la concurrencia de una pluralidad de seguros en el ámbito de la edificación —voluntarios y obligatorios, de daños materiales, de caución y de responsabilidad civil, entre otros—, exige cuestionarnos su alcance para determinar si aquella concierne a todos ellos. La importancia de delimitar lo anterior reside sobre todo en determinar cuando regirá el *dies a quo* que esta norma dispone, que es distinto del que, según la línea doctrinal y jurisprudencial que consideramos mayoritaria²⁹³⁷, deriva de aplicar el artículo 43 LCS, con las indudables consecuencias prácticas que ello comporta en cuanto a la prescripción, o no, de la acción del asegurador. En efecto, si

²⁹³⁰BOE núm. 267, de 5 de noviembre 2004.

²⁹³¹Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al artículo 43”,..., *op. cit.*, p. 971.

²⁹³²Vid. CALZADA CONDE, M.A., *El seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 153 a 155. Señala esta autora que es habitual que el asegurador de responsabilidad civil sea sujeto pasivo de la acción subrogatoria ejercitada por otros aseguradores, pero que no es tan frecuente que sea sujeto activo de este tipo de acciones. Los supuestos que cabe imaginar serían el previsto en este artículo 10.b) LRCSCVM, en el que parece que el pago en primera instancia se efectúa por el asegurador de un primer responsable que finalmente resulta no serlo, y puede dirigirse contra el verdadero causante del daño; y aquellos en los que hay una pluralidad de responsables de los daños, en los que el asegurador de uno de ellos, en base a la existencia de una relación de solidaridad, afronta el pago total y posteriormente puede subrogarse por la vía del artículo 43 LCS en el derecho de repetición ex 1.145 CC que asiste a su asegurado frente a los demás responsables del daño, en su condición de codeudores solidarios.

²⁹³³Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. “Comentario al artículo 43”,..., *op. cit.*, pp. 969 a 971.

²⁹³⁴Vid. REGLERO CAMPOS, L.F., “La prescripción...”, *op. cit.*, pp. 1.244 a 1.247.

²⁹³⁵Vid. GONZÁLEZ BARRIOS, I., “La prescripción...”, *op. cit.*, pp. 1.151 y 1.152.

²⁹³⁶Vid. artículo 10.b) LRCSCVM: “*La acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado*”.

²⁹³⁷Vid. *supra* § b) precedente.

el artículo 18.2 no resulta de aplicación respecto de los aseguradores del artículo 19, la subrogación tendría un *dies a quo* definido por el momento en el que se produjo el nacimiento de la acción del asegurado, es decir, aquel en el que se manifestaron o revelaron los vicios constructivos. De este modo, ésta puede haber prescrito cuando el asegurador efectúe el pago y se opere la subrogación. Esta consecuencia no se produciría si resulta de aplicación el artículo 18.2 y el *dies a quo* que dispone, en cuyo caso, el *tempus praescriptionis* de la acción del asegurador principia con la sentencia firme de condena o con el pago extrajudicial.

(ii.a) Posición de la doctrina

No hemos encontrado en la doctrina una posición nítida sobre la cuestión de si la mención que el artículo 18.2 realiza a los aseguradores alcanza a todos ellos, incluidos los del artículo 19 LOE, e incluso se puede señalar que la misma no ha sido abordada en profundidad. Así, PACHECO JIMÉNEZ²⁹³⁸ da por hecho que la alusión del artículo 18.2, como parece lógico, se refiere a los seguros del artículo 19, siendo de aplicación el *dies a quo* que establece este precepto. En la misma línea, CORDERO LOBATO²⁹³⁹ considera que la acción de regreso del artículo 18.2 es una acción de repetición que podrá comprender el total de los costes invertidos, es decir, por el todo y no *pro cuota*, cuando se ejercite por quienes actúen como garantes incondicionales frente a los propietarios, como son el promotor y el asegurador del artículo 19. Para CARRASCO PERERA²⁹⁴⁰, el asegurador que pague la indemnización se subrogará contra los responsables con base en los artículos 43 y 18.2 LOE. ESTRUCH ESTRUCH²⁹⁴¹ tampoco matiza esta cuestión, aunque del análisis que efectúa parece desprenderse que también entiende que el plazo del artículo 18.2 se refiere a los seguros del artículo 19. Por su parte, para SIERRA GIL DE LA CUESTA²⁹⁴² la mención que analizamos no incluye ni se refiere a los seguros voluntarios. MARTÍNEZ ESCRIBANO²⁹⁴³ tampoco aborda este problema cuando trata de las acciones de regreso, si bien, cuando estudia la acción por subrogación del asegurador del artículo 19²⁹⁴⁴, se remite a lo dispuesto con carácter general en la LCS, por lo que parece no estima aplicable el *dies a quo* del artículo 18.2 respecto del asegurador del artículo 19, o, al menos, soslaya este punto. GÁLVEZ CRIADO²⁹⁴⁵ apunta como solución, para evitar la posible prescripción del derecho de reintegro del asegurador en el seguro decenal, la aplicación del *dies a quo* del artículo 18.2, como ya sucede en el ámbito de la circulación de vehículos a motor con el derecho de repetición del artículo 10.b) LRCSCVM. De esta consideración se puede inferir que este autor no lo entiende directamente aplicable, aunque propugne su admisión.

²⁹³⁸Cfr. PACHECO JIMÉNEZ, M^a.N., *Los seguros en el proceso de edificación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, p. 123. Para esta autora la facultad de repetir que corresponde al asegurador contra los agentes intervinientes en el proceso de edificación, es un derecho de repetición por el todo. Esta última precisión revela que dicha autora se refiere a los seguros del artículo 19, puesto que, si se trata de otros que cubrieran las responsabilidades de los agentes de la edificación, la acción de repetición normalmente sería *pro parte*.

²⁹³⁹Vid. CORDERO LOBATO, E., "Capítulo 21. Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 404.

²⁹⁴⁰CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, *op. cit.*, p. 463.

²⁹⁴¹Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 625 a 630.

²⁹⁴²Vid. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., "El tiempo...", *op. cit.*, p. 408.

²⁹⁴³Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C, *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 206 a 210.

²⁹⁴⁴*Ibidem*, pp. 235 a 236.

²⁹⁴⁵Cfr. GÁLVEZ CRIADO, A., "Derecho de reintegro del asegurador y aseguramiento obligatorio en la Ley de Ordenación de la Edificación", *Revista Española Seguros*, núm. 123 y 124, 2005, pp. 482 a 487.

GÓMEZ MARTÍNEZ²⁹⁴⁶ interpreta que, esta mención del artículo 18.2, se refiere a los aseguradores de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación, pero no a los seguros del artículo 19, por lo que sólo operaría respecto de la subrogación en las acciones de regreso de los agentes constructivos. SÁNCHEZ CALERO²⁹⁴⁷ no aborda esta cuestión cuando estudia el *dies a quo* de la acción derivada del derecho de subrogación del asegurador, pero establece como excepción al principio de que ésta comienza a prescribir desde el nacimiento de la del asegurado, el supuesto de la subrogación-repetición del artículo 10.b) LRCSCVM, aunque no aborda el caso que nos ocupa. SEOANE SPIEGELBERG²⁹⁴⁸ indica que el *dies a quo* de la acción subrogatoria es el mismo que rige para el perjudicado, salvo en ciertos sectores como en la circulación de vehículos a motor, en el que será el día en el que se efectúe el pago.

(ii.b) Nuestra posición

Según nuestro criterio, en línea con la opinión de algunos de los autores mencionados, se puede entender que, la alusión a los aseguradores que efectúa el artículo 18.2 LOE, debe venir también referida a los que contraten los seguros de daños materiales y de caución previstos en el artículo 19. Es decir, si la LOE contiene una regulación específica de estos seguros en este último precepto, parece una consecuencia lógica entender que la mención del artículo 18.2 también les concierne. No obstante, podría articularse una respuesta negativa en este punto considerando la localización sistemática del artículo 18.2 LOE, ubicado después de la regulación de las acciones de los propietarios frente a los agentes de la edificación que se contienen en el artículo 17 y antes del tratamiento de aquellos seguros. Esta circunstancia posibilitaría una interpretación, según la cual, el artículo 18.2 sólo vendría referido a las acciones de repetición que deriven del artículo 17, entre las que no se encuentra la del asegurador del artículo 19, es decir a los seguros de responsabilidad civil de los agentes de la edificación y no a los que regula este último precepto. Sin embargo, entendemos que esta línea de interpretación supone imponer una limitación que no se recoge en el artículo 18.2 y que no resulta justificada por ninguna interpretación teleológica. Por el contrario, existen argumentos suficientes para defender que la mención de este artículo sí concierne a los seguros del artículo 19. Una respuesta positiva a esta cuestión podría basarse en el conocido aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, de modo que la mención al asegurador que analizamos debe proyectarse sobre todos aquellos que se puedan concertar en el ámbito de la LOE y, en especial, respecto de los del artículo 19. También podría configurarse una respuesta positiva, por analogía con la regulación de la acción de repetición del artículo 10.b) LRCSCVM, según el cual, esta acción, —que tiene naturaleza subrogatoria—, cuenta con un plazo de prescripción y un *dies a quo* distintos de los que derivarían del artículo 43 LCS. La analogía podría fundarse en que ambos constituyen dos supuestos de subrogación en el marco de un contrato de seguro de carácter obligatorio²⁹⁴⁹, inmersos cada uno de ellos en una norma que contiene un régimen especial de responsabilidad civil de gran importancia socio-económica, en un caso relativo a la circulación de vehículos a motor y en otro relativo a la edificación.

²⁹⁴⁶ Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Algunos aspectos...”, *op. cit.*, pp. 110.

²⁹⁴⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al artículo 43”, ..., *op. cit.*, pp. 969 a 971.

²⁹⁴⁸ SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “Acciones de regreso...”, *op. cit.* p. 137.

²⁹⁴⁹ Según la DA 2ª LOE, actualmente sólo es obligatorio el seguro decenal en los edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

Además, la posición que defendemos comporta la autonomía del plazo de prescripción de la acción del asegurador, respecto del que corresponde a la del asegurado, en lógico beneficio de aquél y en perjuicio del causante del daño. En definitiva, según nuestro criterio, la mención a los aseguradores del artículo 18.2 LOE y la analogía con el supuesto del artículo 10.b) LRCSCVM, en base al principio *ubi eadem ratio, idem ius*, permite sostener que el plazo de prescripción de las acciones que por subrogación correspondan a los aseguradores del artículo 19 —acciones directas del artículo 17 LOE—, tendría como *dies a quo* el fijado en el artículo 18.2, que se concreta en relación al momento del pago. Por último, la vigencia de este *dies a quo* ofrecerá mayores dudas cuando la subrogación se produzca respecto de las acciones contractuales del asegurado, en cuyo caso no resulta aplicable este artículo 18.2.

D) La interrupción de la prescripción

Conforme al artículo 1.973 CC, la prescripción de las acciones puede interrumpirse por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier otro acto de reconocimiento de la deuda por el deudor²⁹⁵⁰. Por su parte, el artículo 1.974.1º CC dispone que la interrupción en las obligaciones solidarias, aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores. Sin embargo, esta última disposición no se aplica de forma homogénea a todas las clases de solidaridad según abordamos a continuación.

1. Solidaridad propia *ab initio*

En los supuestos de solidaridad en garantía que la LOE establece respecto del promotor, como garante de la actuación de los demás agentes constructivos, ex artículo 17.3, *in fine*, y en los de contratación conjunta de varios proyectistas o directores de obra —previstos en el artículo 17.5.1º y 17.7.3º, respectivamente—, y en general en aquellos en los que pueda predicarse la existencia de una solidaridad *ab initio*²⁹⁵¹, resultará de aplicación el artículo 1.974.1º CC. De este modo, la interrupción de la prescripción frente a cualquiera de los demás agentes de la edificación interrumpe la del promotor, aunque no a la inversa, y la de cualquiera de aquellos técnicos contratados conjuntamente con otros, la de los demás vinculados por el mismo contrato.

2. Supuestos asimilados a la solidaridad impropia

En los casos de responsabilidad solidaria subsidiaria del artículo 17.3, *ab initio*, LOE, que esta norma dispone para las situaciones en las que no sea posible individualizar la causa o el grado de participación de cada agente en los daños constructivos, no resultará de aplicación el artículo 1.974.1º CC, de forma que la interrupción de la prescripción frente al promotor o frente a otro agente de la edificación, no interrumpirá la del resto, aunque la de cualquiera de éstos sí interrumpirá la de aquél, según hemos abordado en el epígrafe precedente. Así, según la STS de 16 de enero de 2015²⁹⁵², pese a que con la LOE el supuesto de solidaridad

²⁹⁵⁰En línea con la aplicación restrictiva que debe presidir la interpretación de las normas sobre prescripción, cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí, por el contrario, se evidencia un *animus conservandi*, no procede estimar cumplido el *tempus praescriptionis*, tal y como establecen las SSTS 18 septiembre 1987 (RJ 1987\9982) o 12 julio 1991 (RJ 1991\5381), lo que se traduce en la necesidad de que, también al aplicar las normas sobre interrupción de la prescripción, deba favorecerse la conservación de derecho.

²⁹⁵¹Vid. *supra* Capítulo Noveno, § I.B).2.a).

²⁹⁵²RJ 2015\277.

subsidiaria del artículo 17.3, *ab initio*, ya se encuentra expresamente previsto en la ley, el mismo, en cuanto a su régimen jurídico, se asimila a la solidaridad impropia o “solidaridad procesal”, pues ésta nace de la sentencia. De esta manera, el elemento determinante para aplicar el artículo 1.974.1º CC, ya no será la previsión legal de la obligación *in solidum*, sino la existencia de una solidaridad inicial o de una responsabilidad solidaria *ex post*, la cual, pese a tener expresa mención en la ley, sólo podrá ser declarada *a posteriori* tras constatar que no se puede concretar individualmente la imputación.

3. Análisis de la STS de 16 de enero de 2015

La interrupción de la prescripción en el ámbito de la LOE viene condicionada por esta importante sentencia, que estudiamos a continuación.

a) Antecedentes y doctrina jurisprudencial

Esta resolución, dictada por el Pleno del Alto Tribunal y cuyo criterio está firmemente consolidado²⁹⁵³, utiliza una terminología que supera la clásica distinción entre solidaridad propia e impropia, de forma que la aplicación de sus respectivos regímenes jurídicos dependerá más bien de que se trate de una solidaridad previa a la sentencia o de una solidaridad establecida en la misma, con sensibles consecuencias en cuanto a la interrupción del *tempus praescriptionis*. De este modo, el elemento determinante para aplicar el artículo 1.974.1º CC es la existencia de una solidaridad *ab initio* y no la previsión legal de una responsabilidad solidaria²⁹⁵⁴. Esta doctrina supone un paso más respecto a lo dispuesto por la sentencia de Pleno de 14 de marzo de 2003²⁹⁵⁵, que constituye su antecedente, según la cual el artículo 1.974.1º sólo se aplica a la solidaridad propia, *ex voluntate* o *ex lege*, pero no a la impropia. Esta resolución sólo establece una excepción a la no aplicación del artículo 1.974.1º CC en los casos de solidaridad impropia, cuando “*por razones de conexidad*

²⁹⁵³ Siguen la misma línea la STS de 20 de mayo de 2015 (RJ 2015\2256); las tres SSTS de 17 de septiembre de 2015 (RJ 2015\4004, RJ 2015\4005 y RJ 2015\4006); la STS de 25 de enero de 2017 (RJ 2017\346); la STS de 27 de junio de 2017 (RJ 2017\3197) o la de STS de 3 de julio de 2018 (RJ 2018\2795). En la jurisprudencia menor, entre otras muchas, *vid.* SAP Asturias de 9 de febrero de 2018 (AC 2018\422), SAP de Madrid de 26 de diciembre de 2017 (JUR 2018\40515) o SAP de Madrid de 7 de julio de 2015 (JUR 2015\203207).

²⁹⁵⁴ En concreto su FD 2º establece que “*en definitiva, se podrá sostener que la solidaridad ya no puede calificarse en estos casos de impropia puesto que con la Ley de Ordenación de la Edificación no tiene su origen en la sentencia, como decía la jurisprudencia, sino en la Ley. Lo que no es cuestionable es que se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 del Código Civil*) (“*cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria*”), con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción que se mantiene en la forma que ya venía establecida por esta Sala en la sentencia de 14 de marzo de 2003, con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor 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, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa...”.

²⁹⁵⁵ RJ 2003\3645. Un estudio detallado de los antecedentes de la STS, Pleno, de 14 de marzo de 2003, del voto particular del Excmo. Sr. D. O’CALLAGHAN MUÑOZ, del Acuerdo de la Junta General de los Magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 y de su relación con la STS de 16 de enero de 2015, puede encontrarse en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Las relaciones entre los responsables del daño en los casos de solidaridad impropia”, en *Culpa y Responsabilidad*, coordinado por L. Prats Albertosa y G. Tomás Martínez, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 273 a 285, y en SANTANA NAVARRO, F.L., *La Responsabilidad de los agentes...*, *op. cit.*, pp. 598 a 612.

o dependencia pueda presumirse el conocimiento previo del hecho interruptivo siempre y cuando todos los sujetos implicados hayan concurrido como demandados en una única causa”²⁹⁵⁶. Un ejemplo de esta excepción sería el supuesto analizado por la STS de 16 de diciembre de 2008²⁹⁵⁷, sobre una interrupción de la prescripción en un caso de responsabilidad extracontractual²⁹⁵⁸.

b) Opinión de la doctrina

MORENO-TORRES HERRERA²⁹⁵⁹ comenta la STS de 14 de marzo de 2003, que constituye el principal antecedente directo de la que nos ocupa, y discrepa de su contenido en cuanto que afirma que el Tribunal Supremo “*dicta un fallo contrario a los intereses del perjudicado, que merece, desde la estricta óptica de la justicia material, una valoración negativa*”, y que supone un cambio radical de la doctrina del Alto Tribunal en esta materia. No obstante, para esta autora la solución a esta cuestión no debe basarse en el artículo 1974.1º C, el cual presupone “*un vínculo solidario preexistente a la actividad interruptiva*”, sino que “*sólo cabe invocar el principio de protección del perjudicado y proponer que sea el derecho al resarcimiento lo que prevalezca*”. DOMÍNGUEZ LUELMO²⁹⁶⁰ critica el hecho de que, la excepción que permite la aplicación del artículo 1974.1º a la solidaridad impropia —“*cuando por razones de conexidad o dependencia se pueda presumir el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre y cuando el sujeto afectado haya sido también demandado*”²⁹⁶¹— origine dudas en función de la interpretación de estos conceptos de conexidad o dependencia, y no dote de seguridad jurídica a estas situaciones. Considera además este autor, que los supuestos de solidaridad impropia aglutinan situaciones heterogéneas que no deben tener el mismo tratamiento. Así, entiende que cuando concurren varios responsables en la comisión de un acto ilícito con base en el artículo 1902 CC, no debe aplicarse el artículo 1974.1º, pues se trata de obligaciones independientes. Sin embargo, existen otros casos de solidaridad impropia, como sucede en la responsabilidad por hecho ajeno, en los que la interrupción se dará cuando el acto interruptivo se produzca respecto del causante del daño, pero no cuando se dirija frente quien responde por hecho ajeno. La misma conclusión entendemos aplicable a la solidaridad impropia que se produce entre asegurado y asegurador, por razón de la acción directa ex artículo 76 LCS. En este sentido,

²⁹⁵⁶ Vid. SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley...*, op. cit., pp. 171 y 172, considera que esta presunción de conocimiento debería aplicarse, cuando resulte inverosímil que el promotor no haya trasladado las reclamaciones de los propietarios a los demás agentes constructivos.

²⁹⁵⁷ RJ 2008\6983.

²⁹⁵⁸ Vid. LÓPEZ GONZÁLEZ, R., “Sobre la interrupción de la prescripción en los supuestos de solidaridad impropia”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 2009, núm. 45, pp. 41 a 44, en las que comenta esta sentencia que, debido a una reclamación formulada por una empresa que sufrió daños en una línea telefónica contra un subcontratista, considera interrumpida la prescripción frente al contratista. En materia de vicios constructivos vid. SAP de Las Palmas de 12 de febrero de 2016 (JUR 2016\140010); o SAP de Madrid de 27 de julio de 2015 (JUR 2015\238763).

²⁹⁵⁹ Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., “La interrupción de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual y sus efectos frente a terceros. Comentario a la STS de 14 de marzo de 2003”, *Diario La Ley*, núm. 5900, 25 de noviembre de 2003, pp. 2 a 4.

²⁹⁶⁰ Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Análisis de sus fronteras”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Editum, Murcia, 2011, pp. 215 y 216,

²⁹⁶¹ Vid. STS de 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008\6983).

CASTILLEJO MANZANARES²⁹⁶² pone el acento en el diferente título de imputación que se produce en el caso del seguro de responsabilidad civil, al que alude como solidaridad *ab initio* impropia. Para ÁLVAREZ OLALLA²⁹⁶³, el motivo que realmente determina la inaplicación del artículo 1974.1º CC, es que la solidaridad propia y la impropia son figuras distintas en sus orígenes y en sus efectos, de manera que es la inexistencia de convenio entre los deudores y el acreedor lo que justifica la no aplicación del artículo 1974.1º, y no el hecho de que la solidaridad haya quedado constituida en la propia sentencia y no preexistiera con anterioridad. No obstante, precisa esta autora que el efecto interruptivo también se produce cuando una de las partes tiene la condición de garante, en los que según la LOE existe una responsabilidad “inicial”, así como en relación a los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, en los que interrumpida la prescripción respecto al causante material, se interrumpe igualmente respecto responsable legal, pero no a la inversa²⁹⁶⁴. En esta línea, esta autora concluye que, en los casos de responsabilidad por hecho ajeno previstos en la LOE, en los que se responde como garante por hecho de otro, también procede que los efectos interruptivos relativos al causante material del daño se propaguen a quienes responden por hecho ajeno, “*de tal modo que la responsabilidad de este último no quede extinguida en tanto no se extinga la responsabilidad del causante material del daño, y no a la inversa*”. A nuestro juicio, en estos supuestos de solidaridad por hecho ajeno²⁹⁶⁵, así como en la solidaridad impropia que se da entre asegurado y asegurador en el seguro de responsabilidad civil por razón de la acción directa, esta cuestión requiere un tratamiento específico, pues en ambos existe una solidaridad *ab initio* y no *ex post facto*, aunque lo lógico es limitar el efecto interruptivo a los actos que se ejerciten frente al obligado principal²⁹⁶⁶, pues la misma consecuencia no cabe a la inversa en cuanto que éste no asume ninguna obligación

²⁹⁶² Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Legitimación en el proceso civil según la Ley de ordenación de la edificación”, *El consultor inmobiliario*, núm. 70, 2006, p. 10, que califica la relación entre asegurador y asegurado de solidaridad *ab initio* impropia, en cuanto que el título de imputación de responsabilidad es distinto, uno derivado del contrato de seguro y otro de la materialización del riesgo.

²⁹⁶³ Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, P., “El Tribunal Supremo aclara su doctrina relativa a la inaplicación del artículo 1974 CC en el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Comentario a la doctrina contenida en SSTS de 16 de enero y 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 277, 2256), seguidas de las SSTS de 17 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4004, 4005, 4006)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.11/2015. p. 2.

²⁹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

²⁹⁶⁵ Vid. en este sentido SAP de Asturias 29 de julio de 2011 (JUR 2014\415994) y SAP Granada de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009\197064). Esta última, que alude a la STS de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007\1831) indica que el efecto interruptivo se produce por venir establecida en la ley la responsabilidad directa del dueño o empleador ex artículo 1903 CC. En sentido contrario la STS de 19 de octubre de 2007 (RJ 2007\8257), no aplica el artículo 1974.1 CC en un supuesto de reclamación a la empresa por los daños producidos por sus trabajadores, en línea con las SSTS de 14 marzo de 2003 (RJ 2003\3645) y 5 de junio de 2003 (RJ 2003\4124), que se pronuncian sobre la inaplicación de dicho precepto a la solidaridad impropia. La STS de 25 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5643), por una caída en un edificio, condena a la comunidad de propietarios y a su aseguradora y absuelve a la empresa en la que trabajaba el operario que originó el siniestro, pues contra ella no se dirigió ninguna reclamación extrajudicial, sin que surtan efectos las dirigidas contra las otras dos demandadas. No obstante, en este supuesto la responsabilidad por hecho ajeno de la empresa respecto de sus trabajadores ex artículo 1903 CC, no es la relación que determina la solidaridad, que se rige por el artículo 1902 CC, puesto que la interrupción de la prescripción tuvo lugar respecto de los corresponsables solidarios y no respecto del trabajador.

²⁹⁶⁶ Vid. en este sentido la STS de 15 de septiembre de 2017 (RJ 2017\3893), establece que la interrupción realizada frente al asegurador no produce efectos respecto al asegurado, aunque en este caso la aseguradora sólo cubría una cantidad inferior a la reclamada.

respecto del responsable legal o del asegurador. De este modo, entendemos que este problema debe ser abordado con carácter general, conforme a los criterios que establece la STS de 16 de enero de 2015, en función de que se trate de una solidaridad *ex post* o *ab initio*, con los matices expuestos cuando el título de imputación entre los responsables solidarios no sea homogéneo.

c) Posible efecto expansivo del recurso en este ámbito

En un proceso sobre defectos en la edificación, puede darse el caso de que se estime la demanda respecto de dos agentes constructivos, pese a que frente a ellos se hubiera consumado la prescripción en virtud de la doctrina de la STS de 16 de enero de 2015. Y además, puede ser que uno de ellos recurra y otro no la haga, y que se estime el recurso del primero. Es este el escenario que afronta la sentencia de 20 de mayo de 2015²⁹⁶⁷, que sigue la línea jurisprudencial de la resolución antes citada, y que apreció la prescripción respecto del arquitecto técnico en base a la no aplicación del artículo 1974.1º CC, y no lo hizo respecto del arquitecto superior, pese a que éste solicitó la adhesión al recurso del primero interesando su efecto expansivo. Esta doctrina del efecto expansivo del recurso supone una *“quiebra del principio general en virtud del cual la sentencia recurrida no debe favorecer la situación de quien no apela ni se adhiere a la apelación”*²⁹⁶⁸, que debe producirse cuando los codemandados se hallen en idéntica situación sustantiva y procesal que el recurrente²⁹⁶⁹. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la sentencia citada, además de indicar que no cabe la adhesión en el recurso de casación, rechaza la aplicación de dicha doctrina al arquitecto porque *“la prescripción, a diferencia de otras instituciones, debe ser invocada por la parte a la que beneficia y no puede ser examinada de oficio”*, porque *“obedece a causas subjetivas o individuales”*. No obstante, para ÁLVAREZ OLALLA es posible aplicar el efecto expansivo del recurso a supuestos de solidaridad impropia²⁹⁷⁰, por lo que éste debió admitirse si el arquitecto alegó la prescripción en primera instancia y luego no recurrió²⁹⁷¹. Precisa a este respecto SALAS CARCELLER²⁹⁷², que el Tribunal Supremo no admite el efecto extensivo de la sentencia al arquitecto superior, que no recurrió en casación, porque *“tal efecto extensivo únicamente resulta predicable de situaciones de inescindibilidad distintas del presente caso, en cuanto quien no recurrió se conformó con un pronunciamiento que extendía a él los efectos interruptivos de la prescripción; materia de carácter disponible”*.

²⁹⁶⁷RJ 2015\2256.

²⁹⁶⁸STS 20 de mayo de 2015, FD. 3º (RJ 2015\2256); *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P., “El Tribunal Supremo aclara...”, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

²⁹⁶⁹STS 20 de mayo de 2015, FD. 3º (RJ 2015\2256), donde se indica que *“los codemandados condenados que se hallan en la misma posición que los recurrentes, se benefician de la actividad procesal de éstos cuando existe una comunidad de actuación y se hallan en idéntica situación sustantiva y procesal, al entrar en juego la doctrina de la extensión de los efectos de la sentencia a las partes ligadas por idénticos vínculos de responsabilidad, al así exigirlo las más elementales reglas de la lógica”*.

²⁹⁷⁰*Vid.* STS 20 octubre de 2010 (RJ 2010\ 8011), que se refiere a dos demandados en situación de solidaridad impropia.

²⁹⁷¹ÁLVAREZ OLALLA, P., “El Tribunal Supremo aclara...”, *op. cit.*, p. 6.

²⁹⁷²SALAS CARCELLER, A., “La prescripción de la acción de responsabilidad frente a los agentes de la edificación en relación con los vínculos de solidaridad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.10, 2015, p. 8.

4. La inadecuación de las reclamaciones administrativas para interrumpir la prescripción

En el ámbito de la regulación de las viviendas de protección oficial, es posible realizar determinadas reclamaciones a la Administración, para que ésta exija al promotor la reparación de los vicios constructivos que surjan durante un plazo de cinco años desde la calificación definitiva. Así lo prevé el artículo 111 del Real Decreto 2114/1968 de 24 de julio, por el que se aprueba el reglamento de Viviendas de Protección Oficial²⁹⁷³, que configura esta responsabilidad con carácter objetivo. Además, la negligencia que origine vicios constructivos se tipifica como infracción administrativa muy grave por el artículo 153.C.6) de dicha norma y la legislación autonómica sobre la materia²⁹⁷⁴. Estas reclamaciones suponen una protección adicional a la que brinda el régimen de la LOE y las propias acciones contractuales, pero tienen escasa virtualidad práctica. En efecto, aunque la Administración puede requerir al promotor para que acometa las reparaciones que procedan, ante su incumplimiento no podrá ir mucho más allá de la imposición de sanciones, por lo que, en último extremo, habrá que acudir a la jurisdicción civil. Pues bien, estas reclamaciones administrativas no interrumpen el plazo de prescripción de las acciones civiles, según indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues es posible simultanear ambas vías, administrativa y civil, sin que la primera paralice el ejercicio de aquellas²⁹⁷⁵.

E) La autonomía del plazo de prescripción de la acción de repetición

1. Planteamiento de la cuestión

En los casos en los que un propietario interrumpa la prescripción de las acciones del artículo 17.1 LOE por alguno de los medios del art. 1.973 CC, sólo frente a unos agentes de la edificación y no frente a otros, de forma que unas prescriban y otras no, cabe plantearse cómo afecta esta circunstancia a las acciones de repetición previstas en el artículo 18.2 LOE. Lo anterior, fundamentalmente en los casos de responsabilidad solidaria subsidiaria del artículo 17.3, *ab initio*, cuando no ha podido individualizarse la causa del defecto constructivo o el grado de participación de cada uno de los agentes en los vicios existentes²⁹⁷⁶. Es decir, en aquellos supuestos en los que, según la citada STS de 16 de enero de 2015, la interrupción de la prescripción frente al promotor o frente a cualquier otro agente, no tiene efectos frente a los demás. El corolario de lo expuesto estriba en determinar si en este escenario, las acciones de repetición del artículo 18.2 LOE funcionan con plena autonomía respecto de las directas de los propietarios frente a los agentes de la edificación. Con tal autonomía, aunque prescriban éstas frente a un determinado agente constructivo, el *solvens* podría repetir contra aquél en vía de regreso, tomando como *dies a quo* la firmeza de

²⁹⁷³BOE núm. 216, de 7 de septiembre de 1978.

²⁹⁷⁴Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, op. cit., pp. 1.132 a 1.135.

²⁹⁷⁵Así STS de 18 de marzo de 1998 (RJ 1998\2141). En este sentido ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 639 a 641; en el mismo sentido CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Derecho de la Construcción...*, op. cit., pp. 1.135 y 1.136; SANTANA NAVARRO, L.F., *La responsabilidad en la Ley...*, op. cit., p. 165.

²⁹⁷⁶No obstante, también podría darse esta situación en el caso de las acciones de repetición por hecho ajeno, partiendo de la solidaridad impropia que existe entre el autor material del daño y el responsable por hecho ajeno, si prescribe la acción contra el responsable final de los daños, y no la que pueda dirigirse contra quien responde por hecho ajeno.

la condena judicial o el pago extrajudicial a los que remite aquel precepto. De ser esto así, el agente que ha visto prescrita la acción que contra él tenía el propietario, puede seguir respondiendo si en su contra se ejercita una acción de regreso, aunque con la posibilidad de oponer frente al actor lo dispuesto en el artículo 1.937 CC²⁹⁷⁷, en caso de que éste haya efectuado el pago pese a haber prescrito la acción que el dañado dirigió en su contra²⁹⁷⁸. Por consiguiente, si esta cuestión recibe una respuesta positiva, el *solvens* tendrá la posibilidad de dirigirse contra al agente codemandado que haya resultado absuelto por prescripción, o contra el responsable no demandado, y, al propio tiempo, para éstos la prescripción de la acción directa puede constituir sólo un remedio limitado, que no supondrá una liberación total de su responsabilidad, si otro agente es condenado, afronta la responsabilidad por los vicios constructivos y ejercita una acción de repetición contra ellos²⁹⁷⁹.

2. Los términos del debate en la acción de repetición del artículo 18.2 LOE

Al abordar este punto se ha de partir del hecho de que, en el caso de la acción de repetición del artículo 18.2 LOE, esta norma fija el término inicial del *tempus praescriptionis*. No sucede lo mismo con la acción por subrogación del artículo 43 LCS, que no fija este *dies a quo*, y, que ha dado lugar a un importante debate jurisprudencial y doctrinal sobre este particular, con unos efectos que, en sus consecuencias finales, son similares a los que resultan de la cuestión que analizamos²⁹⁸⁰. No obstante, pese a que el *dies a quo* fijado en la LOE resuelve en primera instancia la cuestión a favor de la autonomía de ambos plazos prescriptivos, cabría plantearse si la prescripción de la acción del artículo 18.1 LOE —la directa que corresponde al propietario frente al responsable—, veda el ejercicio de la acción de regreso del artículo 18.2 LOE, frente al agente beneficiado por la consumación de aquella prescripción, de forma que el *dies a quo* y el plazo que este apartado 2 dispone, sólo operarían frente a los agentes respecto de los que, al nacer esta acción de repetición, no se hubiese consumado el *tempus praescriptionis* del artículo 18.1.

²⁹⁷⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción...*, *op. cit.*, p. 114.

²⁹⁷⁸ Vid. REGLERO CAMPOS, L.F., “La prescripción...”, *op. cit.*, pp.1.244 a 1.247. Dispone el artículo 1.937 CC 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”.

²⁹⁷⁹ Vid. BLANCO MARTÍN, P., “Análisis de la interrupción de la prescripción en la solidaridad impropia y su efecto en la eventual acción de repetición”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.9, 2018 (versión digital, BIB 2018\12319), pp. 18 a 29, donde esta autora aborda también esta cuestión, poniendo de relieve la inexistencia en nuestro derecho de una respuesta a nivel legal o jurisprudencial. Igualmente destaca como ni la PMCC ni la PCCAPDC han regulado este problema, y que en el derecho comparado sólo el artículo 521 del Código Civil portugués lo afronta claramente con una respuesta favorable a la repetición del *solvens*.

²⁹⁸⁰ En efecto, el debate, en sus consecuencias finales, es muy parecido al que se ha suscitado en torno al *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones por subrogación ex artículo 43 LCS, que puede ejercitar el asegurador frente al tercero responsable de los daños. Si el *dies a quo* se fija en el momento del pago efectuado por el asegurador, la prescripción de esta acción operará con independencia respecto del plazo de prescripción que corresponde al dañado-asegurado frente al responsable de los daños. En otro caso, si el plazo se inicia el mismo día que para aquél, la consumación de este plazo prescriptivo supone también la prescripción del derecho del asegurador ex artículo 43 LCS. Vid. sobre este punto las posiciones encontradas que se sustentan por REGLERO CAMPOS, L.F., “La prescripción...”, *op. cit.*, pp. 1.244 a 1.247, a favor de la primera posición expuesta, para el que la acción de repetición trae causa de la del asegurado, pero tiene un *dies a quo* distinto; y SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al artículo 43”,..., *op. cit.*, pp. 969 a 971, a favor de la segunda, para el que se trata de la misma acción con idéntico régimen de prescripción para asegurado y asegurador, aunque este autor admite la primera tesis aludida, en el caso de la responsabilidad civil de vehículos a motor, al existir una norma especial sobre el *dies a quo*. Vid. *supra* § II.C).3.

3. La autonomía del plazo de prescripción del artículo 18.2 LOE

A nuestro juicio, la cuestión planteada debe resolverse en favor de la plena autonomía del plazo de prescripción de las acciones de repetición del artículo 18.2 LOE, respecto del plazo de las acciones directas de los propietarios frente a los agentes de la edificación, que dispone el artículo 17.1 del mismo texto legal.

Concurren diferentes argumentos que nos inclinan a favor de esta posición²⁹⁸¹:

a) El inicio y transcurso del plazo de prescripción que establece el artículo 18.2 LOE no se condiciona legalmente a ningún requisito y, en particular, el nacimiento de la acción de regreso no se subordina a que no se encuentre prescrita la acción directa del artículo 17.1 LOE frente al agente contra el que se repita.

b) En el marco de las obligaciones solidarias, cuyo régimen general se aplica supletoriamente a las acciones de repetición del artículo 18.2 LOE, el artículo 1.146 CC²⁹⁸² veda la posibilidad de que un acreedor pueda liberar a un codeudor en la relación interna, en perjuicio de los demás codeudores, en el caso de que la deuda haya sido pagada por entero por cualquiera de éstos. Por este motivo, no parece admisible que un deudor no pueda quedar liberado en la relación interna por la exclusiva voluntad del acreedor, y que, sin embargo, se pueda alcanzar el mismo resultado si ese acreedor recurre al trámite de no interrumpir la prescripción contra éste, siquiera sea por negligencia²⁹⁸³.

c) La situación que planteamos no constituye un supuesto extravagante en nuestro Derecho. Se da igualmente en otros ámbitos, como en el de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor²⁹⁸⁴, que, como la responsabilidad en la edificación, está también regulada por una ley especial. En este régimen, la acción de repetición del asegurador contra el responsable de los daños, prescribe al año desde que se efectuó el pago al perjudicado, y, ello, aunque hubiera prescrito la acción de éste contra el causante del daño, de manera que aquella funciona de modo autónomo²⁹⁸⁵. Del mismo modo, en nuestro ordenamiento es común que, en caso de concurrencia de varias acciones, la prescripción de alguna de ellas no comporte la

²⁹⁸¹ Vid. BLANCO MARTÍN, P., "Análisis de la interrupción...", *op. cit.*, pp. 35 y 36, que también se muestra favorable a admitir la acción de repetición en estos casos por razones de equidad y justicia, para no beneficiar un deudor solidario frente a los demás, con apoyo en el artículo 1.146 CC, en la STS de 10 de julio de 1990 (RJ 1990\5791) en materia de préstamo solidario y en los PECL, reclamando una solución legal a esta cuestión y una respuesta jurisprudencial favorable.

²⁹⁸² Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 98.

²⁹⁸³ Esta liberación de un codeudor es frecuente en las pólizas de seguro decenal, en las que el asegurador renuncia a exigir el reintegro de la indemnización abonada al propietario, liberando al promotor o a otro agente de la edificación (renuncia a recurso contra promotor, director de obra, etc., según las pólizas). Esta renuncia, si el promotor o el agente liberado tiene parte de responsabilidad en los daños, sería inoponible frente a los demás agentes de la edificación en el marco de las acciones de repetición que éstos ejerciten. Vid. GÁLVEZ CRIADO, A., "Derecho de reintegro...", *op. cit.*, pp. 489 y 490.

²⁹⁸⁴ Vid. Artículo 10.b LRCSCVM. En este sentido SÁNCHEZ CALERO, F., "Comentario al artículo 43", ..., *op. cit.*, p. 971 y REGLERO CAMPOS, L.F., "La prescripción...", *op. cit.*, pp. 1.244 a 1.247.

²⁹⁸⁵ En este ámbito este planteamiento se admite incluso por SÁNCHEZ CALERO, F., "Comentario...", *op. cit.*, p. 971; por su parte REGLERO CAMPOS, L.F., "La prescripción...", *op. cit.*, pp. 1244 a 1.247, lo acepta con carácter general y reseña como supuestos paradigmáticos el artículo 18.2 LOE y el previsto en la LRCSCVM, artículo 10.b).

prescripción de las demás, como cuando concurren acciones ex LOE con acciones de responsabilidad contractual²⁹⁸⁶ o extracontractual.

d) En el régimen de la LOE el propietario podrá elegir en la relación externa frente a qué patrimonio dirige su acción (*ius electionis*), pero no podrá alterar por su exclusiva voluntad, o negligencia al interrumpir la prescripción, el régimen interno de la solidaridad, pues ello comportaría, además de una situación contraria a la equidad en relación al *solvens* y el enriquecimiento injusto de los agentes que no han afrontado su responsabilidad, atribuir al dañado unas facultades exorbitantes que exceden de la función de garantía que justifica el establecimiento del vínculo solidario.

e) En esta línea se pronuncian algunas normas de *soft law*, como el artículo III.4:111 DCFR²⁹⁸⁷, el cual dispone que la prescripción del derecho del acreedor frente a un deudor solidario no afecta a la responsabilidad de los otros deudores solidarios, ni al derecho de recurso entre estos deudores previsto en el artículo III.4:107 DCFR²⁹⁸⁸, o el artículo 10:110 PECL²⁹⁸⁹.

4. Eficacia frente a los efectos de la STS de 16 de enero de 2015

Con base en lo anteriormente expuesto, y en los términos abordados, entendemos que será posible el ejercicio de acciones de repetición tanto frente al agente no demandado, como frente al demandado absuelto por prescripción, y que el plazo prescriptivo de la acción de regreso del artículo 18.2 LOE, opera con plena autonomía respecto del que corresponde a la directa del artículo 18.1 LOE, de forma que la consumación de este segundo *tempus praescriptionis* frente a un determinado agente de la edificación, no impide al *solvens* repetir en su contra. De este modo, la independencia de los plazos de prescripción de la acción directa y de la de regreso, constituye para el *solvens* un remedio corrector, con fundamento último en la equidad, que le posibilita repetir contra los agentes beneficiados por la no aplicación del artículo 1.974.1 CC, según la doctrina fijada por la STS de 16 de enero de 2015²⁹⁹⁰. En consecuencia, este planteamiento le habilita para repercutir su condena entre los agentes que, en un primer envite, hayan eludido su responsabilidad por la no interrupción de la prescripción. En consecuencia, el ejercicio de la acción de repetición persigue así la distribución de la responsabilidad entre todos los causantes del daño, con el fin de evitar aquellas situaciones de enriquecimiento injusto, que, en caso contrario, podrían darse si su importe se afrontase sólo por alguno o algunos de los corresponsables, sin posibilidad de ejercicio de acciones de regreso frente a los demás. La LOE establece como principio general y, al propio tiempo como desiderátum, la exigencia de responsabilidad individualizada, apelando a la solidaridad sólo cuando no es posible asignar las responsabilidades de forma personalizada, como garantía a favor del propietario perjudicado. Por este motivo, cuando no sea posible individualizar la responsabilidad y proceda dicha condena solidaria, será mucho más acorde con el espíritu de individualización de la culpa que late en la ley especial, posibilitar su distribución entre todos los causantes de daño, que perpetuar su asunción exclusiva por uno solo de ellos. Con este planteamiento,

²⁹⁸⁶ Vid. *supra* Capítulo Tercero, § I.D).

²⁹⁸⁷ Vid. *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) o Marco Común de Referencia. Vid. JEREZ DELGADO, C., coordinadora de la versión española, *Principios...*, *op. cit.*

²⁹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 153 y 154.

²⁹⁸⁹ Vid. BLANCO MARTÍN, P., "Análisis de la interrupción...", *op. cit.*, pp. 31 a 33.

²⁹⁹⁰ RJ 2015/277.

el alcance y significado de la expresada STS de 16 de enero de 2015, respecto del responsable beneficiado por la no interrupción de la prescripción, queda limitado en sus efectos, pues no quedará total y definitivamente exonerado en cuanto que, en su contra el *solvens* podrá ejercitar ulteriormente acciones de repetición ex LOE, o, en su caso, acciones contractuales de existir esta clase de vinculación. Esta conclusión no contradice ni la letra ni el espíritu de la citada sentencia, que no aborda la cuestión que exponemos, ni establece ninguna consideración sobre el ulterior ejercicio de acciones de repetición en otro proceso.

Abundando en esta cuestión, hemos de indicar que la doctrina²⁹⁹¹ ha puesto de relieve que, tras la STS de 16 de enero de 2015, normalmente no operará la prescripción respecto al promotor, al ser éste el interlocutor habitual de los propietarios y, sin embargo, será más probable que se consume la prescripción respecto de los demás agentes de la edificación, de modo que éstos y sus aseguradores no responderán frente a los dañados por los vicios constructivos, al haber prescrito las acciones ex LOE, y no mantener generalmente vínculos contractuales con aquellos²⁹⁹². Pero en este escenario, si el promotor fuera insolvente, como sucede con gran frecuencia en la práctica, el perjudicado quedaría en una evidente situación de desprotección, sin un patrimonio solvente frente al que accionar²⁹⁹³. Por este motivo y *de facto*, la citada sentencia significará, en no pocas situaciones, devaluar la protección que la LOE dispensa al titular del edificio, pese a que esta ley tenía entre sus objetivos principales elevar su nivel de garantías.

III. LA PRESCRIPCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La coexistencia de las acciones de responsabilidad contractual junto a las acciones de la LOE y la compatibilidad entre ambas, con la consiguiente aplicación de sus respectivos regímenes jurídicos, significa que aquellas conservan su propio plazo de prescripción y los demás elementos que lo singularizan, entre ellos el *dies a quo*, por lo que se suscitan en este ámbito problemas de articulación entre las normas reguladoras de cada una de ellas²⁹⁹⁴.

²⁹⁹¹Cfr. MARTÍNEZ DEL TORO, S., "La reforma de la intervención provocada en el artículo 14.2 LEC por Ley 42/2015 (Análisis de la STS de 16 de enero de 2015 sobre los efectos de la prescripción en el ejercicio de las acciones: responsabilidad solidaria, solidaridad propia e impropia)", *Práctica de Tribunales*, núm. 120, 2016, p. 17.

²⁹⁹²En teoría quedaría a salvo la posibilidad de ejercitar una acción ex artículo 1902 CC, aunque en el supuesto analizado lo normal es que también estuviera prescrita; *vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 945 a 953. Tampoco solucionaría el problema el ejercicio, si procede, de una acción ex artículo 149 TRLCU, pues no podrían reclamarse los daños materiales en el edificio. En este sentido *vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 274 a 276.

²⁹⁹³Según la DA 2ª LOE, las garantías del artículo 19 LOE sólo son obligatorias respecto de la cobertura decenal en los edificios cuyo destino principal sea el de vivienda, de modo que, generalmente, no quedan cubiertos los daños más frecuentes que, aunque menos graves, suelen ser de elevada cuantía económica. Lo anterior sin perjuicio de la posible aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en materia de defectos constructivos, como efectúa la STS de 30 enero de 2018 (RJ 2018\296).

²⁹⁹⁴*Vid.* SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., "El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación", en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 402 y 403.

A) Plazos de prescripción

1. El plazo de prescripción general

Frente al plazo de prescripción bianual que previene el artículo 18 LOE, tanto para las acciones directas del artículo 18.1, como para las de regreso del artículo 18.2, las acciones contractuales se rigen, con carácter general, por el que dispone el artículo 1.964 CC para las acciones personales que no tenga señalado uno especial, el cual ha sido reducido en 2015 de quince a cinco años.

a) El nuevo plazo quinquenal

La disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁹⁹⁵, cuya entrada en vigor se produjo el 7 de octubre de 2015²⁹⁹⁶, ha modificado el artículo 1.964 CC²⁹⁹⁷, añadiendo un párrafo segundo en el que se reduce el plazo general de prescripción, para las acciones que no tengan señalado uno especial de quince a cinco años²⁹⁹⁸. Pone de relieve CAÑIZARES LASO²⁹⁹⁹, que esta reforma del artículo 1.964 CC no ha seguido todas las directrices marcadas por la Comisión General de la Codificación³⁰⁰⁰, que abogaban por afrontar una reforma global de la institución, simplificando su régimen jurídico, unificando los plazos de prescripción de las acciones contractuales y extracontractuales, atendiendo al necesario equilibrio entre los intereses de los sujetos implicados en la prescripción tanto adquisitiva como extintiva y acortando el plazo general de las acciones personales, pues, de todas ellas, sólo se ha considerado esta última. Puesto que el plazo de prescripción de las acciones del artículo 1.591 CC coincide con el de las acciones propiamente contractuales en este ámbito, singularmente en las acciones derivadas de los contratos de compraventa y de obra, hasta la citada reforma su plazo prescriptivo era de quince años. Por este motivo, hasta ese momento la diferencia entre los plazos de prescripción de dos años que recoge la LOE y el plazo quinquenal de las acciones contractuales, era más que considerable. Tras esta reforma, animada por el propósito de acomodar la duración de los plazos de prescripción a la realidad actual, esta diferencia se ha estrechado sensiblemente³⁰⁰¹, aunque todavía reviste la suficiente entidad como para dotar a las acciones contractuales de un protagonismo destacado, como remedio adicional de indemnidad frente los daños derivados de los defectos constructivos. En cualquier caso, esta reducción del plazo general de prescripción del artículo 1.964 CC, acorta la diferencia excesiva entre ambos tipos de acciones en lo que a plazos de prescripción se refiere. De esta manera, la citada reforma del artículo 1.964 CC viene a aproximarlos, limitando el alcance temporal de

²⁹⁹⁵BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

²⁹⁹⁶Vid. disposición final duodécima.

²⁹⁹⁷Vid. la actual redacción del artículo 1.964.2 CC: “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”.

²⁹⁹⁸Vid. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Prescripción de las acciones personales (artículo 1.964 del Código civil). Lo que dijo, lo que dice, lo que debería decir”, *Act. Civ.*, núm. 3, 2016, pp. 1 y 2.

²⁹⁹⁹Vid. CAÑIZARES LASO, A., “Algunas claves...”, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

³⁰⁰⁰*Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos*, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil. *Boletín de Información de Ministerio de Justicia*, Suplemento 1.1.2009.

³⁰⁰¹Vid. el alcance de lo anterior *supra* Capítulo Tercero, § II.B).

las acciones contractuales, cuya compatibilidad con el régimen de la LOE hemos afirmado en este trabajo³⁰⁰².

b) El régimen transitorio de la reforma de 2015

La disposición transitoria quinta de la citada Ley 42/2015, establece su régimen transitorio por remisión al artículo 1.939 CC³⁰⁰³. Según este precepto *“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”*. Con arreglo a este artículo la regla general es que la prescripción comenzada con arreglo a la ley anterior, se rige por la misma, siendo el momento decisivo para la determinación del régimen prescriptivo aquél en el que principia el cómputo del *tempus praescriptionis*, y no el del nacimiento del derecho³⁰⁰⁴, por lo que impera un criterio de irretroactividad en este punto. No obstante, *contrario sensu*, los plazos de prescripción que comiencen cuando esté en vigor la nueva norma se regirán por ésta, aunque los derechos hayan nacido bajo la ley anterior³⁰⁰⁵. Junto a esa regla general se contiene una especial en el inciso segundo de este artículo 1.939 CC, pues si desde la entrada en vigor de la nueva ley transcurre completo el nuevo plazo prescriptivo, se consume la prescripción, aunque no haya transcurrido en su integridad el lapso temporal que establece la norma precedente. Se trata de una regla inspirada en un criterio que favorece la prescripción, pero que no significa que se aplique el plazo prescriptivo más breve, pues el nuevo debe transcurrir completo, sin que el tiempo ya transcurrido se sume a aquél. De este modo, lo que se produce es la aplicación del nuevo plazo de prescripción, que rige *ex novo* respecto de prescripciones iniciadas bajo la ley anterior. Advierte DÍEZ-PICAZO que la idea que late en esta regla especial, es que no sea de mejor condición el titular del derecho cuya prescripción ya ha comenzado a la entrada en vigor de la ley, que aquel cuyo derecho aún no ha nacido en esa fecha. En consecuencia, habiendo entrado en vigor la expresada Ley 42/2015, el día 7 de octubre de ese año, todas las acciones cuyo plazo prescriptivo haya comenzado antes de esa fecha, prescribirán cuando se consume el plazo prescriptivo anteriormente vigente, y, en todo caso, el día 7 de octubre de 2020³⁰⁰⁶.

³⁰⁰² Vid. *supra* Capítulo Tercero.

³⁰⁰³ Vid. disposición transitoria quinta: *“Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes: El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil”*.

³⁰⁰⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

³⁰⁰⁵ *Loc. cit.*, donde este autor considera que, por este motivo, existiría una retroactividad de grado mínimo.

³⁰⁰⁶ La STS de 1 de julio de 2016 (RJ 2016\2912), interpreta el artículo 1.939 CC en este sentido, en relación a un supuesto referido a la modificación de los plazos prescriptivos de la responsabilidad de los auditores de cuentas. La SAP Murcia de 2 de febrero de 2017 (JUR 2017\46812), interpreta específicamente el supuesto que nos ocupa, disponiendo que *“es evidente que desde la entrada en vigor de la modificación operada por la citada Ley 42/2015, el 7 de octubre de 2015, no ha transcurrido el plazo de 5 años hasta la fecha de interposición de la demanda el 26 de enero de 2016, por lo tanto, procede estar al plazo de 15 años estipulado en el derogado artículo 1.964”*. En el mismo sentido, entre otras, *vid.* SSAP de Zaragoza de 21 de abril de 2016 (JUR 2016\189886); o Alicante de 23 de noviembre de 2015 (JUR 2016\133114).

2. Los plazos especiales de prescripción

El plazo quinquenal de prescripción del artículo 1.964 CC no se aplicará cuando exista un plazo legal específico. Así sucede, en lo que respecta al objeto de este trabajo, con los plazos de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. En base a tales acciones, los propietarios podrán reclamar al asegurador los daños que hayan sido asegurados, en su caso respecto de los seguros de daños materiales o de caución que prevé el artículo 19 LOE. En estos casos, el artículo 23 LCS establece un plazo de prescripción de dos años. Cumple destacar que, aunque tenga la misma duración bianual su plazo de prescripción, esta acción es distinta de las que correspondan a los propietarios frente a los agentes causantes de los daños en virtud del artículo 17³⁰⁰⁷. En estas acciones podrá subrogarse el asegurador que abone la indemnización, tanto en las directas ex LOE a las que alude su artículo 18.1, que tiene un plazo de prescripción bianual, como en las contractuales que deriven de los contratos suscritos entre los propietarios y los agentes de la edificación, en cuyo caso regirá generalmente el plazo quinquenal ex artículo 1.964 LOE.

B) *Dies a quo*

1. La entrega del edificio como *dies a quo*

Para parte de la doctrina, el *dies a quo* de las acciones contractuales en este ámbito sería aquel en el que se produzca la entrega de la vivienda o el edificio al adquirente³⁰⁰⁸ o, en el contrato de obra, la fecha del acta de recepción. Por nuestra parte entendemos que más bien sería la fecha en la que se produce o manifiesta el daño, que es cuando realmente puede ejercitarse la acción contractual conforme al artículo 1.969 CC³⁰⁰⁹.

2. El criterio de la *actio nata*

La STS de 3 julio de 1987³⁰¹⁰ fija el plazo de prescripción de las acciones contractuales en este ámbito, en el momento en el que la acción pudo ejercitarse al manifestarse externamente los daños³⁰¹¹. Es cierto que con este planteamiento podría objetarse que se alargaría sensiblemente el plazo durante el que pueden responder los agentes constructivos, si bien hay que considerar que lo anterior queda fuertemente matizado por cuanto que, mientras más tarde se manifieste el daño, más fácilmente será atribuible a factores ajenos a la responsabilidad de los profesionales de la construcción³⁰¹². Este *dies a quo* se admite también por la jurisprudencia menor, así SAP de Murcia de 4 de junio de 2009³⁰¹³ o SAP de Salamanca de 19 de septiembre

³⁰⁰⁷Estas acciones, en el caso de la LOE, derivan *ex lege* del artículo 17 LOE, mientras que la otra deriva del contrato de seguro.

³⁰⁰⁸Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 945 a 959, que alude a la relación entre los artículos 1.964 y 1.969 CC.

³⁰⁰⁹MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 298.

³⁰¹⁰RJ 1987\5461.

³⁰¹¹MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, 37 y 38.

³⁰¹²VINADER CARRACEDO, J., "Los arrendamientos...", *op. cit.*, pp. 470 y 471; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 262 y 263; *vid.* SAP Madrid de 21 de marzo de 2018 (JUR 2018\149004), que indica que "*cuanto más nos alejamos de la fecha de recepción de las promociones aumenta la incertidumbre sobre si los daños están causados por vicios constructivos o por defectos de mantenimiento*".

³⁰¹³JUR 2009\302164. Esta sentencia alude a la doctrina de la unidad de culpa civil, indicando que "*es lo cierto, que en este caso, y conforme consta en el escrito de la demanda, la parte actora ejercita la correspondiente acción por vicios constructivos, al amparo de la Ley de Ordenación de la Edificación y*

de 2016³⁰¹⁴, si bien esta última precisa que el *dies a quo* no puede diferirse al momento de la emisión de un informe pericial. Con más razón entendemos aplicable este *dies a quo* si se tiene en cuenta, por analogía, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas. En estos supuestos, en los que rige el plazo de caducidad de cuatro años de la acción de anulabilidad del artículo 1.301 CC cuando concurre error, aunque según la literalidad de este precepto el *tempus praescriptionis* computa desde la consumación del contrato, la jurisprudencia considera que el mismo debe iniciarse desde que se conoce el error excusable o desde que se tiene o puede tenerse cabal conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, conforme al principio de la *actio nata*³⁰¹⁵.

C) La autonomía del plazo de prescripción contractual

La compatibilidad entre las acciones contractuales y las acciones de la LOE³⁰¹⁶, se ve potenciada por la independencia y plena autonomía de los plazos de prescripción de las acciones contractuales respecto a los previstos en la ley especial. En estas notas reside la importancia y el protagonismo de la responsabilidad contractual, como remedio jurídico frente a los daños y perjuicios derivados de los defectos constructivos³⁰¹⁷. Esta compatibilidad y autonomía está admitida jurisprudencialmente de forma clara, de modo que cuando han prescrito las acciones de la LOE, emergen las acciones contractuales como solución de indemnidad para el propietario dañado.

En este sentido se pronuncia la STS de 27 de diciembre de 2013³⁰¹⁸. La misma línea sigue la STS de 15 de junio de 2016³⁰¹⁹, que admite igualmente la compatibilidad en una reclamación por defectos constructivos de una comunidad de propietarios contra el promotor-vendedor de las viviendas, en un supuesto en el que en unos casos ya habían prescrito las acciones LOE, y en otro los defectos se habían manifestado fuera del plazo de garantía³⁰²⁰. La sentencia admite la compatibilidad de la responsabilidad contractual y establece que “*la existencia de defectos conlleva el cumplimiento defectuoso de su obligación de entrega*”³⁰²¹. También confirma esta

a su vez la acción de incumplimiento contractual con respecto al contrato de ejecución de obra convenido, con fundamento en los artículos 1124 y 1101 del Código Civil. Es cierto que, en relación con la primera, la acción efectivamente ha prescrito, pero no así con respecto a la segunda que se encuentra sometida al plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 del Código Civil computados desde que la acción pudo ejercitarse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1969 del citado cuerpo legal”.

³⁰¹⁴JUR 2016\226130.

³⁰¹⁵STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015\608) o 25 de febrero de 2016 (RJ 2016\1514); *vid.* CAÑIZARES LASO, A., “Algunas claves...”, *op. cit.*, pp. 115 a 117, donde esta autora comenta esta jurisprudencia del Tribunal Supremo y precisa la diferencia entre “consumación” y “perfección” del contrato.

³⁰¹⁶*Vid. supra* Capítulo Tercero, § I sobre la compatibilidad entre ambos tipos de acciones.

³⁰¹⁷*Vid. supra* Capítulo Tercero, § II sobre el mayor alcance temporal de la responsabilidad contractual.

³⁰¹⁸STS de 27 diciembre 2013 (RJ 2014\1021013).

³⁰¹⁹STS de 15 junio 2016, RJ 2016\2766).

³⁰²⁰*Ibidem*, indica dicha resolución que “*con tales datos entiende el juzgador que en unos supuestos han transcurrido el plazo de garantía de un año, previsto en el artículo 17.1.b) 2º LOE, y en otros, aunque el plazo de garantía se eleve a tres años, la acción se ha ejercitado transcurridos más de dos años de la constatación del daño material y, por tanto, ha prescrito (artículo 18 LOE)*”.

³⁰²¹Esta sentencia invoca las antes citadas de 27 de diciembre de 2013 y 7 de enero de 2015. En ésta se concluye que “*en todas las deficiencias descritas se ha apreciado la prescripción..., por lo que sólo*

compatibilidad la STS de 24 mayo de 2017³⁰²², en la que el comprador de una vivienda demanda a la promotora por la colocación defectuosa de un terrazo cuando había prescrito la acción LOE, afirmando esta sentencia la compatibilidad, e indicando que *“como muy bien argumenta la sentencia de primera instancia, la acción ejercitada y estimada es la de incumplimiento contractual, que expresamente está excluida, por el art. 18.1 LOE, del plazo de dos años de prescripción. Y no consta que se hubiera cumplido el plazo general de las acciones personales del art. 1.964 CC, que tanto en el momento en que surgió la acción como cuando se ejercitó era de quince años”*.

Igualmente se admite compatibilidad y la autonomía de los plazos de prescripción de la responsabilidad contractual por la jurisprudencia menor, de modo que la prescripción de las acciones de la LOE, no afecta ni impide el ejercicio de las acciones contractuales. En este sentido SAP de Vizcaya de 2 de junio de 2015 (JUR 2015\207330); SAP de Zamora de 23 de junio de 2015, (2015\175694); SAP de Asturias de 31 de julio de 2015 (JUR 2015\233832); SAP de Madrid de 25 de septiembre de 2015 (JUR 2015\244215); SAP de Sevilla de 23 de junio de 2016 (JUR 2016\225250); SAP de Vizcaya de 20 de octubre de 2016 (JUR 2016\273868); SAP de A Coruña de 30 de junio de 2016 (JUR 2016\194312); SAP de Barcelona de 18 de junio 2018 (JUR 2018\199222); o SAP de Zamora de 31 de julio de 2018 (JUR\2018\245008). Esta compatibilidad entre las acciones LOE y las de responsabilidad contractual se admite tanto en el contrato de compraventa como en el de obra. A este último se refieren, entre otras, las SSAP de Baleares de 5 de octubre de 2006³⁰²³ o de Murcia de 4 de junio de 2009³⁰²⁴. Y tanto en las acciones directas como en las de repetición según dispone la STS de 18 de febrero de 2016³⁰²⁵.

el promotor será responsable de su reparación, en tanto que vendedor de los diferentes departamentos frente a los adquirentes de los mismos..., al ejercitarse acumuladamente contra la promotora la acción sobre cumplimiento contractual... y la acción por responsabilidad derivada del artículo 17 LOE”; y también alude a la antes mencionada de 27 de marzo de 2015, en la que se establece que “no es posible confundir vicios constructivos ruinógenos con incumplimientos contractuales de la promotora para con los compradores (...)”.

³⁰²²RJ 2017\2217.

³⁰²³JUR 2006\293947.

³⁰²⁴JUR 2009\302164.

³⁰²⁵RJ 2016\577.

CONCLUSIONES

I. La recíproca integración bidireccional entre la LOE y el contrato

1. La LOE como norma de integración de la prestación contractual

El artículo 1 LOE señala como función de esta norma el regular en sus aspectos fundamentales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes constructivos. En consecuencia, la figura del contrato en este ámbito no puede ser ajena a una juridificada declaración de intenciones de ese calado, por lo que, sin perjuicio de que algunos de sus preceptos, —como el 17 sobre el régimen de responsabilidad o el 18 sobre los plazos de prescripción—, sólo sean aplicables cuando se ejerciten acciones de la LOE, la mayor parte de ellos también serán directamente trasladables a los contratos celebrados en torno a la edificación. De este modo, adquiere una importancia principal el artículo 1.258 CC y su carácter de cláusula general de integración contractual, en cuanto comporta la agregación de derechos y obligaciones no contemplados por los contratantes, pero previstos en la LOE o el CTE en cuanto desarrolla esta norma.

2. El rol de los pactos contractuales en la aplicación de la LOE

En sentido inverso, las normas que disciplinan los contratos en este ámbito y las cláusulas contenidas en éstos, serán aplicables para complementar la ley especial, tal y como se desprende de las menciones que se contienen en su articulado en esta dirección. Así sucede cuando sus normas tienen carácter dispositivo —artículo 6.4—, o cuando expresamente se efectúan remisiones al marco convencional para integrar y definir las obligaciones de los agentes de la edificación —artículo 8— o incluso para configurar el objeto de la prestación, como sucede en el artículo 11.1 respecto del constructor. Por este motivo, el contenido del contrato adquiere relevancia como medio de atribución de responsabilidades en el marco de la LOE o incluso de exoneración de tales cargas, si de su tenor se desprende que el sujeto en cuestión no intervino como agente de la edificación. De este modo, en algunos casos, la propia identificación de una persona como agente de la edificación, exigirá analizar el contrato que justifica su intervención y las concretas obligaciones que con arreglo a éste asume.

II. El análisis comparativo entre el régimen de la LOE y la responsabilidad contractual arroja un balance netamente favorable a esta última en aspectos de calado

El régimen jurídico de la LOE y el de la responsabilidad contractual presentan diferencias que afectan a los plazos de garantía y prescripción, la legitimación, el nexo de causalidad, los criterios de imputación de responsabilidad, la solidaridad, la responsabilidad por hecho ajeno, el tipo de incumplimientos frente a los que cabe accionar o los daños reclamables. Empero, las de mayor relevancia afectan a la legitimación, plazos de garantía y prescripción y los daños reclamables. Así, en el marco de las acciones contractuales la legitimación solo se ostenta frente a la contraparte en el contrato correspondiente, mientras que las acciones de la LOE la amplifican, en cuanto que dicha legitimación no se sustenta en los vínculos

contractuales y se atribuye a los propietarios frente a los agentes constructivos al margen de cualquier convención. Por el contrario, la LOE reduce el ámbito de los daños y perjuicios que pueden reclamarse limitándolo a los daños materiales en el propio edificio. Sin embargo, las acciones contractuales habilitan para reclamar cualquier tipo de daño, incluido el lucro cesante o los daños morales. Finalmente, y tal vez esta sea la diferencia con más importancia práctica, la responsabilidad contractual no está constreñida por la existencia de unos plazos de garantía de duración tasada, ni por el plazo de prescripción bianual que dispone la LOE, de modo que respecto de aquella regirá, con carácter general, el plazo de prescripción que recoge el artículo 1.964 CC para las acciones personales que no tengan señalado uno especial. De este modo, el superior ámbito de los daños reclamables y la mayor dimensión temporal de la responsabilidad, constituyen ventajas netas de las acciones contractuales en este terreno.

III. El renovado protagonismo de la responsabilidad contractual por defectos constructivos

1. *La coexistencia de una pluralidad de regímenes jurídicos*

Los defectos constructivos constituyen un fenómeno poliédrico que se escenifica en múltiples y diversos escenarios, en los que difieren los sujetos involucrados, la tipología de las construcciones dañadas, la clase de daños irrogados y la etiología de los defectos que los provocan, lo cual arroja como corolario una realidad difícilmente aprehensible desde un único régimen jurídico. De ahí que en nuestro ordenamiento coexistan una pluralidad de regímenes jurídicos, que abordan la responsabilidad civil por defectos constructivos desde distintas perspectivas, como son la responsabilidad legal, la contractual o la extracontractual, fundamentalmente, sin perjuicio de algunas normas especiales contenidas en la legislación de consumo, que complementan a las anteriores.

2. *La reducción del nivel de garantías que instaura la LOE*

La entrada en vigor de la LOE supuso una importante modificación del marco legal de la responsabilidad por defectos constructivos y vino a devaluar la protección del propietario con respecto al régimen del artículo 1.591 CC. Así, a diferencia de este último precepto, el artículo 17.1 LOE regula la responsabilidad de modo selectivo, estableciendo un plazo de garantía de tres años para los defectos más comunes que afectan a la habitabilidad, excluye de su ámbito los daños distintos de los materiales en el propio edificio y dispone un reducido plazo de prescripción bianual.

3. *La funcionalidad del régimen de responsabilidad contractual*

La reducción de este nivel de garantías que se produce con la entrada en vigor de la LOE, puso de relieve las diferencias que existen entre esta norma y la responsabilidad contractual. Así, en la actualidad, el régimen que instaura la LOE difiere sustancialmente de aquella responsabilidad, pues en ésta los daños reclamables no están limitados a los materiales causados en el edificio, ni por los plazos de garantía del artículo 17 LOE —de diez, tres y un año para los defectos estructurales, de habitabilidad y acabado, respectivamente—, ni resulta aplicable el plazo de prescripción de dos años, sino el general de las acciones personales que

recoge el artículo 1.964 CC. De ahí la importancia de poder ejercitar estas acciones contractuales, bien de modo conjunto con las de la LOE o, especialmente, cuando no sea posible el ejercicio de las previstas en esta norma. En esta tesitura, aunque existen otras posibilidades, bien basadas en el artículo 1.902 CC, bien en el régimen *sui generis* del artículo 149 del TRLCU, la responsabilidad contractual se constituye en la principal opción para lograr la indemnidad del adquirente de edificios, en especial para la protección del consumidor de vivienda frente a los daños causados por defectos constructivos.

IV. La compatibilidad entre las acciones de la LOE y las acciones contractuales como factor determinante de la dimensión temporal de la responsabilidad por defectos en la edificación

1. La cuestión de la compatibilidad y su alcance

El núcleo del problema de afirmar la compatibilidad entre el régimen de la LOE y el de la responsabilidad contractual, estriba en admitirla cuando se pretende reclamar por los mismos defectos constructivos y por los mismos daños amparados por la ley especial. Además, el aspecto crítico de la cuestión se centra en la admisión, o no, de la compatibilidad respecto de las acciones generales sobre responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y 1.124 CC —siendo menos controvertida en el caso de la acción resolutoria de este último precepto cuando existen daños muy graves—, al tiempo que plantea escasas dudas la admisión de las acciones edilicias, pese a su limitada eficacia en este terreno. Si la respuesta a este interrogante es positiva, se ampliarán los plazos de responsabilidad de los agentes constructivos al margen de la LOE.

2. La admisión general de compatibilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Tras la entrada en vigor de la LOE, la primera sentencia que aborda abiertamente este problema en el ámbito de la ley especial es la STS de 27 de diciembre de 2013, que admite sin ambages la compatibilidad entre ambos regímenes. Esta resolución del Alto Tribunal ha tenido confirmación en otras posteriores, como las SSTS de 7 de enero de 2014, 27 de marzo de 2015, 15 de junio de 2016 o 24 de mayo de 2017. La irrestricta admisión de esta compatibilidad opera aunque hayan prescrito las acciones de la LOE, y aunque los daños se manifiesten fuera de sus plazos de garantía, tanto en vía directa como de regreso, en el contrato de compraventa y en el contrato de obra, y encuentra un amplio eco en la jurisprudencia menor. De este modo, se ha consagrado por vía jurisprudencial una compatibilidad entre ambos regímenes, lo que de *facto* supone ampliar la dimensión temporal de la responsabilidad por defectos constructivos más allá de los confines que instaura la LOE. Por este motivo, las acciones contractuales brindan una opción de indemnidad al consumidor de vivienda y, en general al adquirente de cualquier edificio, en los supuestos en los que los daños ocasionados por defectos constructivos no queden amparados por la ley especial o cuando hayan transcurrido sus plazos de garantía o prescripción.

3. La ampliación contractual del plazo de responsabilidad y su efecto expansivo

Esta alteración de la dimensión temporal de la responsabilidad en la edificación, en principio y de forma directa, sólo afecta a las partes vinculadas contractualmente. No obstante, puede tener un efecto expansivo respecto de los demás agentes constructivos, que podrán resultar concernidos por ulteriores acciones contractuales de repetición. En efecto, una vez activada la responsabilidad contractual contra el agente que contrató con el dañado, su alcance puede proyectarse hacia los demás que intervinieron en el proceso edificatorio, aunque no mantengan vínculos contractuales con el perjudicado, por la vía de las acciones de repetición de esta índole. De este modo, los agentes de la edificación, aún después de que transcurran los plazos de garantía y prescripción ex LOE, podrán verse demandados por el ejercicio de una acción contractual por vía directa —si contrataron con el dañado— o, en otro caso, por vía de repetición, pues la prescripción de las acciones de la LOE no afecta a las contractuales, que operan con autonomía respecto de las anteriores. Como consecuencia, se agrava la situación de los agentes constructivos que se torna más compleja y arriesgada, pues padecen una clara incertidumbre sobre el alcance temporal de sus responsabilidades, lo cual redundará de modo preocupante sobre los seguros de responsabilidad civil, la problemática de los daños diferidos y las cláusulas *claim made*, generando un peligro cierto de que sus actuaciones no queden aseguradas.

V. La frontera de los quince años como pauta hermenéutica inicial sobre el alcance temporal de la responsabilidad contractual por defectos constructivos

1. La reforma del plazo general de prescripción de las acciones personales y su incidencia en este ámbito

La reforma del artículo 1.964 CC efectuada por Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya entrada en vigor se produjo el 7 de octubre de 2015, viene a aproximar los plazos de prescripción de las acciones ex LOE y los de las acciones de carácter contractual, al fijar en cinco años el plazo aplicable a las acciones personales que no tengan señalado uno especial. Así, en síntesis, dejando a salvo la posibilidad de interrumpir la prescripción, y llevando estos plazos y los de garantía al máximo, con el régimen de la LOE la responsabilidad por defectos constructivos más usual, la de habitabilidad, sería exigible hasta transcurridos cinco años desde la recepción del edificio, si el defecto aflora al final del plazo de garantía. Sin embargo, con la responsabilidad contractual, antes de la reforma del artículo 1.964 CC, la misma podría llegar, al menos, hasta quince años después de la recepción de la obra; y, tras esta reforma, como mínimo, hasta los cinco años, aunque con posibilidad de extenderse extramuros de este plazo, pues el *dies a quo* del cómputo prescriptivo será el de la manifestación del daño y no el de la celebración del contrato. Además, lo anterior sin perjuicio de que estos plazos se puedan prolongar si se produce la interrupción de la prescripción. No obstante, la propia lógica de las cosas impedirá considerar que unos vicios manifestados en tiempo muy lejano al de la construcción del edificio, puedan calificarse como defectos constructivos y no como problemas de conservación o mantenimiento. En cualquier caso, cabe afirmar que, hoy en día, el hito que de verdad define la dimensión temporal de la responsabilidad en la edificación, es la reforma del plazo de prescripción general del artículo 1.964 CC, en cuanto transforma el *tempus praescriptionis* quinquenal en quinquenal.

2. Ensayo de un criterio de delimitación temporal

En términos generales y como criterio hermenéutico en relación a los defectos más comunes, los de habitabilidad, entendemos que un punto de referencia válido puede extraerse del régimen del artículo 1.591 CC. No precisamente para revitalizar esta norma, pero sí para poner en valor que, tanto pericial como jurisprudencialmente, bajo su vigencia se consideró unánimemente que los defectos constitutivos de ruina funcional, concepto similar a los vicios de habitabilidad del artículo 17.1 LOE, podían manifestarse en el plazo único de garantía decenal, de modo que sólo en contadas ocasiones se entendió que los daños surgidos en ese plazo no obedecían a vicios constructivos y sí a otros factores, como problemas de mantenimiento imputables a los propietarios. Bajo esas coordenadas, entendemos que, salvo que las pruebas muestren claras evidencias en otro sentido, respecto a los daños en el edificio externalizados en el plazo de diez años desde la recepción del edificio, podrá existir una presunción favorable a su catalogación como defectos constructivos imputables a los agentes de la edificación, que habilite su reclamación por vía contractual. Fuera de ese periodo decenal, el recurso a la responsabilidad contractual seguirá siendo posible, pero esa presunción favorable a la que hemos aludido irá perdiendo vigor en proporción inversa al retraso con el que se manifiesten los daños. En consecuencia, el periodo “máximo-normal” para el ejercicio eficaz de las acciones de responsabilidad contractual por defectos constructivos, podría situarse como criterio general en la frontera de los quince años —diez años para que se manifiesten los vicios y cinco para el ejercicio de la acción desde su afloramiento—. No obstante, lo expuesto no deja de constituir un ensayo para delimitar temporalmente esta responsabilidad, que sólo podrá acotarse nítidamente en función de las pruebas que se practiquen en cada procedimiento.

VI. La responsabilidad contractual como plasmación del régimen de falta de conformidad frente a los defectos constructivos

En el régimen de falta de conformidad, el vendedor asume la obligación de satisfacer un interés positivo del acreedor. En nuestro ordenamiento este principio se encuentra vigente en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG), celebrada en Viena el 11 de abril de 1980 y en la venta de bienes muebles de consumo, en los artículos 114 a 127 TRLCU. En los contratos sobre inmuebles, la ausencia de una regulación específica en este sentido en sede de compraventa o de arrendamiento de obra, ha obligado a la doctrina y jurisprudencia a apelar a las normas generales sobre incumplimiento contractual para dotar al adquirente de un nivel de protección similar. Así, en materia de defectos constructivos, afirmada la compatibilidad entre las acciones de la LOE y las de carácter contractual, la aplicación de los preceptos generales que disciplinan el incumplimiento contractual, señaladamente los artículos 1.101 y 1.124 CC, se dirige a reclamar el cumplimiento específico o por equivalencia, o a instar la resolución del contrato en los supuestos de especial gravedad, así como, en su caso, a la reclamación de los daños y perjuicios causados. De esta manera, mediante su ejercicio se podrá reclamar cualquier falta de conformidad respecto a lo pactado, cualquier incumplimiento que tenga encaje en el artículo 1.258 CC o en la inobservancia de la *lex artis* profesional. Como precisa la STS de 2 de febrero de 2018, la falta a las condiciones del contrato no origina responsabilidad ex LOE, pero sí habilita para ejercitar las acciones vinculadas al cumplimiento contractual.

VII. El subadquirente está legitimado para dirigirse contra el promotor por vía contractual

1. Como regla general tras la LOE no procede establecer excepciones al principio de relatividad de los contratos

Cuando se ejercitan acciones contractuales, resulta necesario que exista y se acredite el vínculo negocial del que deriva la legitimación para su ejercicio, de modo que, tras la entrada en vigor de la LOE, no procede extender esta responsabilidad a personas no vinculadas contractualmente con el dañado, pues la norma citada ya atribuye legitimación a los propietarios para dirigirse frente a agentes de la edificación con quienes no han contratado. Es decir, como regla general, ya no resulta justificada ninguna excepción al principio de relatividad de los contratos, ex artículo 1.257 CC, como las que la jurisprudencia estableció al interpretar el artículo 1.591 CC.

2. La excepción del subadquirente respecto al promotor

Pese a lo anterior, entendemos debe reconocerse legitimación al subadquirente para dirigirse contractualmente contra el promotor. No para que ejercite acciones contra terceros con los que ni siquiera había contratado su transmitente, como sucedía en la aplicación jurisprudencial del artículo 1.591 CC, sino para dirigirse contra el promotor con el que sí ha contratado el primer adquirente. A tal efecto, bastaría rescatar la jurisprudencia precedente sobre la transmisión tácita de acciones entre cedente y cesionario, aunque adaptada a la entrada en vigor de la LOE, y, en consecuencia, acotando la cesión respecto de la contraparte contractual de aquél y no frente a todos los agentes constructivos.

3. La utilidad de esta excepción

El reconocimiento de esta legitimación comporta innegables ventajas en orden a no privar a los propietarios de las acciones contractuales frente al promotor, en cuanto pueden ser de gran utilidad dadas las limitaciones de la LOE. En otro caso, es decir, si en estos supuestos estas acciones quedaran limitadas al primer adquirente, se perderían gran parte de las ventajas que a los perjudicados brinda la admisión de la compatibilidad entre el régimen de la LOE y el de la responsabilidad contractual. Además, así se relevaría de *iure* de la necesidad de probar el vínculo contractual de cada propietario, cuando se ejerciten acciones contractuales por el presidente de un edificio en régimen de propiedad horizontal, lo cual en la praxis judicial se admite de *facto* y sin apelar a ninguna fundamentación dogmática. En estas situaciones, se evitaría el caos que se generaría si, en un edificio con múltiples propietarios, se interpone demanda por el presidente de la comunidad en ejercicio de acciones contractuales y sólo algunos de ellos fueron los que adquirieron directamente al promotor demandado. Llegado el caso, ¿qué sucedería?, ¿qué sólo podría actuar el presidente por los comuneros que contrataron con el promotor, es decir, que sólo se podría conseguir la reparación de la parte proporcional del edificio que les corresponde?

4. La relativa indemnidad del vendedor no profesional

Además, si se reconoce la legitimación del subadquirente para dirigirse contractualmente frente al promotor, parece razonable que éste no pueda reclamar contra su vendedor por vicios constructivos. En estos supuestos, entendemos que sólo podría demandar a su transmitente si éste conocía, o debía haber conocido, y no advirtió al comprador de la existencia de tales defectos o si éstos se han originado por el incumplimiento de sus obligaciones de conservación y mantenimiento del inmueble, de modo que, en otro caso, sólo podrá dirigirse contra los agentes de la edificación, aunque con la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias si su plazo de caducidad lo permite.

VIII. El defecto constructivo como concepto normativo y como anomalía técnico-constructiva

1. El defecto constructivo en la LOE y su carácter normativo

El artículo 17.1 LOE establece una triple clasificación de los defectos constructivos —estructurales, de habitabilidad y de acabado—, que se anuda al incumplimiento de algunos de los requisitos básicos de la edificación del artículo 3.1 y a la necesidad de que este incumplimiento se proyecte en la existencia de un daño material en el edificio. Por este motivo, la LOE no ampara cualquier vicio, sino sólo aquellos que respondan a las características expresadas. En este sentido, hemos de remarcar la tendencia que se observa en la jurisprudencia menor a admitir por esta vía, como defectos ex LOE, a muchos de los que bajo el régimen precedente se consideraban como “ruina funcional”. En cualquier caso, la LOE configura el concepto del defecto constructivo con un marcado carácter normativo, vinculado al incumplimiento de algunos de los requisitos básicos de la edificación, en cuanto originen un daño material en el propio edificio, aunque este concepto de daño se tiende a interpretar por la jurisprudencia con mayor amplitud.

2. El defecto constructivo en la responsabilidad contractual

El ámbito contractual abriga una noción más amplia de defecto constructivo, que comprende, además de los supuestos que generan responsabilidad ex LOE, otros que quedan extramuros de esta norma. En efecto, más allá de la triple categorización que nos brinda la LOE, acotada a tres tipologías y condicionada por la necesidad de que se produzcan daños materiales en el edificio, desde la óptica contractual este concepto se amplifica, en la medida en que podrán considerarse como defectos constructivos que generen responsabilidad *ex contractu*, no sólo los incumplimientos de todos los requisitos básicos de la edificación, sino también todos aquellos desajustes entre las características del edificio contratado y el efectivamente entregado. Y esta afirmación procede incluso aunque no se originen daños materiales en el edificio, siempre que representen otras anomalías o deficiencias que supongan la inobservancia de las características técnicas, cualitativas, morfológicas, de localización, espaciales o estéticas que se pactaron en el contrato.

3. Clasificación de los defectos constructivos en la responsabilidad contractual

Por consiguiente, podemos concluir que todos los defectos constructivos ex LOE constituirán un incumplimiento contractual, aunque no a la inversa, por lo que aquellos constituyen una subespecie de la responsabilidad *ex contractu*, que puede ser clasificada con arreglo a las siguientes tipologías:

1. Defectos constructivos que también generan responsabilidad ex LOE
2. Defectos constructivos que no generan responsabilidad ex LOE
 - a) Defectos constructivos que no ampara el artículo 17.1 LOE si no generan daños materiales
 - (i) Incumplimiento de normas técnicas
 - (ii) Defectos estéticos menos graves
 - b) Defectos constructivos que no ampara el artículo 17.1 LOE por su incompleta remisión al artículo 3.1 LOE
 - (i) Defectos ex artículo 3.1.a) LOE, relativos a la funcionalidad, sobre la posibilidad de utilización conforme a las funciones previstas en el edificio; la accesibilidad para personas de movilidad y comunicación reducida; el acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información; y acceso a los servicios postales.
 - (ii) Defectos ex artículo 3.1.b.2) y 3), sobre seguridad en caso de incendio y seguridad en la utilización del edificio, de forma que el uso normal del mismo no suponga riesgo de accidente para las personas
 - c) Desajustes entre el edificio contratado y el entregado que constituyan anomalías constructivas.
 - (i) Diferencias de calidades
 - (ii) Diferencias de cabida
 - (ii) Incumplimientos urbanísticos
 - (iv) Otros desajustes

IX. Las acciones generales de incumplimiento contractual como defensa frente los defectos en la edificación

1. Las acciones sobre cumplimiento de contrato

La existencia de defectos constructivos constituye *per se* un incumplimiento de contrato, que faculta para accionar con base en las normas generales que disciplinan la responsabilidad contractual, y para articular los remedios anudados al incumplimiento de las obligaciones, con arreglo a los artículos 1.101 y 1.124 CC, fundamentalmente. De este modo, es posible exigir el cumplimiento específico, por equivalencia y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios causados por su existencia. En nuestro Derecho, la reacción ante la prestación defectuosa parte de la manifiesta insuficiencia de los remedios edilicios en este ámbito, tanto por su breve

plazo semestral de caducidad, como por la imposibilidad de exigir el cumplimiento en forma específica, lo que determinó la superación de este régimen, el cual, en esta materia queda orillado a supuestos marginales. Esta insuficiencia dio lugar a la doctrina del *aliud pro alio*, que habilita la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad contractual en el ámbito de los defectos constructivos, hasta el punto de que, hoy en día, la apelación a estas disposiciones se realiza de forma directa, incluso sin invocar a aquella doctrina, sólo con la justificación que aporta la inobservancia de las condiciones del contrato, como disponen las SSTs de 27 de diciembre de 2013 o 27 de marzo de 2015.

2. La posibilidad de ejercicio de otras acciones y excepciones

No obstante, además de la acción para exigir el cumplimiento del contrato, el fenómeno de los defectos constructivos también habilita para promover su resolución en los supuestos de mayor gravedad, con base en la citada doctrina del *aliud pro alio* y en el artículo 1.124 CC; para ejercitar las acciones del seguro decenal o de otros que se concierten en este ámbito; las de nulidad por dolo o error, con base en el artículo 1.300 CC, cuando concurren los requisitos que presiden su ejercicio; las edilicias en la compraventa; o incluso para oponer las excepciones de contrato no cumplido —*exceptio non adimpleti contractus*— y de contrato no cumplido adecuadamente —*exceptio non rite adimpleti contractus*—, cuando los defectos constructivos sean de cierta entidad.

X. La convergencia de los criterios de imputación de responsabilidad con independencia del régimen jurídico aplicable

1. El sistema cuasi-objetivo de la LOE

El sistema de imputación de responsabilidad que instaura la LOE es de carácter cuasi-objetivo y supone una superación de la presunción de culpa profesional que la jurisprudencia aplicó en el ámbito del artículo 1.591 CC. Acreditado el daño se considera que el mismo se ha producido por causa imputable a los agentes constructivos, a los que sólo cabe invocar la ruptura del nexo causal por la concurrencia de caso fortuito, fuerza mayor, acto del perjudicado o de un tercero ex artículo 17.8 LOE. Además, el dañado sólo debe probar la producción del daño dentro del periodo de garantía, pero no el concreto defecto o vicio constructivo que lo causó, ni la acción u omisión que lo motiva, pues, en ausencia de tal prueba, la LOE dispone la solidaria subsidiaria ex artículo 17.3, *ab initio*, como corresponde a un sistema cuasi-objetivo.

2. Los artículos 8 a 15 de la LOE como criterios comunes de imputación de responsabilidad

Aunque a nivel dogmático existen diferencias entre el régimen de la LOE, de carácter cuasi-objetivo y el de la responsabilidad contractual, en principio de carácter subjetivo, en la praxis procesal esas diferencias no se traducen en consecuencias relevantes. En efecto, concurren varias circunstancias que en el marco contractual relajan el rigor probatorio —la crisis de la culpa como fundamento exclusivo de la responsabilidad; los nuevos criterios de imputación, como el de la esfera de control o el del riesgo asumido al contratar; la inversión de la carga de la prueba en este ámbito;

el principio de facilidad probatoria ex artículo 217.6 LOE; la elevación del nivel de diligencia; el régimen jurídico de las obligaciones de resultado; o la extensión de la responsabilidad por actos de auxiliares, subcontratistas y proveedores—, y que son producto de la evolución de un sistema de raíz subjetiva, hoy intensamente matizado por las tendencias objetivadoras predominantes en el ámbito extracontractual y contractual. De este modo, se produce una convergencia entre el régimen de la LOE y el de la responsabilidad contractual, en punto a estos criterios de imputación, que en ambos tiene como referencia medular imprescindible lo dispuesto en los artículos 8 a 15 LOE, en cuanto establecen las obligaciones, atribuciones y la esfera de actuación propia de cada agente constructivo, y facilitan la adscripción de los defectos en la edificación a sus respectivos ámbitos de competencia.

XI. La solidaridad también debe operar en la responsabilidad contractual por defectos constructivos en favor del consumidor

1. La analogía de facto

En las relaciones contractuales que se desenvuelven en el ámbito de la edificación, se reproducen las mismas situaciones fácticas que aquellas que han motivado en la LOE el establecimiento de determinados supuestos de responsabilidad solidaria. Esta circunstancia conduce a plantearnos si, en estos escenarios, procede una aplicación analógica de la LOE, o si, en cambio, procede una solución *contrario sensu*.

2. La responsabilidad en garantía del promotor

En el ámbito contractual, si bien no concurre la solidaridad en garantía del promotor ex artículo 17.3, *in fine*, LOE, sí existe una responsabilidad directa de éste con efecto equivalente, como plasmación de la responsabilidad contractual por hecho ajeno. Esta consecuencia tiene su fundamento en la adscripción de los demás agentes constructivos a la esfera de imputación del promotor, en cuanto que es éste quien los introduce en el programa de prestación al contratarlos para que intervengan en el proceso edificatorio.

3. La solidaridad por contratación conjunta

En este caso se parte de la existencia de un único contrato, concertado con varias personas integradas en una misma estirpe profesional. Este supuesto reproduce la misma situación que aquella en la que la LOE establece la solidaridad, cuando el proyecto se contrata conjuntamente con varios proyectistas ex artículo 17.5.1º o cuando se contrata la dirección de obra con varios técnicos ex artículo 17.7.3º. Para que opere esta solidaridad, es imprescindible que estos agentes de la edificación contraten en plano de igualdad frente al promotor y que el contrato se concierte de modo conjunto, sin asignación de partes o fases de la obra diferenciadas a cada uno de ellos. En estos casos parece posible una aplicación analógica de la LOE, en base al principio *ubi eadem ratio, idem ius*, en tanto que el fundamento de la solidaridad predicada en dicha norma reside precisamente en la forma en la que se produce la contratación y no en ninguna singularidad extracontractual. Así, el Alto Tribunal, en diversas resoluciones, como la STS de 17 diciembre de 2014, dispone esta solidaridad en caso de contratos celebrados conjuntamente con varias personas

sin asignación de partes, en cuanto suponen un encargo único de una prestación indivisible. Los argumentos anteriores cobran un peso especial cuando el dañado ostente la condición de consumidor, como sucede cuando el autopromotor contrata con los agentes de la edificación la construcción de su vivienda, y varios de ellos asumen conjuntamente la realización del proyecto o la dirección de obra, en virtud del principio general de protección del consumidor que rige en nuestro Derecho.

4. La solidaridad subsidiaria

En este supuesto se parte de la concurrencia de diferentes contratos con agentes de distintas estirpes profesionales. Mientras que en el caso analizado anteriormente la posible analogía se articula en referencia a lo dispuesto en el artículo 17.5.1º y 7.3º LOE, respecto de la contratación conjunta de varios agentes de la edificación, ahora la analogía se proyecta respecto a la solidaridad subsidiaria prevista en el artículo 17.3, *ab initio*, en los supuestos de causa ignota, en los que no es posible individualizar ni graduar las respectivas responsabilidades concurrentes. En este ámbito, a su vez, cabe diferenciar, principalmente, dos situaciones distintas:

a) La del autopromotor que se construye su propia vivienda y que, por tanto, goza de la condición de consumidor, que habrá concertado los correspondientes contratos con el constructor y los técnicos encargados de realizar el proyecto y dirigir la obra. En estas coordenadas, la analogía con el artículo 17.3, *ab initio*, LOE, también descansa en que este autopromotor-consumidor es el perjudicado final de los daños, en cuanto que destinatario final de la edificación, que, en principio, no debe responder ante nadie y que no puede ejercitar acciones de regreso, sino sólo directas contra todos los responsables de los defectos constructivos. Por esta razón, el principio de protección del consumidor que rige en nuestro ordenamiento, puede favorecer una aplicación por analogía del artículo 17.3, *ab initio*, LOE, cuando se ejercitan acciones contractuales. Así, bajo nuestro criterio, en este caso el diferente título de imputación no puede justificar una solución distinta en función de la acción ejercitada. Y tampoco puede excluirse esta analogía por la existencia de vínculos procedentes de diferentes contratos, como dispone la STS de 8 de octubre de 2010, que establece la solidaridad contractual entre deudores vinculados por contratos diversos.

b) La del promotor profesional que promueve la edificación con el fin de destinarla a su venta. Este promotor profesional, mientras sea propietario del edificio, podrá ejercitar las acciones de la LOE y disfrutar del régimen de solidaridad previsto en el artículo 17.3, *ab initio*, de esta norma. Sin embargo, cuando ya no lo sea, con base en la LOE sólo podrá ejercitar las acciones de repetición ex artículo 18.2. En contraste con lo anterior, en el ámbito contractual, el promotor puede ejercitar acciones directas o de regreso, al margen de que conserve, o no, la titularidad del inmueble. Pues bien, cuando en estos supuestos el promotor ejercite acciones de carácter contractual, es posible articular, en punto a la solidaridad y según nuestro criterio, algunas pautas hermenéuticas:

- Cuando el promotor profesional, que no tenga responsabilidad en los defectos constructivos y que aún sea propietario del edificio, ejercite acciones contractuales directas contra los distintos agentes de la edificación, cabría contemplar una analogía con la solidaridad que prescribe el artículo 17.3, *ab initio*.

- Cuando el promotor profesional entable esas mismas acciones contractuales ejercitando un derecho de repetición, la analogía procederá con las acciones de regreso del artículo 18.2 LOE, en cuyo caso no operaría el régimen solidario, sino la mancomunidad que rige en las relaciones internas entre codeudores solidarios ex artículo 1.145.2º CC, aunque existen algunos pronunciamientos en la jurisprudencia menor que también extrapolan la solidaridad ex LOE a este escenario, sin distinguir si la acción es directa o de repetición.

XII. Con la LOE debiera admitirse la legitimación directa del subcontratista

1. La situación en el régimen precedente

La jurisprudencia anterior a la LOE admitió en diversas ocasiones la responsabilidad directa del subcontratista, con base en los artículos 1.591 y 1902 CC, —en cuanto que en esta figura se delega la ejecución de una parte o de determinados aspectos de la obra, posee conocimientos especializados y actúa con autonomía y sin dependencia jerárquica—, si el mismo fue determinante para la producción del resultado dañoso. Más recientemente, ya bajo el régimen de la LOE, se admite con fuerza esta posibilidad en la jurisprudencia menor y en la doctrina, cuando resulte ser el responsable último del daño, como remedio adicional en favor del dañado.

2. La posición contraria del Tribunal Supremo y su alcance

Sin embargo, la jurisprudencia del Alto Tribunal se viene pronunciando en sentido contrario en resoluciones como las SSTs de 14 de marzo o 9 de octubre de 2018, que no admiten se pueda demandar directamente al subcontratista, al que niegan el carácter de agente de la edificación invocando el artículo 17.6.2º LOE, en cuanto dispone la responsabilidad legal directa por hecho ajeno del contratista. No obstante, estas sentencias, *a fortiori*, aducen para negar la legitimación pasiva del subcontratista, que en el caso enjuiciado éste se limitó “*a seguir las instrucciones de su contratista*”, que no tuvo responsabilidad en las decisiones que originaron los defectos constructivos o incluso que no se ejercitó la acción del artículo 1.902 CC, lo que permite albergar dudas sobre si se le hubiera reconocido aquella legitimación en caso de haber obrado con un grado de autonomía relevante, si hubiera sido el principal responsable o si se hubiera ejercitado una acción aquiliana. Por este motivo y en cierta medida, entendemos se trata de una cuestión que no está definitivamente resuelta jurisprudencialmente y respecto de la que abogamos por admitir la legitimación directa del subcontratista, cuando opere con autonomía y sea el causante final del daño. Esta conclusión no empece la responsabilidad por hecho ajeno del constructor, sino que brinda una posibilidad adicional de actuación al titular del edificio dañado.

XIII. La llamada en garantía de la DA 7ª LOE debe limitarse en base a una interpretación literal de esta norma

1. La llamada en garantía devalúa la protección del dañado

Esta figura tiende a favorecer el enjuiciamiento unitario de todos los responsables, con la finalidad de evitar ulteriores acciones de repetición. No obstante, en la praxis esta llamada en garantía ralentiza y complica el procedimiento en perjuicio del propietario perjudicado, en cuanto produce el efecto de mitigar la exclusión del

litisconsorcio pasivo necesario que rige en la responsabilidad solidaria, diversificando el centro de gravedad del proceso. Por este motivo, defendemos una aplicación restrictiva de la DA 7ª, en base a una interpretación literal de esta norma en relación con la finalidad que persigue la LOE, a fin de no degradar la protección del dañado.

2. Delimitación de su ámbito en base a su interpretación literal

Con arreglo a una interpretación literal de esta norma, entendemos no procede invocar la DA 7ª de modo retroactivo, respecto de construcciones cuya licencia se solicitó antes de la entrada en vigor de la LOE, por cuanto que, en este caso, las acciones ejercitadas no están “*previstas en la presente Ley*”, como exige el precepto que analizamos, ni existe ninguna disposición que así lo autorice, como precisan las SSTs de 22 de julio de 2009 y 28 de junio de 2012, pues el artículo 1.591 CC no prevé esta posibilidad; ni cuando se ejerciten acciones contractuales, por las mismas razones indicadas, como dispone la STS de 19 de enero de 2015, pues tampoco aquellas están previstas en la LOE.

3. Alcance subjetivo respecto a los llamados

Consideramos que pueden ser llamados los agentes constructivos, según el criterio amplio del artículo 8 LOE —personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación—, y no según el más restrictivo de considerar como tales sólo a los que se mencionan en el artículo 17 LOE. Pero sólo respecto de aquellos se puede invocar la DA 7ª LOE, por lo que no cabría llamar a los aseguradores, ni siquiera a los del artículo 19; ni a otros intervinientes en el proceso edificatorio que no ostenten la condición de agentes de la edificación, como los Organismos de Control Técnico (OCT); ni a quienes originen la responsabilidad vicaria de los agentes constructivos según la LOE; y sin que el llamado pueda, a su vez, reproducir la invocación de esta norma.

XIV. La legitimación pasiva de las acciones de repetición alcanza al agente constructivo no demandado y al absuelto en el proceso previo, incluso por vía contractual

1. La repetición contra el agente no demandado

La acción de repetición prevista en la LOE es posible dirigirla contra el agente no demandado en el proceso previo, pues la LOE no lo impide, de forma que no será posible reducir el círculo de destinatarios del regreso sólo en relación a aquellos que hayan sido solidariamente condenados en sentencia junto al *solvens*. En este sentido, el doble *dies a quo* que para el cómputo del plazo prescriptivo recoge el artículo 18.2 LOE, en cuanto se refiere al día de firmeza de la resolución judicial de condena o al de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial, comporta reconocer la vigencia de esta acción de regreso, incluso aunque no nos encontremos frente a una responsabilidad solidaria reconocida en sentencia. Las mismas conclusiones pueden extraerse de la DA 7ª, si se considera, como entendemos procede, que la llamada al proceso de los demás agentes de la edificación es facultativa para el agente demandado y que no constituye un presupuesto indispensable para el ejercicio de una ulterior acción de repetición.

2. La repetición contra el agente absuelto en el proceso previo

Del mismo modo, consideramos que la acción de repetición podrá dirigirse contra aquellos demandados absueltos en el proceso previo, bien sea por prescripción, por la ineficacia frente a ellos de las acciones ejercitadas o por otro motivo distinto que no esté basado en el hecho de haberse acreditado su no intervención en la causa de los defectos constructivos. En efecto, la acción de regreso no debe verse limitada por la sentencia dictada en el primer proceso, si la misma no establece la no intervención del demandado en la causa de los defectos constructivos. A este respecto, el Tribunal Supremo tiene declarado que, en determinados supuestos, los efectos de aquel procedimiento se proyectan sobre el segundo, cuando la primera sentencia exime a alguno o algunos de los agentes de la edificación de responsabilidad declarando que no tuvieron participación en los hechos. No obstante, esta vinculación no se dará cuando el objeto del segundo proceso sea diferente y en él se deba abordar una responsabilidad material que no pudo ventilarse en el primero, bien sea por la estimación de la excepción de prescripción de una acción distinta de la que ahora se ejercite o por otra causa similar que la deje imprejuzgada.

3. La repetición con base contractual

En aquellos casos en los que exista un contrato entre el *solvens* que afronta el pago de los daños y el causante de los defectos constructivos, la acción de repetición ex LOE coexistirá con las acciones generales para exigir responsabilidad contractual en vía de regreso, las cuales se podrán articular con arreglo a su propio régimen jurídico. Estos supuestos podrán darse en situaciones en las que exista un vínculo solidario, pero también en aquellas en las que se responda por hecho ajeno. La compatibilidad entre las acciones de ambos regímenes, que ha sido declarada expresamente por el Tribunal Supremo, también alcanza a las acciones de regreso, como establecen las SSTS de 8 de enero de 2015 o 18 de febrero de 2016, las cuales también podrán ejercitarse en los supuestos que abordamos.

XV. Es posible discutir en el proceso de repetición la distribución de la responsabilidad fijada en la sentencia previa

En el ejercicio de una acción de repetición, es posible cuestionar en el segundo proceso las cuotas de responsabilidad establecidas en el primero, incluso para exonerar a alguno de los condenados en este procedimiento. Así, en la actualidad se puede considerar superada la STS de 13 de marzo de 2007, que impedía la modificación de estas cuotas y que limitaba el objeto del regreso al reintegro de las cantidades determinadas en la sentencia previa. En este punto, el Tribunal Supremo ha cambiado su doctrina mediante la STS de 7 marzo de 2013, que, en un caso de solidaridad impropia por unos daños al honor, afirma la posibilidad de discutir en un segundo proceso el alcance de la responsabilidad en la relación interna. Este pronunciamiento ha sido confirmado por la STS de 28 de noviembre de 2016, en un supuesto de solidaridad impropia bajo el ámbito del artículo 1.591 CC, que admite la redistribución del contenido de la obligación entre todos los sujetos involucrados, e incluso la exoneración del *solvens* que no tuvo participación en la causa de los defectos constructivos. En la misma línea se pronuncia la STS de 2 de febrero de 2018, aunque en el caso más claro de una solidaridad en garantía del promotor, que

permite el derecho de repetición ex artículo 18.2 LOE de su asegurador, para reclamar la totalidad del coste de unos defectos exclusivamente imputables al arquitecto.

XVI. La repetición debe ser coherente con el fundamento de la condena

1. En principio la repetición ex LOE sólo procede cuando la condena se base en esta norma

Cuando el promotor u otro agente de la edificación demanden a otros agentes constructivos en base a las relaciones contractuales que los vinculen y éstos resulten condenados, en principio no será posible articular una repetición basada en la LOE, pues entendemos que sólo lo sería si la condena se hubiera sustentado en la ley especial. En este escenario sólo cabría ejercitar una acción de regreso por vía contractual contra quienes mantengan vínculos de esta índole con el *solvens*. Es decir, no procede admitir ninguna excepción adicional al principio de relatividad de los contratos ex artículo 1.257 CC.

2. Otras vías para la repetición

En estos casos, si entre los condenados solidariamente no existen vínculos contractuales, se plantea la cuestión de determinar la vía a través de la cual sería posible instrumentar este derecho de repetición. Al respecto, consideramos que, en estos supuestos, sería de aplicación directamente el artículo 1.145.2º CC, en cuanto norma general de repetición entre los codeudores solidarios, lo que comportaría que, al no ser de aplicación la LOE, el plazo de prescripción de esta acción fuera el general del artículo 1.964 CC. Es decir, cuando no resulte de aplicación la LOE, el régimen del regreso entre los agentes condenados solidariamente podrá ser el derivado del artículo 1.145.2º CC. Sin embargo, si la condena en base a una acción contractual se produce sólo respecto de un agente de la edificación, éste no podrá instrumentar la repetición con arreglo a la LOE –al no haber sido condenado con base en esta norma– por lo que, si carece de vínculos contractuales con los responsables, sólo podrá regresar por la vía del artículo 1.902 CC con sujeción al régimen de la tutela aquiliana, si así procede. No obstante, si la condena de un solo agente de la edificación en base a una acción contractual tiene un expreso fundamento solidario en la sentencia, o, si pese al silencio de la resolución en este punto, el condenado acredita la existencia de una responsabilidad solidaria similar o equivalente a la que establece el artículo 17.3, *ab initio*, LOE, del mismo modo que hemos admitido –en determinados casos– la aplicación de la ley especial por analogía para establecer responsabilidades solidarias en el ámbito contractual, entendemos que, en ese escenario, también cabría articular una repetición ex LOE con la misma justificación técnica o, en una última instancia, apelar a la norma general del artículo 1.145.2º CC.

XVII. La responsabilidad contractual como remedio integral frente a toda clase de daños

1. Clasificación de los daños reclamables en la responsabilidad contractual

La LOE tiene como objeto exclusivo la reclamación de los daños materiales en el propio edificio. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad contractual es

posible reclamar adicionalmente por otros daños distintos de los anteriores. Así, los daños reclamables contractualmente pueden clasificarse del siguiente modo:

A) Daños materiales amparados por la LOE

B) Daños no amparados por la LOE

1. Materiales en el propio edificio excluidos de la LOE

a) En construcciones excluidas de la LOE

b) En obras o intervenciones excluidas de la LOE

c) Derivados de defectos no amparados por la LOE

2. Distintos de los materiales en el propio edificio

a) Corporales

b) Morales

c) En inmuebles colindantes

d) Lucro cesante

e) En bienes muebles

f) Indirectos (gastos de traslado, mudanzas, alojamiento temporal, obras provisionales, etc.)

2. La libre opción del dañado en cuanto a la modalidad de reparación

Frente a la tendencia tradicional en nuestro derecho a otorgar un carácter preferente al cumplimiento en forma específica, se ha producido una evolución jurisprudencial, que se consolida principal y abiertamente con la STS de 10 de octubre de 2012, que habilita al dañado para optar entre la reparación *in natura* o por el cumplimiento por equivalencia mediante el pago de la *aestimatio rei*.

XVIII. Sólo el dañado que no pueda deducir el IVA debe tener derecho a la reclamación de su importe

1. La interdicción del enriquecimiento injusto

Cuando se reclame el cumplimiento por equivalencia en base a un presupuesto de reparación de daños o el importe de unas facturas correspondientes a una reparación ya ejecutada, el IVA consignado en estos documentos sólo debe integrar el *quantum* de la reclamación si el dañado no es un empresario o profesional, o si, de serlo, no tiene derecho a la deducción del IVA soportado. En otro caso se producirá un claro enriquecimiento injusto, pues el perjudicado cobrará el IVA del responsable y, además, lo recuperará de la Hacienda Pública por los procedimientos de deducción, compensación o devolución, según proceda. Esta conclusión, que se desprende de las SSTs de 26 de junio y 21 octubre de 2014, es la que consideramos acertada en esta cuestión.

2. Las vacilaciones de la jurisprudencia

Sin embargo, es cierto que, en sentencias anteriores, el Alto Tribunal no ha mantenido una postura tan clara en este punto y que, en la jurisprudencia menor, se

dictan algunas resoluciones en las que se reconoce el derecho a reclamar el IVA respecto de personas que tienen derecho a su deducción. A tal efecto, se argumenta que esta cuestión tiene carácter tributario y que debe discutirse en otro foro, que no se ha acreditado el derecho a la deducción o que ésta constituye un hecho eventual.

3. *Su resolución como cuestión prejudicial*

Sin embargo, bajo nuestro criterio, la cuestión de si el dañado tiene, o no, derecho a deducir el IVA soportado es un aspecto más del objeto del procedimiento, que debe ser materia de prueba y, en su caso, resuelta en sentencia con efectos prejudiciales, según autoriza el artículo 42 LEC, al margen de que la determinación del régimen tributario de un contribuyente sea competencia de los Tribunales Económico-Administrativos y, ulteriormente, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De este modo, si tras la prueba practicada se acredita que el actor tiene derecho a deducir el IVA soportado, su importe no debe integrar el *quantum* de la condena.

XIX. En línea de principio los daños constructivos no son continuados

1. *Los defectos constructivos como defectos ab origine*

La doctrina de los daños continuados debe ser trasladada con cautela a la responsabilidad por defectos constructivos, en cuanto que sólo podrá aplicarse cuando se trate de un daño de los que continuamente se están operando y produciendo. Así, en la mayor parte de los casos, esta doctrina no regirá respecto a los vicios de la edificación, que se producen *ab origine* en el proceso edificatorio, aunque sus efectos sean de manifestación diferida. Por esta razón, como regla, el *tempus praescriptionis* no puede computarse desde su verificación total, ya que estos daños están sujetos casi siempre a una progresiva agravación, por lo que deben calificarse más bien como duraderos o permanentes.

2. *La posición del Tribunal Supremo*

Las SSTS de 13 de marzo de 2007 o 31 de octubre de 2014 no admiten el carácter de daños continuados respecto a los defectos constructivos que analizan. Esta última no lo admite respecto a unas humedades, aduciendo que sus causas y origen resultaban claras desde un principio y tampoco respecto a la caída de unas placas de fachada, porque este defecto ya se había manifestado anteriormente. No obstante, cabe resaltar que, la dificultad de *facto* que entraña la distinción entre ambos tipos de daños, lleva a veces al Tribunal Supremo a reconocer la naturaleza continuada de algunos daños constructivos como las humedades. Así lo dispone la STS de 25 de enero de 2017, aunque en una reclamación de carácter extracontractual contra la comunidad de propietarios, considerando que, en este supuesto, el cómputo prescriptivo no se inicia hasta la producción del definitivo resultado dañoso, siempre que no sea posible fraccionar en diferentes etapas o hechos diferenciados la serie proseguida.

3. Los daños continuados en la jurisprudencia menor

En el mismo sentido, no se puede soslayar que, en determinados supuestos, los defectos constructivos pueden aflorar como daños continuados y que, adicionalmente, en la jurisprudencia menor reina cierta confusión a este respecto, pues se catalogan algunos de ellos como continuados o duraderos, pese a revestir la misma naturaleza, de modo indistinto. Según nuestro criterio, en la mayoría de las ocasiones, en esta calificación late el propósito de articular un mecanismo para salvar el problema del reducido plazo de prescripción de la LOE. En cualquier caso, en línea de principio, los defectos constructivos, en cuanto que vicios *ab initio*, deben adscribirse a la categoría de daños permanentes o duraderos.

XX. El *dies a quo* de la acción directa ex artículo 17.1 LOE en la que subroga el asegurador es el del pago al asegurado

1. El artículo 43 LCS y el problema de su *dies a quo*

En el caso de los seguros de daños materiales del artículo 19 LOE u otros seguros de este tipo, el asegurador, una vez abonada la indemnización, se subrogará, con base en el artículo 43 LCS, en la acción directa del artículo 17.1 LOE. En esta tesitura, se plantea el problema de delimitar cuál sea el *dies a quo* de esta acción, pues si este hito temporal se fija en el momento del pago al propietario perjudicado, su prescripción operará con independencia respecto del plazo de prescripción que correspondía al dañado-asegurado. En otro caso, si, como se mantiene por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en el marco general del artículo 43 LCS, el plazo se inicia el mismo día que correspondía a la acción del asegurado, prescrita la acción directa también lo estará la acción subrogatoria. Esta cuestión, de indudable interés práctico, en el concreto ámbito de la LOE exige analizar el alcance de la mención que el artículo 18.2 de esta norma efectúa respecto de los “aseguradores”, cuando establece el *dies a quo* de la acción de repetición en el momento del pago. Así, dada la concurrencia de una pluralidad de seguros en el ámbito de la edificación —voluntarios y obligatorios, de daños materiales, de caución y de responsabilidad civil, entre otros—, es necesario determinar si esta mención concierne a todos ellos.

2. El alcance de la mención a los aseguradores del artículo 18.2 LOE

Según nuestro criterio, la alusión a los aseguradores que efectúa el artículo 18.2 LOE, debe venir también referida a los que contraten los seguros de daños materiales y de caución previstos en el artículo 19. Es decir, si la LOE contiene una regulación específica de estos seguros en este último precepto, parece una consecuencia lógica entender que la mención del artículo 18.2 también les concierne. Una respuesta positiva a esta cuestión podría basarse en el conocido aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, para referirla a todos ellos. También podría configurarse una respuesta positiva por analogía con la regulación de la acción de repetición del artículo 10.b) LRCSCVM, según el cual esta acción, que tiene naturaleza subrogatoria, cuenta con un plazo de prescripción y un *dies a quo* distintos de los que derivarían de la estricta aplicación del artículo 43 LCS. La posición que defendemos tiene como corolario la autonomía del plazo de prescripción de la acción directa, en la que se subroga el asegurador decenal, respecto del que correspondía al dañado-asegurado, en lógico beneficio de aquél y en perjuicio del causante del

daño. La vigencia de este especial *dies a quo*, determinado por el día del pago al asegurado, se prestará a mayores dudas cuando la acción en la que se subroga el asegurador no dimanara de la LOE, como sucederá en el caso de subrogación en las acciones contractuales del asegurado, en cuyo caso, en principio, no resulta aplicable el artículo 18.2.

XXI. El artículo 1.974.1º CC se debe aplicar a todos los supuestos de solidaridad inicial

Tras la consolidación de la doctrina que resulta de la STS de 16 de enero de 2015, los efectos interruptivos de la prescripción respecto de todos los deudores solidarios deben operar siempre que estemos ante una solidaridad previa a la sentencia, aunque el carácter solidario no esté establecido *ex voluntate* o *ex lege*. De este modo, en aquellos supuestos de solidaridad impropia *ab initio*, como sucede en la responsabilidad legal por hecho ajeno o en el caso de la acción directa del artículo 76 LCS, el acto interruptivo frente al causante del daño debiera producir la interrupción de la prescripción frente al responsable legal o frente al asegurador, aunque no a la inversa, porque aquél no está gravado con ninguna obligación respecto de éstos.

XXII. El plazo de prescripción de la acción de repetición opera con autonomía respecto al plazo de la acción directa

1. La cuestión tras la STS de 16 de enero de 2015

En los casos en los que un propietario interrumpa la prescripción de las acciones directas del artículo 17.1 LOE, sólo frente a unos agentes de la edificación y no frente a otros, de forma que unas prescriban y otras no, cabe plantearse cómo afecta esta circunstancia a las acciones de repetición previstas en el artículo 18.2 LOE. Lo anterior en aquellos supuestos de solidaridad subsidiaria ex artículo 17.3, *ab initio*, en los que, según la STS de 16 de enero de 2015, la interrupción de la prescripción frente al promotor o frente a cualquier otro agente constructivo no tiene efectos frente a los demás, en virtud de la aplicación selectiva del artículo 1.974.1º CC. La cuestión planteada estriba en determinar si, en estos casos, las acciones de repetición del artículo 18.2 LOE funcionan con autonomía respecto de las directas de los propietarios frente a los agentes de la edificación, de forma que el agente inicialmente exonerado de responsabilidad pueda verse ulteriormente comprometido en vía de regreso.

2. La autonomía de la acción de repetición en la LOE

A nuestro juicio, la cuestión planteada debe resolverse en favor de la plena autonomía del plazo de prescripción de las acciones de repetición ex artículo 18.2 LOE, respecto del que corresponde a las directas ex artículo 17.1. Concurren diferentes argumentos que nos inclinan en favor de esta posición, entre los que destacamos el hecho de que el nacimiento de la acción de regreso no se subordina, en ningún caso, a que no se encuentre prescrita la directa frente al agente contra el que se repita; y el que, en el marco de las obligaciones solidarias, el artículo 1.146 CC veda la posibilidad de que un acreedor pueda liberar a un codeudor en la relación interna en perjuicio de los demás, lo cual debiera impedir que se pueda alcanzar el mismo resultado si el dañado no interrumpe la prescripción, siquiera sea por negligencia. En esta línea se pronuncian algunas normas de *soft law*, como el artículo

III.4:111 DCFR, el cual dispone que la prescripción del derecho del acreedor frente a un deudor solidario no afecta la responsabilidad de los demás, ni al derecho de recurso entre deudores solidarios previsto en el artículo III.4:107 DCFR.

3. *Su efecto como remedio corrector*

En los términos abordados, entendemos será posible el ejercicio de acciones de repetición tanto frente al agente constructivo no demandado, como frente al que haya sido absuelto por prescripción. De este modo, la independencia del *tempus praescriptionis* de las acciones directa y de regreso, constituye para *solvens* un remedio corrector con fundamento último en la equidad, que le posibilita repetir contra los agentes inicialmente beneficiados por la no aplicación del artículo 1.974.1º CC, según la doctrina fijada por la STS de 16 de enero de 2015.

4. *La autonomía de la repetición contractual*

La autonomía del plazo de prescripción de la acción de repetición concurre igualmente, incluso con mayor fundamento, cuando este regreso se articule por vía contractual por existir vínculos de esta índole entre las partes.

XXIII. La yuxtaposición de la responsabilidad ex LOE y la contractual como mayor garantía de indemnidad

1. *La sinergia pro damnato*

Las diferencias entre el régimen de la LOE y el de la responsabilidad contractual se muestran insalvables en punto a los aspectos temporales —plazos de garantía y prescripción, más restrictivos en la ley especial—; la legitimación pasiva —dominada por el principio de relatividad en los contratos en el ámbito contractual—; y los daños reclamables —más reducidos en la LOE—. Sin embargo, en cuanto a las demás notas que singularizan a cada tipo de responsabilidad, la praxis demuestra una creciente convergencia por una suerte de inercia procesal, que se traduce en la inexistencia de discrepancias significativas entre ambos regímenes. De este modo, en los demás aspectos predomina una sinergia *pro damnato*, hasta el extremo de que, en cuanto al nexo de causalidad, criterios de imputación, solidaridad o responsabilidad por hecho ajeno, las diferencias se minimizan.

2. *La acumulación de acciones como principal solución de indemnidad*

El renovado protagonismo que ha recobrado la responsabilidad contractual, incluso tras la reducción del plazo general de prescripción de quince a cinco años, la convierte en gran medida en la heredera del régimen de máximas garantías que, para los propietarios de los edificios y en particular para los consumidores, supuso la aplicación del artículo 1.591 CC. En la raíz de estas consideraciones se encuentra la afirmada compatibilidad entre ambos tipos de acciones, ex LOE y contractuales, que es el factor que realmente ha dinamitado la dimensión temporal de la responsabilidad más allá de los confines de la ley especial. En cualquier caso, la opción más recomendable para el dañado es ejercitar ambos tipos de acciones de forma acumulada, con el fin de reclamar por todos los daños padecidos sin los límites temporales que impone la LOE. Además, esta acumulación evitará el posible efecto

preclusivo de la cosa juzgada virtual del artículo 400 LEC e incluso las limitaciones que el principio de congruencia, ex artículo 218.1 LEC, impone actualmente respecto de la doctrina del *iura novit curia* en este ámbito.

3. El principio de relatividad de los contratos como ángulo muerto o vacío de protección

Del modo indicado, el ejercicio acumulado de las acciones de la LOE y las de carácter contractual, restaura en gran medida el nivel de tutela que al titular del edificio dispensaba el régimen del artículo 1.591 CC. No obstante, aun así, queda un ángulo muerto a modo vacío de protección, en tanto que frente a los agentes constructivos con los que el dañado no mantenga vínculos contractuales, la responsabilidad quedará limitada a los plazos que dispone la ley especial y a los daños materiales en el edificio. En consecuencia, respecto a estos agentes, sí se acota el desmesurado margen de responsabilidad que les atribuía el régimen precedente, por lo que, más allá de los plazos que fija la LOE, sólo podrían verse afectados por una eventual acción de repetición. En cualquier caso, en estos supuestos, el dañado, si así procede, habrá de apelar a las normas específicas sobre protección de los consumidores en este ámbito, y, sobre todo, a la responsabilidad extracontractual como última solución de indemnidad, aunque dentro de los límites propios de cada régimen jurídico, según abordamos a continuación.

XXIV. La responsabilidad aquiliana y las normas específicas sobre consumidores y su utilidad complementaria

1. Su carácter complementario

Es posible que, en ocasiones, se den situaciones en las que la responsabilidad ex LOE y la de carácter contractual revelen su insuficiencia para lograr la indemnidad del dañado. Así, en un escenario en el que hayan prescrito las acciones ex LOE y ante la insolvencia de los agentes con los que aquél mantenga un vínculo contractual, habrá que valorar la posibilidad de apelar a la tutela aquiliana o a las normas que regulan la responsabilidad por bienes o servicios defectuosos, ex artículos 135 y 149 TRLCU, como último remedio frente a los defectos constructivos, aunque con sujeción a las notas distintivas que disciplinan el ámbito de protección de cada uno de estos regímenes jurídicos.

2. Las normas específicas sobre consumidores

Las normas sobre responsabilidad de productos defectuosos —artículos 135 a 146 TRLCU— brindan una protección frente a sujetos que no coinciden exactamente con aquellos a los que alude el artículo 15 LOE como “los suministradores de productos”; con un ámbito objetivo que solo se proyecta sobre los bienes destinados al uso o consumo privado; que no comprende el daño en el propio producto defectuoso, aunque sí en el resto del inmueble; y que, además, está sujeta a un régimen prescriptivo distinto con un plazo trianual. Por su parte, el artículo 149 TRLCU sólo dispensa protección a la vivienda frente a quienes las construyan o comercialicen; con relación a los daños que no estén cubiertos por la LOE; y con arreglo a un plazo de prescripción que se presta a serias dudas, aunque nos decantamos por el general del artículo 1.964 CC. De este modo, ambos regímenes ofrecen alternativas a considerar para lograr la eficaz reclamación de los daños sufridos, aunque su ámbito

de protección sólo afecte a los consumidores —bienes destinados al uso o consumo privado o la vivienda—, con las limitaciones objetivas indicadas y con las adicionales de no abarcar ni el lucro cesante ni los daños morales.

3. *La tutela aquiliana*

En sentido similar, la responsabilidad extracontractual ex artículo 1902 CC, cuya compatibilidad con la LOE está fuera de toda duda, en última instancia puede brindar una protección integral frente a los defectos constructivos, como cláusula de cierre con base en el principio *neminem laedere*, en aquellos supuestos en los que los regímenes anteriores resulten insuficientes, a modo de postrera solución de indemnidad para el dañado, aunque con la limitación que impone su plazo de prescripción anual y con las demás singularidades que integran su régimen jurídico.

XXV. El artículo 1.591 CC y su eficacia meramente contractual

1. *La sujeción al principio de relatividad de los contratos*

Como indica la mejor doctrina, el artículo 1.591 CC puede considerarse vigente, aunque desvinculado del acervo jurisprudencial que la Sala Primera del Tribunal Supremo generó en su entorno, de modo que sus efectos deben quedar acotados a su ámbito originario en sede de contrato de obra, en el marco del principio de relatividad de los contratos y sin que proceda mantener las excepciones al artículo 1.257 CC que regían antes de la entrada en vigor de la LOE

2. *Algunas sentencias que afirman su compatibilidad con la LOE*

En los últimos años, en la jurisprudencia menor se han dictado algunas sentencias que no sólo afirman una vigencia residual del artículo 1.591 CC —respecto de daños o construcciones no amparadas por la LOE—, sino que sostienen su compatibilidad con esta norma respecto de los daños producidos en el periodo comprendido entre los cuatro y los diez años posteriores a la recepción del edificio. En estas resoluciones se concibe la LOE como una ley de mínimos y en ellas se atisba el noble propósito de proteger al consumidor de vivienda, de mantener el nivel de garantías que le ofrecía el artículo 1.591 CC y que la LOE mermó. No obstante, entendemos que esta posición es abiertamente contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo —por todas *vid.* STS de 27 de diciembre de 2013—, que no habría tenido que pronunciarse sobre la compatibilidad de la LOE con las acciones contractuales, si la hubiera aceptado respecto al artículo 1.591 CC. Pese a lo anterior, la STS de 14 de noviembre de 2018 insufla nuevos bríos al artículo 1.591 CC, pues viene a confirmar la SAP de las Palmas de Gran Canaria de 3 de febrero de 2016, que considera compatible el artículo 1.591 CC con la LOE y admite se pueda invocar aquel precepto para dirigirse contra los agentes de la edificación no vinculados contractualmente con el dañado durante el periodo de garantía decenal, en las obras que se rijan por la nueva ley, para reclamar por vicios constitutivos de ruina funcional. De este modo, el Alto Tribunal dispone que “*se estima aplicable el artículo 1.591 del Código Civil y se impone la responsabilidad decenal a la constructora recurrente...*”. No obstante, este, en cierto modo, sorprendente pronunciamiento se ve matizado por dos afirmaciones que se contienen en la propia sentencia, en cuanto el Tribunal Supremo afirma que el recurso de casación no puede prosperar porque no se invoca

la inaplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación; y que “no se sostiene” que la sentencia de segunda instancia resuelva el litigio con base en el artículo 1.591 CC. En cualquier caso y pese a estas dos importantes matizaciones, entendemos que la resolución que comentamos introduce confusión en el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil por defectos constructivos y peca de un excesivo rigorismo formal, pues, pese a que la técnica casacional exija la cita expresa de los preceptos que sirven de base al recurso –y aunque éste no se fundamente literalmente en la inaplicación de la LOE–, la invocación de la infracción de los artículos 1.257 CC, sobre el principio de relatividad de los contratos y del artículo 1.591 CC, debían haber sido suficientes para casar una sentencia que realiza una aplicación de esta norma excesiva y contraria al régimen de la LOE. Por este motivo, consideramos que el rigor formal debía haber cedido en beneficio de la seguridad jurídica, si, como se desprende de otras resoluciones y de esta misma, el Tribunal Supremo considera que LOE ha sustituido al artículo 1.591 CC y que ambas normas no son compatibles. Parece, pues, que hacer justicia material en el caso objeto de autos y no desamparar a los propietarios, han sido argumentos de mayor peso que mantener incólume la doctrina del Alto Tribunal sobre la LOE en su relación con aquel precepto, con la justificación que proporciona un recurso escasa o defectuosamente fundamentado según el criterio de esta resolución.

3. *El artículo 1.591 CC es incompatible con la LOE*

Bajo nuestro criterio no procede afirmar esta compatibilidad y se ha de aceptar que la LOE, como reitera el Tribunal Supremo en anteriores resoluciones, ha venido a sustituir el régimen del artículo 1.591 CC con los efectos que ello comporta. Y tales efectos, pese al ejercicio conjunto y acumulado de las acciones de la LOE y las de carácter contractual, suponen que, frente a los agentes constructivos con los que el dañado no mantenga vínculos contractuales, la responsabilidad quedará limitada a los plazos que dispone la ley especial y a los daños materiales en el edificio. En este sentido, entendemos que tan desacertado hubiera sido no admitir la compatibilidad de la responsabilidad contractual con el régimen de la LOE, como el afirmarla ahora entre esta ley y el artículo 1.591 CC. Así, la admisión de las acciones contractuales es la que instaura equilibrio en el sistema como vía para superar las principales limitaciones de la LOE, pero sin que proceda ir más allá. De este modo, cuando el dañado no pueda conseguir su pleno resarcimiento a través de los regímenes analizados, la solución no podrá venir de la mano de soslayar el alcance de la nueva norma y restaurar el régimen del artículo 1.591 CC, sino que, en última instancia y cuando proceda, sólo cabrá apelar a la tutela extracontractual como ocurre en otros muchos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico.

JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

-STC de 3 de noviembre de 2014 (Sala Primera), núm. 178/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara (RTC 2014\178).

-STC de 14 de julio de 1988, núm. 148/1988. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas (RTC 1988\148).

II. TRIBUNAL SUPREMO

A) Sala Primera de lo Civil

-STS de 6 de mayo de 1911. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón del Río.

-STS de 6 de diciembre de 1912. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Bermejo y Ceballos-Escalera.

-STS de 29 de septiembre de 1956. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón (RJ 1956\3167).

-STS de 5 de mayo de 1961. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel de Vicente-Tutor y Guelbenzu (RJ 1961\2310)

-STS de 8 de abril de 1965. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca (RJ 1965\2150)

-STS de 11 de octubre de 1974. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Giménez Fernández (RJ 1974\3798)

STS de 17 de octubre de 1974. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca (RJ 1974\3896).

-STS de 14 de junio de 1980. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1980\3299).

-STS de 20 de febrero de 1981. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui. (RJ 1981\1007).

-STS de 2 de marzo de 1981. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz (RJ 1981\879).

-STS de 26 de marzo de 1981. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García (RJ 1981\1076).

-STS de 2 de noviembre de 1981. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui. (RJ 1981\4412).

-STS de 10 de noviembre de 1981. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García (RJ 1981\4471).

-STS de 15 de diciembre de 1981. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1981\5157).

-STS de 17 de febrero de 1982. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas. (RJ 1982\743).

-STS de 23 de marzo de 1982. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García (RJ 1982\1500).

-STS de 21 de mayo de 1982. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1982\2588).

-STS de 26 de mayo de 1982. Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López (RJ 1982\2601).

-STS de 1 de junio de 1982. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1982\3401).

-STS de 19 de junio de 1982. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui. (RJ 1982\3433).

- STS de 20 de octubre de 1982. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz (RJ 1982\5565).
- STS de 11 de noviembre de 1982. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1982\6538).
- STS de 22 de noviembre de 1982. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López (RJ 1982\6553).
- STS de 7 de abril de 1983. Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1983\2104).
- STS de 7 de octubre de 1983. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1983\5314).
- STS de 2 de noviembre de 1983. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López (RJ 1983\5953).
- STS de 3 de noviembre de 1983. Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López (RJ 1983\5953).
- STS de 27 de diciembre de 1983. Ponente: Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López (RJ 1983\7006).
- STS de 20 de febrero de 1984. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1984\693).
- STS de 22 de marzo de 1984. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García (RJ 1984\1316).
- STS de 9 de mayo de 1984. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984\2403).
- STS de 13 de junio de 1984. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1984\3236).
- STS de 26 junio de 1984. Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1984\3265).
- STS 24 de septiembre de 1984. Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984\4303).
- STS de 26 de noviembre de 1984. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1984 \5659).
- STS de 10 de diciembre de 1984. Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1986\1147).
- STS de 13 de mayo de 1985. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1985\2388).
- STS de 23 noviembre de 1985. Ponente: Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López (RJ 1985\5634).
- STS de 3 de febrero de 1986. Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1986\409).
- STS de 17 de febrero de 1986. Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1986\683).
- STS de 22 marzo de 1986. Ponente: Excmo. Sr. D. Honorio de Santos de Castro García (RJ 1986\1468).
- STS de 14 de abril de 1986. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1986\1851).
- STS de 26 de abril de 1986. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz (RJ 1986\2005).
- STS de 10 de mayo de 1986. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1986\2677).
- STS de 13 de junio de 1986. Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Carretero Pérez (RJ 1986\3549).
- STS de 7 de julio de 1986. Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas (RJ 1986\4414).
- STS de 27 de octubre de 1986. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García. (RJ 1986\5960).

- STS de 10 de febrero de 1987. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1987\703).
- STS de 13 julio de 1987. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1987\5461).
- STS de 15 de julio de 1987. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1987\5793).
- STS de 17 de julio de 1987. Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1987\5805).
- STS de 18 de septiembre de 1987. Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe (RJ 1987\9982).
- STS de 21 de septiembre de 1987. Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Carretero Pérez (RJ 1987\6070).
- STS de 28 de septiembre de 1987. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1987\6451).
- STS de 27 de noviembre de 1987. Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade (RJ 1987\8701).
- STS de 12 de febrero de 1988. Ponente: Excmo. Sr. Matías Malpica González-Elipe (RJ 1988\941).
- STS de 9 de marzo de 1988. Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe (RJ 1988\1609).
- STS de 21 de marzo de 1988. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988\2222).
- STS de 17 de junio de 1988. Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso (RJ 1988\5112).
- STS de 14 de noviembre de 1988. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988\8444).
- STS de 24 de noviembre de 1988. Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López (RJ 1988\9040).
- STS de 25 de noviembre de 1988. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1988\8713).
- STS de 20 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1989\111).
- STS de 20 de febrero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda. (RJ 1989\1212).
- STS de 14 de marzo de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba. (RJ 1989\2043).
- STS de 15 de marzo de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres (RJ 1989\2049).
- STS de 27 de abril de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1989\3268).
- STS de 10 de mayo de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas (RJ 1989\3754).
- STS de 9 de junio de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo (RJ 1989\4417).
- STS de 22 de junio de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz (RJ 1989\4776).
- STS de 19 de julio de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1989\5761).
- STS de 11 de octubre de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1989\6906).
- STS de 16 de octubre de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1989\6925).

- STS de 2 de diciembre de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1989\8790).
- STS de 3 de enero de 1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1990\04).
- STS de 1 de marzo de 1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz (RJ 1990\1656).
- STS de 18 de junio de 1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1990\4855).
- STS de 22 de junio de 1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1990\4861).
- STS de 3 de octubre de 1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz (RJ 1990\7468).
- STS de 8 de octubre de 1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1990\7585).
- STS de 15 de octubre de 1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales (RJ 1990\7867).
- STS de 3 de noviembre de 1990. Ponente: José Ramón López Vilas (RJ 1990\8460).
- STS de 29 de noviembre de 1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1990\9059).
- STS de 12 de diciembre de 1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda. (RJ 1990\9999).
- STS de 21 de diciembre de 1990. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ1990\10316).
- STS de 29 de enero de 1991. Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade (RJ 1991\345).
- STS de 1 de marzo de 1991. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1991\1708).
- STS de 8 de mayo de 1991. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo (RJ 1991\3585).
- STS de 12 de julio de 1991. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1991\5381).
- STS de 15 de de julio de 1991. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales (RJ 1991\5387).
- STS de 1 de octubre de 1991. Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade (RJ 1991\7255).
- STS de 7 de octubre de 1991. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1991\6891).
- STS de 28 octubre de 1991. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales (RJ 1991\7242).
- SSTS de 11 de noviembre de 1991. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1991\8152)
- STS de 27 de enero de 1992. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1992\265).
- STS de 28 de enero de 1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1992\273).
- STS de 8 de abril de 1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz (RJ 1992\3023).
- STS de 4 de junio de 1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1992\4497).
- STS de 8 de junio de 1992. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1992\5172).

-STS de 2 de octubre de 1992, núm. 862/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres (RJ 1992\5168).

-STS de 6 de octubre de 1992, núm. 833/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1992\7527).

-STS de 25 de enero de 1993, núm. 3/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1993\356).

-STS de 18 de febrero de 1993, núm. 102/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1993\1245)

-STS de 15 de marzo de 1993, núm. 227/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales (RJ 1993\2284).

-STS de 17 de marzo de 1993, núm. 245/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1993\2018).

-STS de 23 de marzo de 1993, núm. 290/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1993\2545).

-STS de 21 de abril de 1993, núm. 389/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales (RJ 1993\3111).

-STS de 8 de julio de 1993, núm. 716/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. (RJ 1993\6327).

-STS de 29 de septiembre de 1993, núm. 893/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo (RJ 1993\6659).

-STS de 5 de noviembre de 1993, núm. 1045/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1993\8615).

-STS de 19 de noviembre de 1993, rec. núm. 400/1991. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1993\9154).

-STS de 30 de noviembre de 1993, núm. 1149/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López (RJ 1993\9186).

-STS de 23 de diciembre de 1993, núm. 1226/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1993\10111).

-STS de 29 de diciembre de 1993, núm.1270/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres (RJ 1993\10160).

-STS de 30 de diciembre de 1993, núm. 1256/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1993\9904).

-STS de 28 de enero de 1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1994\575).

-STS de 2 de febrero de 1994, núm. 1092/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1994\9394).

-STS de 8 de febrero de 1994, núm. 66/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1994\836).

-STS de 14 de febrero de 1994, núm. 82/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1994\1468).

-STS de 17 de febrero de 1994, núm. 99/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez- Calcerrada y Gómez (RJ 1994\1621).

-STS de 6 de abril de 1994, núm. 299/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales (RJ 1994\2940).

-STS de 29 de abril de 1994, núm. 372/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Pérez de Andrade (RJ 1994\2982).

-STS de 16 de junio de 1994, núm. 601/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz (RJ 1994\4927).

-STS de 20 de junio de 1994, núm. 610/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1994\6025).

-STS de 27 de junio de 1994, núm. 627/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1994\6505).

-STS de 28 de julio de 1994, núm. 778/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales (RJ 1994\6930).

-STS de 4 de octubre de 1994, núm. 867/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1994\7452).

-STS de 10 de octubre de 1994, núm. 875/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1994\7474).

-STS de 25 de octubre de 1994, núm. 963/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres. (RJ 1994\7682).

-STS de 28 de octubre de 1994, núm. 960/1994. Ponente: Excmo. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1994\7999).

-STS de 30 de octubre de 1994, núm. 970/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade (RJ 1994\8001).

-STS de 2 de noviembre de 1994, núm. 972/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1994\8364).

-STS de 10 de noviembre de 1994, núm. 1011/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz (RJ 1994\8483).

-STS de 21 de noviembre de 1994, núm. 1056/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1994\8540).

-STS de 2 de diciembre de 1994, núm. 1092/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1994\9394).

-STS de 20 de diciembre de 1994, núm. 1154/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1994\9772).

-STS de 3 de marzo de 1995, núm. 174/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez- Calcerrada y Gómez (RJ 1995\1777).

-STS de 27 de marzo de 1995, núm. 276/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1995\2143).

-STS de 10 de mayo de 1995, núm. 411/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales (RJ 1995\4226).

-STS de 15 de mayo de 1995, núm. 464/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1995\4237).

-STS de 20 de junio de 1995, núm. 631/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres. (RJ 1995\4934).

-STS de 26 de diciembre de 1995, núm. 1100/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1995\9399).

-STS de 30 enero de 1996, núm. 44/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez Pardo (RJ 1996\740).

-STS de 21 de marzo de 1996, núm. 219/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996\2233).

-STS de 29 de marzo de 1996, núm. 253/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres (RJ 1996\2203).

-STS de 16 de abril de 1996, núm. 291/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres (RJ 1996\2954).

-STS de 13 de mayo de 1996, núm. 391/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1996\3876).

-STS de 27 de mayo de 1996, núm. 407/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales (RJ 1996\3920).

-STS de 8 de junio de 1996, núm. 454/1996. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 1996\4831).

-STS de 25 junio de 1996, núm. 540/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1996\4853).

-STS de 5 de julio de 1996, núm. 562/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez Pardo. (RJ 1996\5561).

-STS de 30 de julio de 1996, núm. 693/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 1996\6413).

-STS de 3 de octubre de 1996, núm. 760/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández Cid de Temes (RJ 1996\7006).

-STS de 8 de octubre de 1996, núm. 811/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1996\7059).

-STS de 15 de octubre de 1996, núm. 822/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. (RJ 1996\7111).

-STS de 18 de octubre de 1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros. (RJ 1996\162).

-STS de 19 de noviembre de 1996, núm. 967/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1996\8276).

-STS de 31 de diciembre de 1996, núm. 1177/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo (RJ 1996\9603).

-STS de 27 de mayo de 1997, núm. 442/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales (RJ 1997\4142).

- STS de 29 de mayo de 1997, núm. 456/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 1997\4117).
- STS de 30 de junio de 1997, núm. 597/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1997\5406).
- STS de 5 de julio de 1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 1997\5507).
- STS de 26 de septiembre de 1997, núm. 842/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López (RJ 1997\6823).
- STS de 20 de octubre de 1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1997\7274).
- STS de 22 de noviembre de 1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Villagómez Rodil (RJ 1997\8097).
- STS de 17 de diciembre de 1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 1997\9099).
- STS de 23 de enero de 1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 1998\124).
- STS de 28 de enero de 1998, núm. 25/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 1998\357).
- STS de 7 de abril de 1998, núm. 311/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda. (RJ 1998\2141).
- STS de 28 de abril de 1998, núm. 395/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez- Pardo (RJ 1998\3265).
- STS de 19 de mayo de 1998, núm. 452/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1998\3383).
- STS de 19 de mayo de 1998, núm. 467/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1998\4032).
- STS de 18 de junio de 1998, núm. 580/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez- Calcerrada y Gómez (RJ 1998\5064).
- STS de 2 de julio de 1998, núm. 649/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De la Cuesta (RJ 1998\5123).
- STS de 21 de octubre de 1998, núm. 949/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo (RJ 1998\8732).
- STS de 12 de diciembre de 1998, núm. 1147/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1998\9889).
- STS de 27 de enero de 1999, núm 26/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1999\7).
- STS de 6 de marzo de 1999, núm. 231/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales (RJ 1999\2246).
- STS de 12 de marzo de 1999, núm. 199/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1999\2375).
- STS de 23 de abril de 1999, núm 347/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1999\2591).

- STS de 3 de mayo de 1999, núm. 370/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1999\3427).
- STS de 21 de mayo de 1999, núm. 441/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 1999\4581).
- STS de 21 de junio de 1999, núm. 552/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 1999\4390).
- STS de 26 de junio de 1999, núm. 606/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1999\4562).
- STS de 5 de julio de 1999, núm. 603/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 999\4980).
- STS de 12 de julio de 1999, núm. 626/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 1999\4740).
- STS de 27 de julio de 1999, núm. 680/1999. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela (RJ 1999\6578).
- STS de 23 de septiembre de 1999, núm. 750/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1999\7266).
- STS de 5 de octubre de 1999, núm. 802/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 1999\7014).
- STS de 7 de octubre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros. (RJ 1999\7316).
- STS de 9 de octubre de 1999, núm. 811/1999. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 1999\7245).
- STS de 13 de octubre de 1999, núm. 846/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1999\7426).
- STS de 3 de noviembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1999\9043).
- STS de 10 de noviembre de 1999, núm. 924/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (RJ 1999\8862).
- STS de 29 de noviembre de 1999, núm. 1007/1999. Ponente: Excmo. D. José Ramón Vázquez Sandes (RJ 1999\9139).
- STS de 18 de diciembre de 1999, núm. 1126/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1999\8233).
- STS de 25 de enero de 2000, núm. 40/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada y Gómez (RJ 2000\120).
- STS de 9 de marzo de 2000, núm. 226/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2000\1515).
- STS de 3 de abril de 2000, núm. 315/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal López (RJ 2000\2342).
- STS de 17 de mayo de 2000, núm. 492/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2000\3413).
- STS de 22 de julio de 2000, núm. 781/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2000\6472).

-STS de 25 de julio de 2000, núm 785/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2000\6475).

-STS de 26 de julio de 2000, núm. 818/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000\9178).

-STS de 5 de marzo de 2001, núm. 199/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2001\2592).

-STS de 15 de marzo de 2001, núm. 250/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2001\250).

-STS de 15 de marzo de 2001, núm. 256/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 2001\3195).

-STS de 22 de junio de 2001, núm. 639/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2001\5074).

-STS de 24 de julio de 2001, núm. 757/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2001\8417).

-STS de 9 de octubre de 2001, núm. 904/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 2001\8789).

-STS de 5 de noviembre de 2001, núm. 1050/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002\235).

-STS de 26 de noviembre de 2001, núm. 1089/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2001\9524).

-STS de 11 de febrero de 2002, núm. 122/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2002\3106).

-STS de 11 de marzo de 2002, núm. 227/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote (RJ 2002\1885).

-STS de 15 de marzo de 2002, núm. 249/2002. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002\2843).

-STS de 20 de marzo de 2002, núm. 277/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2002\2852).

-STS de 5 de abril de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez (RJ 2002\3853).

-STS de 11 de junio de 2002, núm. 564/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo (RJ 2002\5219).

-STS de 17 de junio de 2002, núm. 617/2002. Ponente: Excmo. Sr. José de Asís Garrote (RJ 2002\4903).

-STS de 19 de julio de 2002, núm. 792/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002\9097).

-STS de 20 de julio de 2002, núm. 743/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2002\7473).

-STS de 31 de julio de 2002, núm. 784/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2002\8436).

-STS de 31 de octubre de 2002, núm. 1031/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002\9736).

-STS de 8 de noviembre de 2002, núm.1022/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres (RJ 2002\9833).

-STS de 31 de diciembre de 2002, núm. 1301/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán (RJ 2003\640).

-STS de 8 de febrero de 2003, núm. 90/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2003\1523).

-STS de 14 de febrero de 2003, núm. 93/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán (RJ 2003\1019).

-STS de 27 de febrero de 2003, núm. 189/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 2003\2515).

-STS de 5 de marzo de 2003, núm. 197/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2003\2541).

-STS de 14 de marzo de 2003, núm. 223/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2003\3645).

-STS de 18 de marzo de 2003, núm. 244/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2003\2753).

-STS de 2 de abril de 2003, núm. 337/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez Pereda Rodríguez (RJ 2003\3001).

-STS de 12 de mayo de 2003, núm. 460/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2003\3898).

-STS de 5 de junio de 2003, núm. 534/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán (RJ 2003\4124).

-STS de 27 de junio de 2003, núm.658/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2003\4314).

-STS de 8 de julio de 2003, núm. 679/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2003\4612).

-STS de 2 de octubre de 2003, núm. 896/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2003\6451).

-STS de 29 de octubre de 2003, núm. 993/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez (RJ 2003\7773).

-STS de 28 de noviembre de 2003, núm. 1116/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2003\8361).

-STS de 17 de diciembre de 2003, núm. 1200/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2003\8792).

-STS de 2 de febrero de 2004, núm. 55/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2004\446).

-STS de 10 de febrero de 2004, núm. 84/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2004\457).

-STS de 27 de febrero 2004, núm. 106/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2004\1648).

-STS de 10 de marzo de 2004, núm. 195/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2004\898).

-STS de 25 de marzo de 2004, núm. 248/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2004\1713).

-STS de 2 de abril de 2004, núm. 246/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada y Gómez (RJ 2004\1671).

-STS de 26 de abril de 2004, núm. 312/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán (RJ 2004\2083).

-STS de 6 de mayo de 2004, núm. 389/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán (RJ 2004\2098).

-STS 21 de mayo 2004, núm. 390/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2004\3533).

-STS de 29 de julio de 2004, núm. 840/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2004\6635).

-STS de 29 de septiembre de 2004, núm. 910/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2004\5688).

-STS de 11 de octubre de 2004, núm. 955/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2004\6641).

-STS de 20 de octubre de 2004, núm. 972/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2004\6698).

-STS de 25 de octubre de 2004, núm. 987/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Villagómez Rodil (RJ 2004\6587).

-STS de 12 de noviembre de 2004, núm. 1090/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2004\6900).

-STS de 16 de diciembre de 2004, núm. 1196/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2005\272).

-STS de 20 de diciembre de 2004, núm. 1240/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2004\8131).

-STS de 19 de enero de 2005, núm. 8/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005\519).

-STS de 11 de febrero de 2005, núm. 77/2005. Ponente: Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005\1920).

-STS de 24 de febrero de 2005, núm. 111/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2005\4035).

-STS de 7 de marzo de 2005, núm. 137/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2005\2214).

-STS de 31 de marzo de 2005, núm. 208/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2005\2743).

- STS de 4 de abril de 2005, núm. 218/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2005\2700).
- STS de 16 de mayo de 2005, núm. 330/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2005\6374).
- STS de 23 de mayo de 2005, núm. 357/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2005\6362).
- STS de 26 de mayo de 2005, núm. 411/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2005\6300).
- STS de 31 de mayo de 2005, núm. 208/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2005\2743).
- STS de 2 de junio de 2005, núm. 441/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005\5308).
- STS de 13 de julio de 2005, núm. 601/2005. Ponente: no consta (RJ 2005\5098).
- STS de 27 de septiembre de 2005, núm. 707/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2005\8887).
- STS de 21 de octubre de 2005, núm. 754/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (R 2005\8274).
- STS de 2 de noviembre de 2005, núm. 877/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán (RJ 2005\7619).
- STS de 7 de noviembre de 2005, núm. 871/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2005\8068).
- STS de 24 de noviembre de 2005, núm. 920/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2005\7644).
- STS de 28 de noviembre de 2005, núm. 902/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2006\1233).
- STS de 12 diciembre de 2005, núm. 989/2005. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller (RJ 2005\10173).
- STS de 14 de diciembre de 2005, núm. 969/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán (RJ 2006\62).
- STS de 15 de diciembre de 2005, núm. 1007/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2006\160).
- STS de 21 de febrero de 2006, núm. 132/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2006\2902).
- STS de 3 de abril de 2006, núm. 337/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2006\1871).
- STS de 13 de junio de 2006, núm. 581/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2006\3129).
- STS de 13 de julio de 2006, núm. 787/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2006\8874).
- STS de 17 de julio de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2006\4961).

- STS de 27 de julio de 2006, núm. 801/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2006\6548).
- STS de 11 de octubre de 2006, núm. 1034/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2006\6444).
- STS de 24 de noviembre de 2006, núm. 1193/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda (RJ 2006\8136).
- STS de 27 de noviembre de 2006, núm. 1250/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2006\9119).
- STS de 7 de diciembre de 2006, núm. 1219/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2006\8161).
- STS de 7 de diciembre de 2006, núm. 1265/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2006\9887).
- STS de 29 de diciembre de 2006, núm. 1364/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2007\553).
- STS de 25 de enero de 2007, núm. 29/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2007\2778).
- STS de 25 de enero de 2007, núm. 68/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2007\1700).
- STS de 5 de febrero de 2007. Ponente: Excma. Sra. D^a. Encarnación Roca Trías (RJ 2007\ 964).
- STS de 13 de febrero de 2007, núm. 133/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller (RJ 2007\716).
- STS de 2 de marzo de 2007, núm. 216/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2007\1763).
- STS de 13 de marzo de 2007, núm. 277/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2007\1787).
- STS de 13 de marzo de 2007, rec. 1044/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2007\2569).
- STS de 23 de marzo de 2007, núm. 329/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2007\2232).
- STS de 19 de abril de 2007, núm. 455/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2007\ 2072).
- STS de 8 de mayo de 2007, núm. 484/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2007\2135).
- STS de 14 de mayo de 2007, núm. 494/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2007\3110).
- STS de 16 de mayo de 2007, núm. 508/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán (RJ 2007\3555).
- STS de 18 de mayo de 2007, núm. 533/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2007\3116).

-STS de 24 de mayo de 2007, núm. 610/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2007\4008).

-STS de 31 de mayo de 2007, núm. 619/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2007\3429).

-STS de 13 junio de 2007, núm. 658/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2007\3509).

-STS de 20 de junio de 2007, núm. 720/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2007\3459).

-STS de 9 de julio de 2007, núm. 853/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2007\4679).

-STS de 18 de julio de 2007, núm. 880/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2007\5141).

-STS de 10 de septiembre de 2007, núm. 934/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2007\4963).

-STS de 11 de octubre de 2007, núm. 1098/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2007\6489).

-STS de 19 de octubre de 2007, núm. 1086/2007. Ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías (RJ 2007\8257).

-STS de 20 de noviembre de 2007, núm. 1255/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. José Seijas Quintana (RJ 2008\19).

-STS de 26 de noviembre de 2007, núm. 1271/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2008\28).

-STS de 29 de noviembre de 2007, núm. 1280/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2007\8654).

-STS de 30 de noviembre de 2007, núm. 1253/2007. Ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías (RJ 2007\8458).

-STS de 13 de diciembre de 2007, núm. 1279/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2008\329).

-STS de 20 de diciembre de 2007, núm. 1345/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2007\8664).

-STS de 7 de enero de 2008, núm. 1380/2008. Ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías (RJ 2008\203).

-STS de 16 de enero de 2008, núm. 12/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008\8).

-STS de 7 febrero 2008, núm. 47/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2008\1214).

-STS de 28 de abril de 2008, núm. 302/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2008\2681).

-STS de 30 de abril de 2008, núm. 358/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2008\2690).

-STS de 13 de mayo de 2008, núm. 372/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2008\3060).

-STS de 14 de mayo de 2008, núm. 356/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2008\3067).

-STS de 29 de mayo de 2008, núm. 430/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2008\3182).

-STS de 10 de junio de 2008, núm. 508/2008. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2008\4246).

-STS de 11 junio 2008, núm. 548/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008\3563).

-STS de 26 de junio de 2008, núm. 654/2008. Ponente: Excmo. D. Sr. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2008\4272).

-STS de 3 de julio de 2008, núm. 624/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2008\4365).

-STS de 16 de julio de 2008, núm. 717/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008\4716).

-STS de 21 de julio 2008, núm.746/2008. Ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías (RJ 2008\4487).

-STS de 22 de julio de 2008, núm. 760/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán (RJ 2008\4617).

-STS de 14 de octubre de 2008, núm. 901/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2008\5690).

-STS de 6 de noviembre de 2008, núm. 1.001/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (RJ 2008\5900).

-STS de 11 de diciembre de 2008, núm. 1.206/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2009\671).

-STS de 16 de diciembre de 2008, núm. 1.222/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009\1353).

-STS de 16 de diciembre de 2008, núm. 1.228/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán (RJ 2008\6983).

-STS de 25 de marzo de 2009, núm. 222/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la cuesta. ECLI:ES:TS:2009:1544 (RJ 2009\1746).

-STS de 27 de abril de 2009, núm. 274/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela. ECLI:ES:TS:2009:2676 (RJ 2009\2899).

-STS de 7 de mayo de 2009, núm. 321/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2009:2381 (RJ 2009\2915).

-STS de 22 de mayo de 2009, núm. 376/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2009:2888 (RJ 2009\3034).

-STS de 16 de julio de 2009, núm. 563/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. ECLI:ES:TS:2009:4817 (RJ 2009\6472).

-STS de 22 de julio de 2009, núm. 532/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela. ECLI:ES:TS:2009:4860 (RJ 2009\6485).

-STS de 28 de octubre de 2009, núm. 672/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2009:6323 (RJ 2009\5817).

-STS de 11 de noviembre de 2009, núm. 700/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela. ECLI:ES:TS:2009:7004 (RJ 2009\7285).

-STS de 22 de diciembre de 2009, núm. 845/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela. ECLI:ES:TS: 2009:7704 (RJ 2010\300).

-STS de 30 de diciembre de 2009, núm. 840/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón García Varela. ECLI:ES:TS:2009:7697 (RJ 2010\407).

-STS de 18 de enero de 2010, núm. 872/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. ECLI:ES:TS:2010:443 (RJ 2010/1401).

-STS de 10 de febrero de 2010, núm. 4/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela. ECLI:ES:TS:2010:293 (RJ 2010\528).

-STS de 16 de febrero de 2010, núm. 42/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. ECLI:ES:TS:2010:450 (RJ 2010\1780).

-STS de 18 de febrero de 2010, núm. 69/2010. Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. ECLI:ES:TS:2010:749 (RJ\2010\1285).

-STS de 23 de febrero de 2010, núm. 55/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS: 2010:1291 (RJ 2010\4342).

-STS de 25 de febrero de 2010, núm. 95/2010. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz. ECLI:ES:TS:2010:775 (RJ 2010\1406).

-STS de 22 de marzo de 2010, núm. 195/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2010:1513 (RJ 2010\2410).

-STS de 5 de mayo de 2010, núm. 274/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2010:2884 (RJ 2010\5025).

-STS de 25 de mayo de 2010, núm. 308/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2010:3064 (RJ 2010/5156).

-STS de 7 de junio de 2010, núm. 379/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2010:3057 (RJ 2010\5373).

-STS de 14 de julio de 2010, núm. 445/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2010:4387 (RJ 2010\5152).

-STS de 19 de julio de 2010, núm. 517/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2010:4382 (RJ 2010\6559).

-STS de 30 de julio de 2010, núm. 535/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela. ECLI:ES:TS:2010:4386 (RJ 2010\6947).

-STS de 21 de septiembre de 2010, núm. 559/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. ECLI:ES:TS:2010:4620 (RJ 2010\7134).

-STS de 8 de octubre de 2010, núm. 597/2010. Ponente: Excma. Sra. Doña Encarnación Roca Trías. ECLI:ES:TS:2010:5471 (RJ 2010\7450).

-STS de 13 de octubre de 2010, núm. 647/ 2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2010:5380 (RJ 2010\7453).

-STS de 20 de octubre de 2010, núm. 609/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. ECLI:ES:TS:2010:6359 (RJ 2010\8011).

-STS de 3 de diciembre de 2010, núm. 769/2010. Ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías. ECLI:ES:TS:2010:6805 (RJ 2011\1176).

-STS de 21 de diciembre de 2010, núm. 884/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2010:6947 (RJ 2011\144).

-STS de 9 de febrero de 2011, núm. 64/2011. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2011:560 (RJ 2011\1822).

-STS de 14 de febrero de 2011, núm. 45/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2011:503 (RJ 2011\441).

-STS de 15 de febrero de 2011, núm. 49/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2011:516 (RJ 2011\446).

-STS de 28 de febrero de 2011, núm. 119/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2011:712 (RJ 2011\455).

-STS de 8 de marzo de 2011, núm. 134/2011. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías. ECLI:ES:TS:2011:1076 (RJ 2011\2758).

-STS de 16 de marzo de 2011, núm. 129/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2011:2895 (RJ 2011\4251).

-STS de 6 de abril de 2011, núm. 240/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2011:2020 (RJ 2011\3148).

-STS de 31 de mayo de 2011, núm. 385/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2011:4846 (RJ 2011\4005).

-STS de 7 de junio de 2011, núm.410/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2011:3557 (RJ 2011\4391).

-STS de 20 de junio de 2011, núm. 423/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2011:4841 (RJ 2011\4644).

-STS de 12 de julio de 2011, núm. 497/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández. ECLI:ES:TS:2011:4850 (RJ 2011\7372).

-STS de 15 de julio de 2011, núm. 530/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2011:4900 (RJ 2011\5123).

-STS de 4 de octubre de 2011, núm. 712/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2011:6563 (RJ 2011\6703).

-STS de 10 de octubre de 2011, núm. 676/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2011:6837 (RJ 2011\7404).

-STS de 21 de octubre de 2011, núm. 696/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. ECLI:ES:TS:2011:8992 (RJ 2012\1122).

-STS de 12 de diciembre de 2011, núm. 872/2011. Ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías. ECLI:ES:TS:2011:8594 (RJ 2012\32).

-STS de 12 de diciembre de 2011, núm 911/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2011:8282 (RJ 2012\367)

-STS de 20 de diciembre de 2011, rec. 116/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2011:8995 (RJ 2011\7329).

-STS de 21 de diciembre de 2011, núm. 910/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2011:9158 (RJ 2012\1894).

-STS de 27 de diciembre 2011, núm. 979/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2011:9304 (RJ 2012\1897).

-STS de 23 de enero de 2012, núm. 6/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2012:275 (RJ 2012\3675).

-STS de 27 de febrero de 2012, núm. 64/2012. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2012:920 (RJ 2012\4051).

-STS de 2 de marzo de 2012, núm. 130/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2012:1321 (RJ 2012\4635).

-STS de 5 de marzo de 2012, núm. 80/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2012:1606 (RJ 2012\2974).

-STS de 27 de marzo de 2012, núm. 204/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2012:2143 (RJ 2012\4061).

-STS de 30 marzo de 2012, núm. 173/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2012:2536 (RJ 2012\4529).

-STS de 11 de abril de 2012, núm. 241/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2012:2630 (RJ 2012\5746).

-STS de 13 de abril de 2012, núm. 217/ 2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2012:3065 (RJ 2012\5902).

-STS de 19 abril de 2012, núm. 238/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2012:2546 (RJ 2012\5908).

-STS de 24 de mayo de 2012, núm.336/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2012:3450 (RJ 2012\6539).

-STS de 27 de junio de 2012, núm. 426/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2012:4665 (RJ 2012\8014).

-STS de 28 de junio de 2012, 423/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2012:5773 (RJ 2012\8602).

-STS de 25 de julio de 2012, núm. 503/2012. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller. ECLI:ES:TS:2012:5693 (RJ 2012\ 8372).

-STS de 10 de septiembre de 2012 (Pleno), núm. 536/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2012:7647 (RJ 2012\11046).

-STS de 10 de septiembre de 2012, núm. 537/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2012:7649 (RJ 2013\2266).

-STS de 26 de septiembre de 2012, núm. 538/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2012:6284 (RJ 2012\9337).

-STS de 10 de octubre de 2012, núm. 580/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2012:8859 (RJ 2013\537).

-STS de 11 de octubre de 2012, núm. 565/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2012:9109 (RJ 2013\2270).

-STS de 22 de octubre de 2012, núm. 584/2012. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2012:8475 (RJ 2012\11064).

-STS de 14 de noviembre de 2012, núm. 696/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2012:7154 (RJ 2012\10433).

-STS de 22 de noviembre de 2012, núm. 701/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2012:7377 (RJ 2012\10438).

-STS de 11 de diciembre de 2012, núm. 728/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2012:9198 (RJ 2013\4350).

-STS de 12 de diciembre de 2012, núm. 768/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2012:8147 (RJ 2013\370).

-STS de 15 de enero de 2013, núm. 803/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2013:93 (RJ 2013\1817).

-STS de 4 de febrero de 2013, núm. 40/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2013:283 (RJ 2013\1266).

-STS de 19 de febrero de 2013, núm. 659/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz. ECLI:ES:TS:2014:858 (RJ 2014\1135).

-STS de 26 de febrero de 2013, núm. 69/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. ECLI:ES:TS:2013:3114 (RJ 2013\4935).

-STS de 7 de marzo de 2013, núm. 185/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2013:1716 (RJ 2013\2588).

-STS de 11 de marzo de 2013, núm. 82/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2013:1051 (RJ 2013\2590) 263

-STS de 20 de marzo de 2013, núm. 220/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2013:1614 (RJ 2013\2594).

-STS de 27 de marzo de 2013, núm. 225/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2013:1403 (RJ 2013\3154).

-STS de 23 de abril de 2013, núm. 278/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2013:2159 (RJ 2013\3496).

-STS de 20 de mayo de 2013, núm. 325/2013. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2013:2739 (RJ 2013\3705).

-STS de 24 de mayo de 2013, núm. 360/2013. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS: 2013:2622 (RJ 2013\4620).

-STS de 10 de junio de 2013, núm. 399/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI:ES:TS:2013:3356 (RJ 2013\3944).

-STS de 18 de junio de 2013, núm. 403/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2013:3247 (RJ 2013\4376).

-STS de 5 de julio de 2013, núm. 444 /2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2013:6553 (RJ 2013\8443).

-STS de 18 de julio de 2013, núm. 511/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena. ECLI:ES:TS:2013:4245 (RJ 2013\5200).

-STS de 4 de octubre de 2013, 554/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2013:7054 (RJ 2013\7054).

-STS de 18 de octubre de 2013, núm. 597/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2013:6698 (RJ 2013\7906)

-STS de 21 de octubre de 2013, núm. 602/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2013:6700 (RJ 2014\2493).

- STS de 23 de octubre de 2013, núm. 610/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. ECLI:ES:TS:2013:5288 (RJ 2013\7811).

-STS de 24 de octubre de 2013, núm.656/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2013:5030 (RJ 2013\7859).

-STS de 28 de octubre de 2013, núm. 661/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2013:5033 (RJ 2013\8331).

-STS de 27 de diciembre de 2013, núm. 790/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. ECLI:ES:TS:2013:6669 (RJ 2014\1021).

-STS de 7 de enero de 2014, núm. 756/ 2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol. ECLI:ES:TS:2015:33 (RJ 2015\97).

-STS de 28 de febrero de 2014, núm. 103/2013. Ponente: Excmo Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2014:757 (RJ 2014\1160).

-STS de 23 de abril de 2014, núm. 197/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2014:2464 (RJ 2014\3849).

-STS de 28 de abril de 2014, núm 223/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2014:1763 (RJ 2014\2688).

-STS de 5 de mayo de 2014, núm. 221/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2014:2612 (RJ 2014\3293).

-STS de 13 de mayo de 2014, núm. 257/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2014:1913 (RJ 2014\2726).

-STS de 26 de junio de 2014, núm. 347/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. ECLI:ES:TS:2014:2825 (RJ 2014\4389).

-STS de 9 de septiembre de 2014, rec. 2311/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol. ECLI:ES:TS:2014:4318 (RJ 2014\5546).

-STS de 21 de octubre de 2014, núm. 558/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. ECLI:ES:TS:2014:4236 (RJ 2014\5623).

-STS de 30 de octubre de 2014, núm. 594/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. ECLI:ES:TS:2014:4341 (RJ 2018\5430).

-STS de 30 de octubre de 2014, núm. 601/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2014:4254 (RJ 2018\5189).

-STS de 31 de octubre de 2014, núm. 624/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2014:4431 (RJ 2014\5642).

-STS de 17 de diciembre de 2014, núm. 749/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. ECLI:ES:TS:2014:5376 (RJ 2014\6589).

-STS de 30 de diciembre de 2014, núm. 757/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. ECLI:ES:TS:2014:5698 (RJ 2014\6808).

-STS de 8 de enero de 2015, núm. 760/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol. ECLI:ES:TS:2015:463 (RJ 2015\435).

-STS de 12 de enero de 2015 (Pleno), núm. 769/2015. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena. ECLI:ES:TS:2015:254 (RJ 2015\608).

-STS de 16 de enero de 2015 (Pleno), núm. 761/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2015:274 (RJ 2015\277).

-STS de 19 de enero de 2015, núm. 510/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2015:831 (RJ 2015\1029).

-STS de 27 de marzo de 2015, núm. 190/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2015:1292 (RJ 2015\1833).

-STS de 10 de abril de 2015, núm. 186/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2015:1404 (RJ 2015\1518).

-STS de 5 de mayo de 2015, núm. 247/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2015:1730 (RJ 2015\1725).

-STS de 5 de mayo de 2015, núm. 251/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. ECLI:ES:TS:2015:1726 (RJ 2015\1566).

-STS de 20 de mayo de 2015 (Pleno), núm. 765/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2015:2553 (RJ 2015\2256).

-STS de 7 de julio de 2015, núm. 376/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sánchez Gargallo. ECLI:ES:TS:2015:3198 (RJ 2015\4487).

-STS de 31 de julio de 2015, núm. 395/1998. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2015:4707 (RJ 1998\3265).

-STS de 17 de septiembre de 2015, núm. 509/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2015:3824 (RJ 2015\4004).

-STS de 17 de septiembre de 2015, núm. 510/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2015:3834 (RJ 2015\4006).

-STS de 17 de septiembre de 2015, núm. 513/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2015:3805 (RJ 2015\4005).

-STS de 23 de septiembre de 2015, núm. 514/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. ECLI:ES:TS:2015:3881 (RJ 2015\4024).

-STS de 7 de octubre de 2015, núm. 555/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2015:4174 (RJ 2015\4744).

-STS de 20 de octubre de 2015 (Pleno), núm. 544/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2015:4149 (RJ 2015\4226).

-STS de 5 de noviembre de 2015, núm. 622/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2015:4588 (RJ 2015\4969).

-ATS de 3 de febrero de 2016, Rec. núm. 2407/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2016:744A (RJ 2016\33069).

-STS de 16 de febrero de 2016, núm. 65/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. ECLI:ES:TS:2016:521 (RJ 2016\560).

-STS de 18 de febrero de 2016, núm. 77/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2016:529 (RJ 2016\577).

-STS de 19 de febrero de 2016, núm. 87/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. ECLI:ES:TS:2016:804 (RJ 2016\938).

-STS de 25 de febrero de 2016, núm. 102/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. ECLI:ES:TS:2016:610 (RJ 2016\1514).

-STS de 9 de marzo de 2016, núm. 137/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ortiz. ECLI:ES:TS:2016:976 (RJ 2016\959).

-STS de 18 de marzo de 2016, núm. 185/2016. Excmo. Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto. ECLI:ES:TS:2016:1161 (RJ 2016\983).

-STS de 3 de junio de 2016, núm. 376/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2016:2600 (RJ 2016\2325).

-STS de 15 junio de 2016, núm. 403/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. ECLI:ES:TS:2016:2884 (RJ 2016\2766).

-STS de 24 de junio de 2016, núm. 423/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. ECLI:ES:TS:2016:3058 (RJ 2016\2869).

-STS de 1 de julio de 2016, núm. 444/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. ECLI:ES:TS:2016:3140 (RJ 2016\2912).

-STS de 1 de julio de 2016, núm. 451/2016. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2016:3127 (RJ 2016\3160).

-STS de 4 de julio de 2016, núm. 454/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2016:3116 (RJ 2016\2897).

-STS de 21 de julio de 2016, núm. 515/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. ECLI:ES:TS:2016:3634 (RJ 2016\3212).

-STS de 12 de septiembre de 2016, núm. 527/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. ECLI:ES:TS:2016:4052 (RJ 2016\4437).

-STS de 27 septiembre de 2016, núm. 566/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2016:4188 (RJ 2016\4841).

-STS de 3 de octubre de 2016, núm. 586/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2016:4274 (RJ 2016\4875).

-STS de 20 de octubre de 2016, núm. 623/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. ECLI:ES:TS:2016:4539 (RJ 2016\4956).

-STS de 24 de noviembre de 2016, núm. 698/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2016:5161 (RJ 2016\5649).

-STS de 25 de noviembre de 2016, núm. 709/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2016:5149 (RJ 2016\5643).

-STS de 28 de noviembre de 2016, núm. 712/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2016:5225 (RJ 2016\5740).

-STS de 20 de diciembre de 2016, núm. 734/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. ECLI:ES:TS:2016:5538 (RJ 2016\6317).

-STS de 25 de enero de 2017, núm. 45/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2017:165 (RJ 2017\346).

-STS de 18 de mayo de 2017, núm. 312/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2017:1903 (RJ 2017\2225).

-STS de 24 mayo de 2017 (Pleno), núm. 324/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sánchez Gargallo. ECLI:ES:TS:2017:1991 (RJ 2017\2217).

-STS de 16 de junio de 2017, núm. 383/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2017:2365 (RJ 383\2017).

-STS de 27 de junio de 2017, núm. 411/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2017:2719 (RJ 2017\3197).

-STS de 15 de septiembre de 2017, núm. 503/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. ECLI:ES:TS:2017:3248 (RJ 2017\3893).

-STS de 13 de diciembre de 2017, núm. 664/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. ECLI:ES:TS:2017:4442 (RJ 2017\6178).

-STS de 30 enero de 2018, núm. 47/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, ECLI:ES:TS:2018:206 RJ 2018\296.

-STS de 2 de febrero de 2018 núm. 56/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2018:222 (RJ 2018\282).

-STS de 2 de febrero de 2018, núm. 57/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2018:227 (RJ 2018\337).

-STS de 14 de marzo de 2018, núm. 141/2018. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ECLI:ES:TS:2018:859 (RJ 2018\980).

-STS de 19 de junio de 2018, núm. 369/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. ECLI:ES:TS:2018:2363 (RJ 2018\2784).

-STS de 21 de junio de 2018, núm. 384/2018. Ponente: Excma. Sra. D^a. María Ángeles Parra Lucán. ECLI:ES:TS:2018:2565 (RJ 2018\2677).

-STS de 3 de julio de 2018, núm. 418/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. ECLI:ES:TS:2018:2565 (RJ 2018\2795).

-STS de 3 de octubre de 2018, núm. 542/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, ECLI:ES:TS:2018:3336 (RJ 2018\4238).

-STS de 9 de octubre de 2018, núm. 553/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, ECLI:ES:TS:2018:3467 (RJ 2018\4441).

-STS de 14 de noviembre de 2018, núm. 633/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, ECLI:ES:TS:2018:3892 (RJ 2018\5340).

-STS de 13 de diciembre de 2018, núm. 705/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, ECLI:ES:TS:2018:4174 (RJ 2018\5416).

B) Sala Segunda de lo Penal

-STS de 26 de junio de 2001, núm. 1250/2001. Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz (RJ 2002\4521).

-STS de 14 de mayo de 2003, núm. 690/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez (RJ 2003\3905).

-STS de 27 de noviembre de 2009, núm. 1127/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez (RJ 2010\1024)

C) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo

-STS de 21 de febrero de 1.990. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Esteban Álamo (RJ 1990\1510).

-STS de 5 de abril de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez (RJ 2002\3853)

-STS de 29 de enero de 2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil (RJ 2008\443).

D) Sala Cuarta de lo Social

-STS de 14 de noviembre de 2007. Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Samper Juan (RJ 2008\1002).

III. AUDIENCIAS PROVINCIALES

-SAP de Pontevedra de 4 de mayo de 1992 (Sección 1ª). Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo (AC 1992\682).

-SAP de Islas Baleares de 26 de enero de 1995 (Sección 3ª). Ponente: Ilmo. Sr. D Carlos Gómez Martínez (AC 1995\103).

-SAP de Tarragona de 22 de enero de 1998 (Sección 3ª), núm 27/1998. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Ángeles García Medina (AC 1998\207).

-SAP de Córdoba de 17 de julio de 1998 (Sección 2ª). Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (AC 1998\1361).

-SAP de Murcia de 25 de mayo de 1999 (Sección 2ª), núm. 163/1999 de 25 mayo. Ponente: Ilmo. Sr. D Manuel Rodríguez Gómez (AC 1999\6155).

-SAP de León de 19 de mayo de 2000 (Sección 2ª), núm. 337/2000. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Álvarez Rodríguez (AC 2000\1471).

-SAP de Sevilla de 31 de octubre de 2000 (Sección 2ª), núm. 900/2000. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero (JUR 2001\60044).

-SAP de Castellón de 7 de noviembre de 2000 (Sección 3ª), núm. 651/2000. Ponente: Ilmo. Sr. D José Manuel Marco Cos (JUR 2001\12913).

-SAP de Cantabria de 27 de diciembre de 2000 (Sección 1ª), núm. 565/ 2000. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz Escalera (JUR 2001\120287).

-SAP de Jaén de 16 de enero de 2001 (Sección 1ª), núm. 14/2001. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Lourdes Molina Romero (JUR 2001\504).

-SAP de Alicante de 14 de noviembre de 2001 (Sección 7ª), núm. 581/2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Díez (JUR 2002\24301).

-SAP de Guadalajara de 1 de febrero de 2002 (Sección 1ª), núm. 40/2002. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Isabel Serrano Frías (JUR 2002\99438).

-AAP de Zaragoza de 19 de abril de 2002 (Sección 5ª), núm. 252/2002. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver (JUR 2002\197294).

-SAP de Las Palmas de 3 de marzo de 2003 (Sección 5ª), núm.196/2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Augusto García Van Isschot (JUR 2003\243649).

-SAP de Córdoba de 12 de mayo de 2003 (Sección 1ª), núm. 248/2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Carrión (2003\151774).

-SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2003 (Sección 1ª). Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Pascual Nuño de la Rosa (JUR 2003\199938).

-SAP de Valladolid de 22 de mayo de 2003 (Sección 3ª), núm. 192/2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Sendino Arenas (JUR 2003\172294).

-SAP de Alicante de 27 de mayo de 2003 (Sección 7ª), núm. 276/2003. Ponente: Ilmo. Sr. D José Manuel Valero Díez (JUR 2003\152665).

-SAP de Valencia de 14 de junio de 2003 (Sección 8ª), núm.393/2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eugenio Sánchez Alcaraz (AC 2003\2200).

-SAP de Córdoba de 28 de julio de 2003 (Sección 3ª), núm. 207/2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Felipe Moreno Gómez (JUR 2003\220299).

-AAP de Zaragoza de 7 de noviembre de 2003 (Sección 5ª), núm. 633/2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez (JUR 2003\277498).

-SAP de Murcia de 18 de marzo de 2004 (Sección 3ª), núm. 100/2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Cayetano Blasco Ramón (JUR 2004\155591).

-SAP de Murcia de 30 de marzo de 2004 (Sección 4ª), núm .111/2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán (JUR 2004\121943).

-SAP de Barcelona de 7 de junio de 2004 (Sección 1ª), núm. 495/2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gómez (JUR 2004\204575).

-AAP de Vizcaya de 10 de diciembre de 2004 (Sección 3ª), núm. 821/2004. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana Isabel Gutiérrez Gegunde (JUR 2005\67373).

-AAP de La Rioja de 18 de marzo de 2005 (Sección 1ª), núm. 29/2005. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Carmen Araujo García (AC 2005\470).

-SAP de A Coruña de 1 de abril de 2005 (Sección 3ª), núm. 151/2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García (RJ 2006\6483).

-SAP de Islas Baleares de 19 de abril de 2005 (Sección 5ª), núm. 156/2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló (JUR 2005\143444).

-SAP de Islas Baleares de 22 de abril de 2005 (Sección 3ª), núm. 170/2005. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Rosa Rigo Rosselló (JUR 2005\119357)

-SAP de Madrid de 22 de abril de 2005 (Sección 19ª), núm. 187/2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López (JUR 2005\122320).

- AAP de Valladolid de 27 de junio de 2005 (Sección 3ª), núm. 78/2005. Ponente: Ilmo. Sr. D Francisco Salinero Román (JUR 2005\207330).
- SAP de Islas Baleares de 19 de julio de 2005 (Sección 4ª), núm. 331/2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo (JUR 2005\216616).
- AAP de Barcelona de 5 de octubre de 2005 (Sección 1ª), núm. 228/2005. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Laura Pérez de Lazarraga Villanueva (JUR 2006\36577).
- SAP de Madrid de 25 de octubre de 2005 (Sección 14ª), núm. 730/2005. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Amparo Camazón Linacero (AC 2005\2397).
- AAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de diciembre de 2005 (Sección 1ª), núm. 205/2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eugenio Santiago Dobarro Ramos (JUR 2006\70567).
- SAP de Córdoba de 6 de marzo de 2006 (Sección 3ª), núm. 49/2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres (JUR 2006\185278).
- AAP de Burgos de 21 de junio de 2006 (Sección 3ª), núm. 296/2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia (JUR 2006\219071).
- SAP de Burgos de 27 de julio de 2006 (Sección 3ª), núm. 335/2006. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Esther Villamar San Salvador (JUR 2006\205220).
- SAP de Islas Baleares de 5 de octubre de 2006 (Sección 3ª), 425/2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez (JUR 2006\293947).
- SAP de Pontevedra de 5 de octubre de 2006 (Sección 1ª), núm. 526/2006. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Begoña Rodríguez González (JUR 2006\251317).
- SAP de Pontevedra de 8 de febrero de 2007 (Sección 1ª), núm. 77/2007. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Begoña Rodríguez González (JUR 2007\88305).
- SAP de Jaén de 14 de febrero de 2007 (Sección 2ª), núm. 30/2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Morales Ortega (JUR 2007\175496).
- AAP de Valencia de 10 de abril de 2007 (Sección 7ª), núm. 85/2007. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Escrig Orenga (AC 2007\1194).
- SAP de Castellón de 21 de mayo de 2007 (Sección 3ª), núm. 239/2007. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Adela Bardón Martínez (JUR 2007\322124).
- SAP de Las Palmas de 9 de julio de 2007 (Sección 3ª), núm. 304/2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Moyano García (JUR 2007\342345).
- SAP de Málaga de 30 de enero de 2008 (Sección 4ª), núm. 50/2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alejandro Martín Delgado (AC 2008\1199).
- SAP de Ciudad Real de 8 de abril de 2008 (Sección 1ª), núm. 41/2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Torres Fernández de Sevilla (JUR 2008\332407).
- AAP de Castellón de 24 de octubre de 2008 (Sección 3ª), Auto núm. 488/2008. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Adela Bardón Martínez (JUR 2009\134556).
- SAP de Córdoba de 2 de febrero de 2009 (Sección 2ª), núm. 36/2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Puebla Povedano. ECLI:ES:APCO:2009:297 (JUR 2009\315451).
- SAP de Toledo de 24 de febrero de 2009 (Sección 1ª), núm. 64/2009. Ponente: Ilma. Sra. Doña. Gema Adoración Ocáriz Azaustre. ECLI:ES:APTO:2009:90 (JUR 2009\188192).

-AAP de Barcelona de 27 de febrero de 2009 (Sección 14ª), núm. 43/2009. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Marta Font Marquina. ECLI:ES:APB:2009:731A (JUR 2009\170213).

-SAP de Granada de 27 de febrero de 2009 (Sección 3ª), núm. 97/2009. Ponente: Ilmo. Sr. D Enrique Pinazo Tobes. ECLI:ES:APGR:2009:125 (JUR 2009\197064).

-SAP de Murcia de 4 de junio de 2009 (Sección 4ª), núm. 327/2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán. ECLI:ES:APMU:2009:703 (JUR 2009\302164).

-SAP de Alicante de 13 de julio de 2009 (Sección 9ª), núm. 421/2009. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Encarnación Caturla Juan. ECLI:ES:APA:2009:2464 (JUR 2009\368879).

-SAP de Valencia de 17 de julio de 2009 (Sección 11ª), núm. 446/2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel José López Orellana. ECLI:ES:APV:2009:3936 (JUR 2010\53204).

-SAP de Pontevedra de 22 de octubre de 2009 (Sección 1ª), núm. 506/2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez. ECLI:ES:APPO:2009:2899 (JUR 2009\2309).

-SAP de Madrid de 27 de enero de 2010 (Sección 12ª), núm. 41/2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo. ECLI:ES:APM:2010:3702 (AC 2010\738).

-SAP de Barcelona de 23 de febrero 2010 (Sección 13ª), núm. 107/2010. Ponente: Ilmo. Sr. D Fernando Utrillas Carbonell. ECLI:ES:APB:2010:2417 (JUR 2010\167324).

-SAP de Madrid de 23 de marzo de 2010 (Sección 12ª), núm. 194/2010. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Margarita Orejas Valdés. ECLI:ES:APM:2010:6335 (JUR 2010\234433).

-SAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de mayo de 2010 (Sección 4ª), núm. 145/2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo José Moscoso Torres. ECLI:ES:APTF:2010:555 (JUR 2011\9944).

-SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2010 (Sección 4ª) núm. 167/2010. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Aragón Ramírez. ECLI:ES:APTF:2010:713 (JUR 2011\9528).

-AAP de Pontevedra de 22 de julio de 2010 (Sección 1ª), núm. 155/2010. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Begoña Rodríguez González. ECLI:ES:APPO:2010:722A (JUR 2010\328115).

-SAP de Murcia de 29 de julio de 2010 (Sección 1ª), núm. 439/2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Pacheco Guevara. ECLI:ES:APMU:2010:1803 (AC 2010\1164).

-SAP de Murcia de 9 de septiembre de 2010 (Sección 4ª), núm. 458/2010. Ponente: Ilmo., Sr. D. Juan Martínez Pérez. ECLI:ES:APMU:2010:1988 (JUR 2010\343779).

-SAP de Barcelona de 23 de septiembre de 2010 (Sección 19ª), núm. 373/2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Foncillas Sopena. ECLI:ES:APB:2010:10034 (JUR 2011\91606).

-SAP de Islas Baleares de 5 de octubre de 2010 (Sección 3ª), núm. 361/2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez. ECLI:ES:APIB:2010:1938 (AC 2010\1738).

-SAP de Zamora de 15 de octubre de 2010 (Sección 1ª), núm. 58/2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Manuel Encinas Bernardo. ECLI:ES:APZA:2010:136 (JUR 2011\17611).

-SAP de Badajoz de 22 de noviembre de 2010 (Sección 3ª), núm. 341/2010. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Juana Calderón Martín. ECLI:ES:APBA:2010:1125 (JUR 2011\35406).

-AAP de Jaén de 25 de marzo de 2011 (Sección 3ª), núm. 18/2011. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Passolas Morales. ECLI:ES:APJ:2011:61A (AC 2011\1167).

-SAP de Asturias de 29 de julio de 2011 (Sección 5ª), núm. 310/2011. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Pueyo Mateo. ECLI:ES:APO:2011:1558 (JUR 2014\415994).

-SAP de Madrid de 22 de julio de 2011 (Sección 12ª), núm. 585/2011. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Ana María Olalla Camarero. ECLI:ES:APM:2011:10997 (JUR 2011\330356).

-SAP de Segovia de 29 de julio de 2011 (Sección 1ª) núm. 178/2011. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Pando Echevarría. ECLI:ES:APSG:2011:263 (JUR 2011\330174).

-SAP de Murcia de 16 de noviembre de 2011 (Sección 5ª) núm. 308/2011. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares. ECLI:ES:APMU:2011:2557 (JUR 2011\426128).

-SAP de León de 9 de diciembre de 2011 (Sección 1ª), núm. 455/2011. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Álvarez-Sánchez de Movellán. ECLI:ES:APLE:2011:1538 (JUR 2012\37480).

-SAP de Zaragoza de 9 de diciembre de 2011 (Sección 5ª), núm. 714/2011. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver. ECLI:ES:APZ:2011:3138 (AC 2012\12).

-SAP de Madrid de 13 de febrero de 2012 (Sección 8ª) núm. 53/2012. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Carmen García de Leaniz Cavallé. ECLI:ES:APM:2012:1254 (JUR 2012\97124).

SAP de Asturias de 6 de marzo de 2012 (Sección 5ª), núm. 84/2012. Ponente: Ilma. Sra. Doña María José Pueyo Mateo. ECLI:ES:APO:2012:475 (JUR 2012\115829),

-SAP de Madrid de 21 de marzo de 2012 (Sección 18ª), núm. 163/2012. Ponente: Ilmo. Sr. D. Lorenzo Pérez San Francisco. ECLI:ES:APM:2012:4335 (JUR 2012\142109).

-SAP de La Rioja de 27 de marzo de 2012 (Sección 1ª), núm. 108 /2012. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Moreno García. ECLI:ES:APLO:2012:192 (JUR 2007\139183).

-AAP de Madrid de 25 de mayo de 2012 (Sección 28ª), núm. 89/2012. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández. ECLI:ES:APM:2012:6840A (JUR 2012\209223).

-SAP de A Coruña de 31 de mayo de 2012 (Sección 4ª), núm. 256/2012. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández. ECLI:ES:APC: 2012:1758 (JUR 2012\243259).

-SAP de Madrid de 20 de junio de 2012 (Sección 10ª), núm. 410/2012. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Vicente Illescas Rus. ECLI:APM:2012:8931 (JUR 2004\261436).

-SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de julio de 2012 (Sección 3ª), núm. 377/2012. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María del Carmen Padilla Márquez. ECLI:ES:APTF:2012:2179 (AC 2012\1841)

-SAP de Zamora de 20 de septiembre de 2012, núm. 166/2012. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Jesús García Garzón. ECLI:ES:APZA:2012:277 (AC 2012\1900).

-SAP de A Coruña de 9 de octubre de 2012 (Sección 5ª), núm. 497/2012. Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo. ECLI:ES:APC:2012:2557 (AC 2012\1981).

-SAP de Córdoba de 19 de noviembre de 2012 (Sección 3ª), núm. 269/2012. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. ECLI:ES:APCO:2012:749 (AC 2013\2236).

-SAP de Cáceres de 10 de diciembre de 2012 (Sección 1ª), núm. 518/2012. Ponente: D. Juan Francisco Bote Saavedra. ECLI:ES:APCC:2012:968 (JUR 2013\5544).

-SAP de Badajoz de 12 de diciembre de 2012 (Sección 2ª), núm. 408/2012. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Fidela Cercas Domínguez. ECLI:ES:APBA:2012:1437 (JUR 2013\29714).

-SAP de Sevilla de 10 de enero de 2013 (Sección 8ª), núm. 1/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Pablo Maroto Márquez. ECLI:ES:APSE:2013:85 (JUR 2013\177282).

-SAP de Toledo de 18 de enero de 2013 (Sección 2ª) núm. 12/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Carrión Matamoros. ECLI:ESAPTO:2013:50 (JUR 2013\63058).

- SAP de Madrid de 18 de febrero de 2013 (Sección 21ª), núm. 70/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Ripoll Olazábal. ECLI:ES:APM:2013:2874 (JUR 2013\110754).
- SAP de Valencia de 25 de abril de 2013 (Sección 6ª), núm. 229/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Lara Romero. ECLI:ES:APV:2013:2281 (JUR 2013\256079).
- SAP de Madrid de 3 de mayo de 2013 (Sección 9ª), núm. 212/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Gordillo Álvarez-Valdés. ECLI:ES:APM 2013:8486 (JUR 2013\210029).
- SAP de Madrid de 13 de mayo de 2013 (Sección 11ª), núm. 288/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Gómez Salcedo. ECLI:ES:APM:2013:9777 (JUR 2013\209182).
- SAP de Alicante de 29 de mayo de 2013 (Sección 5ª), núm. 227/2013. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Teresa Serra Abarca. ECLI:ES:APA:2013:1939 (JUR 2013\266684).
- SAP de Valladolid de 11 de junio de 2013 (Sección 3ª), núm. 162/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Jaime Sanz Cid. ECLI:ES:APVA:2013:794 (JUR 2013\235344).
- SAP de Lleida de 11 de julio de 2013 (Sección 2ª), núm. 277/2013. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María del Carmen Bernat Álvarez. ECLI:ES:APL:2013:529 (JUR 2013\341691).
- SAP de Madrid de 25 de julio de 2013 (Sección 10ª), núm. 322/2013. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Cristina Domenech Garret. ECLI:ES:APM:2013:1311 (JUR 2013\309732).
- SAP de Murcia de 21 de noviembre de 2013 (Sección 4ª), núm. 695/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez. ECLI:ES:APMU:2013:2697 (JUR 2013\380297).
- SAP de Madrid de 30 de enero de 2014 (Sección 20ª). Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael de los Reyes Sainz de la Maza. ECLI:ES:APM:2014:1765 (JUR 2014\63842).
- SAP de Alicante de 5 de febrero de 2014 (Sección 9ª), núm. 51/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Montalbán Avilés. ECLI:ES:APA:2014:207 (JUR 2014\104784).
- SAP de Vizcaya de 10 de febrero de 2014 (Sección 4ª), núm. 82/2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María de los Reyes Castresana García. ECLI:ES:APBI:2014:257 (JUR 2014\182910).
- SAP de Madrid de 17 de febrero de 2014 (Sección 13ª), núm. 48/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Cezón González. ECLI:ES:APM:2014:1927 (JUR 2014\81987).
- SAP de Murcia de 4 de marzo de 2014 (Sección 1ª), núm. 100/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Pacheco Guevara. ECLI:ES:APMU:2014:492 (JUR 2014\91925).
- SAP de Castellón de 5 de marzo de 2014 (Sección 3ª), núm. 86/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Emilio Vives Reus. ECLI:ES:APCS:2014:380 (JUR 2014\160642).
- SAP de Madrid de 11 de marzo de 2014 (Sección 25ª), núm. 107/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco. ECLI:ES:APM:2014:3735 (JUR 2014\105809).
- SAP de Islas Baleares de 17 de marzo de 2014 (Sección 3ª), núm. 98/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez. ECLI:ES:APIB:2014:431 (JUR 2014\91480).
- SAP de Barcelona de 3 de abril de 2014 (Sección 16ª), núm. 183/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas. ECLI:ES:APB:2014:3366 (JUR 2014\135240).
- SAP de Las Palmas de 14 de abril de 2014 (Sección 5ª), núm. 159/2014. Ponente: Ilma. Sra. Mónica García de Yzaguirre. ECLI:ES:APGC:2014:942 (JUR 2014\185798).
- SAP de Pontevedra de 4 de junio de 2014 (Sección 3ª), núm. 188/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Romero Costas. ECLI:ES:APPO:2014:1781 (JUR 2014\1432).

-SAP de Madrid de 5 de junio de 2014 (Sección 11ª), núm. 203/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio García Paredes. ECLI:ES:APM:2014:7770 (JUR 2014\235431).

-SAP de Guipúzcoa de 6 de junio de 2014 (Sección 2ª), núm. 99/2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Yolanda Domeño Nieto. ECLI:ES:APSS:2014:477 (JUR 2014\266052).

-SAP de A Coruña de 11 de junio de 2014 (Sección 5ª), núm. 201/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Conde Núñez. ECLI:ES:APC:2014:1724 (JUR 2014\218808).

-SAP de Madrid de 7 de julio de 2014 (Sección 13ª), núm. 254/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto de Bustos Gómez-Rico. ECLI:ES:APM:2014:8114 (JUR 2014\235986).

-SAP de Cantabria de 8 de julio de 2014 (Sección 4ª), núm. 276/2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María José Arroyo García. ECLI:ES:APS:2014:117 (JUR 2014\226865).

-SAP de Madrid, de 18 de septiembre de 2014 (Sección nº 12ª), núm. 423/20014. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María José Romero Suárez. ECLI:ES:APM:2014:13030. (JUR 2014\288910).

-SAP de Lleida de 17 de octubre de 2014 (Sección 2ª), núm. 433/2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Ana Cristina Sainz Pereda. ECLI:ES:APL:2014:762 (JUR 2014\298889).

-SAP de Jaén de 20 de octubre de 2014 (Sección 1ª), núm.412/2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Fernanda García Pérez. ECLI:APJ:2014:1043 (JUR 2015\46276).

-SAP de Madrid de 3 de noviembre de 2014 (Sección 11ª), núm. 353 /2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María de los Desamparados Delgado Tortosa. ECLI: ES:APM:2014:16869 (JUR 2015\38997).

-SAP de Ciudad Real de 11 de noviembre de 2014 (Sección 1ª), núm. 260/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Casero Linares. ECLI:ES:APCR:2014:1214 (JUR 2015\49346).

-SAP de Valencia de 20 de noviembre de 2014 (Sección 6ª), núm. 322/2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Mestre Ramos. ECLI:ES:APV:2014:5615 (JUR 2015\95608).

-SAP de Murcia de 9 de diciembre de 2014 (Cartagena, Sección 5ª), núm. 228/2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco López Pujante. ECLI:ES:APMU:2014:2545 (JUR 2015\52389).

-SAP de Granada de 6 de febrero de 2015 (Sección 5ª), núm. 43/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez. ECLI:ES:APGR:2015:433 (JUR 2015\141059).

-SAP de Pontevedra de 2 de marzo de 2015 (Sección 6ª), núm. 87/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo. ECLI ES:PPO:2015:427 (JUR 2015\99900).

-SAP de Madrid de 30 de marzo de 2015 (Sección 10ª), núm.123/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Isabel Fernández del Prado. ECLI:ES:APM:2015:5599 (JUR 2015\146650).

-SAP de Madrid de 31 de marzo de 2015 (Sección 19ª), núm. 92/2015. Ponente: Illmo. Sr. D. Marcos Ramón Porcar Laynez. ECLI:ES:APM:2015:5460 (JUR 2015\137994).

-SAP de Jaén de 16 de abril de 2015 (Sección 1ª), núm. 159/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Elena Arias-Salgado Robsy. ECLI:ES:APJ:2015:361 (JUR 2015\171551).

-SAP de Navarra de 11 de mayo de 2015 (Sección 3ª), núm. 157/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso Prieto García-Nieto. ECLI:ES:APNA:2015:709 (JUR 2016\146962).

-SAP de Guipúzcoa de 20 de mayo de 2015 (Sección 3ª), núm. 124/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Juana María Unanue Arratíbel. ECLI:ES:APSS:2015:458 (JUR 2015\175621).

-SAP de Vizcaya de 2 de junio de 2015 (Sección 4ª), núm. 343/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Ana Belén Iracheta Undagoitia. ECLI:ES:APBI:2015:1146 (JUR 2015\207330).

-SAP de Pontevedra de 4 de junio de 2015 (Sección 1ª), núm 205/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Begoña Rodríguez González. ECLI:ES:APPO:2015:1121 (JUR 2015\164127).

-SAP de Córdoba de 19 de junio de 2015 (Sección 1ª), núm. 274/2015. Ponente. Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García. ECLI:ES:APCO:2015:579 (JUR 2015\194071).

-SAP de Zamora de 23 de junio de 2015 (Sección 1ª) núm. 112/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Esther González González. ECLI:ES:APZA:2015:204 (2015\175694).

-SAP de Madrid de 7 de julio de 2015 (Sección 21ª), núm. 262/2015. Ponente: Illmo. Sr. D. Ramón Belo González. ES:APM:2015:10415 (JUR 2015\203207).

-SAP de Barcelona de 8 de julio de 2015 (Sección 16ª), núm. 323/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino. ECLI:ES:APB:2015:8185 (JUR 2015\234564).

-SAP de Cantabria de 13 de julio de 2015 (Sección 4ª), núm. 290/2015. Ponente: Illmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus. ECLI:ES:APS:2015:1197 (JUR 2016\34055).

-SAP de Madrid de 27 de julio de 2015 (Sección 21ª), núm. 275/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Rosa María Carrasco López. ECLI:ES:APM:2015:11926 (JUR 2015\238763).

-SAP de Asturias de 31 de julio de 2015 (Sección 7ª), núm. 281/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Piedad Liébana Rodríguez. ECLI:ES:APO: 2015:1717 (JUR 2015\233832).

-SAP de Girona de 31 de julio de 2015 (Sección 1ª), núm. 187/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Ferrero Hidalgo. ECLI:ES:APG:2015:860 (JUR 2015\234668)

-SAP de Alicante de 23 de septiembre de 2015 (Sección 5ª), núm. 215/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Úbeda Molero. ECLI:ES:APA:2015:1768 (JUR 2015\270670).

-SAP de Madrid de 25 de septiembre de 2015 (Sección 13ª), núm. 313/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José González Olleros. ECLI:ES:APM:2015:12411 (JUR 2015\244215).

-SAP de Vizcaya de 5 de octubre de 2015 (Sección 5ª), núm. 191/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Magdalena García Larragán. ECLI:ES:APBI:2015:1970 (JUR 2015/304088).

-SAP de Madrid de 14 de octubre de 2015 (Sección 20ª), núm.362/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Fernando Rodríguez Jackson. ECLI:ES:APM:2015:14478 (JUR 2015\275995).

-SAP de Valencia de 6 de noviembre de 2015 (Sección 6ª), núm. 336/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Mestre Ramos. ECLI:ES:APV:2015:4928 (JUR 2016\134853).

-SAP de Alicante de 23 de noviembre de 2015 (Sección 9ª), núm. 453/2015. Ponente: Illmo. Sr. D. Miguel Angel Larrosa Amante. ECLI:ES:APA:2015:3745 (JUR 2016\133114).

-SAP de Huesca de 27 de noviembre de 2015 (Sección 1ª), núm. 160/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Serena Puig. ECLI:ES:APHU:2015:338 (JUR 2016\7900).

-SAP de Madrid de 2 de diciembre de 2015 (Sección 21ª), núm. 412/2015. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Almudena Cánovas del Castillo Pascual. ECLI:ES:APM:2015:18113 (JUR 2016\37878).

-SAP de A Coruña de 9 de diciembre de 2015 (Sección 5ª), núm. 455/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo. ECLI:ES:APC:2015:3470 (JUR 2016\18303).

-SAP de Málaga de 14 de diciembre de 2015 (Sección 4ª), núm.643/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Ignacio Delgado Baena. ECLI:ES:APMA:2015:2954 (JUR 2016\58337).

-SAP de A Coruña de 15 de diciembre de 2015 (Sección 5ª), núm. 461/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo. ECLI:ES:APC:2015:3466 (JUR 2016\18717).

- SAP de Islas Baleares de 22 de diciembre de 2015 (Sección 3ª), núm. 340/2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez. ECLI:ES:APIB:2015:2340 (JUR 2015\33071).
- SAP de Huelva de 23 de diciembre de 2015 (Sección 2ª), núm. 480/2015. Ponente: Illmo. Sr. D. Francisco José Martín Mazuelos. ECLI:ES:APH:2015:1025 (JUR 2016\52886).
- SAP de Pontevedra de 14 de enero de 2016 (Sección 6ª), núm. 8/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Magdalena Fernández Soto. ECLI:ES:APPO:2016:129 (JUR 2016\58770)..
- SAP de Burgos de 18 de enero de 2016 (Sección 2ª), núm.3/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mauricio Muñoz Fernández. ECLI:ES:APBU:2016:39 (JUR 2016\35360).
- SAP de Madrid de 18 de enero de 2016 (Sección 14ª), núm. 3/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Sagrario Arroyo García. ECLI:ES:APM:2016:264 (JUR 2016\37521).
- SAP de Madrid de 21 de enero de 2016 (Sección 20ª), núm. 11/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Fernando Rodríguez Jackson. ECLI:ES:APM:2016:373 (JUR 2016\38840).
- SAP de Segovia de 28 de enero de 2016 (Sección 1ª), núm. 39/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Marina Reig. ECLI:ES:APSG:2016:110 (JUR 2016\111653).
- SAP de Madrid de 28 de enero de 2016 (Sección 9ª), núm. 52/2016 de 28 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Gordillo Álvarez Valdés. ECLI:ES:APM:2016:1592 (JUR 2016\74386).
- SAP de Cáceres de 29 de enero de 2016 (Sección 1ª), núm 49/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano. ECLI:ES:APCC:2016:69 (JUR 2016\39258).
- SAP de Las Palmas de 3 de febrero de 2016 (Sección 4ª), núm. 30/2016. Ponente: Ilma. Sr. Dª. María Elena Corral Losada, ECLI:ES:APGC:2016:162 (JUR 2016\90631).
- SAP de Las Palmas de 12 de febrero de 2016 (Sección 3ª), núm. 82/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Moyano García. ECLI:ES:APGC:2016:618 (JUR 2016\140010).
- SAP de Málaga de 29 de febrero de 2016 (Sección 6ª), núm. 119/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Pilar Ramírez Balboteo. ECLI:ES:APMA:2016:820 (JUR 2016\182340).
- SAP de Barcelona de 2 de marzo de 2016 (Sección 13ª), núm. 96/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Cremades Morán. ECLI:ES:APB:2016:2415 (JUR 2016\102419).
- SAP de Pontevedra de 2 de marzo de 2016 (Sección 6ª), núm. 111/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo. ECLI:ES:APPO:2016:298 (JUR 2016\66678).
- SAP de Barcelona de 2 de marzo de 2016 (Sección 19ª), núm. 75/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Asunción Claret Castany. ECLI:ES:APB:2016:1620 (JUR 2016\96547).
- SAP de Tarragona de 3 de marzo de 2016 (Sección 1ª), núm. 103/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan. ECLI:ES:APT:2016:216 (JUR 2016\98912).
- SAP de Asturias de 14 de marzo de 2016 (Sección 6ª), núm. 82/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Elena Rodríguez-Vigil Rubio. ECLI:ES:APO:2016:690 (JUR 2016\76405),
- SAP de Madrid de 16 de marzo de 2016 (Sección 12ª) núm. 102/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo. ECLI:ES:APM:2016:4280 (JUR 2016\115722).
- SAP de Madrid de 31 de marzo de 2016 (Sección 12ª), núm. 129/2016. Ponente: Illmo. Sr. D. Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo. ECLI:ES:APM:2016:5613 (JUR 2016\142406).
- SAP de Huelva de 13 de abril de 2016 (Sección 2ª) núm. 180/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Bodega del Val. ECLI:ES:APH: 2016:182 (JUR 2016\166612)

-SAP de Zaragoza de 21 de abril de 2016 (Sección 5ª), núm. 213/2016. Ponente: Illmo. Sr. D Antonio Luis Pastor Oliver. ECLI:ES:APZ:2016:965 (JUR 2016\189886).

-SAP de Toledo de 25 de abril de 2016 (Sección 1ª), núm. 81/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Buceta Miller. ECLI:ES:AUTO:2016:512 (JUR 2016\173281).

-SAP de Vizcaya de 3 de mayo de 2016 (Sección 5ª) núm. 125/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Elisabeth Huerta Sánchez. ECLI:ES:APBI:2016:1027 (JUR 2016\188776)

-SAP de Málaga de 12 de mayo de 2016 (Sección 6ª), núm. 329/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Pilar Ramírez Balboto. ECLI:ES:APMA:2016:1683 (AC 2017\471).

-SAP de Pontevedra de 12 de mayo de 2016 (Sección 6ª), núm. 253/2016. Ponente: Ilma. Sra. Magdalena Fernández Soto. ECLI:ES:APPO:2016:957 (JUR 2016\145980).

-SAP de Madrid de 23 de mayo de 2016 (Sección 8ª), núm. 277/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Peñas Gil. ECLI:ES:APM:2016:13766 (JUR 2016\255523).

-SAP de Cáceres de 3 de junio de 2016 (Sección 1ª), núm. 245/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano. ECLI:ES:APCC:2016:389 (JUR 2016\172339)

-SAP de Barcelona de 9 de junio de 2016 (Sección 16ª) núm. 182/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino. ECLI:ES:APB:2016:6340 (JUR 2016\198405).

-SAP de Málaga de 22 de junio de 2016 (Sección 4ª), núm. 355/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María José Torres Cuellar. ECLI:ES:APMA:2016:1065 (JUR 2016\223592).

-SAP de Sevilla de 23 de junio de 2016 (Sección 6ª), núm.185/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcos Antonio Blanco Leira. ECLI:ES:APSE:2016:1691 (JUR 2016\225250).

-SAP de Madrid de 24 de junio de 2016 (Sección 11ª), núm. 325/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Cesáreo Duro Ventura. ECLI:ES:APM:2016:9239 (JUR 2016\198643).

-SAP de Toledo de 28 de junio de 2016 (Sección 2ª), núm. 451/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Cáncer Loma. ECLI:ES:AUTO:2016:812 (JUR 2016\237865).

-SAP de A Coruña de 30 de junio de 2016 (Sección 5ª), núm. 236/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Elena Calleja Curros. ECLI:ES:APC:2016:1784 (JUR 2016\194312).

-SAP de Madrid de 12 de julio de 2016 (Sección 25ª), núm 282/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado. ECLI:ES:APM:2016:9579 (JUR 2016\199893).

-SAP de Madrid de 13 de julio de 2016 (Sección 13ª), núm. 322/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcos Ramón Porcar Laynez. ECLI:ES:APM:2016 10500 (JUR 2016\211513).

-SAP de Madrid de 14 de de julio de 2016 (Sección 19ª), núm. 297/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez. ECLI:ES:APM:2016:9910 (JUR 2016/208257).

-SAP de Sevilla de 14 de julio de 2016 (Sección 6ª), núm. 210/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcos Antonio Blanco Leira. ECLI:ES:APSE:2016:1694 (JUR 2016\224907).

-SAP de Barcelona de 14 de julio de 2016 (Sección 11ª), núm. 226/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María del Mar Alonso Martínez. ECLI:ES:APB:2016:7344 (JUR 2016\212174).

-SAP de Madrid de 15 de julio de 2016 (Sección 11ª), núm 338/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Cesáreo Duro Ventura. ECLI:ES:APM:2016:10304 (JUR 2016\210721).

-SAP de Sevilla de 18 de julio de 2016 (Sección 5ª), núm. 291/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Conrado Gallardo Correa. ECLI:ES:APSE:2016:1941 (JUR 2016\265832).

-SAP de La Rioja de 21 de julio de 2016 (Sección 1ª), núm. 167/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María del Puy Aramendía Ojer. ECLI:ES:APLO:2016:295 (JUR 2016\210849).

-SAP de Segovia de 29 de julio de 2016 (Sección 1ª) núm. 328/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Asunción Ramírez Sainz de Murieta. ECLI:ES:APSG:2016:324 (JUR 2016\218734).

-SAP de Asturias de 1 de septiembre de 2016 (Sección 5ª), núm 245/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María José Pueyo Mateos. ECLI:ES:APO:2016:2233 (JUR 2016\216513).

-SAP de Madrid de 9 de septiembre de 2016 (Sección 9ª) núm. 456/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. César Tejedor Freijo. ECLI:ES:APM:2016:12232 (JUR 2016\246616).

-SAP de Granada de 12 de septiembre de 2016 (Sección 3ª), núm. 212/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Pinazo Tobes. ECLI:ES:APGR:2016:1637 (JUR 2016\263848).

-SAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2016 (Sección 11ª), núm. 258/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio José Martínez Cendán. ECLI:ES:APB:2016:9219 (JUR 2016\240604).

-SAP de Salamanca de 19 de septiembre de 2016 (Sección 1ª), núm. 349/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Jacinto García Pérez. ECLI:ES:APSA:2016:448 (JUR 2016\226130).

-SAP de Toledo de 20 de septiembre de 2016 (Sección 2ª), núm. 494/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Isabel Ochoa Vidaur. ECLI:ES:APTO:2016:828 (JUR 2016\237867).

-SAP de Álava de 23 de septiembre de 2016 (Sección 1ª), núm 293/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Iñigo Elizburu Aguirre. ECLI:ES:APVI:2016:558 (JUR 2016\248509).

-SAP de Córdoba de 26 de septiembre de 2016 (Sección 1ª) núm. 483/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García. ECLI:ES:APCO:2016:732 (JUR 2016\263109).

-SAP de Madrid de 4 de octubre de 2016 (Sección 25ª), núm. 356/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco. ECLI:ES:APM:2016:12842 (JUR 2016\250066).

-SAP de Vizcaya de 20 de octubre de 2016 (Sección 3ª), núm. 400/2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Concepción Marco Cacho. ECLI:ES:APBI:2016:2017 (JUR 2016\273868).

-SAP de Zaragoza de 27 de diciembre de 2016 (Sección 5ª), núm. 633/2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García. ECLI:ES:APZ:2016:2203 (JUR 2017\23237).

-SAP de Murcia de 2 de febrero de 2017 (Sección 4ª), núm. 62/2017. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez. ECLI:ES:APMU:2017:120 (JUR 2017\46812).

-SAP de Sevilla de 20 de febrero de 2017 (Sección 5ª), núm. 61/2017. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Márquez Romero. ECLI:ES:APSE:2017:395 (JUR\2017\189274).

-SAP de Barcelona de 18 de mayo de 2017 (Sección 14ª), núm. 240/2017. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Marta Font Marquina, ECLI:ES:APB:2017:4392 (JUR 2017\196847).

-SAP de Pontevedra de 5 de junio de 2017 (Sección 1ª), núm. 270/2017. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Begoña Rodríguez González. ECLI:APPO:2017:1104 (JUR 2017\173375).

-SAP de Zaragoza de 14 de junio de 2017 (Sección 5ª), núm. 336/2017. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Arezo. ECLI:APZ:2017:1296 (AC 2017\958).

-SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2017 (Sección 13ª), núm. 359/2017. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María del Carmen Royo Jiménez, ECLI:ES:APM:2017:11872 (JUR 2017\257686).

-SAP de Guipúzcoa de 10 de noviembre de 2017 (Sección 2ª), núm. 274/2017. Ponente: Ilmo. Sr. D. Iñigo Suárez Odriozola. ECLI:ES:APSS:2017:828 (JUR 2018\28050).

-SAP de Guipúzcoa de 10 de noviembre de 2017 (Sección 2ª), núm. 276/2017 Ponente: Ilma. Sra. Dª. Yolanda Domeño Nieto. ECLI:ES:APSS:2017:809 (JUR\2018\25445).

-SAP de Murcia de 28 de noviembre de 2017 (Sección 5ª), núm. 249/2017. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ángel Pérez López. ECLI:ES:APMU:2017:2646 (JUR\2018\29390).

-SAP de Barcelona de 1 de diciembre de 2017 (Sección 1ª), núm. 647/2017. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Isabel Adela García de la Torre Fernández. ECLI:ES:APB:2017:11752 (JUR\2018\18490).

-SAP de Palencia de 12 de diciembre de 2017 (Sección 1ª), núm. 315/2017 Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Miguélez del Río. ECLI:ES:APP:2017:462 (AC\2017\1852).

-SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2017 (Sección 4ª), núm. 862/2017 de 20 diciembre. Ponente: Ilma. Sra. Dª Marta Dolores del Valle García. ECLI:ES:APB:2017:11771 (JUR 2018\18512).

-SAP de Madrid de 26 de diciembre de 2017 (Sección 8ª), núm. 558/2017 Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Peñas Gil. ECLI:ES:APM:2017:16723 (JUR\2018\40515).

-SAP de Zaragoza de 26 de diciembre de 2017 (Sección 4ª) núm. 593/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez. ECLI:ES:APZ:2017:2808 (JUR\2018\52546).

-SAP de Barcelona de 2 de enero de 2018 (Sección 4ª), núm. 1/2018. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Marta Dolores del Valle García, ECLI:ES:APB:2018:398 (JUR 2018\81878).

-SAP de Valladolid de 9 de enero de 2018 (Sección 3ª), núm. 3/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Muñoz Delgado. ECLI:ES:APVA:2018:48 (AC\2018\120).

-SAP de Cantabria de 18 de enero de 2018 (Sección 2ª), núm. 27/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Carlos Fernández Díez. ECLI:ES:APS:2018:3 (JUR\2018\74791).

-SAP de Barcelona de 19 de enero de 2018 (Sección 17ª), núm. 56/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ballester Llopis. ECLI:ES:APB:2018:663 (JUR\2018\84362).

-SAP de Barcelona de 25 de enero de 2018 (Sección 1ª), núm. 28/2018. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Isabel Adela García de la Torre Fernández. ECLI:ES:APB:2018:250 (AC\2018\160).

-SAP de Soria de 29 de enero de 2018, núm.19/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Greciano, ECLI:ES:APSO:2018:19 (JUR 2018\64690).

-SAP de Cantabria de 1 de febrero de 2018 (Sección 2ª), núm. 61/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera, ECLI:ES:APS:2018:21 (AC 2018\230).

-SAP de Zaragoza de 7 de febrero de 2018 (Sección 4ª) núm. 62/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez. ECLI:ES:APZ:2018:242 (JUR\2018\81742).

-SAP de Asturias de 7 de febrero de 2018 (Sección 7ª), núm. 64/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Terán López. ECLI:ES:APO:2018:410 (JUR\2018\97834).

-SAP de Asturias de 9 de febrero de 2018 (Sección 6ª), núm. 62/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Ríaza García. ECLI:ES:APO:2018:402 (AC 2018\422).

- SAP de Madrid de 26 de febrero de 2018 (Sección 8ª) núm. 85/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Gavilán López de 26 febrero. ECLI:ES:APM:2018:2833 (AC 2018\600).

-SAP de Cuenca de 27 de febrero de 2018 (Sección 1ª), núm. 48/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Martín Mesonero. ECLI:ES:APCU:2018:83 (JUR\2018\116819).

-SAP de Lugo de 5 de marzo de 2018 (Sección 1ª), núm. 24/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Darío Antonio Reigosa Cubero. ECLI:ES:APLU:2018:27 (JUR\2018\131712).

- SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2018 (Sección 14ª), núm. 111/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Sergio Fernández Iglesias. ECLI:ES:APB:2018:1215 (JUR\2018\87829).
- SAP de Cuenca de 6 de marzo de 2018 (Sección 1ª), núm. 52/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Eduardo Martínez Mediavilla. ECLI:ES:APCU:2018:89 (JUR\2018\116820)
- SAP de Madrid de 21 de marzo de 2018 (Sección 11ª), núm. 98/2018. Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Miguel Alemany Eguidazu. ECLI:ES:APM:2018:3968 (JUR 2018\149004).
- SAP de Tarragona de 18 de abril de 2018 (Sección 1ª), núm. 177/2018. Ponente: Illmo. Sr. D. Roberto Niño Estébanez. ECLI:ES:APT:2018:351 (JUR 2018\124638).
- SAP de Madrid de 19 de abril de 2018 (Sección 10ª), núm. 186/2018. Ponente: Illma. Sra. Dª. Mª. Begoña Pérez Sanz. ECLI:ES:APM:2018:6358 (JUR 2018\191729).
- SAP de Valencia de 16 de mayo de 2018 (Sección 8ª), núm. 242/2018. Ponente: Illmo. Sr. D. Valentín Bruno Ruiz Font. ECLI:ES:APV:2018:1492 (JUR 2018\154926).
- SAP de Islas Baleares de 24 de mayo de 2018 (Sección 3ª), núm. 234/2018. Ponente: Illma. Sra. Dª. María Encarnación González López. ECLI:ES:APIB:2018:1067 (JUR 2018\206541).
- SAP de Barcelona de 31 de mayo de 2018 (Sección 19ª), núm. 253/2018. Ponente: Illma. Sra. Dª. Asunción Claret Castany. ECLI:ES:APB:2018:5443 (JUR 2018\166852).
- SAP de Barcelona de 18 de junio de 2018 (Sección 14ª), núm. 331/2018. Ponente: Illma. Sra. Dª. Monserrat Sal Sal. ECLI:ES:APB:2018:6414 (JUR 2018\199222).
- SAP de Zamora de 31 de julio de 2018 (Sección 1ª), núm. 213/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Pérez Serna, ECLI:ES:APZA:2018:308 (JUR\2018\245008).
- SAP de Barcelona de 13 de septiembre de 2018 (Sección 17ª), núm. 640/2018. Ponente: Illma. Sra. Dª. María Sanahuja Buenaventura, ECLI:ES:APB:2018:8334 (JUR\2018\255129).
- SAP de Barcelona de 28 de septiembre de 2018 (Sección 16ª), núm. 424/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino, ECLI:ES:APB:2018:9085 (JUR 2018\272103).

BIBLIOGRAFÍA

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?”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 2003, pp. 127 a 136.

ABELLA RUBIO, J.M., “Incumplimiento Parcial”, en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O’Callaghan Muñoz, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 317 a 360.

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*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, 2003, pp. 1233 a 1250.

ACADEMIA DE PAVÍA, *Código Europeo de Contratos*, traducido por J.L. de los Mozos y C. Rogel Vide, Reus, Madrid, 2009.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., “Comentario al artículo 1591”, en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo V, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1991, pp. 1.212 a 1.241.

-- “Comentario al artículo 1596”, en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo V, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1991, pp. 1.265 a 1.267.

ALBALADEJO, M., “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XVI, núm. II, 1963, pp. 345 a 376.

-- “Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Civitas, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Madrid, 2003, pp. 1.252 a 1.274.

-- *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.

-- *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, revisada y puesta al día por S. Díaz Alabart, 19ª ed., Edisofer, Madrid, 2013.

-- *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, revisada y puesta al día por M. Albaladejo Abarca, 12ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Comentario al artículo 1.588 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11.215 a 11.231.

-- “Comentario al artículo 1.591 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 11.237 a 11.252.

-- “Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español”, en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín, y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 239 a 293.

ALMAGRO NOSETE, J., “Algunas cuestiones procesales”, en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, R., Bosch, Barcelona, 2006, pp. 513 a 517.

-- “Los artículos 13 y 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 17 y la disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, pp. 57 a 82.

ALONSO PÉREZ, Mª.T., “El difícil encaje de los artículos 148 y 149 del TRLGDCU en el conjunto de

normas sobre responsabilidad civil en la construcción”, en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín, y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 561 a 603.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Concepto de ruina a efectos de responsabilidad por vicios de construcción”, *Actualidad Civil*, núm. 11, 2007, pp. 1332 a 1662.

-- “Responsabilidad profesional del arquitecto”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 78, 2010 (versión digital, LA LEY 21553/2009).

ÁLVAREZ MORENO, M., y SOLER SEVERINO, M., “Análisis de la gestión de contratos con metodología PMI® y su interacción con modelos estándar de contratos internacionales”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 35, 2015, (versión digital, BIB 2016\24).

ÁLVAREZ OLALLA, M^a.P., *La responsabilidad por defectos en la edificación, El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

-- “El Tribunal Supremo aclara su doctrina relativa a la inaplicación del artículo 1974 CC en el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Comentario a la doctrina contenida en SSTS de 16 de enero y 20 de mayo de 2015 (RJ 2015 277, 2256), seguidas de las SSTS de 17 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4004, 4005, 4006)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.11, 2015 (versión digital, BIB 2015\167262).

AMAT LLOMBART, P., “Responsabilidad civil de los profesionales de la edificación. Garantías legales y aseguramiento”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Editum, Murcia, 2011, pp. 395 a 413.

ARANA DE LA FUENTE, I., “Cesión de suelo por obra futura: incumplimiento del cesionario y remedios del cedente. La cláusula Penal”, en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigidos por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 51 a 81.

ARENAS CABELLO, F.J., *El régimen jurídico de la profesión de arquitecto técnico y aparejador*, Tesis doctoral, dirigida por M. Bassols Coma, Universidad de Alcalá, 2002, [www.cervantesvirtual.com/obra/el-regimen-juridico-de-la-profesion-de-arquitecto-tecnico-y-aparejador --0/](http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-regimen-juridico-de-la-profesion-de-arquitecto-tecnico-y-aparejador--0/) (fecha de última consulta 15-12-2018).

-- “La responsabilidad civil de los arquitectos técnicos en el ejercicio libre de la profesión”, *Actualidad Civil*, núm. 43, 2003, pp. 1.137 a 1.158.

-- “El seguro de responsabilidad civil en los arquitectos técnicos y aparejadores”, *El consultor inmobiliario*, núm. 69, 2006, pp. 3 a 12.

ARIAS DÍAZ, M^a.D., “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (II). La recepción de la obra”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 51 a 64.

ARNAU MOYA, F., *Los vicios de la construcción (su régimen en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

-- “Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra futura”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009 (versión digital, BIB 2009\80).

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/sep/TITULO-I-OBLIGACIONES.pdf> (fecha de última consulta 7-11-2018).

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DIRECCIÓN INTEGRADA DE PROYECTOS (AEDIP), *Libro Blanco de la Dirección Integrada de Proyecto en construcción*, AEDIP, Madrid, 2006.

ATAZ LÓPEZ, J., “Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)”, en *Las obligaciones solidarias*. Jornadas de Derecho Civil en Murcia, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 75 a 166.

-- “La solidaridad pasiva nacida de la responsabilidad civil. ¿A quién hay que demandar?”, en *Derecho de Daños*, coordinado por M. Herrador Guardia, Sepin, Madrid, 2011, pp. 229 a 284.

AVILÉS INGLÉS, F.M., *Identificación de los daños estructurales, herramienta de la nueva atribución de responsabilidades. Análisis crítico de la transición del art. 1591 CC al art. 17 LOE*, Tesis Doctoral, dirigida por A. Más-Guindal Lafarga, Universidad Politécnica de Madrid, 2013, oa.upm.es/view/department/Estructuras/thesis.html (fecha de última consulta 7-11-2018).

AYLLÓN SANTIAGO, H.S., “Cumplimiento sensu stricto en contrato unilateral y en contrato bilateral”, en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O’Callaghan Muñoz, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 23 a 120.

BADIOLA DÍEZ, R., “Responsabilidades jurídicas en la edificación”, en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y L. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 61 a 111.

BADOSA COLL, F., “Comentario al artículo 1.098”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 28 a 30.

-- “Comentario al artículo 1.101”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 34 a 36.

-- “Los fundamentos civiles del litisconsorcio pasivo necesario”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo I, Universidad de Murcia, 2004, pp. 439 a 460.

BANACLOCHE PALAO, J., “Algunas cuestiones procesales polémicas en los pleitos de daños”, en *Derecho de daños 2013*, coordinado por M.J. Herrador Guardia, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 187 a 233.

BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., “La responsabilidad civil de los agentes de la construcción”, en *Garantías y responsabilidades en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J. Seoane Prado, A. Barcala Fernández de Palencia y J.J. Cobo Plana, Sepin, Madrid, 2000, pp. 39 a 76.

BARRADA ORELLANA, R., “CESL: obligaciones del comprador”, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, dirigido por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín y coordinado por M^a.M. Heras Hernández Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 453 a 471.

E. BARREDA, “Algunas aclaraciones sobre la responsabilidad legal del Project Manager en la construcción. Análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de mayo de 2018” *Diario La Ley*, núm. 9322, 20 de diciembre de 2018, pp. 1 a 6.

BATALLER GRAU, J., LATORRE CHINER, N. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los Seguros Privados*, Marcial Pons, Madrid 2007.

BELLO JANEIRO, D., “La responsabilidad sanitaria”, en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Reus, Madrid, 2009, pp. 219 a 310.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 3”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Normas Complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2^a. ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 55 a 74.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “Los acuerdos de la Junta de Propietarios y las Actas”, en *Estudios sobre la Propiedad Horizontal*, coordinado por S. San Cristóbal Reales, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, pp. 595 a 709.

BLANCO, J., “La responsabilidad civil de los agentes de la edificación en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre”, en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 252 a 271.

BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad del arquitecto*, Civilis, A Coruña, 2004.

BLANCO MARTÍN, P., “Análisis de la interrupción de la prescripción en la solidaridad impropia y su efecto en la eventual acción de repetición”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2018 (versión digital, BIB 2018\12319).

BLASCO GASGÓ, F.P., “Cuestiones propias de una relación solidaria impropia”, Serjuteca, 2006, <http://www.serjuteca.es/publicaciones.php> (fecha de última consulta 20-10-2018).

-- “La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos de responsabilidad por vicios en la construcción”, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, pp. 195 a 271.

-- *Cuestiones de responsabilidad civil en la edificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

-- *Eficacia e ineficacia del acto jurídico contra legem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018,

BOTANA GARCÍA, G.A., “Distinción entre vicios ruinógenos e incumplimiento de contrato de compraventa de vivienda”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 65, 2008 (versión digital, LA LEY 40223/2008).

“Daños por vicios ruinógenos”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 32, 2017 (versión digital, LA LEY 10112/2017).

BOTELLO HERMOSA, P.I., “Tipo de responsabilidad y posibles responsables de los daños causados por la construcción a inmuebles próximos”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2017 (versión digital, LA LEY 2502/2017).

BRICMONT, G., *La responsabilité des Architecte et Entrepreneur en Droit Belge et en Droit Français*, Deuxième édition, Bruxelles-Paris, 1965.

BUSTO LAGO, J.M., “Inmuebles y responsabilidad civil extracontractual”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 93, 2011 (versión digital, LA LEY 7995/2011).

BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La recepción de la obra”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XXXI, núm. II, 1978, pp. 287 a 314.

-- *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1.993,

-- “La responsabilidad por vicios de la construcción en la LOE”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LIII, núm. II, 2000, pp. 405 a 510.

-- “La recepción de la obra en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LV, núm. II, 2002, pp. 413 a 625.

-- “Las modificaciones del proyecto y el control económico de la obra”, en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 107 a 136.

CABELLO CONTRERAS, J.L., “El incumplimiento resolutorio previsible”, *Diario La Ley*, núm. 9050, 27 de septiembre de 2017 (versión digital, LA LEY 11962/2017).

CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Montecorvo, Madrid, 1976.

-- “La responsabilidad de los constructores en la Ley de Ordenación de la Edificación. Una aproximación a la nueva disciplina”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 7, 2000, pp. 3 a 10.

-- “Gestores de proyecto, arquitectos y Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, 2003, pp.1.525 a 1.538.

-- “El sistema de responsabilidad civil en la construcción”, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, pp. 37 a 56.

CAFFARENA LAPORTA, J., “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, en *Las obligaciones solidarias*. Jornadas de Derecho Civil en Murcia, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 16 a 69.

CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009.

-- “El dictamen de peritos”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2014, pp. 904 a 928.

CALZADA CONDE, M^a.A., *El seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

-- “La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro”, en *La protección del cliente en el mercado asegurador*, dirigido por J. Bataller Grau y A.B. Veiga Copo, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 107 a 151.

CAÑIZARES LASO, A., “Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 89 a 138.

CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I). El concepto legal de edificio”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 25 a 49.

CARRASCO PERERA, A., “La insistente recurrencia de un falso problema: ¿está derogado el art. 1591 Código Civil?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 454, 2000 (versión digital, BIB 2000\1324).

-- “La jurisprudencia post-LOE, ¿ha cambiado algo en el régimen de responsabilidad por ruina?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21, 2001, (versión digital, BIB 2002\28).

-- “Capítulo 22. Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M^a.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 433 a 528.

-- *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

-- *Derecho de Contratos*, 2^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

-- *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

-- *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*, 7ª ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

CARRASCO PERERA, A., y GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., "Capítulo 4. Introducción jurídica al código técnico de la edificación", en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 75 a 104.

CARRIÓN OLMOS, S., "Antecedentes para un intento de armonización de los artículos 1.145 y 1.210.3 del Código Civil", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, 2003, pp.1.569 a 1.610.

CARTWRIGHT, J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2ª ed., Oxford Hart Publishing, Oxford, 2013.

CARUANA FONT DE MORA, G., "La compraventa de vivienda. Reclamación del comprador ante incumplimientos del vendedor en materia de extensión, calidades y fecha de entrega", *El Consultor Inmobiliario*, núm. 66, 2006, pp. 3 a 21.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo II, *Derecho de Cosas*, Volumen I, revisada y puesta al día por G. García Cantero, 14ª ed., Reus, Madrid, 1992.

-- *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, *Introducción y Parte General*, Vol. I, revisada y puesta al día por A.M. Román García, 2ª ed., Reus, Madrid, 2005.

-- *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, *Introducción y Parte General*, Vol. II, revisada y puesta al día por A.M. Román García, 15ª ed., Reus, Madrid, 2007.

-- *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, revisada y puesta al día por G. García Cantero, 17ª ed., Reus, Madrid, 2008.

CASTILLEJO MANZANARES, R., "Legitimación en el proceso civil según la Ley de ordenación de la edificación", *El consultor inmobiliario*, núm. 70, 2006, pp. 3 a 17.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., "El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2018 (versión digital, LA LEY 6348/2018).

CASTRO BOBILLO, J.C., "Del art. 1.591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", *Actualidad Civil*, núm. 12, 2001, pp. 417 a 443.

-- "El Código Técnico de la Edificación", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 47, 2.003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 155 a 173.

-- "Aspectos jurídicos del Código Técnico de la Edificación", en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, pp. 15 a 36.

CAVANILLAS MÚGICA, S., "El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2008 (versión digital, BIB 2008\24).

-- "Prescripción de la responsabilidad civil: última jurisprudencia y tendencias legislativas y doctrinales", *XVIII Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, coordinado por J. López y García de la Serrana y J.L. Nava Meana, Sepín, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 101 y 119.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXV, núm. III, 2000, pp. 1.002 a 1.073.

COLINA GAREA, R., “La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2003, pp. 658 a 694.

-- “Sobre la necesidad o no del carácter oculto de los vicios constructivos en la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porrás y F. Méndez González, Tomo I, Universidad de Murcia, 2004, pp. 1.111 a 1.132.

CORBAL FERNÁNDEZ, J.F., “El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación”, en *Derecho de la edificación*, coordinado por P. Sala Sánchez, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2001, pp. 337 a 341.

CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 17”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3ª ed., A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 293 a 346.

-- “Capítulo 15. El constructor”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 309 a 314.

-- “Capítulo 16. El director de obra”, *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 315 a 326.

-- “Capítulo 19. Los suministradores de productos”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 341 a 348.

-- “Capítulo 21. Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 363 a 431.

-- *El Código Técnico de la Edificación como Norma Jurídica. A propósito de la Eficacia Jurídica y los Límites del RD 314/2006*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen I, Alianza Universidad, Madrid, 1975.

CRESPO MORA, Mª.C., “La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012 (versión digital, BIB 2012\163).

-- “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret*, núm. 2, 2013.

CRISTÓBAL MONTES, A., *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Bosch, Barcelona, 1985.

CUENCA LÓPEZ, L.J., *Aparejadores, arquitectos técnicos e ingenieros de la edificación. Una aproximación histórica a sus responsabilidades*, Tesis Doctoral, dirigida por I. Sánchez Ruiz de Valdivia, Universidad de Granada, 2012, <https://hera.ugr.es/tesisugr/20762768.pdf> (fecha de última consulta 25-11-2017).

-- “Construcción industrializada de edificios en el siglo XXI. En torno a las responsabilidades”, *Revista de derecho, empresa y sociedad*, núm. 5, 2014, pp. 160-175.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, 1978.

-- “Comentario al artículo 1.106”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 45 a 53.

-- "Comentario al artículo 1.107", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 53 a 61.

-- "Comentario al artículo 1.903", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2.003 a 2.034.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, Volumen X, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.971.

DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M^a.S., "Responsabilidades y garantías del autopromotor individual y colectivo según la vigente Ley de Ordenación de la Edificación", *El Consultor Inmobiliario*, núm. 71, 2006, pp. 3 a 25.

DE LA HAZA DÍAZ, P., "Perspectiva civil de la licencia de primera ocupación. Análisis jurisprudencial", en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 239 a 267.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005

DE LA ROCHA GARCIA, E. y DEL ARCO TORRES, M.A., *Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre*, 2^a ed., Comares, Granada, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción*, 8^a ed., Comares, Granada, 2010.

DEL OLMO GARCÍA, P., "Comentario al artículo 1.909 CC", en *Código Civil Comentado*, dirigido por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, Vol. IV, Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 1.505 a 1.511.

DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, V, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925.

-- *Traité des obligations en général*, VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1931.

DÍAZ BARCO, F., *Manual de Derecho de la Construcción*, 4^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

DÍAZ BARCO, F. y CELADA ABAD, C., *Régimen Jurídico de la Inspección Técnica de Edificios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

DÍAZ CABIALE, J.A., *La eficacia material y procesal de la sentencia civil más allá de la cosa juzgada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., "La responsabilidad del productor: referencia a la directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XLIII, núm. III, 1990, pp. 737 a 792.

-- *La no presunción de solidaridad en las obligaciones: estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

DÍAZ MORENO, A., "La solidaridad impropia en el ámbito de la edificación", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011 (versión digital, BIB 2011\1265).

DÍEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona 1.957.

- "Ley de edificación y Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LIII, núm. I, 2000, pp. 5 a 22.
- *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI. Los Derechos Reales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre las Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen II, *El contrato en general y la relación obligatoria*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Análisis de sus fronteras", en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Editum, Murcia, 2011, pp. 113 a 312.
- "Las relaciones entre los responsables del daño en los casos de solidaridad impropia", en *Culpa y Responsabilidad*, coordinado por L. Prats Albentosa y G. Tomás Martínez, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 259 a 285.
- "Nº 2.810. Comentario Sentencia núm. 411/2017 de 27 junio. RJ 2017\3197. Doctrina jurisprudencial sobre la interrupción de la prescripción en los supuestos de responsabilidad solidaria subsidiaria de los agentes que intervienen en el proceso de edificación", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 105, 2017, pp. 609 a 628 (versión digital, BIB 2017\4696).
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., "Daño moral derivado de muerte y lesiones corporales", en *El daño moral y su cuantificación*, dirigido por F. Gómez Pomar e I. Marín García, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, pp. 307 a 392.
- DORAL GARCÍA, J.A., "Vicios de la construcción y garantías del consumidor adquirente de vivienda", en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 46 a 95.
- DORAL, J.A., "El servidor de la posesión", en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, V, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 210 a 228.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M., "Comentario al artículo 10", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 353 a 422.
- EIRANOVA ENCINAS, E., "El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario", *Diario La Ley*, núm. 5521, 11 de abril de 2002, pp. 1.791 a 1.832.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Derecho Civil Español*, Vol. III, *Obligaciones y contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.

ESTRUCH ESTRUCH, J., "Régimen jurídico de los daños y perjuicios derivados de los vicios de la construcción exigibles tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Construcción", en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, pp. 125 a 194.

-- "Ámbito de aplicación del régimen de garantías en la venta de bienes de consumo", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 21, 2009 (versión digital BIB 2009\1653).

-- "Comentario a la Sentencia de 28 de febrero de 2011. Legitimación activa ex artículo 1591 CC del promotor frente al contratista y técnicos intervinientes en el proceso constructivo cuando el promotor ya ha transmitido a terceros la totalidad de la edificación", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, 2012, pp. 309 a 326.

-- *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

-- "Problemas de legitimación en la ley de ordenación de la edificación", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm 38, 2015, pp. 27 a 73.

ESTRUCH ESTRUCH, J., y VERDERA SERVER, R., *Acuerdos y actuaciones en propiedad horizontal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

EUROPEAN GROUP TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción coordinada por M. Martín-Casals, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

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)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

-- *La responsabilidad del arquitecto en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, Madrid, 2004.

FENOY PICÓN, N., "La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato. Análisis comparativo del artículo 1.124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXII, núm. I, 2009, pp. 211 a 334.

-- "La modernización del régimen de incumplimiento de contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXIV, núm. 4, 2011, pp. 1.482 a 1.684.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I., "Evicción y derecho europeo en materia de compraventa", en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, dirigido por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín y coordinado por Mª.M. Heras Hernández Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 483 a 495.

FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato del arquitecto en la edificación*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

FERNÁNDEZ DE LOS RONDEROS MARTÍN, M.A., "Vigencia del art. 1591 CC y su relación con la LOE. Problemas de su aplicación temporal. Plazos de garantía y plazos de prescripción", *Cuadernos digitales de formación*, núm. 19/2008, pp. 1 a 25.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., "El incumplimiento total", en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O'Callaghan Muñoz, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 201 a 246.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, Mª.A., "La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales", en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O'Callaghan Muñoz, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 382 a 459.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006.

FERNÁNDEZ MARTÍN, D., *La Promoción Inmobiliaria. Aspectos prácticos*, Dossat, Madrid, 2007.

FERRANTE, A., "Obligación y garantía: la criptonaturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXIX, núm. III, 2016, pp. 865 a 923.

GADEA SOLER, E., "Notas características y ventajas e inconvenientes que presenta la realización de una promoción en régimen de comunidad y la construcción de viviendas en régimen de cooperativa especial. Incidencia en el régimen legal de las cooperativas de viviendas", en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 399 a 406.

GALLEGO BRIZUELA, C., *Ley de Propiedad Horizontal. Comentada y con Jurisprudencia*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "La unificación del Derecho Civil patrimonial europeo", en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo I, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1.787 a 1.810.

-- "Nº 1952. STS de 23 de febrero de 2006: Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad por hechos ajenos. Responsabilidad de empresarios por la actuación de sus dependientes", en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil*, núm. 73, 2007, pp. 265 a 280.

-- "Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas", en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Reus, Madrid, 2009, pp.13 a 43.

-- "Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 a la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, reformada por la Ley 20/2015", *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2015, pp. 23 a 74.

-- "Las cláusulas abusivas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, dirigido por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín y coordinado por M^a.M. Heras Hernández, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 313 a 370

GÁLVEZ CRIADO, A., "Derecho de reintegro del asegurador y aseguramiento obligatorio en la Ley de Ordenación de la Edificación", *Revista Española Seguros*, núm. 123-124, 2005, pp. 482 a 487.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles*, Bosch, Barcelona, 2010.

-- *Derecho Procesal Civil, procesos declarativos y procesos de ejecución*, Bosch, Barcelona, 2011.

GARCÍA CANTERO, G., "La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1.591 del Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XVI, núm. IV, 1.963, pp. 1.053 a 1.113.

GARCÍA CARACUEL, M., "Cuestiones procesales en la LOE", en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 191 a 214.

GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la Construcción*, Bosch, Barcelona, 1996.

-- "Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 100, núm. 2, 2001, pp. 345 a 362.

GARCÍA LARAÑA, R., "La llamada en garantía y la acción de repetición en la Ley de Ordenación de la Edificación", *El Promotor Inmobiliario*, núm. 7, noviembre, 2000, pp. 24 a 32.

GARCÍA LÓPEZ, P., "Daños causados por finca colindante", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 34,

2006, pp. 53 a 76.

GARCÍA MEDINA, J., "Adquisición de la propiedad por accesión", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 20, 2002 (versión digital, BIB 2003\52).

GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil de los arquitectos superiores y técnicos en la construcción de la obra privada*, Atelier, Barcelona, 2004.

-- "Vicios en la ejecución de la obra. ¿Quién responde? Comentario a la STS, 1ª, de 27 de febrero de 2004", *InDret, Working Paper*, núm. 239, 2004, pp. 1 a 11, www.indret.com/pdf/239_es.pdf (fecha de última consulta 30 diciembre 2018)

GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L., *Derecho Mercantil de Obligaciones*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2010.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. "Régimen Jurídico de la Responsabilidad Civil de los Agentes de la Edificación", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año 34, núm. 177, 2000, pp. 13 a 48.

GARNICA MARTÍN, J., "Problemas derivados de la pluralidad de responsables en el proceso civil", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 25, 2008, pp. 9 a 46.

GÁZQUEZ SERRANO, L., "La responsabilidad civil por hecho ajeno: las nuevas tendencias jurisprudenciales ante la responsabilidad civil del empresario", en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Madrid, 2009, pp. 117 a 150.

-- "Daños causados por ruina del edificio", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 92, 2011 (versión digital, LA LEY 4882/2011).

GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal Civil I. El proceso de declaración. Parte General*. 2ª ed., Colex, Madrid, 2007.

GÓMEZ CALLE, E., "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización de Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador de Marco Común de Referencia", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXV, núm. I, 2012, pp. 29 a 102.

-- "Los sujetos de la responsabilidad civil por hecho ajeno", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 971 a 1.104.

-- "La pluralidad de deudores: análisis de derecho comparado", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXX, núm. I, 2017, pp. 80 a 117.

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)*, 2ª ed., Bosch, Barcelona 1994.

GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L., "La ejecución (I)", en *Derecho de la edificación y renovación urbana*, dirigido por M.M. Fernando Pablo y coordinado por M.A. González Bustos, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 223 a 241.

-- "Deber de conservación de las edificaciones", en *Derecho de la edificación y renovación urbana*, dirigido por M.M. Fernando Pablo y coordinado por M.A. González Bustos, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 287 a 306.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y derecho de daños, los límites de la responsabilidad colectiva*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

-- "Concepto de daño moral", en *El daño moral y su cuantificación*, dirigido por F. Gómez Pomar e I. Marín García, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, pp. 27 a 81.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Algunos aspectos procesales en la aplicación del régimen de responsabilidad del artículo 1.591 CC y de la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 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*, dirigido por A. Merino Gutiérrez, Cendoj, Madrid, 2008, pp. 85 a 122.

GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Dikynson, Madrid, 2004.

GÓMEZ TABOADA, J. “Los arrendamientos de obras y servicios. Parte primera. El arrendamiento de obra”, en *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por J.F. Delgado de Miguel, Tomo III, *Obligaciones y Contratos*, Vol. 3º, coordinado por V.L. Simó Santonja, Civitas, Madrid, 2003, pp. 365 a 426.

GONZÁLEZ BARRIOS, I., “La prescripción de la acción”, en *Accidentes de Circulación, Responsabilidad Civil y Seguro*, dirigido por F. Reglero Campos, 3ª ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1.103 a 1.153.

GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., “El Código Técnico de la Edificación”, en *Derecho de la edificación y renovación urbana*, dirigido por M.M. Fernando Pablo y coordinado por M.A. González Bustos, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 210 a 222.

GONZÁLEZ CARRASCO, Mª.C., “Comentario al artículo 2”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 65 a 81.

-- “Capítulo 1. Objeto del régimen de ordenación de la edificación”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 19 a 54.

-- “Capítulo 7. Requisitos básicos de la edificación”, en *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y Mª.C. González Carrasco, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 137 a 170.

-- “La contratación inmobiliaria con consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla la Mancha-CESCO, 2008, <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/6.pdf> (fecha de última consulta 4-11-2018).

-- “Comentario al artículo 13”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 427 a 500.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al artículo 1.257 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo XVII, Vol. 1º-A, Edersa. Madrid, 1993, pp. 340 a 419.

-- “Comentario al artículo 86”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Normas Complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1.255 a 1.282.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 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*, dirigido y coordinado por L. Martínez-Calcerrada y Gómez, Vol. II, Centro Estudios Ramon Areces, Madrid, 2001, pp. 1529 a 1.546.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M., *El Acta de los acuerdos de las Juntas de Propietarios, Anotaciones al Derecho Español a la obra de Franco Girino*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1976.

-- “Comentario al artículo 1.183 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XVI, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1980, pp. 276 a 284.

GONZÁLEZ POVEDA, P., “Comentario al artículo 1.591”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo 6, coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 628 a 666

-- “Responsabilidades y garantías”, en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 309 a 368.

-- “La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, actualización de septiembre de 2008, coordinado por I Sierra Gil de la Cuesta, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, pp. 71 a 140.

GONZÁLEZ TAUSZ, R., “El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 661, 2000, pp. 2.691 a 2.796.

-- “La promoción inmobiliaria encubierta: un fraude de ley”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 717, 2010, pp. 93 a 124

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La excepción del autopromotor en el seguro decenal: análisis jurisprudencial de sus requisitos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 2012, pp. 433 a 444.

-- “Cuando el empresario responde casi solo por el hecho de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015, pp. 2.342 a 2.364.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009 (versión digital, BIB 2009\931).

-- “Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la *remoteness rule*”, *Anuario de derecho Civil*, Vol. LXIV, núm. I, 2011, pp. 125 a 156.

GUAPS, J., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I. *Introducción y parte general*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.968.

GUILARTE ZAPARTERO, V., “Comentario a los artículos 1.137, 1.138, 1.139 y 1.140 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. 2, Madrid, 1983, pp. 191 a 261.

GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1972.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

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)*, Civitas, Madrid, 2002.

HEREDIA, R., *Dirección Integrada de Proyectos –DIP- Project Management*, 3ª ed. Universidad Politécnica de Madrid, 1999.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Mª.D., “La nueva Ley de Ordenación de la Edificación, 38/1999, de 5 de noviembre, y su incidencia en el art. 1591 del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, año 85, núm. 5, 2001, pp. 369 a 408.

HERNÁNDEZ GIL, A. “El principio de la no presunción de la solidaridad. Tendencia hacia su crisis y delimitación”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 359, 1947, pp. 81 a 96.

HERNÁNDEZ MORENO, A. y MONSERRAT VALERO, A. “Responsabilidad por vicios de la construcción y litisconsorcio pasivo necesario”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo*

García, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo I, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 2.457 a 2.481.

HERNANDO MENDÍVIL, J., "Garantías personales", en *Acciones Civiles*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Civil*, dirigido por E. Llamas Pombo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pp. 497 a 631.

HERRANZ ORTIZ, A.I., "La configuración jurisprudencial de la responsabilidad por vicios de la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación", en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 327 a 350.

HERRERA CATENA, J., *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, Volumen II, Granada, 1983.

HIDALGO GARCÍA, S., *El contrato y los terceros*, Lex Nova, Valladolid, 2012

HITA FERNÁNDEZ, M.A., *La protección del consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017

HOLMES, O.W., *The common law*, Little, Brown and Co., Boston, 1897.

HORST EIDENMÜLLER, FLORIAN FAUST, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, NILS JANSEN, GERHARD WAGNER, REINHARD ZIMMERMANN, "El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)", traducción de Bruno Rodríguez-Rosado, *Anuario Derecho Civil*, Vol. LXII, núm. IV, 2009, pp. 1.461 a 1.522.

IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, abreviatura por F. Vela, Marcial Pons, Madrid, 2005.

IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

JEREZ DELGADO, C., *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, coordinadora de la versión española, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

JIMÉNEZ HORWITZ, M^a., "La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el derecho alemán)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXV, núm. II, 2012, pp. 551 a 584.

JIMÉNEZ MORAGO, J.T., "Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación: subsiste el art. 1.591 CC", *La Ley*, núm. 6, 2001 (versión digital, LA LEY 1413/2002).

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994.

LACABA SÁNCHEZ, F., "Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1.591 del Código Civil", *La Ley*, núm. 1, 2000 (versión digital LA LEY 10922/2001).

LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero, *Parte General. Teoría General del Contrato*, revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, 5^a ed., Dykinson, Madrid, 2011.

LANDO, O. y BEALE, H., *Principles of European Contract Law (PECL)*, Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague, 2000, edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J.M., Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

LANDO, O., CLIVE, E., PRÜN, A. y ZINMERMANN, R., *Principles of European Contract Law (PECL)*, Parts III, The Hague, London y Boston 2003, edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J.M., Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007.

LARA GONZÁLEZ, R., “La personalidad jurídica de las sociedades de capital tras la cancelación registral: su legitimación pasiva”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2018, pp. 117 a 128.

LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo I, versión española y notas de J. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

-- *Derecho de obligaciones*, Tomo II, versión española y notas de J. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

LARROSA AMANTE, M.A., “Los mecanismos de la Ley de Ordenación de la Edificación para la protección de los consumidores”, *Sepin Inmobiliario*, núm. 3, 2009, pp. 14 a 25.

LASARTE, C., “Editorial”, *La Ley*, núm. D-299, tomo 6, 1.999 (versión digital, LA LEY 23343/2001).

-- “La protección del consumidor como principio general del derecho”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo II, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 2.619 a 2.645,

-- *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 8ª ed., Dykinson, Madrid, 2016.

LEÓN-CASTRO ALONSO, J., “Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad civil en la LOE”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo II, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 2.665 a 2.683.

LETE DEL RÍO, J.M., “Comentario a la STS de 6 de noviembre de 1995”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 40, 1996, pp. 393 a 406.

LLAMAS POMBO, E., “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, 2003, pp. 2.204 a 2.225.

-- “Comentario al artículo 1.101 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1.204 a 1209.

LLEDÓ YAGÜE, F., “Algunas reflexiones urgentes en la Ley de Ordenación de la Edificación: Notas aclaratorias en la protección del consumidor de inmuebles”, en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 27 a 45.

LÓPEZ GONZÁLEZ, R., “Sobre la interrupción de la prescripción en supuestos de solidaridad impropia”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 45-03, 2009, pp. 41 a 44.

LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J.R. “Comentario al artículo 61”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Normas Complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2ª ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 864 a 878.

LÓPEZ ORELLANA, M.J. y CREMADES MORANT, J., “Prescripción de las obras de reparación excluidas de la LOE”, en *Sepin Revista de Propiedad Horizontal*, núm. 289, 2007, pp. 1 a 14.

LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad personal individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, Madrid, 2003.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, F., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, V., SANTA CRUZ ASTORQUI, J., TORREÑO GÓMEZ, I. y ÚBEDA DE MINGO, P., *Manual de patología en la edificación*, coordinado por V. Rodríguez Rodríguez, Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2004.

LOSCERTALES FUERTES, D., “La responsabilidad civil en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación”, *Revista Sepin de Propiedad Horizontal*, núm. 198-B, 1999, pp. 31 a 34.

-- *Propiedad Horizontal, legislación y comentarios*, 12ª ed., Sepin, Las Rozas (Madrid), 2018.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., “Comentario al artículo 1.591 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XX, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 273 a 369.

LUNA SERRANO, A., “Un apunte sobre la presuposición”, en *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, dirigido por E. Muñiz Espada, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2016, pp. 339 a 362.

MACÍAS CASTILLO, M., “Acción de repetición del condenado en procedimiento anterior por vicios ruinosos contra los intervinientes en la ejecución de la obra. Análisis de la STS 27 de febrero de 2004”, *Actualidad Civil*, núm. 13, tomo 2, 2004, pp. 1.581 a 1.585.

-- “Ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual por defectos constructivos de un edificio. Análisis de la STS de 21 de diciembre de 2011”, *Actualidad Civil*, núm. 9, tomo 1, mayo 2012, pp. 1.038 a 1.042.

MAGRO SERVET, V., *La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007.

MALO VALENZUELA, M.A., *Remedios frente al incumplimiento contractual. Derecho Español, Derecho inglés y Draft Common Frame of Reference*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

MANRESA Y NAVARRO, J.Mª., “Comentario del artículo 1.124”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, 4ª ed., Reus, Madrid, 1929, pp. 142 a 147.

-- “Comentario del artículo 1.137”, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, 4ª ed., Reus, Madrid, 1929, pp. 175 y 181.

-- “Comentario del artículo 1.252”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, 4ª ed., Reus, Madrid, 1929, pp. 528 a 538.

-- “Comentario del artículo 1.257”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, 4ª ed., Reus, Madrid, 1929, pp. 558 a 564.

-- “Comentario del artículo 1.146”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, Volumen I, revisada por M. Moreno Mocholí, 6ª ed., Reus, Madrid, 1967, pp. 530 a 533.

-- “Comentario del artículo 1.258”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, Volumen II, revisada por M. Moreno Mocholí, 6ª ed., Reus, Madrid, 1967, pp. 434 a 454.

- “Comentario de los artículos 1.484, 1.485 y 1.486”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo X, Volumen I, revisada por J.M. Bloch, 6ª ed., Reus, Madrid, 1969, pp. 334 a 349.

-- “Comentario a los artículos 1.589, 1.590 y 1.591”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo X, Volumen II, revisada por J.M. Bloch, 6ª ed., Reus, Madrid, 1969, pp. 704 a 716.

-- “Comentario al artículo 1902”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo XII, revisada por J.J. Gómez Ysabel, 6ª ed., Reus, Madrid, 1973, pp. 841 a 865.

-- “Comentario al artículo 1903”, en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo XII, revisada por J.J. Gómez Ysabel, 6ª ed. Reus, Madrid, 1973, pp. 865 a 887.

MARCHAND, S., "Algunos conceptos anglosajones en los contratos sometidos al derecho civil", en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, dirigido por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín y coordinado por M^a.M. Heras Hernández Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 273 a 280.

MARÍN CASTÁN, F., *Supuestos de responsabilidad civil de los artículos 1903 a 1910 del Código Civil*, coordinado por X. O'Callaghan, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012.

-- "Jurisprudencia consolidada y vigente del Tribunal Supremo en los pleitos por daños", en *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, dirigido por M.J. Herrador Guardia, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 31 a 55.

MARÍN FERNÁNDEZ, A., "La carga de la prueba de la relación de causalidad", en *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Ponencias XVII Congreso nacional*, coordinado por J. López y García de la Serrana y S. Sucunza Totoricagüena, Sepin, Las Rozas (Madrid), 2017, pp. 37 a 81.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a.T., *La figura del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

-- "Incidencia del caso fortuito en la responsabilidad del promotor según la Ley de Ordenación de la Edificación", *Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 25, 2001 (versión digital, BIB 2001\1135).

-- "El promotor, garante y responsable de la edificación", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Civitas, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, 2003, pp. 2.444 a 2.454.

MARÍN GARCÍA, I. y MILÁ RAFEL, R., "Daño moral contractual", en *El daño moral y su cuantificación*, dirigido por F. Gómez Pomar e I. Marín García, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, pp. 245 a 305.

MARÍN LÓPEZ, M.J., "Comentario al artículo 1.183 CC", en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 8.722 a 8.726.

-- "El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil", en *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15 a 234.

MARTÍ FERRER, M., "La LOE. El punto de vista del promotor", *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, año 31, núm. 177, 2000, pp. 67 a 98.

MARTÍ MARTÍ, J., "Arrendamiento de obra y entrega defectuosa", *Diario La Ley*, núm. 5.711, 4 de febrero de 2003 (Versión digital, LA LEY 3/2003)

MARTÍN AZCANO, E.M., "Falta de licencia de primera ocupación como incumplimiento determinante de la resolución del contrato", *Actualidad Civil*, núm 2, tomo 1, 2014 (versión digital, LA LEY 648/2014).

MARTÍN BERNAL, J.M., "La ley de ordenación de la edificación como garantía de calidad", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 17, 2001 (versión digital BIB 2000\1906).

-- "Vicios y/o defectos y su incidencia en la LAU, LPH, LOE y el CC", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 535, 2002 (versión digital, BIB 2002\643).

MARTÍN BRICEÑO, M^a.R., "Análisis de la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 2018 pp. 1.939 a 1.985.

MARTÍN CASALS, M., "La modernización" del derecho de la responsabilidad extracontractual", en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Editum, Murcia, 2011.

MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, en *Derecho Privado de Consumo*, coordinado por M.J. Reyes López, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 197 a 216.

-- “Comentario al artículo 1907 del CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2.070.

-- “Comentario al artículo 1.909 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2.073 a 2.075.

MARTÍN DEL PESO, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil, aspectos fundamentales*, coordinado por J.A. Seijas Quintana, Sepin, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 69 a 182.

-- “El daño moral: determinación y cuantía algunos aspectos de su problemática jurisprudencial”, en *Derecho de Daños 2013*, coordinado por M.J. Herrador Guardia, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 297 a 344

MARTÍN OSANTE, J.M., “La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del texto refundido 1/2007”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 2010 (versión digital, BIB 2010\133).

MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., “La responsabilidad civil y la llamada imputación objetiva razonable”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Editum, Murcia, 2011, pp. 381 a 394.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007.

-- “Comentario al artículo 1.192 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, 2010, pp. 1.737 y 1.738

-- “Nº 2472. Defectos constructivos: Acumulación de acciones, reparación del daño moral y reparación del daño material presupuestado. Sentencia de 10 de octubre de 2012”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 2013, pp. 137 a 161.

-- *Análisis práctico de la responsabilidad civil por defectos de construcción*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

MARTÍNEZ DEL TORO, S. “La reforma de la intervención provocada en el artículo 14.2 LEC por la Ley 42/2015 (Análisis de la STS de 16 de enero de 2015 sobre los efectos de la prescripción en el ejercicio de las acciones: responsabilidad solidaria, solidaridad propia e impropia)”, *Práctica de Tribunales*, núm. 120, 2016 (versión digital, LA LEY 2607/2016).

MARTÍNEZ LÍNDEZ, A.J., “Responsabilidad en caso de sucesión de aparejadores”, *Práctica de Derecho de Daños*, 2013 (versión digital, LA LEY 4446/2013).

MARTÍNEZ MAS, F., *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, Dykinson, Madrid, 2001.

-- *La cláusula penal en el contrato de obra*, DAR, Las Palmas de Gran Canaria, 2005.

MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil, Vol. IV, Los cuasicontratos*, traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

-- *Leçons de Droit Civil*, Tomo III, Volumen 2, 4ª ed., Editions Montchrestien, Paris, 1974.

MEDINA CRESPO, M., *Los daños recíprocos sin culpas probadas en la responsabilidad civil automovilística*, Bosch, Barcelona, 2010.

MELLA MÉNDEZ, L., *La responsabilidad indemnizatoria del trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid (Las Rozas), 2017.

MENDOZA ALONZO, P.A., *La obligación solidaria impropia*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015.

MESA MARRERO, C., "El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 13, 2001 (versión digital, BIB 2001\1229).

MESA SANCHEZ DE CAPUCHINO, A. "Acción subrogatoria, acción de reembolso y acción de repetición. Solidaridad impropia. Prescripción: dies a quo", *Práctica de Tribunales*, núm. 118, 2016.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a.D., "El Artículo 1591 ante la Ley de Ordenación de la Edificación", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1999, Vol. III, pp. 2.391 a 2.322.

MILÁ RAFEL, R., "Las mutualidades de previsión social que actúan sin ánimo de lucro y en interés de sus asociados no son promotor a efectos del art. 1591 CC. Comentario a la STS, 1^a, 13.12.2007 (Ar. 2008\329; MP: Juan Antonio Xiol Ríos)", *InDret*, núm. 2, 2008, pp. 1 a 17.

-- "Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda", *InDret.*, núm. 1, 2009, pp. 1 a 23.

-- "Irretroactividad del plazo de prescripción del artículo 18.1 LOE. Comentario a la STS, 1^a, 23.3.2010", *InDret*, núm. 3, 2010, pp. 1 a 20.

-- *Promoción de viviendas para uso propio: obligaciones y responsabilidades en derecho de la edificación*, Tesis Doctoral, dirigida por P. Salvador Coderch, Universidad Pompeu Fabra, 2012, disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/101417/trmr.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (fecha de última consulta 2-11-2018).

-- "Nº 2.471. STS de 26 de septiembre de 2012. Disposición adicional séptima LOE: el tercero llamado al proceso por el agente demandado no tiene la condición de parte demandada si el actor no solicitó su condena", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil*, núm. 93, 2013, pp. 113 a 135.

-- "Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios o defectos constructivos en la Ley de Ordenación de la Edificación", *Revista de Urbanismo y Edificación*, enero 2014 (versión digital, BIB 2014\4061).

-- "Cinco cuestiones sobre el régimen de responsabilidad por vicios constructivos de la Ley de Ordenación de la Edificación resueltas por el Tribunal Supremo en el bienio 2013-2015", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 2016, pp. 110 a 118.

-- "Nº 2777. Solidaridad entre agentes de la edificación responsables por vicios constructivos y distribución de los daños en las relaciones internas: el promotor, condenado en el primer pleito, no asume en el regreso una parte alícuota de la deuda si no intervino materialmente en la obra. Comentario a la STS, Primera, de 28 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5740)", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104, 2017, pp. 339 a 359.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a.C., "Responsabilidad en la edificación", en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Reus, Madrid, 2009, pp. 161 a 216.

-- "La reparación del daño moral y los derechos de la personalidad", *Actualidad Civil*, núm. 22, 2010, pp. 2.612 a 2.641 (versión digital, LA LEY 14396/2010).

MIRANDA CABRERA, A., *Manual del Promotor Inmobiliario*, 6^a ed., Comares, Granada, 2004.

MONDÉJAR PEÑA, M^a.I., "La protección de los consumidores en la compraventa de vivienda", en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y L. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 957 a 1.052.

MONESTIER MORALES, J.L., *Defensa frente al Ruido*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

MONSERRAT VALERO, A., "Criterios sobre la esencialidad del error vicio en el objeto contractual", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, año 2003, pp. 2.566 a 2.590.

-- *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008.

MORALES MORENO, A.M., "Comentario al artículo 1.484", en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 953 a 957.

-- "Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXV, núm. I, 2012, pp. 6 a 28.

MORÁN DÍAZ, A.F., *La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación*, Tesis Doctoral, dirigida por M^a.A., Linacero de la Fuente, Universidad de Complutense de Madrid, 2015, <https://eprints.ucm.es/31101/1/T36185.pdf>. (fecha de última consulta 3-11-2017).

MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L., "Los plazos de garantía y el juego de la prescripción", en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 181 a 264.

-- "La interrupción de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual y sus efectos frente a terceros. Comentario a la STS de 14 de marzo de 2003", *Diario La Ley*, núm. 5.900, 25 de noviembre de 2003 (versión digital, LA LEY 1733/2003).

-- "Los defectos de las edificaciones y la protección del consumidor", en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín, y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 501 a 559.

MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., "Panorama general de las acciones utilizables por los sujetos afectados por vicios o defectos constructivos", en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 303 a 362.

MUÑOZ GARCÍA, C., "Tutela del adquirente de vivienda por daños causados por el inmueble. A propósito del artículo 149 TRLGDCU", *Diario La Ley*, núm. 8005, 21 de enero 2013 (versión digital, LA LEY 19441/2012).

NART, I., "Contrato de obra y empresa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, 1951, pp. 814 a 836.

NAVARRO MENDIZABAL, I.A. y VEIGA COPO, A.B., *Derecho de Daños*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

NAVARRO MICHEL, M., "Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LVI, núm. III, 2003, pp.1.198 a 1.230.

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*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al, Civitas, Madrid, 2003, pp. 2.695 a 2.714.

-- "Daños morales derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación contractual (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LIX, núm. III, 2006, pp. 1.115 a 1.198.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, M. y PÉREZ-CURIEL ROCA, J., "La nueva consideración por el Tribunal Supremo del concepto de "daño material". Análisis de la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 5 de mayo de 2014", *Sepin*, núm. 11, 2014.

PÉREZ ÁLVAREZ, M., “En torno al criterio jurisprudencial favorable a la solidaridad en el ámbito contractual”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 2007, pp. 697 a 717.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Contrato de obra. Responsabilidad por ruina”, *Actualidad Civil*, núm. 27, Tomo 2, 1988, pp. 1677 a 1692.

-- “La responsabilidad objetiva”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 801 a 822.

-- *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 7ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012.

-- “Prescripción de las acciones personales (artículo 1.964 del Código civil). Lo que dijo, lo que dice, lo que debería decir”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2016 (versión digital, LA LEY 1719/2016).

ORMAZABAL SÁNCHEZ, S., “La notificación de la demanda a terceros prevista en la DA 7.ª de la LOE: análisis del precepto y tentativa de aclarar un embrollo que ya viene durando demasiado”, *Actualidad Civil*, núm. 2, tomo 1, 2013, pp. 203 a 227.

OROZCO MUÑOZ, M., *El enriquecimiento injustificado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

OROZCO PARDO, G., “La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2006 (versión digital, BIB 2006\336).

ORTEGA DOMENECH, J., *El contrato de obra en la jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2007.

ORTI VALLEJO, A., *La protección del comprador (por defectos de la cosa vendida)*, Ediciones Tat, Granada, 1987.

-- “Los vicios en la compraventa y su diferencia con el aliud pro alio: jurisprudencia más reciente”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1996, pp. 41 a 60.

-- “La responsabilidad civil en la edificación”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 749 a 811.

OSTOS MOTA, Mª.J., “La reclamación procesal por razón del incumplimiento”, en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O'Callaghan Muñoz, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 493 a 611.

OTEROS CEREZO, J.A., “Consideraciones sobre el Código Técnico de la Edificación”, en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Comte d'Urgell, 2006, pp. 31 a 62.

PACHECO JIMÉNEZ, Mª.N., *Los seguros en el proceso de edificación*, La Ley, Madrid, 2008.

-- “Entidades de control de calidad de la edificación y organismos de control técnico: la llamada en garantía”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 26, 2013 (versión digital, BIB 2013\87).

-- “Nº 2.861. Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual: los ámbitos de aplicación de la ley de ordenación de la edificación y del código civil. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018\337)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108, 2018 (versión digital, BIB 2018\13312).

PALAZÓN GARRIDO, Mª.L., “Los límites temporales de la responsabilidad por defectos por obra”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXV, núm. II, 2012, pp. 741 a 777.

-- “La pretensión de cumplimiento en el derecho comparado: «civil law» versus «common law»”, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, dirigido por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín y coordinado por Mª.M. Heras Hernández Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 555 a 564.

PANIZA FULLANA, A., "Responsabilidad civil de los sujetos de la edificación", en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 229 a 249.

PANTALEÓN PRIETO, F., "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", *Centenario del Código Civil*, Tomo II. APDC, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1.561 a 1592.

-- "Comentario al artículo 1902", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1.971 a 2.003.

-- "El Sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XLIV, núm. III, 1991, pp. 1019 a 1091.

-- "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XLVI, núm. IV, 1993, pp. 1.719 a 1.745.

-- "Responsabilidades y garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación", Ponencia presentada al II Congreso nacional de responsabilidad civil y seguro, Córdoba, 2001, <http://civil.udg.es/cordoba/pon/pantaleon> (fecha de última consulta 10-10-2018).

PARRA LUCÁN, M^a.A., "Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 57 a 178.

-- "Responsabilidad civil por productos defectuosos", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 179 a 329.

- "Comentario al artículo 136", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Normas Complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1.932 a 1.965.

- "Comentario al artículo 148", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Normas Complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 2.099 a 2.122.

- "Comentario al artículo 149", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Normas Complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 2.122 a 2.126.

PASQUAU LIAÑO, M., "La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", *Actualidad Civil*, núm. 2, 1990, pp. 419 a 428.

PASTOR VITA, F.J., "La reparación de los defectos constructivos", en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 363 a 388.

PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.

-- "Comentario del art. 1907 del CC", en *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., dirigido por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 2.166.

-- "La entrega de una vivienda o un local comercial con irregularidades urbanísticas: ¿incumplimiento del contrato de compraventa?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2010 (versión digital, BIB 2010\719).

-- "Inexistencia de responsabilidad cuando se prueba que el daño se hubiera producido igualmente con un comportamiento correcto (el argumento de la «conducta alternativa lícita»)”, *Responsabilidad civil y*

seguro. Cuestiones actuales, dirigido por M.J. Herrador Guardia, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 149 a 173.

PEREA GONZÁLEZ, A., “Verwirkung o el retraso desleal: el valor de la confianza”, *Diario La Ley*, núm. 9211, 5 de junio de 2018 (versión digital, LA LEY 4838/2018).

PÉREZ-CABALLERO ABAD, P., “La indemnidad del promotor inmobiliario en la vía de regreso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de noviembre de 2016”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 760, 2017, pp. 1030 a 1042.

PÉREZ CALVO, I., “La prescripción extintiva y el incumplimiento contractual”, en *Cumplimiento e incumplimiento de contrato*, coordinado por X. O’Callaghan Muñoz, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 258 a 265.

PÉREZ VEGA, A., “Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compra de la vivienda”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40, 2016 (versión digital, BIB 2016\21358).

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “La protección de comitente como consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXV, núm. II, 2012, pp. 682 a 716.

PICOD, Y. “El contrato de obra y la protección de los consumidores en Francia”, en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín, y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 161 a 170,

PINO EMHART, A., “Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos”, *Revista chilena de derecho privado*, núm. 22, 2014, pp. 1 a 12, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-07222014000100006&lng=pt&nrm=iso, (fecha de última consulta 12-11-2018).

PINTO MONTEIRO, A., “La indemnización por daños no patrimoniales en debate: ¿existe también en la responsabilidad contractual?, ¿también a favor de las personas jurídicas?”, en *100 años de la Revista de Derecho Privado, 1913-2013*, dirigido por S. Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2014, pp. 117 a 137.

PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M.A., *Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal (Doctrina Científica y Jurisprudencia, Legislación, Formularios)*, 6ª ed., Comares, Granada 1.995.

POTHIER, R.J. *Tratado del contrato de compra y venta*, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1841.

-- *Tratado de las obligaciones*, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839.

PRENDES CARRIL, P., “El artículo 1.591 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*, núm. 6, 2001, pp. 21 a 46.

PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE (PMI), *Guía de los fundamentos del Project Management*, PM BOOK, 2004.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen III, *Enriquecimiento injusto, responsabilidad extracontractual, derecho a la intimidad*, Bosch, Barcelona, 1983.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La prescripción de las acciones en la Ley de Ordenación de la Edificación: una lectura desde la jurisprudencia”, en *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 495 a 511.

RAYÓN BALLESTEROS, Mª.C., “El artículo 1591 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*, dirigido y coordinado por L. Martínez-Calcerrada y Gómez, Volumen II, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 2001, pp. 1.596 a 1.610.

-- "Project and construction management: plazo, coste, calidad y satisfacción del cliente en el ámbito de la construcción", *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm.18, 2008 (versión digital, BIB 2008\3051).

REDONDO TRIGO, F., "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo ius commune", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXIII, núm. IV, 2010, pp. 1.644 a 1.682.

REGLERO CAMPOS, L.F., "Responsabilidad civil en la edificación", en *Lecciones de responsabilidad civil*, coordinado por J.M. Busto Lago y L.F. Reglero Campos, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 437 a 455.

-- "Conceptos generales y elementos de delimitación", actualizado por F. Peña López, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 65 a 263.

-- "El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor", actualizado por L. Medina Alcoz, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinado por L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 767 a 970.

-- "La prescripción de la acción de reclamación de daños", actualizado por J.M. Busto Lago, en *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, coordinado L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp.1.237 a 1.362.

REVERTE NAVARRO, A., "Notas sobre el arquitecto, jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Ley de Edificación", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, coordinado por A Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, 2003, pp. 2.848 a 2.867.

REVILLA TORRES, J.M., "La esencialidad del retraso en la entrega en el contrato de compraventa de inmuebles en construcción. La carencia de licencia de primera ocupación como causa de resolución. Estudio jurisprudencial", *Actualidad Civil*, núm. 6, junio 2018 (LA LEY 3267/2018).

REYES LÓPEZ, Mª.J., "La indemnización de los daños causados por productos o servicios defectuosos", en *Manual de derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2009 (versión digital, LA LEY 2809/2011).

-- "Capítulo VII. Régimen de responsabilidad y garantía de los productos y servicios", en *GPS consumo*, coordinado por P. Pajín Echevarría, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 353 a 396.

RIVAS VELASCO, Mª.J., "Intervención provocada de la Ley de Ordenación de la Edificación", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2016 (versión digital, BIB 2016\3262).

RIVES SEVA, J.M., "Apuntes sobre la responsabilidad civil en la edificación. La llamada responsabilidad decenal", *Diario La Ley*, núm. 6239, 26 de abril de 2005 (versión digital, LA LEY 1138/2005).

ROCA TRÍAS, E., "Comentario al artículo 4 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. I, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992, pp. 583 a 622.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., "Comentario al artículo 418", en *Enjuiciamiento Civil, Comentarios y Jurisprudencia, Ley 1/2000 de 7 de enero*, Tomo II, coordinado por J.A. Xiol Ríos, Sepin, Las Rozas (Madrid), 2.008, pp. 2.589 a 2.595.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.Mª. y LÓPEZ FERNÁNDEZ, L., "Tipos de contratos inmobiliarios", en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y I. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 887 a 955.

RODRÍGUEZ MORATA F., "El contrato de obra: en particular, el contrato de construcción de edificios",

en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo II, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4.331 a 4.359.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., “Deudas nacidas de la misma relación jurídica: ¿compensación o excepción de contrato no cumplido?”, *Diario La Ley*, núm. 8277, 24 de marzo de 2014 (versión digital, LA LEY 1222/2014).

ROMERO PAREJA, A., “La responsabilidad civil del arquitecto por defectos en la edificación (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002)”, *El consultor inmobiliario*, núm. 30, 2002, pp. 10 a 21.

ROUANET MOTA, E., “Los agentes intervinientes en el proceso constructivo y su responsabilidad en el hecho ruinógeno”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2002, pp. 477 a 513.

RUBÍ PUIG, A., “Responsabilidad Objetiva”, en *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 2ª ed., dirigido por P. Salvador Coderch, InDret, Barcelona, 2013, pp. 162 a 186.

RUBIO SAN ROMÁN, J.I., *La responsabilidad civil en la construcción*, Colex, Madrid, 1987.

RUBIO TORRANO, E., “Anulabilidad de compraventa de vivienda futura por error en el consentimiento con ocultación de vicios urbanísticos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2017 (versión digital, BIB 2017\10733).

RUDA GONZÁLEZ, A., “Comentario del artículo 1.183 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, 2010, pp. 1.316 y 1.317.

RUIZ JIMÉNEZ, J., “El ámbito de responsabilidad del arquitecto en el proceso constructivo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 694, 2006, pp. 754 a 760.

-- “El constructor, uno de los agentes del proceso constructivo con mayor responsabilidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 696, 2006, pp. 1.662 a 1.667.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “La responsabilidad decenal del artículo 1.591 CC”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y Mª.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 5 a 14.

-- “Los principios básicos de la nueva ley y la responsabilidad por vicios o defectos constructivos. La LOE y la protección de los consumidores”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz y Mª.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 15 a 24.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M., GÁLVEZ CRIADO, A. y ARIAS DÍAZ, Mª.D., “La responsabilidad por vicios o defectos constructivos en la LOE: sus caracteres básicos”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz y Mª.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 87 a 130.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA ALGUACIL, Mª.J., “Los criterios de imputación de los distintos agentes de la edificación: la delimitación de su ámbito de responsabilidad”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz, y Mª.L. Moreno-Torres Herrera Comares, Granada, 2002, pp. 131 a 180.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, Mª.L., “La LOE y el Código Civil”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz y Mª.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 265 a 301.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y PASTOR VITA, F.J., “Los daños cubiertos por la LOE: el concepto de «daños materiales en el edificio» y su posible justificación. Los sujetos dañados: la legitimación activa para reclamar la reparación”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*,

coordinado por J.M. Ruiz-Rico Ruiz y M^a.L. Moreno-Torres Herrera, Comares, Granada, 2002, pp. 65 a 85.

SABORIDO SÁNCHEZ, P., “La figura del gestor de proyecto: su imprecisa responsabilidad como agente de la edificación”, en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 329 a 351.

SALA SÁNCHEZ, P. “El artículo 1.591 CC y la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Comte d'Urgell, 2006, pp. 517 a 527.

SALAS CARCELLER, A., “Reclamación por defectos constructivos formulada por la comunidad de propietarios con inclusión de los que afectan a propietarios individuales. (Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 278/2013, de 23 abril)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2013 (versión digital, BIB 2013\1948).

-- “La prescripción de la acción de responsabilidad frente a los agentes de la edificación en relación con los vínculos de solidaridad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2015 (versión digital, BIB 2015\16758).

SALINERO ROMÁN, F., “La incidencia de la Ley de Ordenación de la Edificación en los criterios jurisprudenciales interpretativos del art. 1.591 del Código Civil”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 47, 2003, Madrid, 2004, pp. 177 a 207.

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 VII, Valencia, 1940.

SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 1591”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1.189 a 1.196.

-- “Comentario al artículo 1.592”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1196 a 1199.

-- “Comentario al artículo 1.596”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1.206 y 1.207.

SALVADOR CODERCH, P., y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, 3^a ed., *InDret*, núm. 329, 1/2006, pp. 1 a 25.

SALVADOR CODERCH, P. y TERRA IBÁÑEZ, A., “Imputación objetiva”, en *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 2^a ed., dirigido por P. Salvador Coderch, *InDret*, Barcelona, 2013, pp. 142 a 161.

SAN MARTÍN, J., *Códigos legales de tradición babilónica*, Trotta, Barcelona 1999.

SAN SEGUNDO MANUEL, T., *La recepción del contrato de obra*, CISS, Valencia, 2002.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al artículo 43”, en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dirigido por F. Sánchez Calero, 4^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2.010, pp. 948 a 981.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 36^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

SÁNCHEZ CASTRO, J.D., “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXIII, núm. IV, 2010, pp. 1.726 a 1.787.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a.P., “Ley de Ordenación de la Edificación versus art. 1591 Código Civil”, *Revista General del Derecho*, núm. 678-679, 2001, pp. 1.773 a 1789.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La llamada en garantía y la Ley de Ordenación de la edificación”, en *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 357 a 383.

SANCHO REBULLIDA, F.A., “La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Vol. III, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 563 a 578.

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*, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, organizado por A. Cabanillas Sánchez et. al., Civitas, Madrid, 2003, pp. 1.201 a 1.232.

-- “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*, coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González, Tomo II, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4585 a 4.632,

SANTAELLA SÁEZ, O., “La acción de repetición o de reembolso a ejercitar por las entidades aseguradoras de los profesionales de la arquitectura”, *Diario La Ley*, núm. 9.071, 30 de octubre de 2017 (versión digital, LA LEY 14326/2017).

SANTANA NAVARRO, F.L., *La Responsabilidad de los agentes de la edificación en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tesis Doctoral, dirigida por I. Díaz de Lezcano Sevillano y L.A. Godoy Domínguez, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2015, https://acceda.ulpgc.es:8443/bitstream/10553/17470/3/0724780_00000_0000.pdf (fecha de última consulta 17-12-2018).

-- *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

SANTOS BRIZ, J., “Comentario a los artículos 1.907, 1.908 y 1909 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XXIV, Edersa, Madrid, 1984, pp. 613 a 657.

-- “Comentario al artículo 1.098 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo 6, dirigido por I. Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona 2000, pp. 76 a 81.

-- “Comentario al artículo 1.101 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo 6, dirigido por I. Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona 2000, pp. 92 a 103.

-- “La responsabilidad por hecho de otro derivada de ilícito no penal”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, 2^a ed., Bosch, Barcelona, 2008, pp. 653 a 698.

SANTOS MORÓN, M^a.J., “La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXX, núm. I, 2017, pp. 119 a 164.

-- “Comentario al art. 17 LOE”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dirigido por L. Parejo Alfonso, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 317 a 362.

SAVAUX, E., “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXIX, núm. III, 2016, pp. 715 a 741.

SCAEVOLA, Q.M., *Código Civil*, Tomo XXIV, Parte 2^a, revisada por L. Rodríguez Arias, 2^a ed. Reus, Madrid, 1951.

SCHULZE, R. y ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXV, núm. II, 2012, pp. 547 a 550.

SEIJAS QUINTANA, J.A., "Acciones, solidaridad y prescripción en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación", *Jueces para la democracia*, núm. 47, 2003, pp. 67 a 72.

-- "Responsabilidad civil. Principios y fundamentos", en *Responsabilidad civil, aspectos fundamentales*, coordinado por J.A. Seijas Quintana, Sepin, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 17 a 67.

SEIJAS QUINTANA, J.A. y SACRISTÁN REPRESA, G., "Responsabilidad civil. Construcción y proceso", en *Responsabilidad civil, aspectos fundamentales*, coordinado por J.A. Seijas Quintana, Sepin, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 183 a 271.

SEOANE PRADO, J. "Una mirada reciente a la aplicación de la LOE por los Tribunales" *Actualidad Civil*, núm. 9, 2018 (versión digital, LA LEY 11312/2018).

SEOANE SPIEGELBERG, J.L., "Contrato atípico de aportación de solar por edificación futura", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 13, 2006 (versión digital, BIB 2006\1248).

-- "Acciones de regreso y subrogatoria en reclamaciones de responsabilidad civil", en *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, dirigido por M.J. Herrador Guardia, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 113 a 148.

SENMEYER, S., "La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del derecho alemán", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXV, núm. II, 2012, pp. 585 a 611.

SERNA MEROÑO, E., "Reflexiones sobre el contrato de ingeniería", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, organizado por A. Cabanillas Sánchez et al., Civitas, Madrid, 2003, pp. 3.057 a 3.073.

SERRANO CHAMORRO, M^a.E., "Cambio de solar por edificación futura", Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1997.

SERRANO RUIZ, M.A., "Daño moral por vicios de construcción", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, (versión digital, BIB 2012\3281).

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., "El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación", en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 372 a 413.

-- "La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación", *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, 2^a ed., Bosch, Barcelona, 2008, pp. 897 a 972.

SIERRA PÉREZ, I., "La responsabilidad de los agentes de la construcción", en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y I. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp.113 a 152.

SOLÉ RESINA, J., *Arrendamiento de obras o servicios (perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

-- *Los contratos de servicios y de obras. Delimitación jurisprudencial de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

-- "La prescripción en el Código Civil de Cataluña: Comentario a la STSJC 22/2011, de 26 de mayo", *Actualidad Civil*, núm. 13-14, 2012 (versión digital, LA LEY 7032/2012).

SOLER PASCUAL, L.A., "Cuestiones prácticas de pluralidad de partes en procesos relacionados con la Ley de Ordenación de la Edificación", *Práctica de Tribunales*, núm 113, 2015 (versión digital, LA LEY 1505/2015).

SOLER SEVERINO, M.J., "Introducción a la Dirección Integrada de Proyecto ("Project Management")", en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el*

ámbito de la construcción y el urbanismo, coordinado por I. Sierra Pérez y I. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 241 a 270.

- *El análisis de la dirección integrada de proyectos (project & construction management) en el marco europeo: propuesta de regulación en España y su inclusión en la Ley de la Ordenación de la Edificación*, Tesis Doctoral, dirigida por A.E. Humero Martín, Universidad Politécnica de Madrid, 2012, oa.upm.es/14854/ (fecha de última consulta 9-11-18).

SOLÍS PRIETO, C., "Subcontratación en el sector de la construcción: régimen jurídico", en *Responsabilidad y construcción, aspectos fundamentales*, dirigido por A. Monge Fernández y coordinado por A.M. Chocrón Giráldez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 81 a 135.

TALMA CHARLES, J., "El ruido como daño", en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, coordinado por D. Bello Janeiro, Reus, Madrid, 2009, pp. 75 a 105.

TAPIA GUTIÉRREZ, P., "La protección de los consumidores y la Ley de Ordenación de la Edificación", *El Consultor Inmobiliario*, núm. 8, 2000, pp. 35 a 57.

TIRADO SUÁREZ, F., "Comentario al artículo 68, en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dirigido por F. Sánchez Calero, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2.010, pp. 1.457 a 1.500.

TORRALBA SORIANO, V., "La responsabilidad por auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XXIV, núm. IV, 1971, pp. 1.143 a 1.166.

TRAVIESAS, M.M., "Contrato de arrendamiento", *Revista de Derecho Privado*, 1919, pp. 34 a 48.

-- "Obligaciones recíprocas", *Revista de Derecho Privado*, 1929, pp. 273 a 335.

TUR FAÚNDEZ, M^a.N., *Del saneamiento a la responsabilidad por falta de conformidad. Una propuesta de regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

TYLOR DOMÍNGUEZ, M. y QUECEDO ARACIL, R., "La Ley de Ordenación de la Edificación, un marco legal de situaciones, hasta la fecha, insuficientemente reguladas", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 47, Madrid, 2003, pp. 339 a 376.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., "La propuesta normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, Vol., 5, núm. 1, pp. 199 a 216.

VAQUER ALOY, A., "El retraso desleal en el ejercicio de los derechos", *Revista Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, pp. 89 a 130.

-- "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LIV, núm. I, 2011.

VARGAS BENJUMEA, I., "La responsabilidad del promotor en el proceso de la edificación", *El Consultor Inmobiliario*, núm. 76, febrero 2007, pp. 3 a 40.

VATTIER FUENZALIDA, C., "El derecho europeo de contratos y anteproyecto de Pavía", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXI, núm. IV, 2008, pp. 1.841 a 1.865

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Responsabilidad de promotores, técnicos y constructores*, Dijusa, Madrid, 2004.

VEGA SÁNCHEZ, S., "Control de Calidad y Análisis de Riesgos Técnicos en la Edificación", en *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y el Urbanismo*, Tomo III, *Derecho civil y penal en el ámbito de la construcción y el urbanismo*, coordinado por I. Sierra Pérez y I. Pozuelo Pérez, y dirigido por A.E. Humero Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 155 a 186.

VEIGA COPO, A.B., *Tratado del Contrato de Seguro*, 5ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2017.

VENTURA BUENO, J., "El edificio como bien", en *Derecho de la edificación y renovación urbana*, dirigido por M.M. Fernando Pablo y coordinado por M.A. González Bustos, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 273 a 283.

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?", *Actualidad Civil*, núm. 4, 2000, pp. 1.383 a 1.398.

-- "El daño", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinado por L.F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 317 a 462.

VICENTE TORRES, M., *Distribución de responsabilidades entre los principales agentes de la edificación*, Tesis Doctoral, dirigida por F.P. Blasco Gascó y F. Ramón Fernández, Universidad Politécnica de Valencia, 2015, <https://riunet.upv.es/handle/10251/61988?show=full> (fecha de última consulta 15-10-2018).

VIGO MORANCHO, A., "Las responsabilidades decenal, trienal y anual en la Ley de Ordenación de la Edificación", *La Ley*, núm. 7, 2001, pp. 1.438 a 1.448.

VILLAGÓMEZ RODIL, A., "La edificación en el siglo XXI", en *Derecho de la Edificación*, coordinado por R. García Varela, Bosch, Comte d'Urgell, 2006, pp. 64 a 130.

VILLANUEVA LUPIÓN, C., "La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado. Su operatividad en la configuración de la prestación de servicios", en *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, La Ley, Madrid, 2009 (versión digital, LA LEY 13869/2011).

-- "La protección del consumidor en los textos normativos del Derecho europeo: proyección en el Derecho español", en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann y C. Rodríguez Marín, y coordinado por A. López Frías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 45 a 159.

VINADER CARRACEDO, J., "Los arrendamientos de obras y servicios. Parte segunda. Efectos", en *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por J.F. Delgado de Miguel, Tomo III, *Obligaciones y Contratos*, Volumen 3º, coordinado por V.L. Simó Santonja, Civitas, Madrid, 2003, pp. 427 a 507.

VIVAS TESÓN, I., "Las clases de obras contempladas en la Ley de Ordenación de la Edificación", en *La protección del consumidor de inmuebles*, dirigido por F. Lledó Yagüe y coordinado por O. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 351 a 365.

WEGMANN STOCKEBRAND, A., "Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 34, 2018, pp. 19 a 49.

XIOL RIOS, J.A., "Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños. Fallecimiento prematuro de la víctima y colisión múltiple en accidentes de circulación", en *Derecho de daños 2013*, coordinado por M.J. Herrador Guardia, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pp. 31 a 63.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos y consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2015.

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*, dirigido por A. Cañizares Laso, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 415 a 449.

ZURILLA GARILLANA, Mª.A., "Comentario al artículo 9", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 273 a 352.

