

2. EJECUCION DEFECTUOSA DE LA OBRA INMOBILIARIA.—RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR.—LEGITIMACION DE LOS SUBADQUIRENTES DE PISOS EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—LEGITIMACION DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979)

SUMARIO: I. Los hechos.—II. La Sentencia del Tribunal Supremo.—III. Consideraciones críticas: A) Referencia general a los problemas que se plantean. Plan de exposición. B) La legitimación del presidente de la Comunidad de Propietarios. C) La legitimación de los subadquirentes de pisos en régimen de propiedad horizontal para exigir indemnización por daños derivados del defectuoso cumplimiento de obligaciones dimanantes del contrato de obra. D) Las consecuencias jurídicas que motiva la existencia de vicios ocultos en los pisos, que no determinan su ruina. E) La consideración del promotor como vendedor y contratista.

I. LOS HECHOS

Un promotor puso en venta numerosos pisos, que fueron adquiridos por determinadas personas (1) a partir del año 1965, fecha en que fue concluida su edificación (2). Cuatro años después aparecieron visibles determinados vicios de construcción, que surgieron por no ser adecuado el mortero utilizado y por no haberse colocado correctamente el mismo. Estos vicios de construcción motivaron el desprendimiento de los azulejos de las terrazas de los pisos, afectando a su aspecto exterior y poniendo en grave peligro la integridad física de las personas que circulasen bajo las terrazas (3).

Ante semejante situación, la Comunidad de Propietarios de los citados

(1) Según consta en el Considerando segundo de la Sentencia, el recurrente señala que no ha sido probado que los actuales propietarios de los pisos fuesen los originarios compradores. Nuestro Tribunal Supremo admite la posibilidad de que algunos de los compradores transmitiesen su titularidad dominical a terceras personas (subadquirentes de los pisos).

(2) En la contestación a la demanda, que aparece en el Resultando segundo de la Sentencia, se afirma que la construcción quedó íntegramente terminada en el año 1965. A partir de este año el promotor procedió a la venta de todas las viviendas, y posteriormente otorgó las correspondientes escrituras de compraventa en favor de los adquirentes.

(3) Esta circunstancia debió ser tenida en cuenta por la Comunidad de Propietarios al demandar al promotor. Nótese que, según el artículo 1.907 del Código civil, el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias.

pisos comunicó al promotor, por medio de cartas y por conducto notarial, los vicios de construcción observados, a fin de que éste los subsanase. Debido a que el citado promotor hizo caso omiso a estos requerimientos, la Comunidad de Propietarios adoptó, en Junta Extraordinaria, el acuerdo de demandarle judicialmente (4). La demanda fue interpuesta por su presidente, que actuó como representante de la Comunidad de Propietarios. Surgió así un juicio declarativo de menor cuantía.

El Juez de Primera Instancia dictó Sentencia, condenando al demandado a satisfacer al actor la cantidad de 260.400 pesetas, más los intereses legales devengados a partir de dicha resolución, sin imposición de costas. Apelada esta Sentencia por ambas partes litigantes, la Audiencia Territorial de Sevilla dictó Sentencia, condenando al demandado a pagar al actor la cantidad de 454.053 pesetas, y desestimando el pedimento relativo al pago de los intereses legales. Contra esta Sentencia, el promotor interpuso recurso de casación por infracción de ley, apoyado en diversos motivos, que aparecen mencionados en la Sentencia del Tribunal Supremo. Este recurso no prosperó, al confirmar nuestro Más Alto Tribunal la Sentencia de la Audiencia Territorial.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Considerando 1.º: «Que frente a la Sentencia pronunciada en el segundo grado jurisdiccional que, revocando parcialmente la apelada, condenó a la entidad «Vivienda H.» a satisfacer a la actora, en su carácter de presidente de la Junta rectora de la «Comunidad de Propietarios RCB, SF», la cantidad de cuatrocientas cincuenta y cuatro mil cincuenta y tres pesetas en concepto de resarcimiento por los defectos en la construcción determinantes del desdormimiento de los azulejos que alcanza a la totalidad de las terrazas del edificio, anomalía que comporta grave riesgo para los viandantes y que viene provocada por la inadecuación del mortero utilizado en la obra y su incorrecta aplicación, se alza el motivo primero del recurso que, por el cauce del número primero de mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia interpretación errónea del artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código sustantivo producida, según se alega, al tener por acreditada la legitimación de doña I. A. C. para accionar como lo hace a pesar de que no probó documentalmente su titularidad dominical sobre alguno de los pisos que integran la mencionada situación de propiedad horizontal; impugnación que no puede prevalecer, pues según reiterada doctrina jurisprudencial, recogida entre otras en las Sentencias de veintidós

(4) El presidente de la Comunidad de Propietarios demanda exclusivamente al promotor. En la Sentencia no se plantea la posibilidad de que otros profesionales de la construcción (contratistas, arquitectos, etc.) fuesen responsables de la existencia de vicios en los pisos. Es interesante comprobar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977, que comentamos en este ANUARIO (año 1978, fascículo III, págs. 667 y siguientes), declara responsable al contratista y exonera de toda responsabilidad al promotor que había vendido los pisos defectuosos.

de abril y quince de noviembre de mil novecientos setenta y siete y once de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el punto referente a la existencia o inexistencia del enlace preciso y directo sobre el hecho demostrado y el que se pretende deducir a través de las presunciones viene encomendado a la libre apreciación del Tribunal sentenciador, sin que la conclusión obtenida sea censurable en casación, salvo que manifiestamente resulte ilógica, absurda o inverosímil, circunstancia que en modo alguno cabe apreciar en el caso de que se trata, pues la Sala de instancia, partiendo de la innegable realidad de que la sociedad promotora enajenó la totalidad de los pisos, cuyos respectivos dueños han pasado a formar dicha propiedad compartida, y de que está «justificado en las actuaciones que la demandante ostenta la representación de la comunidad en cuyo nombre acciona como presidente que es de la misma, concluye con toda lógica que tal cargo lleva presupuesta *ex lege* la condición de propietario por imperativo del artículo doce de la Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, tanto más que no consta un solo elemento demostrativo en contrario, y tampoco puede olvidarse que la actuación representativa presidencial, colocada por su naturaleza en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, «lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él, con lo que se resuelve el delicado problema de la legitimación», en palabras del preámbulo de la citada ley, mayormente cuando el órgano ejecutivo se atuvo rigurosamente a la voluntad de la Junta de propietarios, según esta Sala tiene declarado en Sentencias de diecinueve de junio de mil novecientos setenta y cinco y cinco de junio de mil novecientos setenta y nueve.

Considerando 2.º: «Que por la misma vía aduce el motivo segundo del recurso infracción por violación de los artículos mil noventa y uno y mil doscientos cincuenta y siete del Código civil y de la jurisprudencia que invoca relativa a los límites subjetivos de la fuerza vinculante del contrato y la inoperancia de lo pactado en cuanto a los terceros, como regla general, preceptos y doctrina que se dicen quebrantados al haber sido acogida la acción de aquella comunidad de propietarios a pesar de que no ha sido probado el dato de que los actuales propietarios de las viviendas son los originarios contratantes; alegación improsperable, pues los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, según señalan las sentencias de doce de noviembre de mil novecientos sesenta, veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y uno, nueve de febrero y cinco de octubre de mil novecientos sesenta y cinco y veinticinco de abril de mil novecientos setenta y cinco, citadas por la recurrente, a las que cabe añadir la de primero de abril de mil novecientos setenta y siete, y por lo que concierne al contrato de ejecución de obra la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar las acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido proclamada por la Sentencia de cinco de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

Considerando 3.º: Que argumentos de la misma índole conducen a la ineficacia del motivo tercero, amparado igualmente en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal y basado en la aplicación indebida de los artículos mil ciento uno y mil ciento cuatro del Código civil, mencionados por el Tribunal *a quo* para la justa decisión de la *litis* y cuya inatención se ocasiona, al decir de la recurrente, por cuando no ha sido demostrado que los ahora integrantes de la «Comunidad de Propietarios RCB» son los directos adquirentes de la promotora demandada, lo que les priva de la acción indemnizatoria surgida del vínculo negocial, distinta de la específica regulada en el artículo mil quinientos noventa y uno como inherente a la titularidad del edificio; pero dicho queda que también pasan al comprador las acciones que asisten al comitente en el contrato de obra para combatir la ejecución defectuosa en cuanto protectoras del derecho transmitido al subadquirente, y no existen razones válidas para propugnar un régimen diferente respecto de la legitimación según se trate de vicios causantes de ruina o defectos que no la entrañen, pero signifiquen prestación irregular y como tal desprovista de efectos liberatorios por no ajustada a las reglas del arte, antes por el contrario habrá de entenderse que una y otra responsabilidad del empresario obedecen esencialmente a presupuestos de la misma naturaleza y presentan fundamentación no discrepante.

Considerando 4.º: Que en el campo del contrato de obra y con referencia al caso de ejecución defectuosa por no ajustada a la pericia profesional exigible, es claro que tal hipótesis, no prevista en la parca regulación del Código civil para evento distinto del aludido en el artículo mil quinientos noventa y uno, determinará la consiguiente responsabilidad del contratista con relación al comitente o su sucesor a título universal o particular, obligada como efecto de ese cumplimiento irregular o inexacto, derecho al resarcimiento que se actuará bien mediante la reparación *in natura* si así es postulada, realizando las obras de corrección necesarias, incluso a costa del contratista (artículos mil noventa y uno y mil noventa y ocho del Código civil), bien a través del cumplimiento por equivalencia (artículo mil ciento uno), siempre, claro está, que los vicios de la obra no revistan tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del dueño permita el ejercicio de la acción resolutoria con arreglo al artículo mil ciento veinticuatro, soluciones las aludidas que vienen autorizadas por los principios generales de la responsabilidad contractual de correcta aplicación al tema, dada la carencia de preceptos concretos que contienen los modernos ordenamientos foráneos, según tiene declarado esta Sala en Sentencias de treinta de enero de mil novecientos setenta y cinco y quince de marzo de mil novecientos setenta y nueve, y se desprende del criterio ya mantenido por las de diez de noviembre de mil novecientos setenta, primero de febrero y veintiuno de noviembre de mil novecientos sesenta y uno y diecisiete de enero de mil novecientos setenta y cinco, resolviendo sobre resarcimiento por defectuosa ejecución de la obra; con lo que, por el mismo cauce de los anteriores, plantea la infracción por violación de los artículos mil cuatrocientos ochenta y cuatro y mil cuatrocientos noventa del Código civil, a

todas luces ajenos a una controversia que no se disciplina mediante la pauta de las acciones edilicias propias del contrato de compraventa, y si bien algún sector de la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidas para esa modalidad contractual proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parecer ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propugnadores con reservas dejan de admitir las grandes dificultades que ofrece la solución, principalmente por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tan escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado.

Considerando 5.º: Que el corolario de lo expuesto es la desestimación del motivo quinto del recurso, que aduce indebida aplicación de los artículos mil ciento uno y mil ciento cuatro del Código civil; cuando es patente que mal puede sostenerse que no ha sido demostrada la negligencia de la recurrente en la ejecución de la obra ni la inobservancia de la *lex artis*, siendo así que la Sentencia impugnada, a la vista de los rotundos informes periciales practicados afirma, sin que su valoración probatoria haya sido combatida en forma, que el origen de los daños cuya reparación se postula se encuentra en la inadecuación del mortero utilizado, así como la incorrecta forma de colocación del mismo.

III. CONSIDERACIONES CRITICAS

A) *Referencia general a los problemas que se plantean. Plan de exposición.*

La Sentencia que comentamos plantea una serie de interesantes problemas jurídicos de naturaleza diversa. Esta circunstancia hace necesario que los analicemos de una manera autónoma.

A nuestro juicio, son cuatro los problemas jurídicos fundamentales que suscita la lectura de esta Sentencia. En el Considerando primero se aborda el problema de la legitimación del presidente de la Comunidad de Propietarios para ejercitar una acción contra el promotor, que ha vendido unos pisos que presentan vicios. En los Considerandos segundo y tercero se plantea la debatida cuestión de la legitimación de los subadquirentes de pisos para entablar acciones por la existencia de vicios en éstos. El Tribunal Supremo se refiere al principio de la relatividad del contrato, y, principalmente, a la posición jurídica del causahabiente a título particular. De sumo interés es el Considerando cuarto. En él se perfila el régimen jurídico de los vicios ocultos no determinantes de la ruina de la obra inmobiliaria construida. El Tribunal Supremo niega la aplicación analógica de las normas del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida. Se establecen las formas de reparación del daño causado. Es muy importante señalar que nuestro Más Alto Tribunal da a entender claramente que el promotor tiene la condición de contratista.

Todos estos problemas giran entorno a un fenómeno jurídico que ha alcanzado una extraordinaria importancia práctica. La venta de pisos y locales al poco tiempo de haber sido terminada la construcción (la venta

«llave en mano»). Es una de las formas más frecuentes de constitución del régimen de propiedad horizontal en nuestro país (5). Se caracteriza por la intervención del nuevo protagonista de la construcción: el promotor. La importancia de este fenómeno jurídico se ha reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En los últimos años son numerosas las Sentencias que se enfrentan con problemas relativos al mismo (6). La Sentencia que comentamos se sitúa en esta línea. También es curioso comprobar que, en casi todas estas Sentencias, se plantea el problema de la legitimación de los subadquirentes de los pisos y locales para exigir responsabilidades por presentar éstos determinados vicios o defectos.

B) *La legitimación del presidente de la Comunidad de Propietarios.*

1. Ante el Juzgado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo, se discute si el presidente de la Comunidad de Propietarios está legitimado para actuar en representación de ésta, y demandar judicialmente al promotor, alegando la existencia de vicios que no determinan la ruina de los pisos vendidos. El problema surge porque, según el promotor, no ha sido probado que el presidente es propietario de alguno de los pisos que integran la Comunidad (motivo primero del recurso de casación).

En contra de la alegación del promotor, la Audiencia Territorial de Sevilla declaró que «el alegado de doña I. A. C. (presidente de la Comunidad de Propietarios) no aporta título alguno justificativo de su condición de propietaria de un piso de los que forman la Comunidad, resulta carente de significación, pues, de una parte, de la recta conjugación de lo que dispone el artículo 1.253 del Código civil y el artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960, habrá de llegarse a la conclusión de que está acreditado por vía de presunción, que la accionante ostenta la titularidad dominical cuya falta de justificación acusa la parte demandada». Prosigue diciendo la Audiencia Territorial de Sevilla que en realidad la cuestión sería inoperante, ya que justificado en los autos que el demandante ostenta la representación de la Comunidad en cuyo nombre acciona, si en el nombramiento de la misma como presidente de la Comunidad se hubiese producido un quebrantamiento de la normativa legal, haciéndolo a favor de persona que no ostentara la propiedad de un piso, esta problemática afectaría exclusivamente al régimen interno de los comuneros, que no a terceras personas que ningún efecto a su favor puedan hacer derivar de aquella ilegalidad (7).

(5) En este sentido, véase FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1962, pág. 196, y DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *Modalidades en la constitución de los regímenes de división de la propiedad urbana*, en Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, volumen 2.º, Madrid, 1975, pág. 895.

(6) Cfr. Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974, ampliamente comentadas por CADARSO (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, págs. 239-240); 1 de abril de 1977, que comentamos en este ANUARIO, año 1978, fascículo III, págs. 667 y siguientes, y 28 de abril de 1974, en *Repertorio Aranzadi*, núm. 4.041.

(7) Estas consideraciones aparecen en el primer motivo del recurso de casación (Cfr. Resultando quinto de la Sentencia).

En el Considerando primero el Tribunal Supremo afirma que este motivo del recurso no puede prosperar, porque el punto referente a la existencia o inexistencia del enlace precio y directo sobre el hecho demostrado y el que se pretende deducir a través de las presunciones, viene encomendado a la libre apreciación del Tribunal sentenciador, sin que la conclusión obtenida sea censurable en casación, salvo que manifiestamente resulte ilógica, absurda o inverosímil, circunstancia que en modo alguno cabe apreciar en el caso de que se trata. El Tribunal Supremo llega a esta conclusión porque está justificado en las actuaciones que la demandante ostenta la representación de la Comunidad en cuyo nombre acciona como presidente de la misma. Tal cargo lleva presupuesta *ex lege* la condición de propietario por imperativo del artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1961, tanto más que no consta un solo elemento demostrativo en contrario.

2. La raíz del problema se encuentra en el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, que establece que sólo puede ser nombrado presidente uno de los propietarios singulares del edificio, no pudiendo, por tanto, serlo un extraño. El citado artículo dispone con claridad que «los propietarios elegirán *entre ellos* un presidente». A mayor abundamiento, señala FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (8), limitando, como limita la Ley, la intervención de la Junta a los propietarios de pisos o locales, resultaría un contrasentido que la misma pudiera ser convocada y presidida por quien no tuviera tal carácter. Por su parte, FUENTES LOJO (9) precisa que ello, además, resulta lógico dadas las funciones que se encomiendan al presidente de la Junta de Propietarios.

No nos parece, por tanto, acertada la interpretación que la Audiencia Territorial de Sevilla hace del mencionado artículo, cuando dice que si se produce un quebrantamiento de la normativa legal, designando como presidente a persona que no ostente la propiedad de un piso, el problema no afecta a terceras personas, que ningún efecto a su favor pueden derivar de aquella ilegalidad. A nuestro juicio, el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal exige imperativamente que el presidente sea propietario de uno de los pisos que se gozan en Comunidad; de ello se deduce que la persona que detente un interés legítimo, sea o no componente de la Comunidad de Propietarios, puede alegar que carece de legitimación para actuar como representante de la misma quien se atribuye la cualidad de presidente, sin tener la condición de propietario de alguno de los pisos o locales del edificio en Comunidad.

Nos parece, pues, indudable que el promotor está perfectamente facultado para alegar la excepción de falta de legitimación del presidente, por no ser propietario de alguno de los pisos o locales en Comunidad.

3. Así, pues, es necesario probar que el presidente es propietario de alguno de los pisos o locales que forman la Comunidad. Si esto no es posible, falta un requisito esencial de legitimación, como ha entendido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de diciembre de 1969 (10). ¿Quién

(8) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Op. cit.*, pág. 602.

(9) FUENTES LOJO, *Suma de propiedad por apartamentos*, I, Barcelona, 1969, pág. 757.

(10) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 667.

debe probar este hecho? En esta Sentencia, el Tribunal Supremo afirma que la persona que actúa como presidente de la Comunidad de Propietarios y como demandante, debe acreditar dicha titularidad dominical (Considerando 1.º).

A nuestro juicio, esta solución es acertada. En la Sentencia que comentamos, el promotor demandado opuso la excepción de falta de legitimación, por no haberse demostrado que el presidente demandante tiene la condición de propietario de alguno de los pisos vendidos. La excepción interpuesta por el promotor se apoya en que el demandante no sólo debe probar su condición de presidente de la Comunidad de Propietarios (*cfr.* artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino también que es propietario de alguno de los pisos vendidos. En efecto, de acuerdo con los principios que rigen la carga de la prueba en nuestro Derecho, el presidente debe probar la circunstancia señalada, porque pesa sobre el demandante la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión o necesarios para que nazca la acción ejercitada. Lo contrario obligaría al promotor, que actúa como demandando, a probar un hecho negativo: que el presidente no es propietario de alguno de los pisos vendidos.

Según el Tribunal Supremo, el cargo de presidente lleva presupuesta *ex lege* la condición de propietario por imperativo del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, tanto más cuanto que no consta un solo elemento demostrativo en contrario.

De los hechos expuestos sólo se ha demostrado que el demandante ha sido designado presidente de la Comunidad de Propietarios, y que, por ello, ostenta su representación en juicio. Pero pensamos que, del hecho de detentar este cargo, es problemático deducir que se es propietario de alguno de los pisos o locales en Comunidad. Es perfectamente imaginable que haya sido nombrada presidente una persona que no tenga esta condición. Varias Sentencias de nuestros Tribunales han rechazado la demanda del presidente de la Comunidad, por no haber demostrado que es propietario de alguno de los pisos o locales en Comunidad (11). Por no constar un elemento que pruebe que el presidente no es propietario, no puede deducirse claramente que lo es. En puridad, tampoco existe ningún elemento que lo pruebe. No es, sin embargo, necesario probar documentalmente la cualidad de propietario, como parece entender el recurrente en el primer motivo del recurso. Esta cualidad puede probarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Pero, repetimos, es muy dudoso que tan sólo por actuar como presidente de la Comunidad de Propietarios, pueda concluirse que se es propietario, porque la experiencia de los Tribunales demuestra que esto a veces no sucede en la realidad. Es dudoso que, como ordena el artículo 1.253 del Código civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exista un enlace preciso y directo entre la cualidad de presidente de la Comunidad y la condición de propietario de uno de los pisos o locales. Creemos que

(11) *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1969, ya citada; Sentencia de la Audiencia Territorial de Santa Cruz de Tenerife de 31 de enero de 1971, y Sentencia del Juzgado núm. 8 de Barcelona de 13 de julio de 1970. Citadas por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Código de la Propiedad Horizontal*, Madrid, 1976, págs. 177-178.

han de darse otros hechos que puedan determinar la existencia de un enlace preciso y directo, como exige el citado artículo y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

C) *La legitimación de los subadquirentes de pisos en régimen de propiedad horizontal para exigir indemnización por daños derivados del defectuoso cumplimiento de obligaciones dimanantes del contrato de obra.*

En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo legitima a los subadquirentes de los pisos, por considerarles causahabientes a título particular. Para el Tribunal Supremo los derechos y las obligaciones dimanantes del contrato, con excepción de las que tienen carácter personalísimo, trascienden a los causahabientes a título particular.

Nos parece acertado estimar que los causahabientes a título particular reciben los derechos que están en íntima conexión con la cosa que han adquirido, pues con ésta se transmite también el interés para ejercitar éstos. Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1961 (12) ha declarado que los subadquirentes de los pisos reciben todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad (Considerando 1.º). En este sentido se pronuncian numerosos autores (13) y la jurisprudencia (14), que superan así el obstáculo que representa el principio de la relatividad del contrato (*cf.* artículo 1.257 del Código civil).

Como es lógico, esta solución es aplicable a los subadquirentes de pisos, que están legitimados, por tener la condición de causahabientes a título particular, para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (*cf.* artículo 1.591), y, en general, cualquier acción que esté dirigida a hacer efectiva la responsabilidad del constructor, por la existencia de vicios en los pisos adquiridos.

En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo recalca que la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian claramente en este sentido. Afirma concretamente que, en lo concerniente al contrato de ejecución de obra, la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad

(12) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 359.

(13) *Cfr.* ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo I, Barcelona, 1968, páginas 646 y 647; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina General del Contrato*, tomo II-1.º, Barcelona, 1978, pág. 260; CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Obligaciones*, tomo III, undécima edición revisada por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1974, pág. 558, nota 1; MESSINEO, *Il contratto in genere*, tomo 2.º, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, de CICU y MESSINEO, Milano, 1972, pág. 115; CARBONNIER, *Droit Civil. Les Obligations*, vol. 4.º, París, 1976, pág. 208; WEILL y TERRÉ, *Droit Civil. Les Obligations*, París, 1975, págs. 570 y 571; H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Théorie Générale*, París, 1978, págs. 847 y siguientes; y CADARSO, *Op. cit.*, págs. 181 y siguientes.

(14) En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1965 (en *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 93); 5 de octubre de 1965 (en *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 618); 25 de abril de 1975 (en *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 174); y 1 de abril de 1977 (en *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 432). La Corte de Casación francesa lo afirma en numerosas Sentencias que mencionan H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS, *Op. cit.*, págs. 847-848.

horizontal para entablar las acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido proclamada por la Sentencia de 5 de mayo de 1961 (Considerando 2.º).

Nosotros hemos analizado ampliamente el problema en este ANUARIO. Nos remitimos, por ello, a lo que afirmamos en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 (15).

Saliéndose del problema planteado (la legitimación activa del subadquirente para exigir indemnización por la existencia de vicios en los pisos comprados), el Tribunal Supremo afirma que, además de los derechos, las obligaciones dimanantes del contrato trascienden a los causahabientes a título particular, salvo que tengan carácter personalísimo. No es la primera vez que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en estos términos. En el Considerando 2.º de la Sentencia que comentamos se citan Sentencias que lo señalan con claridad. Esta circunstancia aconseja que abordemos esta cuestión, por considerarla de extraordinaria importancia. Si es acertado sostener que el causahabiente a título particular recibe los derechos y las acciones que están íntimamente vinculados a la cosa que ha adquirido, muy problemático resulta admitir que se transmiten al mismo obligaciones que pesan sobre el transmitente. En nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 dijimos que «en modo alguno puede admitirse que se transmiten al adquirente del edificio las obligaciones que recaen sobre el comitente vendedor» (16). Seguimos pensando de la misma manera. CARBONNIER (17) diferencia la transmisión activa y la transmisión pasiva del contrato a los causahabientes a título particular (*ayants cause à titre particulier*). La transmisión activa puede admitirse sin grandes dificultades; en cambio, la transmisión pasiva no es posible sin el consentimiento del acreedor. Las obligaciones contractuales relativas a un bien son, en principio, inoponibles al adquirente de este bien; es un tercero en relación al contrato. Con razón, LACRUZ (18) afirma que el comprador, en principio, no tiene por qué respetar los compromisos y responsabilidades anteriormente asumidos por el vendedor en relación con la cosa comprada. Si bien, excepcionalmente, la legislación arrendatada impone la asunción automática, por el comprador de la finca rústica o urbana, de los contratos de arrendamiento, y también asume los de trabajo el adquirente de una empresa mercantil.

Además del obstáculo que representa el principio de la relatividad del contrato y los términos del artículo 1.257 del Código civil, la transmisión de obligaciones al causahabiente a título particular no puede ser admitida por dos importantes razones: 1.ª Si fuese posible dicha transmisión de obligaciones, habría que llegar a la conclusión de que el causahabiente a título particular es deudor aún no queriendo serlo. Como han puesto de

(15) En ANUARIO DE DERECHO CIVIL, fascículo III, año 1978, págs. 667 y siguientes.

(16) *Op. cit.*, pág. 677.

(17) CARBONNIER, *Droit Civil. Les Obligations*, IV, París, 1976, pág. 208.

(18) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, volumen 2.º, Barcelona, 1977, pág. 250.

relieve H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS (19) y ESMEIN (20), esta solución es peligrosa, porque tales obligaciones, cuya creación no ha sido objeto de ninguna publicidad particular, pueden ser ignoradas por el causahabiente a título particular. Esta ausencia de publicidad hace peligrosa la adquisición de bienes. 2.^a Resulta difícil imponer al acreedor un cambio de deudor. La novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, no puede hacerse nunca sin el consentimiento del acreedor (*cf.* artículo 1.205 del Código civil). Nótese que el nuevo deudor puede ser insolvente, con el consiguiente perjuicio para el acreedor.

Es interesante destacar que el Proyecto de Ley sobre «protección pública a la vivienda», que ha sido publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas» el día 23 de noviembre de 1979, se refiere en el título 2.^o a la promoción privada de actuaciones de vivienda (21). El apartado 2.^o del artículo 22, relativo a las responsabilidades de los promotores, dispone que en caso de que la obra construida presente vicios o defectos, que se manifiesten en el plazo de cinco años a contar desde la cédula de habitabilidad, *el ocupante legítimo de la vivienda* estará legitimado para interponer una acción contra el promotor, a fin de que éste efectúe las obras de reparación necesarias.

El Proyecto de Ley se refiere a cualquier ocupante legítimo de la vivienda, por lo que es indudable que el subadquirente está legitimado para interponer la citada acción. No alude a la transmisión de obligaciones.

D) *Las consecuencias jurídicas que motiva la existencia de vicios ocultos en los pisos, que no determinan su ruina.*

1. El Tribunal Supremo se enfrenta con este problema en la Sentencia que comentamos. Por muy ampliamente que se haya entendido el término «ruina», que aparece en el artículo 1.591 del Código civil (22), el desprendimiento de los azulejos de las terrazas de los pisos no da lugar a la aplicación del citado artículo. De esta manera se plantea el problema de precisar las consecuencias jurídicas que derivan de la existencia de vicios que no determinan la ruina de la obra construida. Este problema, como afirma el Tribunal Supremo, no está previsto en la parca regulación del Código civil, que sólo se refiere al vicio que provoca la ruina de la obra construida (*cf.* artículo 1.591). ¿Cómo solucionar este problema? Nuestro Más Alto Tribunal responde de la siguiente manera: el derecho al resarcimiento se

(19) H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS, *Op. cit.*, pág. 851.

(20) ESMEIN, *Obligations*, volumen 6.^o, parte primera del *Traité pratique de Droit Civil français*, dirigido por PLANIOL y RIPERT, París, 1952, págs. 425 y 426.

(21) Debe tenerse en cuenta que este Proyecto de Ley se refiere tanto a la promoción de viviendas de régimen libre como a la promoción de viviendas de régimen protegido (*cf.* artículo 5).

(22) La concepción amplia de la «ruina» es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, como ya expusimos en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977, en este ANUARIO, año 1978, fascículo III, pág. 671.

actuará bien mediante la reparación *in natura* si así es postulada, realizando las obras de corrección necesarias, incluso a costa del contratista (artículos 1.091 y 1.098 del Código civil), bien a través del cumplimiento por equivalencia (artículo 1.101), siempre, claro está que los vicios de la obra no revistan tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del dueño permita el ejercicio de la acción resolutoria con arreglo al artículo 1.124, soluciones aludidas que vienen autorizadas por los principios generales de la responsabilidad contractual de correcta aplicación al tema. (Considerando 4.º).

El Tribunal Supremo niega categóricamente la aplicación analógica de las normas del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida. Los artículos 1.484 y 1.490 son a todas luces ajenos a una controversia que no se disciplina mediante la pauta de las acciones edilicias propias del contrato de compraventa (Considerando 4.º).

Existen diversas Sentencias, citadas en el mencionado Considerando, que coinciden sustancialmente con la doctrina de la Sentencia que comentamos. En este sentido destaca la reciente Sentencia de 15 de marzo de 1979 (23), cuyo Considerando 3.º es casi idéntico al Considerando 4.º de la Sentencia que analizamos. A las Sentencias mencionadas por el Tribunal Supremo en el citado Considerando hay que agregar la Sentencia de 18 de abril de 1969 (24), que declara: «La acción que ejercita el actor no es una acción de saneamiento, la redhibitoria, típica de la compraventa, sino la genérica de incumplimiento de obligaciones contractuales, de contrato de arrendamiento de obra» (Considerando 3.º). También tiene interés la doctrina de las Audiencias. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 4 de febrero de 1969 (25) establece que «la prescripción de acciones del artículo 1.490 no es aplicable al contrato de obra, porque en dicho cuerpo legal (Código civil) no existen unas reglas generales sobre obligación de saneamiento, sino únicamente a propósito del contrato de compraventa, y cuando el legislador ha querido que en determinado contrato se apliquen las normas del saneamiento de la compraventa lo hizo por vía de remisión, como en cuanto al arrendamiento de cosas (artículo 1.553)». La Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 5 de julio de 1976 declara que en el caso de construcción defectuosa «puede el comitente dirigirse contra el constructor para exigirle el cumplimiento del contrato en los términos pactados, consistente en entregar la obra sin vicios ni defectos ocultos en su construcción, basándose no sólo en los artículos 1.101, sino también en el artículo 1.258 del Código civil, porque todo contratante se obliga a todas las consecuencias que sean conformes a la naturaleza del contrato, según la buena fe, el uso y la Ley, y tanto el artículo 1.101 ya citado como el 1.102 y 1.103 del propio Código civil, que cubre los vicios consistentes que por culpa, dolo o negligencia efectúa el constructor-contratista en la obra encargada, criterio ya mantenido por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 28 de noviembre de 1970 y 23 de octubre de 1971, y por esta propia Sala

(23) En *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 871.

(24) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 254.

(25) Sentencia citada por RUIZ VADILLO, *Introducción al estudio teórico práctico del Derecho Civil*, Bilbao, 1975-1976, pág. 439.

en sus Sentencias de 30 de mayo y 26 de octubre de 1973, y en consecuencia procede dar lugar en parte a la reconvencción formulada por los demandados y condenar al autor a que repare a su cargo y en debida forma todos los defectos constructivos enumerados y concretados en el dictamen del perito correspondiente».

2. En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo afirma que los modernos ordenamientos foráneos, a diferencia del nuestro, solucionan concretamente el problema planteado (Considerando 4.º). Esta afirmación es exacta. Destacan el Código civil italiano (artículos 1.667 y 1.668), el Código civil portugués (artículos 1.218 a 1.224), el Código suizo de las Obligaciones (artículos 368 a 371), el Código civil alemán (parágrafos 633 y 634), y el Código civil francés (artículo 1.792-3, cuyo texto proviene de la Ley de 4 de enero de 1978) (26).

3. Numerosos autores han intentado solucionar el problema planteado. Algunos coinciden con la posición del Tribunal Supremo; otros, en cambio, discrepan de ella. Consideramos útil exponer sucintamente el debate doctrinal. Cinco han sido las soluciones doctrinales que se han defendido.

a) *Aplicación analógica de las normas del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida.*—MUCIUS SCAEVOLA (27) fundamenta esta resolución de la siguiente manera: ¿No se viene repitiendo por los tratadistas y los Códigos que los contratos de obra por un precio alzado guardan una visible paridad con los contratos de compraventa? Los plazos de garantía para reclamar por vicios no manifestados en el acto de la entrega, ¿no se corresponden en el orden de las equivalencias jurídicas con el saneamiento por vicios ocultos? Pues procédase por principio lógico, que es fuente de Derecho cuando no hay texto legal exactamente aplicable, y digamos con aproximación discreta al legislador alemán (artículos 638 y 639) que, para los plazos de prescripción por vicios redhibitorios no manifestados en el acto de la entrega, rigen las disposiciones concernientes a la compraventa. Y así, ya en el plano de las analogías, podremos afirmar que el constructor responde al dueño por vicios ocultos de la cosa si tales vicios determinan su perei-

(26) No es éste el lugar para examinar esta interesante normativa. El que tenga interés en comprender su significado puede consultar las siguientes obras: RUBINO, *L'appalto*, vol. 7.º, tomo 3.º, del *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por VASSALLI, Torino, 1951, págs. 266 y siguientes; GIANNATASSIO, *L'appalto*, vol. XXIV, tomo 2.º, del *Trattato di Diritto civile e commerciale*, de CICU-MESSINEO, Milano, 1967, núm. 106; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. II, Coimbra, 1968, págs. 570 y siguientes; DÜRR, *Le contrat d'entreprise*, Berne, 1958, págs. 97-98; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tomo 2.º, München, 1968, págs. 227 y siguientes; WUSSOW, *Die Haftung und versicherung bei der Bauausführung*, Köln-Braunsfeld, 1966, págs. 159 y siguientes; SCHMALZL, *Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers*, München, 1972, págs. 63 y siguientes; GROSLIERE, *La réforme de la responsabilité en matière de construction*, en *Droit et Ville*, núm. 7.º, 1979, Bayonne, págs. 9 y siguientes; ROUSSEL y otros, *Responsabilités et assurances des constructeurs*, Paris, 1978, A-19; y CASTÓN, *La responsabilité des constructeurs*, Paris, 1979, págs. 163 y siguientes.

(27) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, tomo XXIV, parte segunda, revisado por RODRÍGUEZ ARIAS, Madrid, 1951, págs. 90-92.

miento o la hacen impropia para el uso a que se destinaba o disminuyen notablemente este uso.

NART (28) y SANTOS BRIZ (29) establecen otro argumento: «Si el vicio se observó después de recibida la obra, rigen las reglas de la compraventa sobre saneamiento, ya que el artículo 1.553 hace una remisión tan general a la compraventa que, a pesar de su colocación en el capítulo de los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, fuerza a considerarlo como de aplicación general.»

b) *Aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual.*—MANRESA (30) opina que este supuesto ha debido preverse en la Ley, porque no previéndose y estando fundada en principios de justicia la responsabilidad del arrendador, surge la cuestión del plazo dentro del cual deberá el arrendatario interponer su acción, cuestión que no hay más remedio que resolver dentro del criterio del Código, como la resuelven los señores MARTÍNEZ ANGEL y OYUELOS, esto es, estimando que se trata de una acción personal que con sujeción al artículo 1.964 se extingue a los quince años, plazo que desde luego nos parece demasiado largo. Y no es esto lo peor, sino que como también dicen dichos autores, el punto de partida para contar esos quince años será el momento en que se conocieron los defectos o se destruyó la cosa, pues, según el artículo 1.969 el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, y como en el caso que nos ocupa, no hay momento señalado especialmente, es lógico deducir que el tiempo ha de contarse desde que se conocieron los defectos o se destruyó la construcción a causa de ellos, puesto que hasta entonces no pudieron ser ejercitados por no conocerse.

Según DIEZ-PICAZO (31), una solución podría ser la aplicación analógica de las normas por vicios ocultos en la compraventa. Sin embargo, la solución no está exenta de dificultades en atención al plazo para el ejercicio de la sanción rescisoria o de reducción de precio. Probablemente, la única vía idónea para resolver el problema sean los principios generales del Derecho de Obligaciones.

c) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (32) defienden una solución peculiar.—Dicen que resulta problemática la atribución al comitente de las pretensiones de redhibición y de reducción propias del saneamiento por vicios o defectos ocultos. En la regulación legal de las obras por ajuste o precio alzado no se ha previsto la obligación de saneamiento ni se hace una remisión a las

(28) NART, *Contrato de obra y empresa*, en Revista de Derecho Privado, 1951, pág. 823.

(29) SANTOS BRIZ, *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, en Revista de Derecho privado, 1972, pág. 392.

(30) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo X, Madrid, 1904, págs. 699-670.

(31) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972, pág. 689; y *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, vol. 2.º, Madrid, 1975, pág. 127.

(32) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Anotaciones al Tratado de ENNECCERUS*, volumen 2.º, parte 1.º, 3.ª ed., revisada por FERRANDIS, Barcelona, 1966, pág. 528.

disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa, como la establecida en el artículo 1.553. Los vicios a que alude el artículo 1.591 no son vicios redhibitorios, pues no dan lugar a la opción entre resolución del contrato o reducción del precio, sino que fundan una responsabilidad por daños y perjuicios. No obstante, habrá lugar a la aplicación de los preceptos relativos al saneamiento en la compraventa cuando se trate de contratos de ejecución de obra con materiales suministrados por el contratista, en la medida en que tales supuestos deban resolverse mediante la aplicación combinada de las reglas del contrato de obra y de las propias de la compraventa.

d) *Aplicación de la teoría del error en la sustancia.*—HERRERA CATENA (33) y FERNÁNDEZ COSTALES (34) proponen la siguiente solución: anular el proceso de recepción (por error o dolo) dentro del plazo de cuatro años (artículo 1.301), que empezaría a correr «desde la consumación del contrato» (en nuestro caso desde la recepción definitiva, culminación del proceso de recepción de la obra). Anulada la recepción, las cosas volverían al estado anterior a ella, encontrándose el comitente con una gama de posibles acciones ejercitables en el plazo prescriptivo de quince años (del artículo 1.964) y dependiendo la elección de la pretensión (o pretensiones) a ejercitar de las circunstancias del caso: entidad de los vicios descubiertos, culpabilidad del contratista.

e) *Aplicación analógica de las reglas de la responsabilidad decenal.*—F. J. SÁNCHEZ CALERO (35) fundamenta esta solución en que la responsabilidad por vicios ocultos no causantes de ruina y la responsabilidad decenal (*cf.* artículo 1.591), coinciden en el fundamento y en la naturaleza jurídica.

4. *Opinión personal.*—Para solucionar el problema planteado es una premisa fundamental determinar si subsiste la responsabilidad del constructor con posterioridad a la recepción definitiva de la obra, cuando la obra recibida está aquejada de vicios no determinantes de ruina. Si se soluciona este problema de forma negativa, es decir, si se entiende que la recepción definitiva libera al constructor (cubre cualquier tipo de vicio no determinante de ruina), tiene poco sentido cuestionar la aplicación analógica de las normas sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida o la aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual.

El problema se plantea porque nuestro Código civil sólo se refiere expresamente a la responsabilidad del constructor por la existencia de vicios determinantes de la ruina de la obra construida (*cf.* artículo 1.591). Nada dice sobre la responsabilidad derivada de la existencia de vicios, que no ocasionan la ruina de la obra entregada y recibida. Este importante problema lo solucionamos en el estudio realizado sobre la recepción de la

(33) HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, vol. I, Granada, 1974, págs. 135 y siguientes.

(34) FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, págs. 205-206.

(35) F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, pág. 118.

obra (36). Hemos afirmado que la recepción definitiva libera al constructor de toda responsabilidad frente al comitente, salvo en el caso de que la obra presente vicios ocultos. La subsistencia de la responsabilidad del constructor se fundamenta en razones de justicia y equidad. No es justo que éste se exonere totalmente de responsabilidad después de recibida la obra construida, porque la complejidad de la técnica de construcción motiva una gran dificultad para poder precisar en el momento de la verificación la existencia de todos los vicios que pueda presentar la obra construida, y lo que es todavía más difícil, sus consecuencias dañosas. Numerosos tipos de vicios sólo pueden revelarse con el uso de la obra; así, por ejemplo, los vicios de insonorización, los vicios en la instalación de la calefacción o la refrigeración, que se manifestarán en las épocas de frío o calor, los vicios en la techumbre, que se apreciarán en el período de lluvias, etc.

A nuestro juicio, la aplicación analógica de las normas sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida no es acertada. Son diversas las razones que nos inclinan a pensar de esta manera: 1.ª El artículo 1.553 del Código civil no se aplica a todo tipo de arrendamiento, sino tan sólo a los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, puesto que el mismo está situado en la sección primera del capítulo II del título VI del libro cuarto del Código civil, que se refiere exclusivamente al arrendamiento de fincas rústicas y urbanas. Si nuestro legislador hubiera querido que el artículo 1.553 se aplicase al arrendamiento de obra y servicios, no hubiese hecho constar lo prescrito en el citado artículo en la normativa relativa al arrendamiento de fincas rústicas y urbanas, sino que lo hubiese situado en las disposiciones generales (artículos 1.542 a 1.545), aplicables a todo contrato de arrendamiento, o bien en la normativa propia del arrendamiento de obras y servicios (artículos 1.583 a 1.603). Como afirma BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS (37), lo único que tal vez puede admitirse es la aplicación del artículo 1.553 a cualquier clase de arrendamiento de cosas, de conformidad con la idea aceptada por la doctrina de que la concisión de las disposiciones generales del arrendamiento exige la aplicación analógica de las normas del capítulo segundo a todas las clases de arrendamientos de cosas. 2.ª La brevedad del plazo de caducidad para ejercitar las acciones edilicias motiva que la aplicación analógica de los artículos 1.484 y siguientes del Código civil sea absolutamente inapropiada, si se quiere proteger adecuadamente al comitente. Sólo en contados casos los vicios que presente la obra construida y recibida se harán patentes durante el plazo de seis meses, que fija el artículo 1.490 del Código civil. Así apreciamos, en la Sentencia que comentamos, que el desprendimiento de los azulejos se produce a los cuatro años de la venta de los pisos construidos. Incluso cuando se trata de la venta de una obra inmobiliaria, los seis meses, que como plazo de caducidad establece el artículo citado, frustrarán en innumerables supuestos el derecho del comprador, no ya por su desidia o inactividad, sino como dice ALONSO

(36) En el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1978, fascículo II, págs. 302 y siguientes.

(37) BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, *La obligación de sanear en el arrendamiento*, en la Revista de Derecho Privado, año 1964, pág. 374.

PRIETO (38), porque normalmente la Ley es más madrugadora que los vicios, principalmente cuando el momento de la entrega coincide con la estación meteorológica benigna y es menester la prueba invernal, acaso ya adeshora para el ejercicio tempestivo de la acción. La inoportuna rigidez de la Ley resulta, pues, patente. No es por tanto extraño que el Tribunal Supremo, apremiado por exigencias de indiscutible equidad, haya tratado de flexibilizar el rigor del precepto. Unas veces (Sentencia de 7 de junio de 1909) (39) interpretando que el plazo de los seis meses es de prescripción, no de caducidad; otras (Sentencia de 10 de enero de 1946) (40), acogiendo una renuncia implícita a la caducidad de la acción fundada en la promesa de pago de los gastos que el comprador se vio forzado a realizar en el inmueble adquirido; y otras, aceptando el traslado del conflicto legal, urgido por exigencias de justicia ante la imposibilidad de interrumpir el plazo extintivo. El Tribunal Supremo acepta la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de nulidad, resolución y daños contractuales (41). Muy ilustrativas son las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1965 (42) y 28 de noviembre de 1970 (43).

El Derecho Comparado nos muestra que, incluso los Códigos que se remiten a la normativa de la compraventa para solucionar el problema planteado, establecen un plazo de ejercicio de la acción de una mayor duración. Véase la referencia que hemos hecho anteriormente al Derecho Comparado.

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER propugnan, como hemos señalado, sólo la aplicación de las normas sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, cuando se trate de un contrato de obra con materiales suministrados por el constructor. Esta solución plantea todos los inconvenientes que hemos apuntado para negar la aplicación analógica de los artículos 1.484 y siguientes del Código civil. Se basa además en la naturaleza mixta del contrato de obra con suministro de materiales por el constructor. A nuestro juicio, esta solución es contraria a la regulación unitaria del contrato de obra que establece el Código civil. Se advierte que este Cuerpo legal reconoce, como una de las modalidades de dicho contrato, el caso en que el constructor, además de su trabajo o industria, suministra el material (*cf.* artículo 1.588), y le somete a las normas del mencionado contrato, sin hacer remisión alguna a las reglas de otra firma extraña al mismo. Los autores mencionados no tienen en cuenta que, en todo proceso de construcción, la actividad y los materiales no son dos realidades diferentes que puedan te-

(38) ALONSO PRIETO, *Las acciones de saneamiento en la compraventa*, en la Revista de Derecho Privado, 1974, pág. 254.

(39) En *Jurisprudencia Civil. Colección completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo 115, núm. 69.

(40) En *Jurisprudencia Civil. Colección completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo 13, núm. 7.

(41) Consúltese el interesante estudio de ESPÍN, *Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año 1967, págs. 913 y siguientes.

(42) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 520.

(43) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 560.

ner un tratamiento independiente, sino que se incorpora la una al otro para formar un todo orgánico (44). Ahora bien, las partes pueden haber considerado la actividad del constructor como prestación principal y la obligación de dar como complementaria; o bien a la inversa. Como señala RUBINO (45), de ello resulta que, en el primer caso, el proceso productivo constituye el fin del contrato, y la materia es un simple medio para la realización de la obra (sólo surge un contrato de obra), mientras que, en el segundo caso, el proceso productivo resulta objetivamente extraño a la consideración de los contratantes, la actividad desplegada es simplemente un medio para llevar a cabo la transformación de la materia (sólo surge un contrato de compraventa). En definitiva, este contrato estará sujeto a una disciplina unitaria, la del contrato de obra o la del contrato de compraventa, según que la obligación principal y características del contrato sea una obligación de dar o una obligación de hacer (46).

La solución propuesta por HERRERA CATENA y FERNÁNDEZ COSTALES (aplicación de la teoría del error en la sustancia) presenta no pocas dificultades. La conexión entre los vicios ocultos y la teoría del error es negada por la mayoría de los autores. No puede decirse que el comitente, al aceptar y recibir la obra, presta un consentimiento viciado por error; lo que ocurre es que el comitente al aceptar, por el carácter oculto del vicio, ignora la inexactitud del cumplimiento. Como dice el profesor DE CASTRO (47), el error vicio se refiere al consentimiento, es decir, al momento de perfección del contrato; el saneamiento por defecto tiene lugar en el de la consumación, cuando la cosa se entrega o la prestación debida se cumple. Por consiguiente, al comitente le corresponde una acción dirigida a hacer efectiva la responsabilidad en que ha incurrido el constructor por ejecutar defectuosamente su prestación. Solución semejante a la que nuestro Código civil establece en el supuesto de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida. El comprador dispone de las acciones redhibitoria y *quantum minoris* (cfr. artículo 1.486).

La tesis defendida por F. J. SÁNCHEZ CALERO no es totalmente convincente. Este autor niega la aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual, porque la responsabilidad por vicios ocultos no determinantes de ruina y la responsabilidad decenal coinciden en el fundamento. Para SÁNCHEZ CALERO, la responsabilidad decenal tiene naturaleza contractual. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, señala que se trata de un supuesto en que las prestaciones a cargo de constructor han sido ejecutadas, pero han sido defectuosas. Se produce un cumplimiento inexacto de la obligación que existe en todos aquellos casos en que el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajusta a los presupuestos o las condiciones que el pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos.

(44) Cfr. BRICMONT, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs en droit belge et en droit français*, Bruxelles-París, 1965, págs. 18-19.

(45) RUBINO, *L'appalto*, pág. 24.

(46) Lógicamente se plantea el problema de establecer los criterios para precisar cuál es la obligación principal o característica del contrato. Un excelente análisis ha sido realizado por RUBINO, *Op. cit.*, págs. 24-27.

(47) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1972, págs. 118-119.

La responsabilidad por vicios no determinantes de la ruina, como afirma acertadamente F. J. SÁNCHEZ CALERO, obedece al mismo fundamento que la responsabilidad decenal (ambas responsabilidades son contractuales) (48), y por ello ha de tenerse en cuenta el artículo 1.591 para configurar el régimen jurídico de los citados vicios, pero también es indudable que son de aplicación *directa* los principios generales de la responsabilidad contractual. De acuerdo con este planteamiento, habrá que tener en cuenta el régimen de distribución de responsabilidades que establece este artículo (por los vicios del suelo y de la dirección, responde el arquitecto; por los vicios de la construcción, el contratista) y el plazo de garantía decenal, que también juega en relación con el vicio no determinante de ruina, pues si no cabe exigir responsabilidades al constructor cuando ha transcurrido el citado plazo, siendo el vicio determinante de la ruina de la obra, con mayor motivo no será el mismo responsable si han transcurrido los diez años, y el vicio no es determinante de la ruina. Sin embargo, en otras cuestiones rigen directamente los principios generales de la responsabilidad contractual. No por analogía, sino por tener naturaleza contractual la responsabilidad por vicios no determinantes de la ruina. Así, por ejemplo, se aplicarán los artículos 1.964 y 1.969, que fijan el plazo de prescripción de la acción, los artículos 1.098 y 1.101 y siguientes, que establecen las formas de reparación del daño, etc.

Debemos reconocer, sin embargo, que el plazo de garantía decenal es de una duración excesiva para los vicios ocultos que no determinan la ruina. Como es demasiado corto el plazo de seis meses que fija el artículo 1.490. No es, por ello, extraño que numerosos Códigos civiles foráneos hayan establecido un plazo de garantía por los vicios ocultos determinantes de la ruina, cuya duración suele ser de diez años, y un plazo de garantía por vicios ocultos no determinantes de la ruina, cuya duración no sobrepasa los cinco años (49). Nos parece también muy largo el plazo de prescripción que establece el artículo 1.969. Ambos inconvenientes han sido resaltados por MANRESA, como hemos visto.

En cualquier caso, la denuncia de un vicio no determinante de la ruina, cuando ya han transcurrido muchos años desde que se entregó la obra, hará difícil al comitente probar que el defecto que presenta la obra tiene su causa en la conducta negligente del constructor, y no, en cambio, en el envejecimiento de la obra, en la falta de reparaciones necesarias, o en su deficiente utilización (*cfr.* artículo 1.907 del Código civil). En este caso, es muy problemático que pueda presumirse que el origen de los defectos se debe a la conducta negligente del constructor (49 bis).

(48) Ya nos hemos pronunciado en este sentido; véase este ANUARIO, año 1978, fascículo I, págs. 135 y 136; año 1978, fascículo III, págs. 672 y 673. Véase también CADARSO, *Op. cit.*, págs. 83 y siguientes.

(49) *Cfr.* artículos 1.667, 3.º, del Código civil italiano, 1.224 del Código civil portugués, 638 del BGB, 371 del Código suizo de Obligaciones, y 1.792-3 del Código civil francés.

(49 bis) En la doctrina y en la jurisprudencia predomina la convicción de que la culpa del profesional de la construcción se presume cuando acaece la ruina de la obra dentro del plazo de garantía decenal (*Cfr.* artículo 1.591

Por todo lo que acabamos de decir, la aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual es acertada para resolver el problema que plantea la existencia de vicios ocultos que no causan la ruina de la obra construida, si bien debe tenerse también en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.591 del Código civil.

De gran interés es el Proyecto de Ley sobre protección pública a la vivienda, al que nos hemos referido anteriormente. El artículo 22 establece un plazo de garantía de cinco años para hacer efectiva la responsabilidad del promotor, por los vicios o defectos que presenta la obra inmobiliaria. Este plazo se cuenta desde el otorgamiento de la cédula de habitabilidad de la vivienda.

5. En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo establece las pretensiones que corresponden al comitente. Puede exigir la corrección o rectificación de los vicios (artículos 1.091 y 1.098 del Código civil), incluso a costa del contratista, o el cumplimiento por equivalencia (artículo 1.101 del Código civil). También es factible la resolución del contrato de obra, cuando los vicios hagan impropia la obra para satisfacer el interés del comitente.

La admisibilidad de las pretensiones de rectificación o corrección de los vicios y cumplimiento por equivalencia es indudable. Como ha establecido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de noviembre de 1976 (50), el cumplimiento por equivalencia tiene carácter subsidiario respecto al cumplimiento *in natura* (Considerando 1.º). Se deduce de la lectura de los artículos 1.096 y siguientes del Código civil y 923 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el acreedor (el comitente), no cumpliendo exactamente el deudor (el constructor), puede hacer valer su derecho a la prestación exacta en forma específica, e incluso, cuando ésta sea todavía posible, ha de dirigir a ella la reclamación de modo principal, y al equivalente de modo subsidiario. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1959 (51) ordenó la reposición del elemento defectuoso, invocando la regla del artículo 1.098 del Código civil (Considerando 2.º).

En relación con el cumplimiento por equivalencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1890 (52) precisó que el perjuicio sufrido por el comitente consiste en la diferencia que resulte entre el precio convenido y lo que costó al dueño, computándose como coste la parte del precio por el mismo satisfecha y lo que invirtió en reparaciones (Considerando 1.º) (53).

Mayores dificultades presenta la admisibilidad de la pretensión de resolución del contrato de obra, cuando los vicios ocultos no determinan la ruina e incluso cuando la causan. El Tribunal Supremo afirma en la Sentencia que comentamos y en la Sentencia de 15 de marzo de 1979, que la acción

del Código civil). Sobre esta cuestión, véase CADARSO, *Op cit.*, págs. 170 y siguientes.

(50) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 334.

(51) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 629.

(52) En *Jurisprudencia Civil. Colección completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, tomo 68, núm. 101.

(53) Sobre el significado de estas pretensiones en relación con los vicios en las obras inmobiliarias, véase RUBINO, *L'appalto*, págs. 286 y siguientes, y GIANNATASSIO, *L'appalto*, págs. 197 y siguientes.

resolutoria (cfr. artículo 1.124) presupone que los vicios revistan tal grado de imperfección que hagan impropia la obra para satisfacer el interés del comitente. Si no se cumple este requisito, sólo proceden las pretensiones anteriormente citadas (Considerandos 4.º y 3.º, respectivamente).

Esta solución es concorde con la doctrina que han establecido numerosas Sentencias del Tribunal Supremo (54), que exigen que el cumplimiento defectuoso sea grave. Es decir, debe ocasionar la frustración del fin del contrato y del interés del acreedor. Además, la resolución sólo será atendible cuando no aparezca como abusiva o contraria a la buena fe.

Si tenemos presente que la ruina de la obra construida tiene lugar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo y con la solución imperante en la doctrina (55), no sólo cuando se produce el derrumbamiento de la obra, sino también cuando presente graves defectos, aunque no comprometan su solidez o estabilidad, si afectan a aquellos elementos o partes que, con la obra misma, están destinados a tener una larga duración, no parece posible admitir la acción resolutoria cuando los vicios ocultos no causan la ruina de la obra. En rigor, todo vicio que hace impropia la obra para satisfacer el interés del comitente reviste una indudable gravedad y ocasiona la denominada «ruina funcional» (56).

Pensamos que, aun siendo los vicios ocultos causantes de la ruina, es muy dudoso que proceda la aplicación del artículo 1.124 del Código civil. Ciertamente, el Tribunal Supremo ha admitido la aplicación de este artículo en un supuesto de ruina de la obra por vicio del suelo. La Sentencia de 19 de febrero de 1970 (57) estableció que el resultado defectuoso e inútil en cuanto completamente inservible de las obras efectuadas por la casa constructora, por causas exclusivamente a ella imputables, constituye incumplimiento del contrato, el cual puede ser resuelto, al amparo del artículo 1.124 del Código civil, por el comitente que puntualmente cumplió con su parte contractual (Considerando 5.º). Se plantea, en definitiva, el problema de las relaciones entre los artículos 1.591 y 1.124 del Código civil, en caso de cumplimiento defectuoso del contrato de obra. CADARSO (58) soluciona acertadamente el problema: hay que decir que ambas acciones, la de resolución, sancionada por el artículo 1.124 y la de responsabilidad decenal por ruina, que regula el artículo 1.591, tienen campos de actuación netamente diferen-

(54) Cfr. Sentencias de 5 de enero de 1935 (*Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 14), 11 de junio de 1969 (*Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 395) y 19 de febrero de 1970 (*Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, número 78). Véase también ALVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1972, pág. 127, y nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1976, en este ANUARIO, año 1977, fascículo II, pág. 455.

(55) Véase mi comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977, en este ANUARIO, año 1978, fascículo III, pág. 671.

(56) Sobre el significado de la ruina funcional, consúltese el amplio análisis de CADARSO, *Op. cit.*, págs. 130 y siguientes.

(57) En *Jurisprudencia Civil. Edición Oficial*, núm. 78.

(58) CADARSO, *El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1970*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, fascículo III, año 1970, págs. 670 y siguientes.

ciados: la diferencia viene básicamente dada por el momento de la entrega y recepción de la obra. Lo expresa BRICMONT (59 del modo más terminante cuando dice que «la acción de resolución no podrá ser ejercitada después de la recepción de las obras. En todo caso, concluye CADARSO (60), debe entenderse que la recepción constituye el momento diferenciador de las acciones contractuales ordinarias frente a la excepcional del primer párrafo del artículo 1.591.

El artículo 1.124 del Código civil sólo puede aplicarse cuando la ruina de la obra se produzca con anterioridad a la recepción definitiva; una vez que ha tenido lugar la recepción definitiva, sólo precede la aplicación del artículo 1.591 del Código civil. En este sentido, la recepción definitiva es importante para configurar las diversas responsabilidades del constructor por la ejecución viciosa de la obra (61).

E) *La consideración del promotor como vendedor y contratista.*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—En la Sentencia que comentamos, se observa que se hace responsable al promotor por la existencia de vicios de construcción en los pisos que han sido vendidos, una vez terminada su construcción (venta de pisos terminados o llave en mano). Estamos en presencia de un promotor que, según el Tribunal Supremo, aparece jurídicamente como vendedor de pisos terminados y contratista. A diferencia de las Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974 (62), en la Sentencia que comentamos no se declara expresamente que el promotor tiene la condición de contratista. Sin embargo, de la lectura de los Considerandos 2.º, 3.º y 4.º se infiere con claridad esta postura. El Tribunal Supremo afirma en el Considerando 4.º que *en el campo del contrato de obra* y con referencia al caso de ejecución defectuosa por no ajustada a la pericia profesional exigible, es claro que tal hipótesis, no prevista en la parca regulación del Código civil para evento distinto del aludido en el artículo mil quinientos noventa y uno, determinará la consiguiente responsabilidad *del contratista en relación al comitente* o sucesor a título universal o particular, obligada como efecto de ese cumplimiento irregular o inexacto. En el Considerando 3.º, el Tribunal Supremo establece que pasan al comprador del piso las acciones que asisten al *comitente en el contrato de obra* para combatir la ejecución defectuosa en cuanto protectoras del derecho transmitido al subadquirente, y no existen razones válidas para propugnar un régimen diferente respecto de la legitimación, según se trate de vicios causantes de ruinas o defectos que no la entrañan, pero signifiquen prestación irregular, y como tal desprovista de efectos liberatorios por no ajustada a las reglas del arte, antes por el contrario habría que entenderse que una y otra responsabilidad del *empresario* obedecen esencialmente a presupuestos de la misma naturaleza, y presentan fundamentación no discrepante.

(59) BRICMONT, *La responsabilité des architecte et entrepreneur en droit belge et en droit français*, Bruxelles-Paris, 1965, pág. 158.

(60) CADARSO, *Loc. cit.*, pág. 673.

(61) Véase nuestro artículo sobre la recepción de la obra, en este ANUARIO, año 1978, fascículo II, págs. 312-314.

(62) En *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núms. 3.798 y 3.896.

A nuestro juicio, este razonamiento del Tribunal Supremo se debe a que los vicios que presentan los pisos vendidos no son determinantes de ruina. Para nuestro Más Alto Tribunal los adquirentes de los pisos están legitimados para dirigirse contra el contratista o empresario (el promotor).

En el Considerando 2.º, se hace expresa referencia al contrato de obra y a la legitimación del subadquirente de un piso para entablar acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa.

Pensamos que la lectura de estos Considerandos prueba concluyentemente que el Tribunal Supremo entiende que el promotor es un auténtico contratista, que responde como tal por los vicios que presentan los pisos que ha construido y vendido. Esta conclusión tiene una extraordinaria importancia jurídica, pues sólo si se califica al promotor como contratista, puede exigirsele que subsane el daño causado por defectuoso cumplimiento de obligaciones que tienen su causa en un contrato de obra. Si no se le considera contratista, la única posibilidad para exigir dicha subsanación se circunscribe al contrato de compraventa de los pisos. Ya sea a través de las acciones edilicias, por vicios ocultos en la cosa vendida, ya sea a través del ejercicio de la acción dirigida a conseguir la reparación de daños contractuales (*cf.* artículos 1.101 y siguientes), de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, que admite la compatibilidad de esta acción con las edilicias, a fin de remediar el grave problema que para los compradores representa la brevedad del plazo de caducidad que establece el artículo 1.490 del Código civil.

Al calificar al promotor como contratista o empresario, el Tribunal Supremo salva el obstáculo que representa el artículo 1.490, cuya aplicación hubiese determinado que los adquirentes y los subadquirentes de los pisos no pudieran dirigirse contra el promotor, porque los vicios se patentizaron cuatro años después de la venta de los pisos.

2. JUICIO CRÍTICO QUE NOS MERECE ESTA SOLUCIÓN.—Esta solución no es nueva; el Tribunal Supremo consideró al promotor como contratista en las importantes Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974. En el Considerando primero de la Sentencia de 11 de octubre de 1974 se afirma que «el tema básico alrededor del cual gira el presente recurso es determinar si la moderna terminología de promotor de una construcción es o no equiparable a la de contratista a los efectos de la responsabilidad que determina el artículo 1.591 o por el contrario queda al margen de aquélla y de la consiguiente responsabilidad que establece el indicado precepto, puesto que ejercitada por los actores su acción al amparo del mismo... los demandados hoy recurrentes... pretenden excluir aquella responsabilidad aduciendo que fueron unos meros propietarios del inmueble que enajenaron una vez construido y que en su caso la única acción que podría ser ejercitada contra los mismos sería la de saneamiento que se autoriza y regula a través del artículo 1.484 y siguientes del Código civil, que se halla prescrita».

La tesis de los demandados recurrentes es rechazada en el segundo Considerando «porque, en el caso de autos, los recurrentes promovieron la construcción de un edificio sobre un solar de su propiedad con la finalidad de enajenarlo por pisos en régimen de propiedad horizontal, lo que llevaron a cabo después de terminar las obras procediendo posteriormente a la ena-

jenación de aquéllos; es cierto que el término de promotor no fue utilizado por el Código civil, por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor, que reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietarios del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico, lo que no obsta para que en la realización o ejecución del proyecto utilice más o menos especializado al que ha de contratar para llevar a cabo la ejecución material de los distintos elementos que integran la construcción de un edificio, cual realiza también el simple contratista, por ello la responsabilidad a que se refiere el artículo 1.591 recae sobre el promotor o constructor del edificio en su totalidad, a lo que no es obstáculo su carácter de propietario que no le puede exculpar o liberar de la responsabilidad que establece el artículo 1.591 del Código civil para el constructor o ejecutor de la obra en la totalidad de su proyección, la que como queda dicho realiza en su beneficio, encaminada al tráfico de la venta a terceros frente a los que es responsable, con arreglo al expresado precepto del Código civil; otro criterio representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de construcción por medio de la cual se lleva a cabo hoy día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley».

¿Es acertado calificar al promotor, que vende determinados pisos, como contratista y vendedor? Su cualidad de vendedor es indiscutible; su cualidad de contratista no es tan evidente. Parece, pues, que se impone necesariamente solucionar este problema jurídico. Para ello es preciso establecer los perfiles que caracterizan al promotor, y determinar los casos en que puede ser considerado como contratista y los casos en que ello no es posible.

a) *Los perfiles jurídicos del promotor.*—El enorme crecimiento demográfico experimentado en nuestro país en las últimas décadas, la masiva afluencia de las gentes del campo a las ciudades, la gran escasez de suelo urbano, que ha determinado que su costo sea muy elevado, la política de congelación de rentas, junto al desarrollo de los grandes complejos urbanos, que ha motivado una extraordinaria complejidad para realizarlos, han provocado un fenómeno de colectivización en la edificación urbana. La realización de los inmuebles urbanos ha dejado de ser un asunto estrictamente individual para convertirse en un asunto colectivo.

Estos datos sociológicos han determinado la necesaria intervención de un profesional que se ocupe de la organización de la operación inmobiliaria. Aparece así el nuevo protagonista de la construcción: el promotor.

En los últimos años, la importancia de este profesional se ha incrementado de manera extraordinaria. No obstante, en el plano jurídico todavía no han sido señalados suficientemente los perfiles que presenta la figura del promotor. Nuestra doctrina «civilista» se ha ocupado escasamente de precisar la actividad de este profesional de la construcción (63). En el ám-

(63) No se ha realizado aún esta interesante e importante labor científica. Creemos que el estudio que implique un análisis de conjunto de la promoción inmobiliaria será extraordinariamente valioso. La doctrina fran-

bito del Derecho administrativo, se aprecia, en cambio, una mayor atención por la actividad que desarrolla este profesional, seguramente porque la Ley de Viviendas de Protección Oficial y su Reglamento se refieren en numerosos artículos al mismo (64).

Como es lógico, no podemos analizar en este lugar, de manera exhaustiva, toda la problemática que presenta la figura del promotor. Bastará que establezcamos los rasgos más característicos de la misma, pues, en realidad, nuestro objetivo básico reside en determinar si es o no un contratista.

Numerosos autores franceses y, entre nosotros, CADARSO (65), señalan que los juristas gustan de repetir, para excusarse de no poder definir al promotor de construcciones inmobiliarias, que se trata de un concepto de orden económico. Cuando es definido, lo es de una manera demasiado imprecisa. Se ofrece una noción que tiene un contenido más económico que jurídico. Así, MALINVAUD y JESTAZ (66) afirman que el promotor es el intermediario económico que realiza uno o varios inmuebles, con el fin de que una o varias personas adquieran su propiedad.

A nuestro juicio, es necesario destacar las características jurídicas del promotor, y tener en cuenta las múltiples actividades que lleva a cabo el mismo. De acuerdo con esta idea, el promotor puede ser definido como aquel profesional que organiza la construcción de obras inmobiliarias (normalmente, pisos y locales) para que determinadas personas adquieran la propiedad, el arrendamiento o cualquier otro derecho sobre las mismas. De acuerdo con esta definición las características fundamentales del promotor son tres: 1.º) El promotor es un profesional de la construcción. En la inmensa mayoría de los casos, la actividad de promoción inmobiliaria es desempeñada por una sociedad. Los grandes programas de construcción, que caracterizan a la actual promoción inmobiliaria, son obra de las poderosas sociedades anónimas. El ejercicio de esta actividad es libre en nuestro país. No hace falta tener un determinado capital, disponer de maquinaria, contar con determinados niveles tecnológicos o tener una determinada titulación (66 bis). Es interesante destacar que el Proyecto de Ley sobre protección pública a la vivienda crea un Registro de promotores y constructores cualificados, siendo necesaria la inscripción en el mismo para la contratación de actuaciones de viviendas con el Estado. Podrá inscribirse en el mis-

cesa ha estudiado con amplitud y rigor el tema de la promoción inmobiliaria. Consideramos de sumo interés los estudios monográficos de DENOVELLE, *Le promoteur de constructions immobilières*, París, 1965; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1977; SAINT ALLARY, *Le droit de la construction*, París, 1977; y *Problemes actuels de la promotion immobilière depuis les lois du 16 juillet 1971*, Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de París (París, II), París, 1973.

(64) Cfr. GARCÍA BERNARDO LANDETA, *Sistema jurídico de las viviendas de protección oficial*, II, Pamplona, 1970, págs. 115 y siguientes, y ESPINOSA DEL RÍO, *Viviendas de protección oficial*, I, Barcelona, 1971, págs. 102 y siguientes.

(65) CADARSO, *Op. cit.*, pág. 240.

(66) MALINVAUD y JESTAZ, *Op. cit.*, pág. 1.

(66 bis) Sobre esta cuestión, véase DOMÍNGUEZ MARTÍN, *La disciplina y la clasificación laboral, como notas esenciales de la calidad humana, en la prevención de accidentes en la construcción*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril, 1979, págs. 363 a 367.

mo cualquier promotor o constructor, previo cumplimiento de los requisitos que se establezcan reglamentariamente (artículo 74). 2.ª) El promotor organiza la construcción de la obra inmobiliaria. En este sentido, suele realizar las siguientes actividades: a) La determinación del tipo de construcción que se desea realizar; b) La adquisición del terreno sobre el que ha de construirse la obra inmobiliaria; c) La financiación de la construcción de la obra inmobiliaria; d) La contratación de los profesionales que han de intervenir en la construcción (arquitectos, contratistas, ingenieros, peritos, etc.); e) El control de la actividad de estos profesionales cuando construyen la obra inmobiliaria; f) El cumplimiento de las formalidades de carácter administrativo y fiscal que requiera la construcción de la obra inmobiliaria. Es fundamental la obtención de la licencia de construcción (*cf.* artículos 178 y siguientes de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana) y de las cédulas de calificación provisional y definitiva, cuando se construyan viviendas de protección oficial (*cf.* artículo 25 de la Ley de Viviendas de Protección Oficial). 3.ª) El promotor organiza la construcción de la obra inmobiliaria para que determinadas personas adquieran la propiedad, el arrendamiento o cualquier otro derecho sobre la misma. La venta de pisos y locales construidos o en construcción es el procedimiento de comercialización más utilizado por el promotor. No obstante, es factible que arriende la totalidad o una parte de los mismos. El Proyecto de Ley sobre protección pública a la vivienda contempla estas dos posibilidades (*cf.* artículos 12 y 31). También la Ley de Viviendas de Protección Oficial se refiere a la venta y al arrendamiento (*cf.* artículos 6, 10, 26 y 29). De estas dos maneras obtiene un determinado beneficio económico. En la práctica es frecuente que el promotor acuda a una agencia inmobiliaria, que se encarga de buscar los adquirentes y arrendatarios (67).

b) *La venta de pisos y locales en proyecto o en construcción y la venta de pisos y locales ya terminados.*—La actividad del promotor se dirige fundamentalmente a conseguir la venta de los pisos y locales. Muy escasamente los destina al arrendamiento. Es sobradamente conocido que hoy día el régimen de propiedad horizontal es mucho más utilizado que el arrendamiento de viviendas y locales. Si éstos son vendidos, el promotor obtiene un determinado beneficio económico. En la práctica, la venta de pisos y locales puede producirse cuando ya están terminados (la denominada venta de pisos y locales «llave en mano»), y cuando están aún en proyecto o en curso de construcción (la conocida «venta sobre plano»). Como vamos a ver seguidamente, sólo en la venta de pisos y locales en proyecto o en curso de construcción, puede afirmarse que el promotor tiene la condición de contratista. En la venta de pisos y locales ya terminados, no parece posible afirmarlo.

a') *La venta de pisos y locales ya terminados.*—A nuestro juicio, el promotor que vende pisos terminados no puede ser considerado como un con-

(67) Es muy ilustrativo el examen de la legislación sobre viviendas de protección oficial. En ella se mencionan las numerosas actividades que ha de llevar a cabo el promotor, que organiza la construcción de este tipo de viviendas. Véase el artículo 75 y siguientes del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968 («Boletín Oficial del Estado» de 7 de septiembre de 1968).

tratista. En rigor, éste no ha celebrado con los adquirentes de los pisos y locales terminados un contrato de obra. El objeto de la venta es una cosa actual (los pisos y locales terminados), el negocio en que cristaliza la operación se nos presenta como un contrato cuyo sinalagma se desinteresa, en principio, del proceso productivo y concierne, ante todo, a una estricta operación de cambio.

El promotor que, con la finalidad de vender por pisos y locales el edificio terminado, acomete la edificación encomendando las obras a diversos gremios especializados no es un contratista, pues falta el previo encargo de la obra. Si el contrato final de venta no se puede convertir en un inicial contrato de obra, mal se percibe cómo, a pesar de ello, el vendedor haya podido devenir contratista (68).

b') *Venta de pisos y locales en proyecto o en construcción.*—Presenta menos obstáculos considerar al promotor como contratista cuando vende pisos y locales que se encuentran en proyecto o en construcción. En este supuesto, es acertado pensar que concurre en el *dare* típico de la compraventa el *facere* propio del contrato de obra, lo que confiere al contrato una naturaleza mixta (69). En virtud de esta peculiar naturaleza, se puede sos-

(68) Esta solución ha sido defendida en nuestra doctrina por CADARSO (*op. cit.*, págs. 246 y 247), y es imperante en la doctrina extranjera. CARBONNIER (*Responsabilité d'un entrepreneur en raison de la mauvaise qualité des matériaux employés* (note a Cass Civ. 1.^a, 18 juillet 1955), en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1956, págs. 150-152) señala que no es sencillo entender que existe un contrato de empresa, y no una venta, cuando el empresario (*l'entrepreneur*) entrega a sus clientes unos inmuebles que ha edificado sobre un suelo que le pertenece.

CORNU (*Les articles 1.792 et 2.270 du Code civil sont déclarés inapplicables au vendeur d'une maison construite de ses mains*, en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1963, págs. 749-750) precisa que la aplicación de los artículos 1.792 y 2.270, que establecen la responsabilidad decenal, sólo son aplicables cuando el comitente ha encargado al arquitecto y al empresario la construcción de un edificio. Los trabajos de construcción tienen su causa en un contrato de obra o empresa.

En este sentido se pronunció la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 26 de febrero de 1963 (*Gazette du Palais*, 1963, I, 433).

Debemos señalar que estas opiniones son anteriores a la Ley de 3 de enero de 1967, que soluciona específicamente el problema al conferir una nueva redacción al artículo 1.646 del Código civil francés.

Existen opiniones semejantes en la doctrina italiana. RUBINO (*L'appalto*, páginas 340-341) estima que, cuando la venta se produce una vez que el edificio ha sido totalmente terminado, el vendedor no ha asumido una obligación contractual de construir. Esto significa que sólo existe un contrato de compraventa de pisos terminados. GIANNASSIO (*L'appalto*, pág. 225) señala que, si bien la persona del vendedor ha sido identificada con la del empresario (*l'appaltatore*), cuando la venta tiene por objeto un edificio construido, falta la relación de *appalto*. El comprador podrá invocar las sanciones específicas inherentes al contrato de compraventa, y eventualmente la responsabilidad por hecho ilícito; en modo alguno, la garantía propia del *appalto*.

(69) DE CASTRO (*El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1976, fascículo IV, pág. 1.151) apunta que en la venta de cosa a construir, habrá obligaciones propias de los contratos de arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra.

tener sin violencia que el adquirente es comitente y el promotor vendedor es contratista (70).

c) *Conclusión.*—En la Sentencia que comentamos y en las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 y 17 de octubre de 1974, el promotor vende pisos de un edificio terminado; estamos ante una venta de pisos «llave en mano». Esto significa que no podemos considerar al promotor como contratista, como hace el Tribunal Supremo, porque, como hemos señalado, no ha celebrado con los adquirentes de los pisos y locales terminados un contrato de obra. En nuestra legislación, la diferenciación entre promotor y contratista es clara en el marco de las viviendas de protección oficial. El artículo 46 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968 (*Boletín Oficial del Estado*, 7 de septiembre de 1968) se refiere a los contratos formalizados entre promotor y contratista.

En la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo pudo haber elegido otra vía para solucionar el problema planteado. Ante la imposibilidad del ejercicio de las acciones edilicias (ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 1.490), el Tribunal Supremo pudo alegar la doctrina jurisprudencial que afirma la compatibilidad de estas acciones con las generales de nulidad, resolución y daños contractuales (71).

(70) Entre nosotros, se pronuncian en estos términos: GULLÓN (*Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, págs. 269-270) y CADARSO, *Op. cit.*, págs. 249-250; ROVIRA (*La compraventa de cosa futura*, en *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por MARTÍNEZ RADIO, II, Madrid, 1965, págs. 149-150), BATISTA (*Las servidumbres en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamento en edificio por construir*, en la *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 200) y ROGEL (*La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, págs. 310-311) se muestran favorables a la aplicación del artículo 1.591, en el supuesto de venta de pisos en construcción. Entienden que las normas dictadas para un determinado tipo (artículo 1.591 para el contrato de obra) pueden aplicarse a otro tipo (compraventa) cuando, en este último, esté inserta la prestación característica del primero que ha determinado el nacimiento de la norma (en este caso: obligación positiva de hacer que la cosa venga a existencia a cargo del vendedor). En el Derecho francés, con anterioridad a la Ley de 3 de enero de 1967, se pronuncia en este sentido CORNU (*loc. cit. ant.*) y la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 26 de febrero de 1963 (*Gazette du Palais*, 1963, I, 433).

Numerosos son los autores italianos que piensan de esta manera. RUBINO (*L'appalto*, pág. 340) afirma que puede aplicarse el artículo 1.669 del Código civil italiano (que establece la responsabilidad decenal por ruina de edificios) cuando se trate de una venta de cosa futura. En la venta de cosa futura, el vendedor asume normalmente la obligación de producirla (en nuestro caso, construir el edificio). La prestación que surge, aisladamente considerada, no difiere sensiblemente de la típica del empresario. La aplicación del artículo 1.669 está justificada por haber asumido el vendedor la obligación de construir el edificio.

(71) Sobre esta importante cuestión, véase ESPÍN, *Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1966, págs. 914 y siguientes, ALONSO PRIETO, *Las acciones de saneamiento en la compraventa de edificios*, en la *Revista de Derecho Privado*, año 1971, págs. 254 y siguientes, y nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1976, en este ANUARIO, año 1977, fascículo II, págs. 455 y siguientes.

Sin embargo, no lo ha hecho. Rechaza el motivo cuarto del recurso, en el que el recurrente afirma la transgresión por violación de los artículos 1.484 y 1.490 del Código civil. Según el Tribunal Supremo, estos artículos son a todas luces ajenos a una controversia que no se disciplina mediante la pauta de las acciones edilicias propias del contrato de compraventa, y si bien algún sector de la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidas para esta modalidad con tractual proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parecer ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propugnadores con reservas dejan de admitir las graves dificultades que ofrece la solución, sobre todo por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tan escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado (Considerando 4.º).

Se aprecia claramente que el Tribunal Supremo no plantea en esta Sentencia el problema de la compatibilidad de las acciones edilicias con las acciones de nulidad, resolución y daños contractuales. Estima que el problema que se discute tiene que ver exclusivamente con el contrato de obra. Ello se explica porque considera al promotor como contratista. Estamos, pues, ante el problema de los vicios en la obra construida, al que alude el artículo 1.591; no propiamente ante vicios ocultos en la cosa vendida, a los que se refieren los artículos 1.484 y 1.490. Por ello, el Tribunal Supremo deduce que el problema consiste en precisar las consecuencias jurídicas que determina la existencia de vicios no productores de la ruina en la obra construida, que no son contemplados por la normativa del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado. Si el vicio hubiese ocasionado la ruina del edificio, es indudable que hubiese aplicado el artículo 1.591 del Código civil, sin plantearse mayores problemas. El Tribunal Supremo plantea y soluciona un típico problema de defectuoso cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de obra.

Debemos matizar este juicio crítico. No puede desconocerse que el Tribunal Supremo trata de ofrecer una solución útil para proteger suficientemente a los adquirentes de pisos defectuosamente construidos. Como ha destacado CADARSO (72), al examinar este problema en relación con la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 y 17 de octubre de 1974, no pocas veces la incorrección formal es el precio que ha de pagar un derecho pretorio y atento a la evolución de los problemas. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia examinada no cierra, antes bien inicia un camino. Pensamos que el camino que inicia esta jurisprudencia debe conducir a una futura intervención de nuestro legislador, que ha de regular ordenadamente los múltiples problemas jurídicos que plantea la promoción inmobiliaria, sobre la que se asienta toda la dinámica de la construcción. Ha de lograrse principalmente una adecuada *protección de los adquirentes de las obras inmobiliarias*. Este camino fue iniciado, en el ámbito administrativo, por la legislación sobre viviendas de protección oficial (*cfr.* artículos 27 de la Ley y 11 del Reglamento). El referido Proyecto de Ley sobre protección pública a la vivienda, que se refiere tanto a las viviendas de régimen libre como a las de régimen protegido (*cfr.* artículo 5), contempla la promo-

(72) CADARSO, *Op. cit.*, pág. 252.

ción privada de actuaciones de vivienda (artículos 22 y siguientes). En este sentido, destaca el artículo 26, que establece la responsabilidad de los promotores por presentar vicios o defectos la obra construida. No obstante, este Proyecto de Ley sólo contempla algunos aspectos de la promoción inmobiliaria privada (73).

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ,
Profesor de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

(73) Es necesaria una disciplina legal que tutele suficientemente a los adquirentes, sobre todo cuando han tenido que entregar anticipadamente al promotor importantes cantidades de dinero, lo cual es habitual en la venta de pisos y locales en proyecto o en construcción. Nos parece muy razonable la solución impuesta por el legislador francés en las leyes de 3 de enero de 1967 y 16 de julio de 1971 y en el decreto de 22 de diciembre de 1967. Sobre la interpretación de esta normativa y en general sobre el régimen jurídico de la promoción inmobiliaria en Francia, véanse las excelentes monografías de MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1976; BOUCHETARD, *Les garanties de bonne fin des opérations de construction immobilière*, París, 1977, y SAINT ALLARY, *Le droit de la construction*, París, 1977.