

La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Antecedentes.*—III. *El carácter objetivo de la responsabilidad.*—IV. *Los presupuestos de la responsabilidad:* 1. La noción de edificio. 2. Los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de construcción. 3. El carácter oculto de los vicios de construcción en el momento de la recepción de la obra.—V. *La legitimación activa y pasiva. La naturaleza contractual de la responsabilidad:* 1. Personas frente a las que se responde. 2. Personas responsables. 3. La responsabilidad privativa de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. 4. La responsabilidad por daños causados por actos u omisiones de personas por las que se deba responder. 5. La responsabilidad solidaria de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.—VI. *Los plazos de garantía y prescripción de las acciones.*—VII. *Análisis de los plazos de garantía:* 1. La garantía anual de perfecta terminación. 2. La garantía trienal. 3. La garantía decenal.—VIII. *El posible ejercicio de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa.*—IX. *Los vicios o defectos de construcción que ocasionan daños materiales no contemplados por las garantías anual de perfecta terminación, trienal y decenal y la posibilidad de ejercitar las acciones típicas del régimen de la responsabilidad contractual.*—X. *El caso particular de la acción fundada en el dolo del agente que interviene en el proceso de la edificación.*—XI. *La reparación de los daños materiales ocasionados en el edificio.*

I. INTRODUCCIÓN

La novedad más importante que introduce la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999 (BOE de 6 de

* Se trata del texto ampliado de la conferencia que he pronunciado en diversas Jornadas sobre la Ley de Ordenación de la Edificación, organizadas en su mayor parte por Colegios de Arquitectos.

noviembre) es, sin duda, el establecimiento de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación por vicios o defectos de construcción, que es acompañada de un sistema de seguros obligatorios de daños materiales o seguros de caución para garantizar el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio.

Esta responsabilidad civil aparece en los artículos 17 y 18, que se presentan como los preceptos fundamentales de la Ley, lo cual es atestiguado por el hecho de que implican la derogación implícita del artículo 1591 del Código Civil, según se infiere de la Disposición Derogatoria única, a cuyo tenor, «quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley».

No hay que olvidar que el artículo 1591 es el precepto de más frecuente aplicación de entre los que el Código dedica a la regulación del contrato de obra y uno de los que han dado mayor juego a la doctrina de los Tribunales, entre todos los del Código Civil¹.

Debido a la transcendencia que tiene la derogación del artículo 1591 del Código Civil, hubiera sido conveniente que la Ley de Ordenación de la Edificación hubiese establecido expresamente dicha derogación, o conferido una nueva redacción a los artículos 1591 y 1909 como hizo el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998, al establecer en la Disposición Adicional primera que los artículos 1591 y 1909 del Código Civil quedarán redactados en los términos siguientes:

Artículo 1591.—Los agentes que intervienen en el proceso de edificación responderán de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de su construcción, cuando se manifiesten en los siguientes plazos a contar desde la fecha de recepción de la obra:

a) Durante un año, el constructor responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.

b) Durante tres años, todos los agentes responderán de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos básicos de calidad relativos a la habitabilidad.

c) Durante diez años, todos los agentes responderán de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que

¹ ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, Madrid, 1995, p. 1565; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», en *Aranzadi Civil*, 1993-I, p. 1903.

afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga, u otros elementos estructurales que comprometan directamente la solidez o estabilidad del edificio.

Las acciones para exigir la responsabilidad por daños materiales, consecuencia de vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años, a contar desde que se manifiesten aquellos.

Artículo 1909.—Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultase por vicio del suelo o defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá dirigir su acción contra los agentes intervinientes en la obra, en la forma y con el alcance que establece el artículo 1591, siempre que concurren los supuestos de su aplicación.

No es extraño que en diversas enmiendas al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999, se critique al Gobierno por no haber derogado específicamente el citado artículo 1591 del Código Civil.

El señor Morlan Gracia², al defender la enmienda presentada por el Grupo Socialista de devolución del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación al Gobierno, subraya que hay una cosa que en principio va a ser complicada. ¿A quién va a haber que hacer caso, a una ley de aspecto general como el Código Civil que contempla la exigencia de responsabilidades con carácter global o a una ley específica, como es la Ley de Ordenación de la Edificación, que hace referencia a un aspecto muy concreto de las exigencias de responsabilidad? Eso va a generar inseguridad en todos aquellos que tengan que llevar a cabo algún tipo de reclamación en el momento que reciben las obras que se han construido cuando tengan algún tipo de defecto o vicio.

El Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda (núm. 1) a la totalidad de devolución al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación³, señalando que es dudosa la legalidad de la técnica que emplea el Proyecto para reformar el Código Civil, ya que según un dictamen del Consejo de Estado sobre esta materia, se recomienda la modificación expresa mediante una ley específica sobre la misma. El sistema que introduce el Proyecto se limita a una derogación genérica en forma de cláusula general. La deficiente técnica legislativa que se emplea, puede ser un semillero interminable de reclamaciones infructuosas de daños causados y acciones prescritas además de provocar una gran inseguridad jurídica en un amplísimo sector afectado por la reforma tácita que opera el Proyecto.

² Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 235, de 29 de abril de 1999.

³ Enmiendas: BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

La señora Pleguezuelos Aguilar ⁴, del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, en la propuesta de veto número 2 al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, pone de relieve que esta ley, de forma tácita en algunos aspectos, como el que se refiere al régimen de responsabilidad y garantía y en algún otro como el de los plazos, modifica tácitamente el Código Civil.

El Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) presentó una enmienda (núm. 33) en la que propuso que quedase derogado el artículo 1591 del Código Civil y cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley ⁵.

Por razones de evidente seguridad jurídica esta Ley debe pronunciarse expresamente sobre la derogación del artículo 1591 del Código Civil, núcleo central sustituido por la nueva regulación sobre la edificación.

No ofrece dudas que la Ley de Ordenación de la Edificación deroga al artículo 1591 del Código Civil por las razones expuestas, y sobre todo, porque el artículo 17.1 c) contempla el mismo supuesto que prevé el artículo 1591 del Código Civil, al referirse aquél claramente a la ruina del edificio por vicios de construcción imputable a los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, surgiendo la responsabilidad civil de los mismos. Hay que tener en cuenta que los artículos 17.3 y 19 mencionan específicamente a los vicios o defectos de construcción, y que el artículo 17.1 alude a la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación durante diez años por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. Por ello, si el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación y el artículo 1591 del Código Civil contemplan el mismo supuesto, hay que aplicar el principio de que la ley posterior, que es la de Ordenación de la Edificación, deroga a la anterior, que es la norma contenida en el artículo 1591 del Código Civil (art. 2.2 del Código Civil). En cambio, no hay razones para entender derogado el artículo 1909 del Código Civil, pero ha de ser interpretado en conexión con el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

También es importante subrayar que nuestro legislador, al redactar el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, se ha

⁴ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisiones, núm. 479, de 23 de septiembre de 1999.

⁵ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

inspirado en buena medida en el artículo 1792 del Código Civil francés, que procede de la Ley de 4 de enero de 1978, denominada Ley Spinetta, y no hay que olvidar que el texto primitivo del artículo 1792 del Código Civil francés era casi idéntico al artículo 1591 del Código Civil español. Esto implica que con el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación se ha llevado a cabo una reforma análoga a la que realizó la Ley Spinetta, reformando el primero al artículo 1591 del Código Civil español, y el segundo, al artículo 1792 del Código Civil francés. La única diferencia reside en que, con buen criterio, el legislador francés confirió una nueva redacción al artículo 1792, mientras que el legislador español ha preferido llevar a cabo una derogación implícita del artículo 1591, acudiendo al fácil procedimiento de establecer que quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley, dejando al intérprete el problema, siempre complicado, de precisar cuáles son las disposiciones de igual o inferior rango que se oponen a lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Edificación. Una de estas normas, indudablemente la principal, es la contenida en el artículo 1591 del Código Civil.

Desde luego, si se mantuviese que el artículo 1591 del Código Civil no ha sido derogado por la Ley de Ordenación de la Edificación, nos encontraríamos con la paradoja de que el sistema de aseguramiento obligatorio que establece esta Ley se aplicaría respecto a los daños materiales ocasionados por vicios y defectos de construcción contemplados por el artículo 17.1 (artículo 19) y no en cambio respecto a la responsabilidad por vicios determinantes de ruina que prevé el artículo 1591 del Código Civil, lo cual parece claramente incoherente.

II. ANTECEDENTES

Desde hace bastantes años, amplios sectores profesionales y numerosos autores⁶ demandan la reforma del régimen legal sobre

⁶ Vid. CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código Civil, I*, Madrid, 1990, pp. 368-369, nota 71.

La STS de 1 de octubre de 1991 señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido poniendo de relieve la inadecuación a la realidad y la insuficiencia del artículo 1591 para regular el fenómeno moderno de la construcción, su evolución y desarrollo, así como el conjunto de personas y medios que en el mismo concurren. Lo subrayan MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», *cit.*, p. 1904, y RAYÓN BALLESTROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, Madrid, 1998, pp. 6-7.

las responsabilidades en la construcción y, especialmente, la del artículo 1591 del Código Civil, con el fin de adaptarlo a las realidades y necesidades actuales.

En el año 1973 el Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación redactó una Memoria sobre la necesidad urgente de reforma del artículo 1591, así como de los artículos concordantes: 1593, 1907 y 1909.

En la Memoria del Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación (22 de marzo de 1973), se afirma la necesidad urgente de la reforma del artículo 1591 y de los preceptos concordantes, considerándose como bases para la reforma: 1.^a Hay que incluir en la «responsabilidad» a «todos» los técnicos que intervienen en el proceso edificatorio; 2.^a De acuerdo con el principio de individualización de culpas, cada técnico debe responder de sus propias faltas; 3.^a Si alguno de tales técnicos no ha contratado directamente sus servicios, sino que ha intervenido integrado en una empresa, contratante de todas o de alguna de las operaciones de la obra o de la fabricación de los materiales, esta empresa debe responder civilmente frente a la otra parte contratante y perjudicada.

La Memoria concluía con una nueva redacción de los artículos 1591, 1593, 1907 y 1909.

El entonces Ministro de la Vivienda, al recibir al Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación, presidido por el Director General de Arquitectura y Tecnología de la Edificación, afirmó que sin la reforma del artículo 1591 del Código Civil no cabe ordenar el sector de la edificación. Responde en su redacción actual al carácter artesano que la construcción tenía en el siglo pasado —época en que fue promulgado— y no se adecúa, por tanto, a los sistemas de trabajo en equipos pluriprofesionales propios del desarrollo tecnológico haciendo inviable la colaboración responsable entre los diversos técnicos que hoy requiere la construcción⁷.

En los años sucesivos se han elaborado numerosos Anteproyectos y Proyectos de Ley en torno a la ordenación de la edificación, así como de reforma de la normativa del contrato de obra y en especial del artículo 1591 del Código Civil.

En la elaboración de estos Anteproyectos y Proyectos de Ley se ha tenido en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo sobre las responsabilidades en la construcción y, en concreto, sobre el artículo 1591 del Código Civil, y la experiencia del Derecho comparado, en especial del Derecho francés, donde la Ley, de 4 de enero de 1978,

⁷ Transcripción de lo que publicaron los periódicos de 7 de julio de 1973.

denominada Ley Spinetta⁸, ha conferido una nueva redacción a los artículos 1792 y 2270 del Código Civil, y establecido un seguro obligatorio, que recae sobre todos los que participan en la construcción, con sanciones civiles y penales en caso de incumplimiento de la obligación de aseguramiento, evitándose una falta de aseguramiento notoria, salvo en lo que afecta a los arquitectos, y el largo período de tiempo para hacer efectivas las responsabilidades, que en la práctica paralizaba el pago de las indemnizaciones. Estos eran los dos problemas fundamentales que puso a la luz la Comisión Spinetta a la hora de elaborar una reforma sobre el seguro en la construcción⁹.

Este planteamiento se aprecia en el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985¹⁰, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994¹¹, el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995¹², el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998, y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999¹³.

El Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994¹⁴, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, establece una responsabilidad decenal en el artículo 1600 por los vicios que determinan la ruina de la obra inmobiliaria.

⁸ Como observa GÓMEZ DE LA ESCALERA (*La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, Barcelona, 1993, p. 20), para la futura reforma de nuestro Derecho resulta capital el estudio del Derecho francés tras las reformas de 1967 y de 1978. También RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid, 1987, p. 288, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», *cit.*, p. 1915.

⁹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1991, pp. 164-165.

Análoga problemática se observa en España, donde se destaca la insuficiencia de las coberturas aseguradoras en el ámbito de la responsabilidad decenal (*vid.* MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, Granada, 1998, pp. 6 y ss.).

¹⁰ El texto del Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación, aparece en la obra colectiva *La responsabilidad en la construcción*, Zaragoza, 1987, pp. 183 y ss.

¹¹ El texto del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994, aparece en la monografía de MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, *cit.*, pp. 605 y ss.

¹² El texto del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995, figura en la monografía de MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, *cit.*, pp. 625 y ss.

¹³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 1999, núm. 163-1.

¹⁴ El texto del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1999, aparece en la obra *Contratos de servicios y de obra*. Coordinador: José González García, Universidad de Jaén, 1996, pp. 13 y ss.

Al redactarse la Ley de Ordenación de la Edificación, no se ha seguido el criterio del Proyecto de Ley, de 12 de abril de 1994, que ha sido abandonado, parece que definitivamente, no acometiéndose una reforma total de la normativa sobre el contrato de obra, sino que se siguen las pautas marcadas por los Proyectos y Anteproyectos de Ley citados anteriormente, claramente inspirados en la normativa francesa, aunque debemos subrayar que existen algunas importantes diferencias. También se tiene en cuenta, como apuntamos anteriormente, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en torno al artículo 1591 del Código Civil, lo cual parece plenamente acertado. Cualquier reforma legal, sin perjuicio de las enseñanzas del Derecho comparado, habrá de contar ineludiblemente con la doctrina jurisprudencial elaborada a partir del artículo 1591 y preceptos concordantes¹⁵, ya que la misma se adecúa al principio constitucional de protección de los consumidores y usuarios, que ha de presidir la tarea del legislador (arts. 51 y 53.2 de la Constitución y 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y preámbulo de la misma)¹⁶. La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 1996, subraya, en relación con la responsabilidad del promotor-vendedor por vicios determinantes de ruina potencial, que el plazo de garantía de diez años del artícu-

¹⁵ Así lo destacan GARCÍA CANTERO en *ADC*, 1987, p. 768, RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, cit., pp. 287 y ss. y RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 6-7.

RUBIO SAN ROMÁN afirma que sin duda la interpretación que el Tribunal Supremo ha dado al artículo 1591 del Código Civil ha de ser tenida en cuenta por el legislador a la hora de modificar, de dar una nueva redacción al precepto citado. Hasta hoy la doctrina jurisprudencial ha sido la que ha dado una interpretación más progresista a este precepto y ha adecuado el mismo a la realidad social en el campo de la construcción. Yendo más allá del precepto, ha establecido unos criterios precisos que no pueden ser olvidados por el legislador.

GARCÍA CANTERO («De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal», en *Estudios jurídicos en homenaje a la profesora Teresa Puente*, I, Valencia, 1996, p. 11) subraya que la labor de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha sido realmente encomiable en la exégesis del escueto texto legal del artículo 1591 del Código Civil, formando un consolidado cuerpo de doctrina que ha contribuido a regular, con un mayor sentido de justicia, las relaciones jurídicas derivadas del contrato de obra.

Según RAYÓN BALLESTEROS, al entrar en vigor el Código Civil en el año 1889, el artículo 1591 resultaba adecuado a la concepción social y jurídica del estado de la construcción, si bien con el transcurso del tiempo tal regulación legal quedó desfasada pasando a ser un precepto parco, incongruente, oscuro y muy confuso que originó continuas dudas interpretativas y motivó gran cantidad de litigios que generaron una abundante jurisprudencia en la materia. La labor jurisprudencial ha sido importante y decisiva al matizar el precepto para adaptarlo a las necesidades actuales.

¹⁶ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., p. 370.

R. BERCOVITZ («La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, en colaboración con A. BERCOVITZ, Madrid, 1987, pp. 258 y ss.) ha puesto en conexión la responsabilidad del promotor y la protección del consumidor.

lo 1591 del Código Civil asegura una adecuada protección de los consumidores y usuarios, sin que juegue en este caso la responsabilidad por vicios ocultos del contrato de compraventa, sujeta al plazo de caducidad de seis meses del artículo 1490 del Código Civil.

Los Tribunales de justicia al aplicar el artículo 1591 del Código Civil pretenden, ante todo, la protección de la parte con posición real más débil, y ello les conducirá a articular el derecho en base a una jurisprudencia de intereses. El Tribunal Supremo ha adaptado el mencionado precepto a las nuevas necesidades y completado sus insuficiencias mediante una interpretación progresiva, correctora e integradora más que notable¹⁷.

Este camino siguió el legislador francés cuando acometió la difícil misión de reformar los preceptos del Código Civil sobre las responsabilidades en la construcción, y en concreto, los artículos 1792 y 2270. No obstante, la doctrina francesa no deja de destacar los principales inconvenientes de la reforma operada en el Derecho francés en torno a las responsabilidades en la construcción, partiendo, eso sí, de la oportunidad de la reforma¹⁸. Algunos de estos inconvenientes existen también en el Derecho español, por lo que conviene reflejarlos, aunque otros no.

En relación con la oportunidad de la reforma producida en el Derecho francés, se ha de aplaudir la filosofía de una reforma que, según los que la han concebido, debe permitir una protección efectiva del usuario, el desarrollo de una estructura industrial de producción y la moralización del sector¹⁹. Sin embargo, al leer el Proyecto Spinetta, se comprende claramente que la reforma ha sido preparada y escrita desde una perspectiva esencialmente económica, sin pensar en las dificultades de todo orden que tendría traducirla a Derecho y en la lengua del Derecho.

En lugar de partir de las normas existentes para conservar los aspectos beneficiosos y expulsar los perjudiciales, el legislador ha

¹⁷ GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, Barcelona, 1996, p. 403; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», *cit.*, p. 1904, y RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, *cit.*, p. 6.

¹⁸ BOUBLI (*La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, París, 1991, pp. 9 y ss.) pone de relieve las mutaciones profundas constatadas en el mundo de la edificación, que explican ampliamente las acciones emprendidas para adaptar el Derecho a las exigencias de nuestro tiempo. Los factores de la evolución legislativa se refieren a la transformación de la construcción, a la transformación de los profesionales de la construcción y a la transformación de los caracteres jurídicos de la operación de construcción.

¹⁹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, *cit.*, pp. 28 y ss.; HUET, «Les principaux contrats spéciaux», en *Traité de droit civil*, bajo la dirección de Ghestin, París, 1996, p. 1344.

hecho en gran medida tabla rasa del pasado. Ateniéndonos a los textos sobre la responsabilidad, Malinvaud y Jestaz²⁰ señalan que esta técnica de conmoción legislativa reclama algunas observaciones de orden general sobre los inconvenientes de la reforma.

El primer inconveniente se refiere al conflicto en el tiempo de dos leyes que contemplan una responsabilidad decenal. Resulta que durante muchos años todos los profesionales interesados –constructores en sentido amplio, fabricantes, aseguradores, magistrados, abogados, etc.– y todos los particulares usuarios de este Derecho –dueños de obra, compradores de casas o apartamentos– han de vivir bajo una dualidad de legislaciones. Una semejante dualidad entraña indudablemente complicaciones.

La complejidad del sistema se encuentra agravada por el hecho de que la Ley nueva implica la sustitución de nociones antiguas por nuevas. Incluso si las nociones antiguas eran criticables, después de ciento cincuenta años de jurisprudencia cada uno sabía lo que era un edificio o un vicio de construcción; incluso si la distinción entre obras menores y mayores no era funcional según el Informe Spinetta, sus contornos tenían al menos el mérito de ser mejor conocidos después de un Decreto de aplicación y algunos años de jurisprudencia.

Existe una cierta inseguridad jurídica, ya que muchos años de jurisprudencia serán necesarios para que la regla de derecho sea de nuevo clara y conocida.

Huet²¹ subraya también que el nuevo sistema merece la crítica en varios aspectos. En primer lugar, porque impone una obligación de aseguramiento al dueño de la obra por los daños que es susceptible de sufrir, seguro llamado de «daño-obra» (*dommage-ouvrage*), cuyo mismo principio se presta a una fuerte discusión: pues, de un lado, se le constriñe así a tomar a su cargo el costo de asegurarse por hechos que derivan de la responsabilidad de sus deudores, lo que presenta un carácter chocante, y, de otro lado, este seguro viene a acumularse. En segundo lugar, en virtud de determinadas disfunciones: así, la solidaridad de los constructores no da lugar siempre a los resultados esperados, pues la distinción de las tareas tiende ineluctablemente a traducirse en una repartición de las responsabilidades. En fin, la terminología utilizada por la Ley de 1978 parece, alguna vez, incomprensible.

La Ley de 1978 emplea, en la nueva redacción del artículo 1792 del Código Civil, la expresión daños que comprometen la solidez del inmueble o de uno de sus elementos de equipamiento: sin

²⁰ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1991, pp. 107 y ss.

²¹ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», *cit.*, pp. 1345 y ss., esp. 1352-1353.

embargo, un daño sólo es el resultado de un incumplimiento, y es mejor contemplar la causa antes que el efecto para definir un caso de responsabilidad.

La Ley nueva, que es el texto de un técnico, reemplaza al antiguo sistema fundado en la oposición relativamente simple entre obras mayores y menores, por unas distinciones sutiles entre los daños que afecten a la solidez de la obra o a los elementos que forman cuerpo con ella (responsabilidad durante diez años), o a los elementos de equipamiento disociables (responsabilidad durante dos años), y completa el conjunto con una garantía de perfecta terminación (durante un año). Esto forma un conjunto de garantías eficaces. Pero éstas se encadenan según criterios cuya claridad no es siempre evidente.

El régimen establecido en los artículos 1792 y siguientes del Código Civil, que se aplican exclusivamente a las obras de construcción, es complejo.

La Ley, de 4 de enero de 1978, reposa sobre una distinción introducida por Spinetta entre las funciones de construcción y de equipamiento. Esta oposición entre construcción y equipamiento subyace en los artículos 1792-2 a 1792-5 del Código Civil.

Estas disposiciones han sido criticadas por la doctrina en virtud de la complejidad del sistema implantado y de las nociones retenidas: elemento constitutivo, obra o parte de obra, elemento de equipamiento que forme o no indisociablemente cuerpo con la obra... En concreto, los artículos 1792-2 y 1792-3 someten los elementos de equipamiento a una garantía diferente según sean disociables o no de la obra: luego, la noción de disociabilidad es juzgada ingenua (*naïve*) por algunos comentaristas que estiman que para evitar la garantía decenal los contratistas pueden poner en práctica procedimientos de instalación apropiados. Se corre el riesgo de asistir al reino del tornillo y la clavija. Además, los textos hacen que opere una distinción suplementaria: los elementos de equipamiento indisociable ven garantizada su «solidez» decenal (art. 1792-2) y los otros, los que son disociables, su «buen funcionamiento» bienal (art. 1792-3). Cuando existía una buena ocasión, los textos no solucionan el irritante problema de las responsabilidades denominadas residuales, especialmente las que pueden ser buscadas después del plazo decenal, y que la jurisprudencia debe esforzarse en resolver.

En nuestro Derecho, aunque no existe el inconveniente que genera la complicada distinción entre las funciones de construcción y de equipamiento para configurar las garantías por vicios de construcción, existe un inconveniente, que no aparece en el Derecho francés, consistente en que a diferencia de lo que acontece en el

Derecho francés, donde la reforma del régimen de las responsabilidades en la construcción se ha plasmado en el Código Civil, esto no sucede en el Derecho español, en el que todavía no se ha reformado la normativa del Código Civil sobre el contrato de obra, surgiendo, por tanto, un grave problema de coordinación entre el régimen instaurado por la Ley de Ordenación de la Edificación y el del Código Civil, inalterado desde su promulgación en 1889, con el anacronismo que esto supone en el sector de la construcción inmobiliaria, en constante evolución, sin que la transcrita Disposición Derogatoria única de la Ley contribuya a resolver satisfactoriamente el problema apuntado. Parece claro que la Ley de Ordenación de la Edificación reclama una pronta reforma de la normativa del Código Civil sobre el contrato de obra y otros preceptos que contemplan aspectos de las responsabilidades en la construcción, como, por ejemplo, el artículo 1909, aunque no va a ser fácil la armonización, no sólo por la terminología utilizada.

En todo caso, la nueva Ley de Ordenación de la Edificación responde a una auténtica necesidad social, y a pesar de algunas críticas que pueden dirigirse contra ella, presenta aspectos indudablemente positivos, como puso de relieve el Ministro de Fomento, Sr. Arias-Salgado, en la presentación en el Congreso de Diputados del Proyecto de Ley, de 15 de marzo de 1999²².

El Ministro de Fomento expuso, básicamente, los datos que justifican la redacción de este Proyecto y, en definitiva, de la Ley.

La calidad de las viviendas en numerosas ocasiones no es satisfactoria ni proporcional al esfuerzo individual que económicamente supone su adquisición. Los medios de comunicación reflejan con frecuencia la problemática de edificios recientes, que incluye desde defectos menores hasta graves problemas estructurales. En el sector de la edificación, las reclamaciones por falta de calidad ocupan el primer lugar entre todos los sectores, con un 35 por 100 del total. Además, el plazo de aparición de los defectos es progresivamente más corto y un 40 por 100 de los mismos aparece dentro de los tres primeros años de acabarse la edificación. Los efectos económicos pueden estimarse, según distintas fuentes, entre el 5 y el 10 por 100 de la facturación de todo el sector al año, lo que supone unas cifras globales entre 200.000 y 400.000 millones de pesetas. Esto significa que cada diez años el sector pierde, por falta de calidad, el equivalente a la producción de un año. Por tanto, es interés general de la sociedad y los usuarios de las viviendas en

²² Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 235, de 29 de abril de 1999.

particular que el Gobierno produzca y la Cámara, en su caso, apruebe una ordenación técnica, administrativa y reglamentaria que haga posible mejorar la calidad de los edificios. La calidad de la construcción de los edificios incide no sólo en los aspectos de seguridad frente a la ruina del edificio o su protección contra el fuego, sino también sobre aquellos otros derivados del bienestar, relacionados con el medio ambiente, y se encaminan a la reducción de los efectos contaminantes debidos al mayor consumo de energía en los edificios, a la protección contra el ruido, etcétera.

La Ley trata de alcanzar, dentro del marco de competencias del Estado, tres objetivos principales. En primer término, fomentar la calidad de la edificación estableciendo los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios. En segundo lugar, delimitar las responsabilidades, fijando, en concreto, las de los diferentes agentes que intervienen en el proceso de la edificación. En tercer lugar, establecer las garantías a los usuarios para asegurar la reparación de los daños materiales causados en el edificio originados por defectos de construcción.

Si algo caracteriza a este Proyecto de Ley es la tentativa de definir un sistema de responsabilidades que el Proyecto articula de la siguiente manera: Se establece con carácter general la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación. Dichos agentes responden de modo individual, pero también responden solidariamente si la responsabilidad individual no pudiera ser establecida. Para ello se regulan unos plazos que son los siguientes: diez años por los daños causados por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a cualquier elemento estructural, tres años por los daños causados por vicios o defectos de elementos constructivos o de las instalaciones que afecten a la habitabilidad, y un año por los daños materiales derivados de vicios o defectos de terminación o acabado.

Es de destacar también que en el proceso de elaboración de este Proyecto de Ley se ha seguido un sistema de muy amplias consultas. Se han tenido contactos con los colectivos profesionales del sector de la edificación, lo que ha permitido al Gobierno enviar este Proyecto de Ley con un amplio respaldo social.

En las dos propuestas de veto al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación formuladas en el Senado por los señores Cámara Fernández y Román Clemente, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, y por la señora Pleguezuelos Aguilar, del Grupo Parlamentario Socialista²³, se subraya que el citado Proyecto de Ley no

²³ Cortes Generales. Diario de Sesiones. Senado. Comisiones, núm. 479, de 23 de septiembre de 1999.

protege eficazmente al consumidor. Se afirma que el Proyecto de Ley atribuye unas responsabilidades para los agentes de una manera indirecta y poco clara, lo que redundará en un perjuicio del consumidor, que se ve indefenso ante una probable reclamación. De todo el régimen de responsabilidades y garantías, los que se pueden definir como grandes beneficiarios de este Proyecto de Ley del Gobierno Popular son, sin duda, los agentes que intervienen en la edificación, pero en ningún caso el consumidor. Los consumidores son al final los más perjudicados con esta reforma. Debemos aprovechar esta Ley para ofrecer una edificación de calidad, que no beneficie a quien la realiza, aunque por supuesto proteja sus funciones y sus competencias y las determine claramente, pero sin olvidar a los consumidores, a los que el Gobierno descuida en esta Ley.

En representación del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, el señor Bris Gallego²⁴ recuerda a los portavoces, Román Clemente y Pleguezuelos, que para medio ambiente, seguridad y salud de los trabajadores y defensa de los consumidores existen ya tres leyes que no hay por qué volver a incluir en ésta. Son las más que conocidas Ley, de 22 de diciembre de 1972, sobre protección del medio ambiente atmosférico, la Ley de 8 de noviembre de 1995, sobre prevención de riesgos laborales y la Ley de 1984 sobre defensa del consumidor.

Se ha hablado de la protección de los consumidores. Creo que ya lo hemos explicado claramente. Existe una Ley de 1984, de defensa de los consumidores, que lógicamente estamos obligados a cumplir y sería reiterarnos en algo que ya está en los textos reglamentarios.

En las enmiendas referidas a los derechos y obligaciones de los propietarios y usuarios y las garantías de los mismos, a que alude el Senador Rodríguez de la Borbolla, nos atenemos de nuevo a la mencionada Ley de 1984, así como a la actuación de los agentes que intervienen en el proceso y a los diversos plazos para las diferentes fases. Por tanto, por nuestra parte no consideramos oportuno admitirlas.

En la sesión del Pleno del Senado celebrada el 29 de septiembre de 1999, se insiste en las citadas críticas al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación y en su rechazo por el Grupo Parlamentario Popular.

El Senador Cámara Fernández²⁵ subraya que hay lagunas importantes en la configuración legal de la construcción de los edi-

²⁴ Cortes Generales. Diario de Sesiones. Senado. Comisiones, núm. 479, de 23 de septiembre de 1999.

²⁵ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999.

ficios. Con esta Ley se quiere identificar mejor las responsabilidades y obligaciones de todos los agentes que intervienen en el proceso de edificación, y asegurar las garantías que protejan al usuario. Creemos que este Proyecto de Ley adolece de un defecto en cuanto a varias identificaciones y garantías, pues son insuficientes, desde nuestro punto de vista. No busca promover una edificación de mayor calidad, sino una solución de los problemas de la mala edificación. Por otra parte, atribuye unas responsabilidades para los agentes de una manera indirecta y poco clara, lo que redundará en perjuicio del consumidor, que se ve indefenso ante unos problemas de reclamación posteriores. Por todo ello hacemos la propuesta de veto que presentamos en esta Cámara.

La Senadora Pleguezuelos Aguilar²⁶ señala que si hablamos de los derechos de los consumidores no es ya que no se enuncien, es que se olvidan. El apartado correspondiente habla de los deberes y de las obligaciones de los consumidores, no habla de los derechos y, por supuesto, los usuarios son al final los destinatarios del proceso de edificación y con este Proyecto de Ley no se garantiza en absoluto su protección, al menos como creemos que debiera hacerse.

Pasemos, Senador Bris, al capítulo de los consumidores y usuarios, que en opinión de mi Grupo son los que más pierden con este Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación. Y digo que son los que más pierden, porque el Proyecto recoge sus obligaciones, como ya he dicho, pero muy pocos de sus derechos. Y es en lo que afecta al régimen de responsabilidades y garantías en donde el Proyecto perjudica en mayor medida los intereses de los usuarios. No nos olvidemos, señorías, que la vivienda es hoy por hoy la inversión más importante para la mayoría de la población española, así como uno de los sectores en los que se presenta un mayor número de quejas por parte de los consumidores. Así, el propio Ministro Arias-Salgado dijo que las reclamaciones por falta de calidad en la edificación ocupan el primer lugar entre todos los sectores y suponen el 35 por 100 del total, cifra preocupante, que lo será aún más si no garantizamos al usuario final de la edificación todos sus derechos e intereses por los procedimientos correspondientes. ¿Qué ha ocurrido, pues, con este Proyecto de Ley? Que se han aflojado las responsabilidades para quienes construyen y no se han apretado las garantías de los usuarios. Y pondré sólo un par de ejemplos. Las responsabilidades por vicios ocultos hasta ahora recogidas en el Código Civil se sustituyen en este Proyecto por un régimen que

²⁶ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999.

consideramos inaceptable para los usuarios de esos edificios, no sólo porque acorta los plazos, sino porque, además, la acción para reclamar se inicia cuando se produce el daño y no cuando el afectado lo conoce, que sería lo normal. Por tanto, se puede dar la paradoja de que alguien compre un piso que la constructora haya edificado 14 o 15 meses antes, que tarde en vivir en él, de manera que cuando aparezca el vicio oculto hayan transcurrido dos años y no tenga ya derecho a esa garantía ni a exigir esa responsabilidad. En segundo lugar, respecto a la garantía, el Proyecto tampoco supone mayor protección de los derechos de los dañados, porque una vez más el Gobierno, con la regulación de un seguro de caución, atiende, como siempre, al colectivo de profesionales responsables al final de los daños frente a los perjudicados, que no van a poder acceder a él en virtud de la franquicia que se establece en el Proyecto. Por tanto, Senador Bris, las garantías y los instrumentos que recoge el Proyecto de Ley van en detrimento del usuario.

El Senador Bris Gallego²⁷ rebate los vetos presentados a la Ley de Ordenación de la Edificación por los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida y Mixto, que ha defendido el Senador Cámara, y por el Grupo Parlamentario Socialista, defendido por la Senadora Pleguezuelos.

La necesaria homogeneidad legislativa que se propone en los vetos para la protección del medio ambiente, la seguridad y salud de los trabajadores y la defensa de los consumidores viene ya establecida, como he señalado, en la legislación del Estado a través de tres leyes que sus señorías conocen, como son la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Medio Ambiente Atmosférico, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y la Ley 23/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en numerosas disposiciones de desarrollo de estas leyes estatales.

Se ha hablado mucho del consumidor y de su relación con la ley. Quiero indicar, señorías, que el consumidor no puede verse indefenso en una ley que, ante un daño en su vivienda, puede reclamar al promotor, que es el que la vende, y que responde solidariamente frente al resto de los agentes, según establece el artículo 17.3 del Proyecto, en el que, además, se obliga a este mismo promotor a suscribir una póliza de seguros frente a los daños estructurales que puedan producirse. Esta situación, señorías, cambia radicalmente la indefensión a la que está sometido en la actualidad, y es cierto que

²⁷ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999.

hay ese número de reclamaciones y que existe la indefensión por no tener normativa legal donde apoyarse.

Además, el Proyecto de Ley señala lo que llama la Senadora Pleguezuelos deberes, obligaciones de los usuarios, pero, a la vez, señorías, defiende sus derechos. En primer lugar, fija los requisitos básicos que deben cumplir los edificios. En segundo lugar, establece las responsabilidades de todos los agentes, habiendo que añadir un sistema de garantías contra los daños que puedan producirse en los edificios, ampliando la protección de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

También nos plantea el Grupo Parlamentario Socialista la preocupación del plazo de dos años para pedir responsabilidades. Anteriormente el plazo era de tres por defectos y vicios ocultos, que es a la que se refiere su señoría. A nosotros nos parece un plazo suficiente por varias razones. En primer lugar, porque este Proyecto de Ley protege más al usuario, mediante un sistema de responsabilidades más reglamentado y por la respuesta solidaria del promotor. Además, dispone de unas garantías de aseguramiento que antes no tenía. Por otra parte, el plazo de dos años se ajusta a lo establecido por la Ley de Contrato de Seguro. Finalmente, el aumento del plazo agravaría este tipo de daños innecesariamente, puesto que ha transcurrido más tiempo, provocaría un mayor coste de las reparaciones, traduciéndose en un aumento de la prima y, además, todos estos costes adicionales repercutirían en el consumidor final.

En cuanto al plazo desde el que empiezan a contar las responsabilidades y garantías, está perfectamente objetivado en el artículo 6.5, donde se establece la fecha que decimos será la del acta de recepción, como la del certificado, donde se especifica claramente que nos referimos al certificado final de obra y no a una pura y simple certificación.

El Senador Beguer i Oliveres²⁸, como portavoz del Grupo Convergència i Unió, coincide en lo sustancial con la argumentación, anteriormente expuesta, del Senador Bris, estimando que están bien definidos –contrariamente a lo expuesto por la Senadora Pleguezuelos– los requisitos básicos de la edificación, como igualmente lo están las obligaciones y responsabilidades del promotor, del proyectista, del constructor, del director de la obra y demás agentes. Igualmente las garantías de vicios y defectos de la construcción quedan bien determinadas. Y así podríamos continuar. Las propuestas de veto no están bien justificadas.

²⁸ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999.

III. EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD

Con anterioridad a la Ley de Ordenación de la Edificación, la jurisprudencia en torno al artículo 1591 del Código Civil ha adoptado una marcada tendencia a la objetivación de la responsabilidad por vicios o defectos de construcción, o lo que es lo mismo, a la culpa presunta, que determina, en el ámbito procesal, una inversión de la carga de la prueba (SSTS de 14 de noviembre de 1978, 2 de marzo de 1979, 17 de febrero de 1982, 11 de noviembre de 1982, 31 de enero de 1985, 13 de diciembre de 1988, 28 de octubre de 1989, 7 de noviembre de 1989, 30 de septiembre de 1991, 9 de diciembre de 1993, 27 de junio de 1994, 16 de abril de 1996, 26 de junio de 1997 y 19 de octubre de 1998).

El artículo 1591 responde a una presunción *iuris tantum* de culpa profesional y consagra el apotegma de las fuentes romanas *et quod imperitia peccavit culpam esse* (D.19.2.10) (STS de 14 de noviembre de 1978).

El dueño de la obra no necesita probar la culpa del arquitecto siendo suficiente demostrar el incumplimiento, construcción ésta que contiene una cierta objetivación de la responsabilidad de estos profesionales (STS de 27 de junio de 1994).

Si la ruina acontece durante el plazo de garantía decenal, hay que presumir que se debe a la conducta culpable del contratista, del arquitecto o del técnico. Estos sólo se exoneran de responsabilidad si demuestran que se debe a caso fortuito o fuerza mayor. El propio sentido del plazo de garantía decenal corrobora esta interpretación, pues sólo cuando han transcurrido los diez años que fija el párrafo 1.º del artículo 1591 se comprueba, de acuerdo con el criterio del legislador, la solidez de la obra inmobiliaria construida y desaparece la sospecha de que la eventual ruina se debe a la conducta culpable del contratista, del arquitecto o del técnico. Esta tesis es confirmada por los antecedentes históricos del artículo 1591 (Ley 21, tít. 32, Partida 3.ª, y glosa de Gregorio López, artículo 1248 del Proyecto de Código Civil de 1836, comentario de García Goyena al artículo 1532 del Proyecto de Código Civil y doctrina española del siglo XIX)²⁹ y viene exigida por la adecuada protección del comitente, que difícilmente podría probar la conducta culpable de la plu-

²⁹ CARAVANTES, *Febrero reformado*, II, Madrid, 1852, p. 329; ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, I, Madrid, 1847, p. 269; GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, Madrid, 1877, pp. 489-490; GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 802.

ralidad de profesionales que han intervenido en la construcción o de alguno de ellos³⁰.

El Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra de 12 de abril de 1994 sigue esta tendencia objetivadora de la responsabilidad decenal por vicios de construcción, disciplinada en el artículo 1600, subrayando atinadamente Cadarso³¹ que sin dejar de estar fundada en último término en la culpa, funciona aquí un régimen de presunción de responsabilidad que es doble: producida la ruina, se presume tanto la causalidad como la imputabilidad, sin perjuicio de la prueba contraria del caso fortuito, restrictivamente apreciado en esta materia de pericia profesional. Así se puede sostener para el vigente artículo 1591, y así creo que ha de sostenerse a la vista del artículo 1600 proyectado, tal como lo confirma la previsión de su párrafo tercero, conforme al cual «no alcanzará (la responsabilidad) a quienes prueben que la ruina se debió a un hecho que no les sea imputable».

En análogo sentido Gómez de la Escalera³² puntualiza que la presunción de culpa operaría como presunción de causalidad: la

³⁰ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, p. 359; CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 155 y ss.; CABANILLAS, «La carga de la prueba de la negligencia de los profesionales cuando se produce la ruina del inmueble», en *Arquitectura Técnica*, 1992, núm. 15, pp. 55 y ss.; CABANILLAS, «Contrato de obra (Dº Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas), I, Madrid, 1995, p. 1601; CABANILLAS, «La responsabilidad por infracción de los deberes profesiones o de “lex artis” y la carga de la prueba», *ADC*, 1991, pp. 914 y ss.; CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 166 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, p. 310; GARCÍA CANTERO, «La responsabilidad por ruina de edificios ex artículo 1591 del Código Civil», *ADC*, 1963, pp. 1105-1106; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, *cit.*, pp. 464 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, Barcelona, 1993, pp. 93 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, XX-2, Madrid, 1986, p. 308; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I-II, Granada, 1977, pp. 89 y ss. y 151-152; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», *cit.*, p. 1916; MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *ADC*, 1982, p. 681; O'CALLAGHAN, «Contrato de obra. Responsabilidad por ruina», en *Actualidad Civil*, 1988, p. 1693; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, *cit.*, pp. 252, 281 y 368 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, *cit.*, p. 197; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1192-1193; TORRALBA, «Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1591 del Código Civil», en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, p. 605; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997, pp. 31 y ss. y 208 y ss.

³¹ CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», en *Contratos de servicios y de obra*. Coordinador: José González García, Universidad de Jaén, 1996, pp. 120-121.

³² GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, *cit.*, pp. 99-100.

ruina dentro del plazo decenal se presume ocurrida por causa de los vicios constructivos de la obra, y como éstos no son más que el resultado de la culpa profesional de quienes intervinieron en la obra, por ende, la presunción de causalidad de la ruina es también presunción de culpabilidad.

Se trataría, en definitiva, de la aplicación del principio *res ipsa loquitur*: la ruina acaecida dentro del plazo decenal «habla por sí misma» y nos dice que tuvo su causa en los vicios constructivos. La presunción tiene carácter *iuris tantum* y podrá desvirtuarse probando que la ruina se debe a una causa distinta de los vicios constructivos (mala conservación, terremoto, culpa de un tercero).

La objetivación de la responsabilidad por vicios de construcción se aprecia nítidamente en la Ley de Ordenación de la Edificación, cuyo artículo 17.8 dispone que «las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño».

Basta que se produzcan daños materiales en el edificio por vicios o defectos de construcción que se manifiesten en los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal o decenal para que surja la responsabilidad de los agentes que han intervenido en el proceso de edificación.

El carácter objetivo de la responsabilidad anual, trienal o decenal se explica por la suscripción obligatoria de seguros de daños materiales o seguros de caución para garantizar la reparación de los daños causados por vicios o defectos de la construcción a que se refiere el artículo 17.

La naturaleza objetiva de la responsabilidad determina que los agentes que han intervenido en el proceso de edificación responden salvo que prueben que los daños provienen de caso fortuito, fuerza mayor, acto de un tercero o del propio perjudicado por el daño.

El carácter objetivo de esta responsabilidad viene confirmado por el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998, que al aludir a la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de edificación por los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defecto de su construcción, que se manifiesten en los plazos de garantía anual, trienal y decenal, se refiere expresamente a la responsabilidad objetiva en la rúbrica del artículo 19.

El Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995, establece que las responsabilidades por daños en el edificio no serán exigibles si se prueba que éstos fueron oca-

sionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño (art. 38.4).

Según el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación, de 1985, se presumen las responsabilidades del promotor, las cuales no serán exigibles si éste prueba que los daños causados provienen de caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o del perjudicado por el daño (art. 16.3).

En el Derecho francés, el artículo 1792 del Código Civil califica la responsabilidad del constructor frente al dueño o adquirente de la obra como responsabilidad de pleno derecho y precisa que la misma sólo decae ante la prueba de una causa ajena. El legislador expresa con claridad en el artículo 1792-2 que se trata de una presunción de responsabilidad.

Tratándose de una presunción de responsabilidad, sólo puede decaer ante la prueba de la ausencia de culpa.

Al prever las causas de exoneración posibles, el artículo 1792 establece que semejante responsabilidad no tiene lugar si el constructor prueba que los daños provienen de una causa ajena.

Como circunstancia exoneratoria aparece la fuerza mayor, que implica un acontecimiento imprevisible, irresistible y exterior, como, por ejemplo, un cataclismo natural.

El hecho de un tercero, pero a condición de que el presumido responsable no tenga que responder: así el contratista no puede evitar su responsabilidad probando que los desordenes son imputables a un subcontratista o a un fabricante de materiales, puesto que son *partenaires* contractuales de los que debe responder.

En fin, la culpa de la víctima. Como observa Boubli ³³, la intromisión del dueño de la obra en la realización del edificio plantea delicados problemas. La culpa del dueño de la obra entraña generalmente un reparto de responsabilidad. Alguna vez es causa de exoneración total, cuando el comportamiento del dueño de la obra no deja lugar alguno a la resistencia del constructor.

Liet-Veaux ³⁴ dice que en la causa ajena entrará frecuentemente la culpa del dueño de la obra.

Según Huet ³⁵, tradicionalmente se admite que la culpa del dueño de la obra, o incluso solamente su intromisión en los trabajos, puede ser una causa de exoneración de los constructores. Se

³³ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 210 y ss.

³⁴ LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, París, 1982, p. 338.

³⁵ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1358.

admite que la intromisión culpable será tenida en cuenta cuando el dueño tenía una competencia notoria.

Puede cuestionarse si el legislador no ha ido demasiado lejos estableciendo a cargo de todos los arrendadores de obra una obligación de resultado. Pero es de esto de lo que se trata: todo constructor —en el sentido del artículo 1792-1— está obligado a suministrar al dueño o al adquirente una obra a la vez solida y propia para su destino, salvo prueba de una causa ajena. Parecido rigor parece aconsejable para los que asumen misiones de ejecución, o incluso de concepción; es menos evidente, según Malinvaud y Jestaz³⁶, para la misión de vigilancia que la jurisprudencia hace recaer sobre el arquitecto. ¿Debe considerarse que en caso de daños que afectan a la solidez del inmueble o lo hacen impropio para su destino el arquitecto se presumirá siempre responsable en virtud de su obligación de vigilancia, salvo prueba de causa ajena? Aunque parece deducirse del texto, esta solución se presenta muy severa. En contrapartida, la jurisprudencia admite que el arrendador de obra sólo incurre en responsabilidad en los límites de su misión; más allá desaparece el nexo de causalidad.

Para Collart Dutilleul y Delebecque³⁷ existe una obligación de resultado pura y dura.

Boubli³⁸ señala que la obligación de construir o hacer construir una obra exenta de vicios es una obligación de resultado conforme a los principios aplicables al contrato de empresa. La responsabilidad de pleno derecho es sancionada por el artículo 1792. Con otros términos, el artículo 1792-2 establece el principio de la presunción de responsabilidad. Estas disposiciones traducen la voluntad del legislador de asegurar una protección efectiva del usuario permitiéndole una reparación rápida de los siniestros. Se puede, sin embargo, lamentar que la ley no haya contemplado especialmente la garantía bienal. En efecto, los artículos 1792 y 1792-2 sólo conciernen a los daños que se conectan a la decenal.

La falta de una consagración expresa de una presunción de responsabilidad, puede incitar a una interpretación restrictiva que implique no aplicar la responsabilidad de pleno derecho a los desórdenes sometidos a la bienal.

³⁶ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 119-120.

³⁷ COLLART DUTILLEUL y DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, París, 1991, p. 526.

³⁸ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 200.

A juicio de Boubli³⁹, semejante interpretación no corresponde a la intención real de los autores de la ley, ni a la naturaleza de las obligaciones de los arrendadores de obra.

En el mismo sentido se pronuncia Liet-Veaux⁴⁰, al afirmar que la presunción de responsabilidad establecida en el artículo 1792 se extiende a los elementos de equipamiento sometidos a la garantía bienal de buen funcionamiento, en virtud del empleo por el legislador de la palabra «garantía».

Esta severidad es incrementada por el hecho de que las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad son prohibidas. Aunque no lo establezca expresamente el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, se infiere esta conclusión del carácter marcadamente imperativo con que está redactado el precepto («las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán...»).

Los antecedentes de este precepto lo confirman: el artículo 20 del Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985, el artículo 41.4 y 5 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994, el artículo 38.5 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995, y el artículo 18.8 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998.

El párrafo último del artículo 1594 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, establece que se tendrán por no puestas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del contratista por vicios o defectos de la obra.

En el Derecho francés establece esta solución el artículo 1792-5 del Código Civil, considerando no escritas las cláusulas que excluyan o limiten las responsabilidades previstas en el artículo 1792.

La garantía anual de perfecta terminación y las garantías trienal y decenal son de orden público, de igual manera que lo son en el Derecho francés, en atención al texto del artículo 1792-5 del Código Civil, la garantía de perfecta terminación, la garantía bienal y la garantía decenal⁴¹. Por este motivo, como

³⁹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 202.

⁴⁰ LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., p. 344.

⁴¹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 115 y 145; COLLART DUTILLEUL y DEBELECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, cit., p. 527; BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 150 y 215 y ss.; LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., pp. 351-352.

observa Boubli⁴², en la medida en que las garantías legales son de orden público, parece que las partes no podrán hacer remontar las garantías legales a una fecha anterior a la recepción, es decir, a la terminación.

Para Boubli⁴³, el plazo de garantía es un plazo prefijado al que las partes no pueden renunciar, puesto que la ley prohíbe las cláusulas que limitan su duración. El plazo de garantía opera de una manera mucho más rigurosa que el plazo de prescripción.

Este criterio armoniza con los antecedentes de la responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil por vicios de construcción, que se fundamenta en razones de orden público (la seguridad de los edificios) e interés social, como se puso de relieve en los trabajos preparatorios del Código de Napoleón⁴⁴. Así lo confirman las SSTs de 13 de junio de 1984, 12 de febrero de 1988, 2 de octubre de 1992 y 27 de junio de 1994⁴⁵.

Como subrayan Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco⁴⁶, las cláusulas contractuales de exoneración de responsabilidad por ruina son nulas, no sólo si incluyen también la ruina causada dolosamente (art. 1102 del Código Civil), sino incluso cuando se refieren a la responsabilidad causada por negligencia, pues el ahorro del comitente que renuncia a exigir responsabilidad repercute negativamente en el consumidor de la vivienda.

El sistema de responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación es ciertamente riguroso. Pero es justo. Si es bastante fácil establecer esta responsabilidad, la misma no surge indefinidamente. Son fijados legalmente unos plazos de garantía de uno, tres y diez años para que surja la responsabilidad

⁴² BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 150.

⁴³ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 254.

⁴⁴ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIV, reimpresión de la edición de París de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 262-263; LOCRE, *Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du Code Napoleon*, III, París, 1808, pp. 504-506.

⁴⁵ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., pp. 359-360; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º Civil)», cit., p. 1601; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 1998, pp. 252-253; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, Granada, 1987, pp. 390 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción*, cit., p. 285; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I-II, cit., pp. 36 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., p. 1919; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 65 y ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentarios del Código Civil*, II, cit., p. 1190.

⁴⁶ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 252-253.

de aquéllos, atendiendo a la garantía de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de su construcción.

Los citados plazos constituyen la contrapartida del riguroso sistema de responsabilidad objetiva por vicios o defectos de construcción que recae sobre los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

IV. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

1. LA NOCIÓN DE EDIFICIO

En consonancia con el título de la Ley, de Ordenación de la Edificación, el artículo 17 se refiere a los daños materiales ocasionados en los edificios o parte de los mismos, en caso de que sea objeto de división, por vicios o defectos de construcción. Se sigue en este sentido el criterio acogido por el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 (art. 19), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 51), el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 50), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 (art. 19) y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (art. 17). También el artículo 1591 del Código Civil se refería a la ruina del edificio por vicios del suelo, de la dirección o de la construcción. En cambio, el artículo 1600 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra se refiere a la obra inmobiliaria de carácter permanente, criterio que también sigue el artículo 1792 del Código Civil francés. Este precepto se aplica a todas las obras, pues se ha suprimido del artículo 1792 la referencia a las *gros ouvrages*, y el artículo 1792 sólo habla de *ouvrage*, aunque el carácter inmobiliario de la obra parece inferirse del término *batiment* utilizado en el artículo 1792-2.

Según Boubli⁴⁷, el artículo 1792 contempla al constructor de una obra y menciona los desordenes que comprometen la solidez de la obra.

El término obra es mucho más amplio que el término edificio. Es preciso entenderlo como designando una globalidad, es decir, como contemplando cualquier obra inmobiliaria, se trate o no de un edificio. La noción de obra engloba las realizaciones de genio civil,

⁴⁷ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 228-229.

cualquiera que ellas sean: vías o redes diversas, construcciones en el subsuelo, terrenos de deportes y los edificios.

Otra concepción de noción de obra es sugerida por los artículos 1792-2 y 1792-4. Estos textos entienden por obra una parte, un elemento de la construcción. Entonces el término es tomado en un sentido estricto: no designa una globalidad sino una fracción del inmueble, y principalmente una fracción importante de la que se puede decir esquemáticamente que concierne a la estructura misma de la realización. *Obra* en este sentido se opone a *equipamiento*. Designa los trabajos de viabilidad, de cimentación, de armazón y de cobertura (art. 1792-2), es decir, todo lo que no constituye un elemento de equipamiento. El mismo sentido debe ser reconocido a la expresión utilizada en el artículo 1792-4.

Para Malinvaud y Jestaz⁴⁸, antes de la Ley, de 4 de enero de 1978, el antiguo artículo 1792 no contemplaba la obra, sino el edificio que perece en todo o en parte por vicio de la construcción. En cambio, el antiguo artículo 2270 consagraba la noción de obra y distinguía entre las obras mayores y menores. Esta distinción desaparece en el nuevo régimen, y ocurre lo mismo con la de edificio que, en el artículo 1792, es reemplazada por la de obra.

La noción de obra es infinitamente más general que la de edificio, englobando ciertas realizaciones a las que antaño se denegaba la calificación de edificio.

En el artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, al establecer el ámbito de aplicación de esta Ley, se perfila el concepto de edificación y, en definitiva, el de edificio, al disponer:

«1. Esta Ley es de aplicación al proceso de edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos: *a*) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural; *b*) Aeronáutico, agropecuario, de energía, de la hidráulica, minero, de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones), del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, forestal, industrial, naval, ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación; *c*) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén especificados en los grupos anteriores.

⁴⁸ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 117-118.

2. Tendrán la consideración de edificación, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes:

a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial en la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas obras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio».

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española (20.^a edición) establece la siguiente acepción de edificio: obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etcétera.

En relación con el artículo 1591 del Código Civil nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia han defendido una concepción amplia de edificio⁴⁹, que ciertamente está presente en el transcrito artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

⁴⁹ ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., pp.1565-1566; CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., pp. 112 y ss.; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 406 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., pp. 319-320; GARCÍA CANTERO, «La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código Civil», cit., pp. 409 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 87 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., pp. 280 y ss.; MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, cit., pp. 468 y ss. (teniendo en cuenta la praxis aseguradora); RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 186 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, cit., pp. 149 y ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1190.

No debe mantenerse una noción estricta de edificio, sino que ha de interpretarse aludiendo al género al que pertenece, en cuanto obra de construcción inmobiliaria⁵⁰.

El término edificio debe interpretarse en sentido muy amplio, equivalente a obra inmobiliaria permanente, en línea con la alusión del artículo 1669 del Código Civil italiano a «cosas inmuebles destinadas por su naturaleza a larga duración». Es clara la exclusión de las obras mobiliarias, y lo es asimismo la de las edificaciones provisionales. El tipo de obra tanto puede ser de edificación o de nueva planta, como de refacción o reparación⁵¹.

Habrà de tratarse de una obra inmueble por naturaleza o destino; ejecutarse mediante obra nueva o refacción de parte importante de una obra preexistente; estar destinada a una duración razonablemente larga (STS de 12 de mayo de 1979); y, por último, tener como fin la habitación humana u otros fines análogos. Están así excluidas del precepto las construcciones provisionales que se califican como tales en función de la naturaleza de la obra y la temporalidad de su destino⁵².

Según la STS de 17 de diciembre de 1997, el artículo 1591 hace mención a un edificio, cuyo concepto jurídico debe entenderse en sentido amplio, de conformidad con los artículos 389, 391, 1907 y 1908 del Código Civil, como ha declarado esta Sala al precisar que aquel precepto alcanza no sólo a las nuevas construcciones, sino también a todas las que, por su importancia o trascendencia, supongan la transformación de otras subsistentes.

En general, existe coincidencia entre la jurisprudencia y la doctrina científica en dicha materia y ambas entienden que habrá de tratarse de una obra inmueble por naturaleza o destino; plasmarse mediante obra nueva o refacción de parte importante de la obra subsistente; estar destinada a una duración razonablemente larga; y, por último, poseer como objetivo la habitación humana u otro similar.

Además, el texto legal no se refiere sólo a las nuevas construcciones, por lo que, como antes se ha expresado, las obras de refacción o reparación de un edificio preexistente están también incluidas en la definición, la cual es una solución adecuada dado que la reparación defectuosa puede también ocasionar la ruina.

Cuando el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación se refiere a los daños materiales causados en parte del edificio, en el caso de que sea objeto de división, no cabe duda de que está pensando en el edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal,

⁵⁰ CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., p. 114.

⁵¹ CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», cit., p. 118.

⁵² SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1190.

que se caracteriza por existir una pluralidad de propietarios de pisos o locales que forman parte integrante del edificio.

2. LOS DAÑOS MATERIALES OCASIONADOS EN EL EDIFICIO POR VICIOS O DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN

Paralelamente a la ampliación por nuestra jurisprudencia del concepto de ruina mediante las nociones de la ruina parcial, de la ruina potencial y de la ruina funcional, y en virtud de las cuales no se exige el arruinamiento o perecimiento total, ni el actual ni el físico del edificio, para que pueda aplicarse la responsabilidad decenal que disciplina el artículo 1591 del Código Civil, se observa una corriente tendente a sustituir el requisito de la ruina por la simple presencia de daños en el edificio por vicios o defectos de construcción. La culminación de este pensamiento se encuentra en el Derecho francés, donde tras la Ley, de 4 de enero de 1978, se abandona toda referencia a la idea de ruina, limitándose a hablar simplemente de daños (*dommages*) en la obra (arts. 1792 y 1792-2 del Código Civil).

En nuestro Derecho se observa que la Ley de Ordenación de la Edificación, en el artículo 17.1, sigue claramente el criterio acogido en el Derecho francés, de igual manera que los diversos Anteproyectos y Proyectos sobre la Ley de Ordenación de la Edificación. El Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985, se refiere a los daños producidos por vicios (arts. 16, 17 y 18) y los Anteproyectos de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 51), y 21 de septiembre de 1998 (art. 19), así como los Proyectos de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (arts. 38, 40, 41, 42, 43 y 46), y 15 de marzo de 1999 (art. 17.1), aluden exclusivamente a los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de su construcción.

Se ha de tratar de perjuicios materiales, no espirituales, que afecten directamente al edificio, que se concretan en presentar el mismo vicio o defecto de construcción. Aunque el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación habla genéricamente de vicios o defectos, hay que denominarlos vicios o defectos de construcción de acuerdo con la terminología utilizada por los artículos 17.3 y 19, que se refieren a los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de construcción.

Cuando el edificio, término que ha de entenderse en el sentido expuesto anteriormente, esté aquejado por un vicio o defecto de construcción, se produce necesariamente un perjuicio material que determina la responsabilidad de los agentes que han intervenido en el proceso de edificación.

El problema básico no es otro que precisar el significado del vicio o defecto de construcción como factor desencadenante de la responsabilidad.

Se ha abandonado el criterio que se acogía en el artículo 1591 del Código Civil, que, al configurar la responsabilidad decenal de arquitectos y constructores, distinguía entre vicios del suelo, de la dirección y de la construcción, armonizando con el artículo 1909 del Código Civil que sólo se refiere al defecto de construcción, que se presenta como una noción genérica comprensiva de cualquier vicio que presente el edificio.

La Ley de Ordenación de la Edificación se acomoda al criterio adoptado por sus precedentes, ya que, como hemos visto, los Anteproyectos de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 y 21 de septiembre de 1998, así como los Proyectos de Ley, de 28 de diciembre de 1995 y 15 de marzo de 1999, se refieren exclusivamente a los daños materiales ocasionados al edificio por vicios o defectos de su construcción.

El Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, alude en el texto del artículo 1600 a los vicios de la construcción al disciplinar la responsabilidad decenal por ruina de la obra inmobiliaria de carácter permanente.

En los artículos 17 y 18, la Ley de Ordenación de la Edificación se refiere a los vicios o defectos, que han de calificarse de construcción a tenor de los artículos 17.3 y 19, omitiendo aludir al vicio del suelo o de la dirección que en el artículo 1591 determinaba la responsabilidad del arquitecto; lo que se explica porque en dicha Ley ya no se alude singularmente a dicho facultativo, sino genéricamente a los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

A diferencia de lo que acontecía en el texto del artículo 1591, donde la expresión vicio de la construcción tiene un sentido muy específico, en cuanto se reconduce a la actividad del contratista, considerado como ejecutor material de la obra inmobiliaria, la Ley de Ordenación de la Edificación, de igual manera que acontece en el Código Civil italiano (art. 1669), se refiere al vicio o defecto de construcción en un sentido genérico, y se desconecta no sólo de la distinción entre agentes intervinientes en el proceso edificatorio, sino también de la distinción entre tareas o cometidos.

En este sentido genérico, al que se refiere la Ley de Ordenación de la Edificación, en el vicio o defecto de construcción se comprenden básicamente los vicios de la ejecución propiamente dicha, los del proyecto y los de la dirección. Así pues, el vicio de la construcción es imputable a todos los agentes que han intervenido en el proceso de edificación; sólo mediante una especificación ulterior cabrá

imputarlo exclusivamente a uno u otro de los agentes intervinientes, lo cual es facilitado por la Ley al perfilar las obligaciones que recaen sobre cada uno de éstos, es decir, sobre el promotor (art. 9), el proyectista (art. 10), el constructor (art. 11), el director de la obra (art. 12), el director de la ejecución de la obra (art. 13), las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación (art. 14) y los suministradores de productos (art. 15).

3. EL CARÁCTER OCULTO DE LOS VICIOS DE CONSTRUCCIÓN EN EL MOMENTO DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

Al referirse a los presupuestos de la responsabilidad decenal, en relación con el artículo 1591 del Código Civil, la doctrina⁵³ se refiere al carácter aparente u oculto de los vicios.

Nada precisaba la letra del artículo 1591 acerca de si los vicios determinantes de la ruina habían de ser ocultos o si podían ser también aparentes.

Aún en defecto de previsión legal específica, es conclusión generalmente admitida por la doctrina⁵⁴, y suficientemente consolidada en la jurisprudencia, que la recepción que concluye en aprobación o aceptación libera a los constructores por los vicios o defectos aparentes o manifiestos que no sean objeto de reserva por parte del comitente. La STS de 12 de julio de 1994 afirma que establecido el hecho de la recepción de la obra sin reserva alguna, ha de estarse a la doctrina jurisprudencial –así sentencia de 29 de noviembre de 1991– expresiva de que la aceptación al recibir las obras sin manifestación en tal momento de disconformidad con ella, significa haber sido ejecutada a satisfacción, pues lo contrario supondría dejar indeterminado en el tiempo el normal efecto producido por el contrato de arrendamiento de obra después de aceptada sin manifestación de disconformidad por el propietario.

El artículo 1594 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, consagra expresamente el indicado efecto liberatorio de la aprobación en la proposición primera del párrafo primero: La aprobación a que se refieren los dos artículos anteriores excluye la responsabilidad del contratis-

⁵³ Vid. CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., pp. 143 y ss.

⁵⁴ Vid. CABANILLAS, «La recepción de la obra», *ADC*, 1978, pp. 302 y ss.; CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988, pp. 241 y ss.; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º civil)», cit., p. 1600.

ta por los vicios o defectos que al tiempo de la recepción de la obra fueren manifiestos, y también por los que no fueren si quien aprobó la obra hubiera podido conocerlos fácilmente por su oficio o profesión.

Sin embargo, el apuntado efecto liberatorio de la recepción de la obra ejecutada por los vicios o defectos aparentes que no han sido objeto de reservas no es expresamente consagrado por la Ley de Ordenación de la Edificación. Nada se precisa al respecto en el artículo 17, que configura la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso edificatorio por vicios o defectos de construcción, como tampoco en el artículo 6, que disciplina la recepción de la obra ejecutada, limitándose a decir que ésta podrá realizarse con o sin reservas.

Existe, por tanto, un elocuente silencio, que, a nuestro juicio, deja sin resolver el problema sobre la posible eficacia liberatoria de la recepción por los vicios o defectos aparentes que no han sido objeto de reservas.

Un criterio semejante aparece en los antecedentes de esta Ley, como son el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994, el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999.

No obstante, en el Derecho francés, que es el modelo que ha inspirado a los redactores de la Ley de Ordenación de la Edificación, como a sus antecedentes, se entiende que la garantía de perfecta terminación no se aplica a los vicios que se patentizan con anterioridad a la recepción de la obra y que no han sido objeto de reservas (art. 1792-6 del Código Civil).

Como dice Caston⁵⁵, la recepción de los trabajos constituye una aceptación; los vicios aparentes han de considerarse aceptados con el resto de la obra.

Boubli⁵⁶ afirma que la recepción purga a la obra de sus vicios aparentes, a no ser que el dueño de la obra formule reservas.

El desorden debe ser clandestino en la recepción de los trabajos⁵⁷.

⁵⁵ CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, París, 1979, p. 110.

⁵⁶ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 150.

⁵⁷ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 249.

Para Boubli⁵⁸, el defecto oculto es condición del desorden. El desorden sólo da lugar a la garantía, se trate de la decenal o de la bienal, si el defecto es oculto en la recepción de los trabajos. Nada permite considerar que la condición relativa a la exigencia de un vicio oculto, exigida por el Código Civil, ha sido abandonada por la Ley, de 4 de enero de 1978, que toma en consideración al desorden en estado bruto. Muy al contrario, el legislador refuerza el principio sometiendo los vicios aparentes a la garantía de perfecta terminación.

La condición de clandestinidad se aprecia en la recepción de los trabajos y un vicio oculto es aquel que no puede ser descubierto normalmente por un profano.

Según Liet-Veaux⁵⁹, la Ley, de 4 de enero de 1978, no aporta ninguna modificación a la jurisprudencia en lo relativo a la necesidad de un vicio oculto en el momento de la recepción.

Incluso con respecto a la garantía decenal, que se refiere a los vicios que comprometen la solidez de la obra o que la hacen impropia para su destino, Benabent⁶⁰ pone de relieve como la jurisprudencia francesa precisa que esta responsabilidad sólo concierne a los vicios ocultos: los que son aparentes han debido ser objeto de reservas en la recepción.

Malinvaud y Jestaz⁶¹ apuntan que, a tenor del artículo 1792-6 del Código Civil, la garantía de perfecta terminación concierne a los desordenes aparentes en el momento de la recepción, a condición de que hayan sido objeto de reservas mencionadas en el proceso verbal de recepción, y a los desordenes revelados en el año de la recepción, pero únicamente si han sido señalados por el dueño de la obra por vía de notificación escrita.

La jurisprudencia francesa considera que todo desorden se presume oculto hasta la prueba en contrario.

El dueño de la obra, en su calidad de demandante, debería en principio probar que el vicio era oculto en el momento de la recepción de los trabajos y que se ha revelado con posterioridad a la misma. Pero semejante exigencia plantearía tales dificultades en la mayor parte de los casos que el dueño de la obra no obtendría ninguna reparación, a menos que hubiese tomado la precaución de fotografiar cada centímetro cuadrado de la obra en el momento de la recepción. Por esto los jueces dispensan al dueño de la obra

⁵⁸ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 249.

⁵⁹ LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., pp. 353 y 362.

⁶⁰ BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, París, 1993, pp.315-316.

⁶¹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 111.

de probar la clandestinidad del vicio. Todo vicio se presume oculto hasta la prueba en contrario.

Prácticamente, corresponde al constructor liberarse de responsabilidad probando que el vicio era aparente y no ha sido objeto de ninguna reserva en el momento de la recepción. Pero, el juez no le facilita la tarea. En efecto, como observan Malinvaud y Jestaz⁶², la jurisprudencia define el vicio aparente como aquél que puede ser descubierto por el dueño de la obra teniendo en cuenta su competencia; así, el carácter aparente u oculto del vicio debe apreciarse *in concreto*, por referencia a la competencia del dueño de la obra. Los jueces de fondo, aprobados por el Tribunal de Casación, se muestran severos en la admisión de la prueba en contrario. Así, para poder sostener con razón que en virtud de su carácter aparente un vicio de construcción ha sido purgado por la recepción de los trabajos, el constructor debe aportar la triple prueba de que el vicio era aparente a los ojos del dueño de la obra en su manifestación, en sus causas y en sus consecuencias dañosas. O bien, es preciso demostrar que el vicio, incluso no aparente, era de hecho conocido por el dueño de la obra.

Estas soluciones, muy protectoras para el dueño de la obra, van en el sentido de la evolución general. En la práctica, deberían incitar a los constructores a hacer mencionar en el proceso verbal que el dueño de la obra ha constatado tal desorden menor, pero renuncia a demandar la refacción de la obra.

La cuestión se presenta en unos términos ligeramente diferentes bajo el imperio de la Ley, de 4 de enero de 1978.

Huet⁶³ considera que la recepción purga los vicios aparentes. Se estima que el dueño de la obra los acepta.

Sin embargo, la idea es irreal, pues se comprende mal que se extraiga de la ausencia de reserva por el dueño de la obra la conclusión de que haya consentido recibir un trabajo imperfecto: la verdad es que no ha percibido en el momento de la recepción lo que habría debido ver, y que era aparente. Antes que una aceptación, es una negligencia lo que se sanciona. Y como se considera bastante severo hacerlo, se corrige la regla con múltiples derogaciones o atenuaciones.

A título de derogaciones, figura la solución admitida en la venta de inmueble a construir y en el contrato de construcción de casa individual, para las que el legislador ha previsto que una garantía especial contra los vicios aparentes es debida por el constructor

⁶² MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière, cit.*, p. 82.

⁶³ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», *cit.*, pp. 1348-1349.

(arts. 1642 y L. 231-1 c). En cuanto a las atenuaciones, los Tribunales consideran fácilmente a los vicios de construcción como ocultos, a fin de evitar que el dueño de la obra se encuentre imposibilitado para obtener la reparación.

Además, es preciso destacar que hacer reservas determina una consecuencia particular: éstas mantienen al vicio denunciado en el único marco de la garantía de perfecta terminación, y prohíben demandar ulteriormente reparación basándose en la garantía decenal. Los defectos denunciados en el momento de la recepción tienen un estatuto propio, que parece resultar de su carácter aparente.

Según Huet⁶⁴, para ser cubierto por la garantía decenal, es preciso que se trate de un defecto oculto en el momento de la recepción de los trabajos (Civ. 3.^a, 28 de abril de 1987, 1 de febrero de 1989 y 10 de enero de 1990).

A nuestro juicio, parece plenamente aceptable la solución acogida por la doctrina y la jurisprudencia francesas, que puede, sin mayores problemas, aplicarse en el Derecho español, afirmando, por tanto, el efecto liberatorio de la recepción de la obra ejecutada por los vicios o defectos aparentes que no sean objeto de reservas.

Los vicios aparentes han debido ser objeto de reservas en la recepción, y si no lo han sido, la obra se considera aceptada con ellos, con el consiguiente efecto liberatorio.

Esta solución es la que mejor armoniza con los principios que informan a nuestro Derecho de obligaciones. Existe una carga del acreedor (el promotor, según el art. 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación) de examinar la obra que se le entrega y denunciar, antes de que tenga lugar la recepción definitiva, los vicios aparentes que aquélla presente⁶⁵. Hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico señala la relevancia que, en numerosos casos, tiene la apariencia del vicio para excluir la responsabilidad del deudor (arts. 1484, 1485, 1487, 1488 y 1553 del Código Civil; arts. 342 y 345 del Código de Comercio). Además, en el ámbito de las obras públicas es significativo que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995, y el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto, de 25 de noviembre de 1975, se refieran a la responsabilidad por vicios ocultos de la construcción (arts. 149 de la Ley y 175 del Reglamento).

⁶⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», *cit.*, p. 1356.

⁶⁵ CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, *cit.*, p. 241; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º Civil)», *cit.*, p. 1600; CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», *cit.*, p. 90; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996, p. 113.

El problema que, en rigor, se ha de solucionar consiste en precisar el significado del vicio aparente, ya que, a diferencia de lo que sucede en el marco de la compraventa (art. 1484 del Código Civil), no existe en la normativa de la Ley de Ordenación de la Edificación ni en la del Código Civil sobre el contrato de obra ninguna precisión sobre el mismo. En relación con la posible aplicación analógica del artículo 1484 del Código Civil para resolver el problema, parece oportuno tener en cuenta una importante matización señalada por la doctrina francesa y el Consejo de Estado francés⁶⁶ y, entre nosotros, por Cadarso⁶⁷ y Francisco Javier Sánchez Calero⁶⁸. No es lo mismo la apariencia del vicio que la apariencia de sus consecuencias. Puede el comitente conocer perfectamente la existencia del vicio en el momento de la recepción, pero escapársele la importancia exacta del mismo. Henri Mazeaud⁶⁹ apunta que a los vicios ocultos propiamente dichos, es decir, desconocidos por el dueño en el momento de la recepción, hay que asimilar los defectos que el dueño ha descubierto en el momento de la aceptación, pero sin poder conocer las consecuencias dañosas que en el futuro podían producir. Las razones para mantener la responsabilidad del empresario son, en efecto, las mismas en ambas situaciones. Tanto en una como en otra se puede hablar de vicio oculto *latu sensu*.

De conformidad con esta tesis, el carácter oculto habría que referirlo, en todo caso, no sólo al vicio, sino también a sus consecuencias. De forma que la responsabilidad por vicios o defectos de construcción, tendrá aplicación aun en el caso de vicio aparente, siempre que sus consecuencias permanezcan inciertas. Hay, sin embargo, que hacer una importante matización para acoger esta tesis: el comitente ha de haber actuado con diligencia, y aún así, las consecuencias de los vicios permanecen inciertas. Con otras palabras, de los vicios advertidos no cabía esperar consecuencias dañosas más graves de las razonablemente previsibles al recibir la obra. Ello es congruente con la carga que pesa sobre el acreedor de llevar a cabo un diligente examen de la prestación ejecutada por el deudor.

⁶⁶ Vid. CANTELAUBE, *La responsabilité decennale des entrepreneurs en droit public français*, París, 1967, pp. 56 y ss.; HENRI MAZEAUD, «La responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux», en *Mélanges offerts à René Savatier*, París, 1965, p. 648.

⁶⁷ CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., p. 159.

⁶⁸ FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, p. 78.

⁶⁹ HENRI MAZEAUD, «La responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux», cit., p. 648.

En todo caso, hay que tener presente si el comitente es o no un perito o técnico en el arte de la construcción (cfr. art. 1484 del Código Civil). Piénsese en el promotor que, en numerosas ocasiones, actúa como comitente en relación con la obra que encarga construir. Según Rubino⁷⁰, la rescognoscibilidad del vicio ha de valorarse teniendo en cuenta esta circunstancia. Si el comitente es un técnico o perito, vicios aparentes son todos aquellos que pueden y deben ser reconocidos por un técnico que actúa con diligencia media.

V. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

1. PERSONAS FRENTE A LAS QUE SE RESPONDE

El artículo 1591 del Código Civil omitía mencionar al sujeto o sujetos legitimados activamente para ejercitar la acción de responsabilidad decenal.

Más explícito es el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, ya que el artículo 1600 considera legitimados activamente al comitente y sucesivos adquirentes de la obra inmobiliaria.

En el Derecho francés, en cuanto a las personas que pueden accionar en virtud de las responsabilidades decenal y bienal, el artículo 1792 del Código Civil menciona expresamente al propietario y al adquirente de la obra, por lo que están legitimados activamente tanto el comitente o propietario de la obra propiamente dicho, como todo adquirente posterior de la misma. El artículo 1646-1 confirma esta legitimación, al extender a los propietarios sucesivos del inmueble los beneficios de las garantías de que está investido el comprador de un inmueble futuro o por construir.

Como señalan Malinvaud y Jestaz⁷¹, la Ley, de 4 de enero de 1978, consagra la jurisprudencia según la cual la garantía debida por los arquitectos y contratistas es una protección legal unida a la propiedad que acompaña en tanto que accesorio a la cosa vendida y se identifica con ella.

⁷⁰ RUBINO, «L'appalto», cuarta edición con notas de MOSCATI, en *Trattato di diritto civile italiano*, dirigido por Vasalli, Torino, 1980, pp. 486-487.

⁷¹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière, cit.*, pp. 116-117.

Dicho esto, hubiera sido mejor decir hacia el dueño de la obra y sus causahabientes universales o particulares.

Hay que recordar que la jurisprudencia decide que, si la acción de garantía decenal se transmite en principio con la propiedad del inmueble a los adquirentes, el dueño de la obra no pierde la facultad de ejercitarla cuando la misma presenta para él un interés directo y cierto; esto ocurre especialmente cuando el propio dueño de la obra es reemplazado por el adquirente. Esta jurisprudencia debería mantenerse bajo el régimen de la Ley, de 4 de enero de 1978, pues la fórmula del nuevo artículo 1792 no se opone a ello, sino más bien todo lo contrario.

Los terceros son *a priori* todas las personas extrañas al contrato de arrendamiento de obra, pero debe excluirse al causahabiente del dueño de la obra. La solución no sólo vale para el causahabiente universal, lo que es incuestionable, sino también para los causahabientes a título particular: adquirente, atributario en propiedad (en el caso en que el dueño de la obra es una sociedad de atribución), donatario, permutante y más generalmente toda persona a quien la propiedad del inmueble se transmite. La jurisprudencia estima en efecto que la garantía de los artículos 1792 y 2270 antiguos del Código Civil acompaña la cosa en tanto que accesorio del derecho de propiedad y así el causahabiente puede poner en juego la responsabilidad contractual de los arquitectos y contratistas. Esta solución jurisprudencial es consagrada por el nuevo artículo 1792 que contempla al dueño o adquirente de la obra.

Hasta 1979, la jurisprudencia consideraba que, por el hecho de la transmisión, el dueño de la obra vendedor perdía todo derecho de garantía, incluso por los vicios revelados con anterioridad a la venta. Teniendo en cuenta la críticas dirigidas a esta solución, el Tribunal de Casación ha aportado la reserva de que el dueño de la obra conserva la facultad de ejercer la acción cuando presenta para él un interés directo y cierto.

En virtud de estas observaciones, el principio de la transmisión de la garantía merece ser aprobado en la medida en que conduce a menudo a soluciones útiles en el plano práctico⁷².

En el mismo sentido Boubli⁷³ y Huet⁷⁴. Boubli⁷⁵ subraya que con la consagración de la transmisión de la acción en garantía, el

⁷² MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 152-153.

⁷³ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 190 y ss.

⁷⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1363-1364.

⁷⁵ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 196.

Tribunal de Casación descarta la vía delictual. Haciendo aplicación de la regla de la no acumulación, decide que el causahabiente sólo puede ostentar el derecho de su causante; sólo puede ejercitar la acción en garantía.

Un criterio semejante aparece en la Ley de Ordenación de la Edificación al establecer el artículo 17.1 que «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división».

Parece claro que legitimado activamente está el comitente, que no ha de ser necesariamente el dueño de la obra, a pesar de que la Ley de Ordenación de la Edificación se refiere a los propietarios de los edificios. El comitente es la persona que encarga al constructor la ejecución de la obra.

También está legitimada la cooperativa de viviendas que actúa como *dominus operis* frente al contratista, el arquitecto y demás técnicos que intervienen en la construcción del edificio.

En la actualidad, la misión de comitente la realizan, en una gran medida, los promotores, que encargan al arquitecto y los técnicos y al constructor la realización de la obra inmobiliaria, suscribiendo con ellos los correspondientes contratos.

El promotor-vendedor está legitimado para reclamar de quienes son responsables de las deficiencias de los pisos y locales vendidos, aunque en el momento de entablar la demanda en cuestión no fuera ya propietario de vivienda alguna. La razón de la legitimación del promotor, a pesar de la enajenación, radica en que el promotor sigue teniendo interés en el cumplimiento correcto, ya que puede ser demandado por los adquirentes (SSTS de 16 de septiembre de 1988, 17 de julio de 1990 y 27 de abril de 1995).

La posible legitimación activa del promotor se manifiesta en el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación al establecer el régimen de la recepción de la obra, declarando que «es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste». El promotor podrá rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales.

En representación de la Comunidad de Propietarios está legitimado el Presidente y el Vicepresidente que actúa en funciones de Presidente, aunque resulten afectados elementos privativos. Además, cualquiera de los copropietarios puede ejercitar las acciones encaminadas a obtener el resarcimiento derivado de defectos constructivos, tanto en las partes comunes como en aquellas privativas de los condóminos.

También están legitimados los adquirentes y subadquirentes de viviendas u otras obras inmobiliarias. Se trata de los terceros adquirentes de los edificios o partes de los mismos, en caso de que sean objeto de división, de que habla el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación. El que adquiere una vivienda podrá dirigirse contra el constructor y los técnicos, además de contra el que se la vendió, al ser el principal interesado (causahabiente a título particular) (SSTS de 5 de mayo de 1961, 25 de octubre de 1975, 1 de abril de 1977, 12 de mayo de 1979, 3 de octubre de 1979, 20 de febrero de 1981, 21 de diciembre de 1981, 30 de abril de 1982, 14 de abril de 1983, 26 de noviembre de 1984, 25 de febrero de 1985, 22 de marzo de 1986, 22 de abril de 1988, 17 de mayo de 1988, 17 de julio de 1990, 3 de octubre de 1995 y 6 de febrero de 1997, entre otras muchas).

No están legitimados los terceros perjudicados que no ostenten la condición de sucesivos adquirentes, para los cuales la tutela apropiada será la aquiliana de los artículos 1902 y 1909 del Código Civil⁷⁶. El artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación se mueve claramente en el ámbito contractual, lo cual es confirmado por su referencia a la recepción de la obra, que presupone la existencia de un vínculo contractual, en línea con lo que se infería del artículo 1591 del Código Civil, debido a que resolvía un problema de cumplimiento de contrato que es ajeno a los posibles terceros perjudicados. El precepto se movía en el ámbito contractual,

⁷⁶ Con exhaustiva información jurisprudencial, ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., pp. 1568-1569; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., pp. 360-361; CABANILLAS, «La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977)», *ADC*, 1978, pp. 667 y ss.; CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria. Responsabilidad del promotor. Legitimación de los subadquirentes de pisos en régimen de propiedad horizontal. Legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979)», *ADC*, 1980, pp. 194 y ss.; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º Civil)», cit., p. 1602; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1990», *CCJC*, 1990, núm. 24, pp. 931 y ss.; CARRASCO, CORDEIRO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 248-249; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 461; FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996, pp. 221 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 193 y ss. y 295 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., pp. 307 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., pp. 1913 y ss.; MARTÍNEZ MÍAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 171 y ss.; O'CALLAGHAN, «Contrato de obra. Responsabilidad por ruina», cit., p. 1694; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 43 y ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., pp. 1193 y ss.

situado, como estaba, en la normativa del Código Civil sobre el contrato de obra, a diferencia del artículo 1909, que regula la responsabilidad extracontractual de los arquitectos y constructores por defectos de construcción. La STS de 4 de marzo de 1998, afirma que tal como ha dicho la sentencia de esta Sala, de 30 de enero de 1997, el artículo 1591 impone un plazo de garantía de la corrección de la obra, con el cual se prevé una responsabilidad de naturaleza contractual, en caso de ruina del edificio⁷⁷. El artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación establece una responsabilidad de naturaleza contractual, al presuponer una relación contractual entre el propietario del edificio y las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación, salvo que se trate de personas que el contratista ocupare en la obra (art. 1596 del Código Civil). El carácter legal de esta responsabilidad no se opone a su naturaleza contractual de acuerdo con el artículo 1258 del Código Civil, que establece que los contratos obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. El hecho de que esta responsabilidad obedezca a razones de orden público e interés social (la seguridad de los edificios) tampoco constituye un argumento convincente en contra de su indudable naturaleza contractual, pues en la normativa que regula los contratos en particular aparecen, con frecuencia, normas imperativas y de orden público. Lo que, en rigor, determina el carácter de orden público de esta responsabilidad es que no caben las cláusulas de exclusión o limitación de la misma. La referencia expresa a la legitimación activa de los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división, confirma, sin ningún género de dudas, la naturaleza contractual de esta responsabilidad, puesto que no tendría sentido dicha referencia si estuviese legitimado activamente cualquier tercero perjudicado. Tampoco podemos olvidar que en el artículo 17.1 no figura una norma análoga a la que aparecía en el párrafo 2.º del artículo 1591 del Código Civil, que al establecer una inequívoca responsabilidad contractual, constituía el principal argumento para sostener que el párrafo 1.º de este precepto disciplinaba una responsabilidad de naturaleza diferente.

La expresión «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales», que figura en el artículo 17.1, no constituye en modo alguno un

⁷⁷ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, pp. 361-362; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º Civil)», *cit.*, p. 1601; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996», *CCJC*, 1997, núm. 43, pp. 159-160.

argumento en contra de la naturaleza contractual de la responsabilidad que contempla este precepto, sino que nuestro legislador quiere indicar que se aplica el régimen general de la responsabilidad contractual cuando los vicios o defectos ocasionen daños no contemplados en las garantías anual de perfecta terminación, trienal o decenal (daños intermedios) y también que durante los plazos de garantía previstos en el artículo 17.1 pueden ejercitarse las acciones típicas del régimen de la responsabilidad contractual, como, por ejemplo, la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil.

Nuestra jurisprudencia ha afirmado reiteradamente la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal que regulaba el artículo 1591 del Código Civil al señalar que la acción para hacerla efectiva prescribe a los quince años de acuerdo con el artículo 1964 del Código Civil: SSTTS de 17 de septiembre de 1996, 21 de marzo de 1996, 3 de mayo de 1996, 15 de mayo de 1995, 7 de febrero de 1995 y 6 de abril de 1994, entre otras muchas.

2. PERSONAS RESPONSABLES

El artículo 1591 del Código Civil mencionaba al contratista del edificio y al arquitecto que dirigiere la construcción, aunque la jurisprudencia y la doctrina han ampliado extraordinariamente la legitimación pasiva cuando se ejercita la acción de responsabilidad decenal, considerándose legitimados pasivamente los diversos técnicos que intervienen en la construcción (el arquitecto, que puede responder como arquitecto-director o como arquitecto-proyectista, el arquitecto técnico o aparejador y el ingeniero), el contratista, el promotor, que se equipara al contratista, y el prefabricante. La responsabilidad del subcontratista y, en general, de los técnicos que haya contratado el contratista no es directa frente al comitente, a tenor del artículo 1596 del Código Civil, aunque nuestra jurisprudencia se apoya en el artículo 1902 de este cuerpo legal para afirmarlo. También hay que afirmar la responsabilidad de los herederos, al no ser la obligación resarcitoria una obligación personalísima y no extinguirse por la muerte del deudor (arts. 659 y 661 del Código Civil)⁷⁸.

⁷⁸ Con amplia información jurisprudencial, ALBÁCAR, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, *cit.*, pp. 1569 y ss.; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, pp. 362-363; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º civil)», *cit.*, p. 1602; CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», *ADC*, 1990, pp. 227 y ss.; CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria.», *cit.*, pp. 194 y ss.; CABANILLAS, «La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981)», *ADC*, 1982, pp. 878 y ss.; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996», *cit.*, pp. 163-165; CARRASCO, CORDERO LOBA-

La Ley de Ordenación de la Edificación, de acuerdo con sus antecedentes, el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación, de 1985, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994, el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999, amplía extraordinariamente el ámbito de las personas responsables, refiriéndose el artículo 17.1 a las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación, es decir, todos los agentes que participan en el mismo.

Esta amplia legitimación pasiva está en consonancia también con el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, ya que el artículo 1600 del Código Civil se refiere al contratista, al que en el ejercicio de una actividad profesional hubiera promovido la obra inmobiliaria, es decir, el promotor, y a los técnicos que hubieran intervenido en la proyección o en la dirección de la obra.

En el Derecho francés, respecto a los sujetos a los que puede exigirse la responsabilidad, el artículo 1792 del Código Civil hace responsable al constructor, reputando, en el artículo 1792-1, como tal a las siguientes personas:

1.º «A todo arquitecto, contratista, técnico u otra persona vinculada al propietario de la obra por un contrato de arrendamiento de obra». En este apartado, la Ley responsabiliza a todos aquellos profesionales que, vinculados al propietario de la obra, han desarrollado una actividad de concepción, dirección o ejecución de la

TO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 249-250; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 400 y ss.; ESCUDERO ESPINOSA, «Criterios jurisprudenciales para la determinación de las competencias y obligaciones de los profesionales de la edificación», *RDP*, 1994, pp. 425 y ss.; FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*, cit., pp. 220-221; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 400 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 208 y ss. y 287 y ss.; MARTÍNEZ AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., pp. 1905 y ss.; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 71 y ss.; MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la ocsa», cit., pp. 657 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., pp. 320 y ss.; O'CALLAGHAN, «Contrato de obra. Responsabilidad por casa», cit., p. 1693; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos de construcción de las obras*, cit., pp. 73 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, cit., p. 198; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., pp. 1194-1195.

obra. Hay que subrayar que los subcontratistas están excluidos de esta responsabilidad.

2.º «A toda persona que vende, después de terminada, una obra, que ella ha construido o hecho construir». En virtud de este apartado (que se completa con lo dispuesto en el artículo 1646-1 respecto al vendedor de inmuebles futuros o por construir), se somete a la responsabilidad a todo constructor-vendedor de pisos o inmuebles terminados o «llave en mano».

3.º «A toda persona que, actuando en calidad de mandatario del propietario de la obra, realiza una misión asimilable al arrendador de obra». El apartado se refiere especialmente a la figura del promotor inmobiliario, contemplado por el artículo 1831-1 del Código Civil francés, conforme al cual, el contrato de promoción inmobiliaria es un mandato de interés común por el cual una persona llamada promotor inmobiliario se obliga frente al propietario de la obra a hacer proceder, por un precio convenido, mediante contratos de arrendamiento de obra, la realización de un programa de construcción de uno o de varios edificios así como a proceder ella misma o a hacer proceder, a cambio de una remuneración convenida, todo o parte de las operaciones jurídicas, administrativas y financieras concurrentes al mismo objeto. El promotor es garante de la ejecución de las obligaciones puestas a cargo de las personas con las que ha contratado en nombre del propietario de la obra. Y es especialmente responsable de las obligaciones resultantes de los artículos 1792, 1792-1, 1792-2 y 1792-3 del presente Código. Si el promotor se obliga a ejecutar el mismo parte de las operaciones del programa, es responsable, en cuanto a estas operaciones, de las obligaciones de un arrendador de obra.

Junto a estas personas responden también:

4.º El controlador técnico. Si bien este técnico, conforme al artículo 9 de la Ley, de 4 de enero de 1978, sólo está sometido a la responsabilidad decenal prevista en los artículos 1792, 1792-1, 1792.2 y 2270 del Código Civil, y por tanto no responde de la garantía bienal o de buen funcionamiento del artículo 1792-3.

5.º El fabricante de la obra, de una parte de la obra o de un elemento de equipamiento concebido y producido para satisfacer, en estado de servicio, exigencias concretas y determinadas de la obra, ya que el artículo 1792-4 del Código Civil le declara responsable solidario de las obligaciones establecidas por los artículos 1792, 1792-2 y 1792-3 a cargo del arrendador de la obra que ha puesto en marcha, sin modificación y conforme a las reglas dictadas por el fabricante, la obra, la parte de la obra o el elemento de equipamiento considerado. El artículo equipara a estos efectos al fabricante, al

importador de una obra, una parte de obra o elemento de equipamiento fabricado en el extranjero, y al que presenta la obra como suya haciendo figurar sobre ella su nombre, su marca de fábrica u otro cualquiera signo distintivo⁷⁹.

El problema interpretativo que suscita la referencia tan ambigua que aparece en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, es perfectamente solucionado, ya que en otros preceptos se establece quienes son los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, precisándose, además, tanto el concepto de cada uno como sus respectivas obligaciones.

Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de edificación (art. 8).

En este sentido, son considerados agentes de la edificación el promotor, definido como cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación, para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título (art. 9), el proyectista, que es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto (art. 10), el constructor, que es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (art. 11), el director de obra, que es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto (art. 12), el director de la ejecución de la obra, que es el agente que formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado (art. 13), las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación, siendo entidades de control de calidad de la edificación aquellas capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto de edificación y la

⁷⁹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 177 y ss.; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 131 y ss.; SAINT-ALLARY y SAINT-ALLARY HOUIN, *Droit de la construction*, cit., p. 162.

normativa aplicable y los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación los capacitados para prestar asistencia técnica, mediante la realización de ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra de edificación (art. 14) y los suministradores de productos, que son los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción (art. 15).

En relación con la legitimación pasiva del promotor, el artículo 17.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación establece que «la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas».

Esta norma se explica por la gran importancia que en el ámbito de la actividad inmobiliaria está adquiriendo el promotor de comunidades, contemplado incidentalmente por la STS de 25 de febrero de 1985, al aludir a la persona física o jurídica, privada o pública, que facilita la edificación de todo tipo de viviendas para sus asociados.

El promotor de comunidades no se propone la venta de pisos y locales construidos o en construcción, sino que se limita a organizar la construcción del inmueble por cuenta de los comuneros⁸⁰.

Como señala Del Arco y Pons⁸¹, el promotor de comunidades es la persona, preferentemente profesional de la gestión inmobiliaria, que facilita a los asociados la edificación de todo tipo de viviendas mediante la constitución al efecto de una comunidad constructora, es decir, de la integrada por más o menos miembros, con la finalidad de adquirir terrenos para su distribución horizontal en pisos y locales.

El promotor de comunidades asume la edificación por cuenta de los comuneros-asociados.

El promotor de comunidades actúa como un mandatario, que se compromete a organizar la construcción del inmueble por encargo de la comunidad. El artículo 1831-1 del Código Civil francés configura el denominado contrato de promoción inmobiliaria como mandato de interés común. La noción de mandato de interés común no cambia la naturaleza jurídica del mandato y afecta solamente a las normas aplicables en caso de revocación⁸².

⁸⁰ Sobre el significado del promotor de comunidades, DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 107; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 68 y ss.

⁸¹ DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 107.

⁸² MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 388 y ss.

La jurisprudencia atribuye la responsabilidad decenal a las sociedades de gestión inmobiliaria que actúan como promotoras.

Las sociedades de gestión inmobiliaria, cuando de hecho son auténticas promotoras según el sentido jurisprudencial, no pueden quedar excluidas de la responsabilidad decenal por el hecho de interponer, mediante un contrato de adhesión, la figura de una comunidad de propietarios, si ello además reviste la finalidad fraudulenta de evitar que se les aplique el artículo 1591 del Código Civil.

Antes de la firma del contrato por cada cliente captado por la sociedad demandada —autodenominada de gestión inmobiliaria— está determinado el solar, proyecto, arquitectos, etcétera, de manera que se pueden calcular ingresos, gastos y beneficios para la propia sociedad, que obliga a firmar el contrato de adhesión—tipo que tiene confeccionado a quienes quieran formar parte de la comunidad; y, aunque después figure en los contratos como representante o mandataria de la misma, es lo cierto que todo lo tenía planeado y ha impuesto su voluntad en todo lo relativo a la edificación y personas físicas o jurídicas en ella intervinientes, lo que la configura como promotora, sin que la interposición de una comunidad civil por ella gestada, con carácter obligatorio para quienes llamados por la propaganda quieren adquirir vivienda sobre plano y en régimen de propiedad horizontal, pueda desligarla de tal círculo de intervinientes en el proceso constructivo sujetos a la responsabilidad regulada en el artículo 1591 del Código Civil, dada la jurisprudencia integradora de promotor-constructor en el citado precepto, a lo que tampoco empece la imposición de un poder omnímodo e irrevocable, pues, en realidad, la obra se realiza en su beneficio, la construcción se encamina al tráfico de venta a los terceros captados, a los que se les impone la constitución de la comunidad civil y el otorgamiento del poder, habiendo confiado en su prestigio comercial, potenciado por la propaganda, eligiendo a los técnicos dicha demandada, aunque más tarde aparezca actuando como representante, pues adoptar otro criterio significaría desamparar a los adquirentes de los pisos frente a la mayor o menor solvencia de los demás intervinientes en la construcción (Cfr. SSTS de 28 de enero y 11 de junio de 1994) (STS de 3 de octubre de 1996).

El artículo 1831-1 del Código Civil francés concibe este tipo de promotor como garante de la buena ejecución de las obligaciones que asumen las personas con las que ha contratado en nombre del dueño de la obra. Es garante en las condiciones de los artículos 1792 y 2270.

En su condición de garante, el promotor está vinculado por una obligación de resultado frente a la comunidad que le ha encargado la construcción del inmueble. Por ello, el promotor sólo puede liberarse estableciendo la irresponsabilidad de los constructores por fuerza mayor o el transcurso del plazo de garantía ⁸³.

La intención del legislador ha sido considerar al promotor como garante principal y no subsidiario.

La equiparación jurisprudencial entre promotores y contratistas, a efectos de la responsabilidad por ruina, no tiene lugar cuando se trata de cooperativas de viviendas ⁸⁴.

La actividad constructora de las cooperativas se destina a satisfacer las necesidades de morada de los cooperativistas; no tienen el ánimo de lucro de vender pisos y locales a terceros; su propósito es reducir el coste inmobiliario a sus asociados. Por ello difícilmente pueden ostentar el carácter de promotor a efectos del artículo 1591 del Código Civil frente a los socios cooperativistas.

Reiterada jurisprudencia se ha planteado la legitimación de la cooperativa de viviendas en los litigios donde se ejercitan acciones de responsabilidad por vicios de construcción.

Se le reconoce legitimación activa frente al contratista, arquitecto y aparejador por su condición de *dominus operis*; pero se le deniega legitimación pasiva y, por tanto, su condición de promotor, a los efectos de hacerle responder conjuntamente con el que ejecuta la obra, de los defectos de su construcción.

En dicho sentido, las SSTS de 20 de febrero de 1989 y 6 de marzo de 1990, niegan respectivamente el carácter de promotor, a efectos del artículo 1591 del Código Civil, frente a los socios cooperativistas, a una cooperativa de viviendas, por entender que no se ha acreditado la intención de dedicar las viviendas y locales construidos al tráfico comercial para obtener un beneficio económico, siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del coste de la construcción, operaciones a todas luces diferentes de la venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma cooperativa.

También las SSTS de 24 de septiembre de 1991, 1 de octubre de 1991 y 8 de mayo de 1995.

⁸³ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 398; CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», cit., p. 236; CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 93-94.

⁸⁴ ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., p. 1572; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1990», *CCJC*, 1990, núm. 24, pp. 936-937; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 248-249.

3. LA RESPONSABILIDAD PRIVATIVA DE LOS AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

Con anterioridad a la Ley de Ordenación de la Edificación, el artículo 1591 del Código Civil establecía un sistema de responsabilidad privativa, al disponer que el contratista de un edificio responde de la ruina por vicios de construcción, mientras que el arquitecto, responde si debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Este sistema de responsabilidad privativa que el artículo 1591 implantaba suponía la constatación legal de la diferenciación entre los distintos profesionales que en la construcción intervienen, así como también entre las distintas funciones que integran el hecho constructivo.

El sistema establecido por el Código Civil era tan claro en su enunciado, como confuso se volvía en el momento de contrastarlo con las situaciones realmente conflictivas que se pretendía resolver en base al mismo.

El enunciado del artículo 1591 respondía a un esquema ideal que actualmente se encuentra desbordado por la estructura real de la operación de construcción. La lectura del precepto sugiere una neta distinción de profesionales, una sencilla delimitación de sus respectivas competencias y, consiguientemente, una coherente imposición distributiva de responsabilidades. Fácilmente se comprenderá la problemática operatividad de un tal sistema si se tiene en cuenta el incesante proceso de división del trabajo y especialización que ha llevado a la sustitución del individuo por el equipo. Esta tendencia, general en el ámbito industrial, se evidencia de modo muy particular en el terreno de la construcción, afectando en su raíz a los profesionales tradicionalmente individuales⁸⁵.

Es evidente que en la actualidad resultaba anacrónico el texto del artículo 1591, que respondía al modo de la construcción de la época de la promulgación del Código Civil.

Como apunta la STS de 30 de septiembre de 1991, la función dinámica negocial de la construcción cada vez ofrece más complejidades, en atención a todas aquellas personas físicas y jurídicas que, en posiciones distintas, cooperan y se convierten en coautores de dicho negocio, que, precisamente, no cuenta con el ordenamiento jurídico debidamente detallado y adaptado a la realidad histórica presente.

⁸⁵ CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., p. 257.

En este sentido, se puede establecer un amplio arco de intervinientes en las actividades de la construcción de inmuebles; desde los propietarios del solar, que constituye el soporte material necesario para levantar la edificación, los dueños de la obra, que pueden coincidir con aquéllos y con la figura del promotor-vendedor...

El referido promotor puede, asimismo, actuar como constructor o contratar la labor edificativa con quien reúne esta condición, que, a su vez, cabe realice las subcontratas parciales para las que esté autorizado.

En todo caso la actividad constructora requiere la necesaria dirección y controles técnicos, lo que supone la aparición de otros intervinientes en el negocio, cuales son los arquitectos-directores de obra... y los arquitectos técnicos o aparejadores, como profesionales encargados de la ordenación y dirección de su ejecución materializada...

Se completa el abanico de intervinientes constructivos y sin que ello suponga su cierre hermético..., a cargo de los fabricantes de los materiales empleados en la edificación y de las aseguradoras que hayan suscrito las diversas modalidades que abarca el campo de los seguros de este particular ramo.

Como subrayan Del Arco y Pons⁸⁶, lo anterior justifica ya de por sí lo difícil que será individualizar la responsabilidad en los eventos de vicios ruinógenos.

Se critica el sistema de división de responsabilidad del Código Civil, por estimarse que es inseguro y peligroso para los propietarios y terceros perjudicados por la ruina del edificio, ya que muchas veces, por no decir siempre, tendrán que mantener interminables y costosos litigios para averiguar la clase de los vicios o defectos que causan la responsabilidad por ruina del edificio sin olvidar asimismo que, tanto el contratista como el arquitecto, tratarán de quedar libres de toda responsabilidad inculpándose mutuamente, al amparo de la falta de precisión de las frases legales: «vicios de construcción», «vicios del suelo o de la dirección».

Por consiguiente, será difícil determinar la línea que permita en cada caso concretar la causa de la ruina.

Para Gómez de la Escalera⁸⁷, aparentemente la simple lectura del artículo 1591, párrafo 1.º nos resuelve el problema de la imputación de la culpa profesional, pues su texto nos dice que los vicios de la construcción se imputan al contratista mientras que los

⁸⁶ DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 397.

⁸⁷ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 131, 116 y 117.

vicios del suelo y de la dirección se atribuyen al arquitecto. Sin embargo, esta aparente sencillez del problema se complica si tenemos presente, por un lado, que el precepto para imputar los vicios del suelo al arquitecto de la obra, habla del «arquitecto que la dirigiere», y por otro, que no menciona como eventuales responsables de la ruina nada más que al contratista y al arquitecto, excluyendo, al menos, *nominatim*, a toda persona o técnico que pueda intervenir en la construcción del edificio.

Dada la división del trabajo presente hoy en el seno de la actividad constructiva, y las específicas funciones y cometidos que desempeñan en ella la pluralidad de personas que intervienen en las actuales obras de edificación, la enumeración legal que contiene el artículo 1591, párrafo 1.º (vicios de la construcción, del suelo y de la dirección), resulta insatisfactoria por diversas razones: 1.ª Porque al omitir toda referencia a los «vicios del proyecto», además de no contemplar todas las causas posibles de la ruina del edificio vinculadas a la actividad constructiva, deja sin resolver el problema de a quién deberán imputarse estos vicios, con lo que, en gran medida, se frustra la *ratio* del precepto que, precisamente, distinguió los diferentes vicios constructivos causantes de la ruina de la obra, con el objeto de separar e individualizar la culpa de cada partícipe en la construcción, haciendo responsable a cada uno de la propia impericia en que haya incurrido en el desempeño de sus respectivas misiones y cometidos en la obra; 2.ª Porque la expresión «vicio del suelo» no individualiza suficientemente la responsabilidad, pues éste puede deberse tanto a la acción de proyectar como a la de dirigir o a la de ejecutar la obra, por lo que su atribución al arquitecto no siempre será adecuada; 3.ª Porque la dicción legal «vicios de la construcción» puede ser equívoca y significar tanto vicios de la obra en sentido amplio, comprensivo de todos los vicios constructivos, como vicios de construcción en sentido estricto y propio, equivalente a vicios de ejecución material; 4.ª Porque la referencia a los «vicios de la dirección» se revela insuficiente en la actualidad para individualizar la culpa del arquitecto director, ante la preceptiva intervención en la fase de dirección técnica de toda obra de arquitectura de, al menos, dos técnicos (un arquitecto superior y un aparejador o arquitecto técnico), con atribuciones, cometidos y funciones propias y diferenciadas. Problemática que se acentúa si se tiene en cuenta que el artículo 1591, párrafo 1.º no menciona al aparejador o arquitecto técnico entre las personas responsables.

La Ley de Ordenación de la Edificación, de acuerdo con el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 (arts. 16 a 18), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 41.2), el Proyecto de Ley de Ordenación

de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 38.2), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 (art. 18.2), y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (art. 17.2), establece de forma inequívoca un sistema de responsabilidad privativa de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, al ser equitativo y lógico no hacer soportar a cada uno más que el peso de su propia falta, como afirmaba en 1910 Gallie⁸⁸. A tal efecto, el artículo 17.2 dispone que «la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder».

La operatividad del sistema de responsabilidad privativa por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos, que tantas dificultades ha planteado en nuestro Derecho, es extraordinariamente facilitada por la Ley de Ordenación de la Edificación, ya que uno de sus objetivos básicos, como se advierte en su Exposición de Motivos, es enumerar las obligaciones que corresponden a cada uno de los distintos agentes que participan a lo largo del proceso de la edificación, de las que se derivan sus responsabilidades, configurándose el promotor como una persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso y a la que se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir. Dentro de las actividades del constructor se hace mención especial a la figura del jefe de obra, así como a la obligación de formalizar las subcontrataciones que, en su caso, se establezcan. Además la Ley delimita el ámbito de actuaciones que corresponden a los profesionales, el proyectista, el director de obra y el director de ejecución de la obra, estableciendo claramente el ámbito específico de su intervención, en función de su titulación habilitante.

El sistema de responsabilidad privativa configurado por el artículo 17.2 sería escasamente operativo si la Ley de Ordenación de la Edificación no hubiese delimitado el ámbito específico de intervención de cada uno de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, perfilando su concepto y sobre todo las obligaciones que recaen sobre el promotor, el proyectista, el constructor, el director de la obra, el director de ejecución de la obra, las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación y los suministradores de productos. El capítulo III de la Ley (arts. 8 a 16) se destina a este fin esencial, que condiciona el eficaz funcio-

⁸⁸ GALLIE, *La responsabilité des entrepreneurs à l'égard des propriétaires d'immeubles* (thèse), Paris, 1910, p. 88.

namiento del citado sistema de responsabilidad privativa. Evidentemente, sin una adecuada determinación legal de los cometidos y obligaciones de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación difícilmente se puede saber en que medida cada uno de ellos es responsable, de forma personal e individualizada, de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos.

4. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS U OMISIONES DE PERSONAS POR LAS QUE SE DEBA RESPONDER

Según la Ley de Ordenación de la Edificación, el agente que interviene en el proceso de la edificación no sólo responde por los actos u omisiones propios, sino también por los actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder. Así lo establece el artículo 17.2.

Parece evidente la conexión que existe entre el artículo 17.2, que sigue en este punto al Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 (art. 21), al Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 41.2), al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 38.2), al Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 (art. 18.2), al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (art. 17.2), y los artículos 1596 del Código Civil español y 1797 del Código Civil francés. También se advierte una clara relación con el Proyecto por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994 (art. 1589).

El artículo 1596 del Código Civil dispone que el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra.

Como hemos tenido ocasión de destacar⁸⁹, una interpretación teleológica de este precepto, de conformidad con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado (art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil), determina que dentro del término contratista quepa incluir a la gran empresa constructora, al promotor inmo-

⁸⁹ CABANILLAS, «Las responsabilidades subsidiarias en la construcción. Las Empresas de Servicios y los Laboratorios de Control de Calidad», en *La responsabilidad en la construcción*, Zaragoza, 1987, pp. 139 y ss.; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º Civil)», *cit.*, p. 1602. También JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, pp. 328 y ss.

liario, lo cual ha sido reiteradamente afirmado por nuestra jurisprudencia⁹⁰, y no hay dificultad para entender incluidos a cualquier técnico contratado por el contratista, e incluso el subcontratista, dado la *ratio* y los términos en que se expresa el citado precepto, ya que todos ellos son personas que el contratista ocupa en la obra. Con independencia de su cualificación y autonomía a la hora de llevar a cabo su actividad profesional, todos ellos merecen el calificativo jurídico de auxiliares del contratista que los ha contratado, que cumple sus obligaciones con el auxilio o la colaboración de los mismos. Hay que tener en cuenta que dentro de la categoría de auxiliares, en sentido amplio, se incluyen tanto los auxiliares en sentido estricto o «dependientes», cuanto los «sustitutos», que se definen por la nota de la autonomía e independencia en relación al deudor con el que actúan en el actividad de cumplimiento⁹¹. Dentro de las personas que ocupó en la obra el contratista, de quienes responde (art. 1596 del Código Civil), se entienden incluidos los trabajadores dependientes del contratista y también todos los no dependientes por él contratados (STS de 30 de diciembre de 1993), como normalmente sucederá con los subcontratistas de obra, según entiende la doctrina dominante en nuestro Derecho⁹².

Atendiendo a los supuestos de mayor importancia práctica, hay que concluir que, de acuerdo con el artículo 1596 del Código Civil, el contratista responde frente al comitente de toda la obra contratada, sin perjuicio de que, a su vez, pueda accionar aquél en vía de regreso contra el subcontratista si los vicios fueron provocados por él.

⁹⁰ CABANILLAS, «La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos.», *cit.*, pp. 878 y ss.; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1996», *CCJC*, 1997, núm. 43, pp. 163-165; CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», *cit.*, pp. 227 y ss.; CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria.», *cit.*, pp. 194 y ss.; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, pp. 365 y ss.; FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa.*, *cit.*, pp. 220-221; MORALES, «El dolo como criterio de imputación de la responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *cit.*, pp. 677 y ss.

⁹¹ ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, *cit.*, pp. 1664-1665; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º Civil)», *cit.*, p. 1602; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, *cit.*, p. 503; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, *cit.*, pp. 660 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, *cit.*, pp. 220-221; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, *cit.*, pp. 440-441; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, *cit.*, pp. 328 y ss.; TORRALBA SORIANO, «La responsabilidad de los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *ADC*, 1971, pp. 1159-1160; TORRALBA, «Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1591 del Código Civil», *cit.*, pp. 607 y ss.

⁹² CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, *cit.*, p. 240.

De la tesis defendida se deduce la importante consecuencia jurídica de que la conducta negligente del subcontratista no es susceptible de exonerar de responsabilidad al contratista frente al comitente. El contratista no puede sustraerse a la responsabilidad que le incumbe, argumentando que fue el subcontratista quien realizó la parte del edificio afectada de vicios o defectos de construcción.

Un gran interés tiene el supuesto en que el arquitecto o el técnico interviene en la obra, no contratado por el comitente, sino por el contratista.

La solución propuesta determina que el contratista no pueda oponerse legítimamente a la reclamación contra él dirigida por el comitente, alegando que él único responsable es el arquitecto o el técnico a quien él mismo ha contratado. Esto implicaría eludir la aplicación del artículo 1596 del Código Civil. Naturalmente, el arquitecto o el técnico no va a quedar exonerado de responsabilidad si la obra presenta vicios que se deban a su conducta negligente. El contratista siempre podrá, en vía de regreso, repetir contra él lo que hubiese tenido que satisfacer al comitente.

Como hemos puntualizado anteriormente, la responsabilidad del subcontratista y, en general, de los técnicos que haya contratado el contratista, no es directa frente al comitente, a tenor del artículo 1596. Sin embargo, las SSTS de 23 de noviembre de 1985 y 14 de noviembre de 1988, se apoyan en el artículo 1902 del Código Civil para afirmarlo, aun reconociendo que el subcontratista no tiene relación directa con los adquirentes de los pisos (demandantes). En este sentido, Jordano Fraga⁹³ precisa que la responsabilidad contractual indirecta (frente al comitente) del contratista principal por su subcontratista deja, naturalmente, en pie la responsabilidad personal de éste, que le será exigida, bien extracontractualmente por el comitente, bien contractualmente en vía de regreso, por el deudor-contratista y contraparte contractual (subcomitente) suya en el subcontrato de obra.

Una solución análoga se acoge en el Derecho francés. La garantía prevista en el artículo 1792 del Código Civil sólo incumbe a las personas vinculadas al dueño de la obra por un contrato de arrendamiento de obra. Escapan así a la garantía el subcontratista y el técnico al que el contratista ha hecho intervenir estipulando con él los honorarios. Esta exclusión habría podido ser puesta en cuestión por la jurisprudencia si, a semejanza de la 1.^a Cámara civil, la 3.^a Cámara civil del Tribunal de Casación hubiese establecido la responsabilidad contractual del subcontratista frente al dueño de la obra; pero

⁹³ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., p. 334.

el Tribunal de Casación, decidiendo en Asamblea plenaria, ha rechazado la extensión de la responsabilidad contractual al subcontratista por sentencia de 12 de julio de 1991⁹⁴.

La no aplicación del artículo 1792 al subcontratista no impide evidentemente que su responsabilidad pueda hacerse efectiva por el dueño de la obra; pero sólo podrá serlo sobre el fundamento de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil, lo cual supone la prueba de la culpa. Esta regla probatoria es suficientemente disuasoria para incitar al dueño de la obra para dirigir su acción contra el contratista principal o contra el arquitecto y beneficiarse así de la presunción de responsabilidad. Tal es la situación desde la sentencia de la Asamblea plenaria del Tribunal de Casación, de 12 de julio de 1991⁹⁵.

En el mismo sentido Boubli⁹⁶.

Huet⁹⁷ señala que cuando el dueño de la obra trata con un subcontratista, se admite que la responsabilidad del mismo puede ser buscada en el terreno delictual. La solución, tradicionalmente admitida por la 3.ª Cámara civil del Tribunal de Casación (Civ. 3.ª, 5 de diciembre de 1972), ha sido reafirmada solemnemente por la sentencia de la Asamblea plenaria, de 12 de julio de 1991.

No obstante, Huet⁹⁸ puntualiza que sin duda puede considerarse arbitrario no hacer jugar para los subcontratistas, empleados en la construcción de un inmueble por el contratista principal, las normas de responsabilidad que los artículos 1792 y siguientes imponen a los constructores, ya que implica un ilogismo.

Para Huet⁹⁹ los subcontratistas son deliberadamente puestos aparte, sin duda por su dependencia económica respecto al contratista principal que los emplea, aunque la jurisprudencia los trata, sin embargo, duramente, puesto que les impone una obligación de resultado por la calidad de su trabajo, cuya violación es susceptible de ser buscada transcurridos diez años después de la realización del mismo.

A nuestro juicio, la interpretación propuesta en torno al artículo 1596 del Código Civil es perfectamente aplicable al supuesto previsto en el artículo 17.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

En claro desarrollo del artículo 17.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, el artículo 17.5 dispone que «los proyectistas

⁹⁴ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 132, 141 y 147.

⁹⁵ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 141 y 147.

⁹⁶ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurus*, cit., pp. 179 y 163.

⁹⁷ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1361 y 1362.

⁹⁸ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1343.

⁹⁹ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1355.

que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores».

El artículo 17.6 de la Ley de Ordenación de la Edificación establece que «el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan.

Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar».

El artículo 17.7 de la Ley de Ordenación de la Edificación afirma que «quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista».

5. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

La Ley de Ordenación de la Edificación, de acuerdo con sus antecedentes, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 41.3), el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 38.3), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 (art. 18.3), y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (art. 17.3), y con el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994 (art. 1600), establece en el artículo 17.3 que «cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin

que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente».

En cambio, el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985, no alude en ningún sentido a la responsabilidad solidaria, y en el Derecho francés, con excepción del fabricante, respecto al cual el artículo 1792-4 del Código Civil precisa que responde solidariamente con el arrendador de la obra, nada se dice sobre la manera en que están obligados los otros. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia francesas¹⁰⁰ consideran que tratándose de una misma presunción de responsabilidad que recae sobre todos los constructores, ha de pensarse que responden *in solidum* cuando son coautores de un daño único, sin perjuicio de que cada uno de ellos demuestre una causa ajena.

Los Tribunales franceses son proclives a declarar que cada uno de los condenados queda sujeto a la obligación de reparar íntegramente el daño sufrido por el propietario de la obra, sobre la base de una responsabilidad *in solidum* que se justifica por la existencia de una culpa común de los intervinientes en la obra.

En relación con la garantía decenal, Huet¹⁰¹ afirma que una solidaridad liga a todos los constructores intervinientes (art. 1792-1 del Código Civil), participantes en el acto de construcción: ciertamente la ley no lo precisa, pero se acuerda admitirlo, pues esto se deduce de la idea de que ellos colaboran a la realización de la obra.

Siendo los constructores solidariamente responsables de los daños que sufre la obra, Huet¹⁰² señala que es imposible que uno de ellos pretenda exonerarse invocando la culpa del otro.

La ley no se pronuncia sobre los recursos entre los constructores, por lo que ha de aplicarse la normativa del derecho común sobre la materia.

La solución acogida por la Ley de Ordenación de la Edificación se acomoda a una reiterada doctrina jurisprudencia en torno al artículo 1591 del Código Civil.

Como hemos subrayado¹⁰³, la complejidad del entramado de los cometidos de quienes participan en el proceso edificatorio y, sobre todo, su interrelación, motiva que sea muy problemático en la prác-

¹⁰⁰ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 131; HUET, «L'obligation in solidum et la solidarité dans la responsabilité des constructeurs», *Rev. dr. inmb.* 1983.11; BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 292 y ss.; HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1345, 1354, 1355 y 1358; LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., pp. 327 y ss.

¹⁰¹ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1354-1355.

¹⁰² HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1358.

¹⁰³ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., pp. 363-364.

tica individualizar con el necesario rigor las distintas responsabilidades cuando tiene lugar la ruina.

Si tenemos en cuenta el cuadro de atribuciones del arquitecto (director y proyectista), del arquitecto técnico o aparejador, del ingeniero y, en general, de los técnicos que participan en las obras inmobiliarias, así como del contratista, del promotor y de sus auxiliares, observaremos que todos ellos están conjuntamente vinculados por el deber de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra y, en particular, por ejecutar sus prestaciones de acuerdo con la *lex artis* de la edificación. Esto evidencia por sí solo que existe un fondo de responsabilidad común a los diversos profesionales que dificulta extraordinariamente cualquier intento de formalizar *a priori* una plena compartimentación que resultase jurídicamente eficaz¹⁰⁴. Piénsese, por ejemplo, que muy difícilmente podría alguno de ellos excusar su responsabilidad invocando simplemente obediencia debida a instrucciones de otro, manifiestamente erróneas o inadecuadas.

Estas consideraciones explican la constante doctrina jurisprudencial que afirma la responsabilidad solidaria del contratista, del promotor, del arquitecto y de los técnicos, cuando no puede precisarse la participación de cada uno de ellos en la ruina (SSTS de 20 de noviembre de 1998, 19 de octubre de 1998, 2 de junio de 1998, 4 de marzo de 1998, 22 de noviembre de 1997, 20 de noviembre de 1997, 5 de julio de 1997, 22 de marzo de 1997, 24 de septiembre de 1996, 21 de marzo de 1996, 17 de octubre de 1995, 13 de junio de 1995, 17 de marzo de 1995, 3 de abril de 1995, 20 de junio de 1995, 12 de diciembre de 1994, 2 de diciembre de 1994, 13 de octubre de 1994, 28 de junio de 1994, 2 de febrero de 1994, 13 de mayo de 1994, 29 de noviembre de 1993 y 9 de diciembre de 1993, entre otras muchas)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ XIMENEX DE SANDOVAL, «La responsabilidad del técnico», en *La responsabilidad en la construcción*, Zaragoza, 1987, p. 113.

¹⁰⁵ Sobre esta doctrina jurisprudencial ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., pp. 1573-1575; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., pp. 363-364; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995», *CCJC*, 1995, núm. 39, pp. 930-933; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º Civil)», cit., p. 1602; CADARSO, «En tomo a la condena *in solidum* de los responsables ex artículo 1591 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, 1996, pp. 4853 y ss.; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 251; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 447 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2.º, cit., pp. 349 y ss.; MARTÍNEZ AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., pp. 1910 y ss.; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 39 y ss.; O'CALLAGHAN, «Contrato de obra. Responsabilidad por ruina», cit., p. 1694; RAYÓN BALLESTE-

Conviene remarcar, a fin de desvanecer posibles equívocos, que nuestro Tribunal Supremo se inclina prioritariamente por la responsabilidad parciaria (mancomunidad) y sólo cuando no es posible determinar la proporción en que la ruina es imputable a cada uno de los profesionales que han intervenido en la construcción, se acoge el criterio de la responsabilidad solidaria. En bastantes sentencias se declara la responsabilidad de alguno o algunos de los que han intervenido en la construcción y se exonera a los restantes (SSTS de 21 de diciembre de 1981, 5 de diciembre de 1981, 30 de abril de 1982, 22 de noviembre de 1982, 5 de junio de 1983, 5 de octubre de 1983, 7 de junio de 1984, 8 de junio de 1984, 16 de junio de 1984, 16 de octubre de 1984, 14 de diciembre de 1984, 10 de marzo de 1985, 7 de junio de 1985, 23 de noviembre de 1985, 1 de marzo de 1986, 22 de marzo de 1986, 5 de diciembre de 1986, 10 de diciembre de 1986, 12 de junio de 1987, 29 de junio de 1987, 27 de octubre de 1987, 30 de abril de 1988, 9 de diciembre de 1993, 29 de noviembre de 1993, 10 de noviembre de 1994, 2 de diciembre de 1994, 27 de abril de 1995, 2 de febrero de 1996 y 3 de octubre de 1996, entre otras).

Operando la solidaridad, no es precisa la llamada al proceso de todos los intervinientes en la obra, lo cual permite al perjudicado dirigir su acción contra cualesquiera responsables, entre los cuales no se da situación litisconsorcial (SSTS de 6 de junio de 1986, 16 de junio de 1986, 30 de octubre de 1986, 14 de junio de 1988, 10 de octubre de 1988, 13 de octubre de 1994, 17 de octubre de 1995, 20 de junio de 1995, 21 de marzo de 1996, 24 de septiembre de 1996, 5 de julio de 1997, 4 de marzo de 1998, 5 de noviembre de 1998, entre otras).

La doctrina del Tribunal Supremo se fundamenta, sobre todo, en aras de la seguridad jurídica y de la satisfacción de los derechos de los perjudicados, apuntándose la idea de garantía y aseguramiento de la reparación (STS de 1 de diciembre de 1984). Se justifica por la salvaguardia del interés social (SSTS de 5 de octubre de 1990 y 19 de junio de 1989).

La tendencia a una mayor severidad en la apreciación de la responsabilidad de los profesionales de la construcción, y paralelamente la disposición de favor hacia la víctima, son factores que contribuyen en forma considerable a legitimar la posición que, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se muestra propicia hacia

ROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 145 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, cit., pp. 252 y ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., pp. 1195-1196.

la solidaridad, cuando concurriendo varios responsables, no es posible discriminar la participación de cada uno de ellos en la causación del daño ¹⁰⁶.

Que cada uno responde de los daños causados por los vicios producidos en la propia esfera de sus competencias, no hay duda. Las dudas se dan en precisar el grado de influencia que en la ruina ha tenido el correspondiente vicio.

Mantener incólume en tal caso el principio de la responsabilidad mancomunada y exigir la prueba incluso cuantitativa del daño atribuible a cada uno de ellos podría constituir en muchos casos una *probatio diabólica* y una válvula de escape a la responsabilidad por quienes de un modo u otro han hecho dejación de todo o parte de los deberes que según la *lex artis* de la construcción les corresponde cumplir ¹⁰⁷.

Esta doctrina responde a un fin atendible, cual es el de suministrar un deudor a todo demandante de ruina. Pero la justa composición de intereses y el principio de economía procesal exigirían que el condenado (responsable en todo caso *ad extra*) pudiera citar y emplazar a los codeudores solidarios (art. ex art. 1084 del Código Civil) en el proceso por ruina para proceder a distribuir la responsabilidad *ad intra* ¹⁰⁸.

Del Arco y Pons ¹⁰⁹ afirman que, con un criterio progresista y encomiable, y en aras de la seguridad jurídica y de la satisfacción de los derechos de los perjudicados (cfr. STS de 14 de julio de 1988) la doctrina jurisprudencial viene reiteradamente declarando que, en aquellos casos en que resulte imposible o de difícil discriminación separar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en el proceso constructivo, se impone exigir su responsabilidad solidaria.

Se invoca como fundamento de esta solidaridad pasiva el interés social (cfr. SSTS de 5 de octubre de 1990 y 16 de junio de 1991) al estar involucrados usualmente los adquirentes de los espacios divididos que integran la obra de edificación; la finalidad pragmática de no dejar inermes los intereses en pugna, que generalmente corresponden a la parte más débil de la cadena contractual como es el adquirente del piso o local (cfr. SSTS de 12 de diciembre de 1985 y 21 y 16 de junio de 1991).

¹⁰⁶ CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., p. 306.

¹⁰⁷ LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2.º, cit., p. 350.

¹⁰⁸ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 251-252.

¹⁰⁹ DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 448-449.

Como declara la STS de 2 de junio de 1998, la condena solidaria es el medio de dar tutela judicial efectiva, según constante criterio de la Sala absolutamente conocido.

La aplicación del régimen de la solidaridad no impide, como subraya la STS de 6 de octubre de 1992, que en posterior litigio los condenados puedan concretar y depurar sus responsabilidades entre sí, tanto cualitativa como cuantitativamente, incluso su exención, ya que entre ellos ni se dio precedentemente situación de litisconsorcio pasivo necesario ni después de la sentencia efectiva cosa juzgada para ellos en sus relaciones como intervinientes en la construcción en la que tuvieron o no constatada participación.

Según la STS de 21 de marzo de 1996, no procede el litisconsorcio pasivo necesario, aun cuando los obligados a responder lo sean de manera solidaria, sin perjuicio de la relación interna de los deudores solidarios para reclamarse el prepago de la parte de deuda que pudiera corresponderles, si acreditan que no tuvieron responsabilidad alguna en el defecto constructivo.

Para la STS de 13 de octubre de 1994, esta responsabilidad solidaria faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles.

La STS de 20 de noviembre de 1998, señala que tras la resolución que proceda, la parte condenada puede iniciar, si lo estima conveniente, un nuevo pleito donde puede repetir lo satisfecho por la condena solidaria.

El artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que «en todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción».

Se quiere indicar que el promotor responde siempre solidariamente con los demás agentes intervinientes frente a los adquirentes por los daños materiales en el edificio producidos por vicios o defectos de construcción.

Hay que tener en cuenta que el promotor decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación (art. 9), encargándose de la recepción de la obra, es decir, de la aceptación de los trabajos ejecutados (art. 6). El proyecto es realizado por encargo del promotor (art. 10) y el constructor asume frente al promotor el compromiso de ejecutar las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (art. 11).

Como establece la jurisprudencia para justificar la responsabilidad del promotor, de acuerdo con el artículo 1591 del Código Civil, éste es quien ha elegido y contratado al contratista y a los técnicos,

como ponen de relieve las SSTS de 28 de enero de 1994 y 20 de noviembre de 1998.

El promotor es, pues, quien ha elegido al contratista y los técnicos, es él quien se vale de los mismos en su actividad empresarial, que se ve beneficiada con esta aportación personal.

Como se infiere de las SSTS de 20 de junio de 1985, 29 de junio de 1987, 1 de octubre de 1991 y 21 de marzo de 1996, el promotor determina cómo ha de llevarse a cabo la construcción del inmueble, y es el garante de la buena construcción del mismo frente a los adquirentes.

Como observan Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco¹¹⁰, correctamente, el Tribunal Supremo argumenta que el promotor es garante de la construcción correcta (SSTS de 1 de octubre de 1991 y 21 de marzo de 1996).

Sin decirlo expresamente, estas sentencias parten de la base de que el promotor es el auténtico productor o fabricante del edificio, en el sentido apuntado por Morales¹¹¹ de que no es un vendedor cualquiera del piso o local, sino que se trata de un vendedor que, precisamente, lo ha fabricado.

Esta circunstancia es la que puede explicar satisfactoriamente que las sentencias citadas destaquen que los compradores contemplan la garantía que les depara el promotor. Se viene a decir, en definitiva, que el mismo es garante de la buena construcción del inmueble frente a los adquirentes del mismo.

La afirmación de que el promotor es garante de la buena construcción del inmueble, implica que recae sobre el promotor una obligación de garantía, debiendo responder de cualquier tipo de vicio o defecto que presente el inmueble vendido.

En la mesa redonda que tuvo lugar en Zaragoza sobre el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación (9 de noviembre de 1985), Muñoz Jiménez¹¹² consideró que el promotor debe estar en primera línea de responsabilidad frente al usuario y, en definitiva, frente a quien va a disfrutar de la vivienda. El promotor es quien crea el producto, el verdadero padre de la obra, el verdadero factor en cuanto a la calidad. En cuanto a la utilidad de los servicios que va a producir esa obra. Por ello es él quien debe responder primero, sin perjuicio de que luego, por acción de repetición y sin molestar

¹¹⁰ CARRASCO, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 249-250.

¹¹¹ MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», cit., pp. 681 y ss.

¹¹² MUÑOZ JIMÉNEZ, *Las responsabilidades en la construcción*, Zaragoza, 1988, pp. 177-178.

ni tener que gravar la posición del perjudicado, dilucide esa responsabilidad.

La responsabilidad principal del promotor se justifica por ser el agente que decide, programa y financia las obras de edificación, adquiriendo una cierta responsabilidad global del proceso edificatorio.

En su condición de garante, hay que entender que el promotor asume una auténtica obligación de resultado, como han entendido la doctrina y la jurisprudencia francesas¹¹³, consistente en la entrega de inmuebles de acuerdo con el contenido de los contratos celebrados, construidos según la *lex artis* y exentos, por consiguiente, de vicios o defectos de construcción¹¹⁴.

Malinvaud y Jestaz¹¹⁵ ponen de relieve cómo el Tribunal de Casación francés ha instaurado un sistema de protección que reposa sobre la figura del promotor, que es considerado como el que ostenta la iniciativa y el cuidado principal de la operación. Se trata de una expresión que todas las sentencias, que son numerosas, reproducen sin la menor variación.

Así definido, el promotor asume, según una expresión también constante, una obligación de resultado, que designa una garantía legal y *cuasi* objetiva en el sentido de que el promotor no puede invocar prácticamente ninguna causa de exoneración: así poco importa que el promotor, tratándose de vicios de la construcción, no se haya inmiscuido en ningún sentido en la parte técnica. Esta garantía tiene carácter de orden público.

En la práctica, la obligación de resultado sirve para fundamentar una responsabilidad por defectos o faltas de conformidad.

La definición jurisprudencial del promotor presta eminentes servicios. La misma puede conocer una *nouvelle jeunesse* desde que se desarrolla la tendencia de considerar al que accede a la propiedad como un consumidor. En efecto, la noción de consumidor tiene consistencia por su oposición a la de profesional. Y en una perspectiva económica la pareja consumidor-promotor podría trascender los binomios clásicos tales como vendedor-comprador o constructor-dueño de la obra.

¹¹³ DENOYELLE, *Le promoteur des constructions immobilières*, París, 1965, p. 242; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 199; LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., p. 339.

¹¹⁴ CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 90 y ss.; CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», cit., pp. 227 y ss.; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996», *CCJC*, 1997, núm. 43, pp. 164-165; LOBATO GÓMEZ, «Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción», en *Jurisprudencia práctica (Tecnos)*, Madrid, 1994, núm. 66, p. 21.

¹¹⁵ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 40-42.

Sin duda estas consideraciones han sido tenidas en cuenta en la Ley de Ordenación de la Edificación, y explican la norma de que en todo caso el promotor responde solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción.

Con toda lógica, el artículo 17.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que «cuando el proyecto ha sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responderán solidariamente».

En este caso el proyecto, definido en el artículo 4 de la Ley de Ordenación de la Edificación, ha sido elaborado de manera conjunta, por lo que es una obra intelectual común, siendo problemático que la responsabilidad se pueda individualizar en tal caso, como exige el artículo 17.2 para que no opere el régimen de la responsabilidad solidaria.

A tenor del artículo 17.7 de la Ley de Ordenación de la Edificación, «cuando la dirección de la obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda».

Son reproducibles las consideraciones anteriormente expuestas a propósito del proyecto contratado conjuntamente con más de un proyectista.

La Disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación establece que «quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo de que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso. La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos».

El origen de esta Disposición adicional se encuentra en la enmienda núm. 79 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió*¹¹⁶, actuando como portavoz Joaquim Ferrer i Roca, que fue admitida por el Grupo Parlamentario Popular. La justificación de la enmienda se encuentra en incorporar al

¹¹⁶ BOCG. Senado, serie II, núm.148-d, de 21 de septiembre de 1999.

régimen de responsabilidad de los diferentes agentes que intervienen en el proceso de edificación la «llamada en garantía», prevista en el artículo 1482 del Código Civil para el saneamiento por evicción en los contratos de compraventa. De este modo, al establecer la posibilidad de provocar la intervención en el juicio como codeemandados a otros agentes intervinientes en el proceso, facilitará el hecho de que la sentencia pueda individualizar la causa de los daños o precisar, en caso de concurrencia de culpas, el grado de intervención de cada agente en el daño producido.

VI. LOS PLAZOS DE GARANTÍA Y PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

La responsabilidad que preveía el artículo 1591 del Código Civil alcanzaba a la ruina que tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción. Reiteradamente, el Tribunal Supremo ha estimado que se trata de un plazo de garantía, y no de caducidad o de prescripción para ejercitar la acción: el vicio determinante de ruina debe manifestarse en el plazo de diez años y, una vez manifestado, la acción está sujeta al plazo general de prescripción de las acciones personales de quince años del artículo 1964 del Código Civil (SSTS de 17 de septiembre de 1996, 3 de mayo de 1996, 21 de marzo de 1996, 15 de mayo de 1995, 7 de febrero de 1995, 3 de diciembre de 1994 y 6 de abril de 1994, entre otras muchas)¹¹⁷.

Como subraya la STS de 7 de febrero de 1995, a tenor de repetida doctrina de la Sala, el plazo que establece el párrafo primero del artículo 1591 del Código Civil no es de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege*, conocida como «decenal», que dicho precepto establece, ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruínogeno forzosamente dentro del plazo de diez años a contar desde la terminación de la obra, de modo que si transcurre sin haber ocurrido el evento, la acción ya no podrá nacer por haber precluido el expresado plazo de garantía, pero una vez nacida la acción, el plazo de prescripción es el general de quince años que para las acciones personales que no tengan señalado un término especial establece el artículo 1964 del Código Civil.

¹¹⁷ CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996». *CCJC*, 1997, núm. 43, pp. 153 y ss.

La STS de 3 de diciembre de 1994, afirma que la Sala *a quo* parte como hecho probado que los defectos denunciados lo fueron después de transcurrido el período decenal. Siendo así, es evidente que la acción se ejerció fuera del plazo legal al haber transcurrido el plazo de garantía sin poner de relieve los defectos que la demanda acusa de una forma incompleta e imprecisa. Esta Sala, en numerosas sentencias, ha exigido que el vicio se exteriorice dentro del plazo de diez años y no, como ocurrió en el caso debatido, después de transcurrido. Con ello ha de estimarse que la acción no nació a favor de la recurrente contra los demandados, ni pudo por consiguiente comenzar a correr el plazo de los quince años que establece para la prescripción de las acciones personales el artículo 1964 del Código Civil.

En esta misma línea, para que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, los agentes que intervienen en el proceso de la edificación respondan de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos, los daños han de producirse dentro de un determinado plazo, cuya duración varía según la gravedad de los mismos: un años, tres años y diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra.

Se trata de plazos de garantía, dentro de los cuales ha de producirse el evento determinante de la responsabilidad. Al ser sólo plazos de garantía, no pueden confundirse con el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias, y en este sentido es muy claro el artículo 18.1 que después de establecer el artículo 17.1 los tres plazos de garantía, anual, trienal y decenal, dispone que «las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años, a contar desde que se produzcan dichos daños».

Sentado lo anterior, los tres plazos del artículo 17.1 aparecen configurados como estrictos plazos de garantía. Representan, en este sentido, la más esencial peculiaridad de la responsabilidad aquí estudiada. Constituyen un tiempo de prueba de la buena ejecución de los trabajos de construcción. Al no ser plazos de prescripción, no son susceptibles de suspensión ni de interrupción.

Transcurrido el plazo de un año, de perfecta terminación, sin que se hayan producido daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, no se aplicará el régimen de responsabilidad objetiva por tales daños que prevé el artículo 17.

Transcurrido el plazo de tres años, sin que se hayan producido daños materiales en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el

incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c) del artículo 3, no se aplicará el régimen de responsabilidad objetiva de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación por tales daños que prevé el artículo 17.

Transcurrido el plazo de diez años, sin que se hayan producido daños materiales por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, no se aplicará el régimen de responsabilidad objetiva de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación por tales daños que prevé el artículo 17.

Lógicamente, tampoco operará el sistema de garantías que, en relación con los daños previstos por el artículo 17, establece el artículo 19, es decir, los seguros obligatorios de daños materiales o seguros de caución.

Los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal que prevé el artículo 17.1 se cuentan desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas.

Se sigue en este sentido del criterio que había que adoptar en torno al artículo 1591 del Código Civil para computar el plazo de garantía decenal, pues la obra inmobiliaria sólo puede considerarse concluida, en sentido jurídico, que es al que se refiere el citado precepto, cuando es aprobada y recibida definitivamente por el comitente (STS de 15 de octubre de 1990)¹¹⁸.

De manera expresa se refieren a la recepción de la obra los antecedentes de la Ley de Ordenación de la Edificación: el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 (art. 14.3), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 51), el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 12.4), el Anteproyec-

¹¹⁸ ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., p. 1567; CABANILLAS, «La recepción de la obra», *ADC*, 1978, pp. 307-308; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º Civil)», cit., p. 1601; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., p. 352; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996», *CCJC*, 1997, núm. 43, p. 157; CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., pp. 348-349; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 253; FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., p. 205; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I-I, Granada, 1994, pp. 178 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., p. 297; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, Madrid, 1998, pp. 129 y ss.; MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, cit., pp. 520-521 (con referencia a la praxis aseguradora); MARTÍNEZ AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., p. 1917; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 243 y ss., esp. p. 252; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1196; FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 79.

to de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 (art. 19), y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (art. 17.1).

También se refiere a la recepción de la obra para computar el plazo de garantía decenal por ruina el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994 (art. 1600).

En el Derecho francés, la garantía de perfecta terminación, la garantía bienal y la garantía decenal se computan desde la recepción de la obra (arts. 1792-6, 1792-3 y 2270 del Código Civil).

Incluso en caso de reservas, el punto de partida del plazo es inmutablemente fijado en el día de la recepción, y no en el de la realización de las reservas. La solución contraria que se defendía con anterioridad a la Ley, de 4 de enero de 1978, presentaba el inconveniente de introducir una dualidad de plazos y además una incertidumbre en cuanto al punto de partida del segundo plazo, pues sucedía a menudo en la práctica que no se procediera formalmente a la realización de las reservas. Esta solución es condenada tanto por la letra del artículo 1792-6 del Código Civil, que se refiere a una recepción con o sin reservas, como por el rechazo de una propuesta encaminada a restablecerla ¹¹⁹.

Boubli ¹²⁰ señala que en el sistema anterior a la Ley, de 4 de enero de 1978, se admite que las garantías legales —decenal y bienal— sólo corrían a partir del día en que se habían hecho las reservas. En adelante, esta solución es condenada. La Ley toma como punto de partida de las garantías la recepción con o sin reservas (arts. 1792-6 y 2270 del Código Civil).

Para Boubli ¹²¹, el plazo de garantía comienza a correr a partir de la recepción de los trabajos. Poco importa que ésta sea definitiva o provisional. Sólo se tiene en cuenta la recepción efectiva, siguiendo un principio consagrado por la jurisprudencia y por el artículo 1792-6.

Boubli ¹²² subraya que el legislador francés ha abandonado el principio de la doble recepción, la provisional y la definitiva. El principio de la recepción única resulta del artículo 1792-6 del Código Civil. El texto sólo contempla «la» recepción y los trabajos preparatorios no dejan duda alguna al respecto. El abandono de la

¹¹⁹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 123.

¹²⁰ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 165.

¹²¹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 144 y ss.

¹²² BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 144 y ss.

doble recepción por la Ley, de 4 de enero de 1978, evita que haya que interrogar la fecha de la recepción útil para determinar el punto de partida de las garantías legales (decenal, bienal y de perfecta terminación). En la medida en que las garantías son de orden público, no parece que las partes puedan hacer remontar las garantías legales a una fecha anterior a la recepción, es decir, a la terminación.

Huet¹²³ afirma también que la recepción de los trabajos, tal como la define el artículo 1792-6 del Código Civil, es un momento capital en la ejecución del contrato: constituye el punto de partida de todas las garantías. Con un espíritu de simplificación, la ley nueva abandona la distinción anterior, hecha en la práctica, entre dos recepciones llamadas «provisional» y «definitiva».

Gracias al hecho de que la recepción es seguida de un período de consolidación de la terminación, bajo la forma de una garantía nueva, que se extiende durante un año, la recepción es considerada como realizada en un momento único por la aceptación con o sin reservas de la obra entregada. Se trata de constatar un hecho: la terminación del inmueble, conforme a las previsiones contractuales, y la fecha de esta terminación.

Al poder hacerse reservas, la recepción no implica la aprobación total de los trabajos. Estas reservas deberán ser satisfechas ulteriormente y, a menudo, una retención como garantía en el pago del precio sirve de medio de presión.

En el Derecho español, el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación para computar los plazos de garantía se refiere a la fecha de la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas. Esto significa que si la recepción de la obra se ha producido sin reservas, a partir de este momento se computan los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal. En cambio, si la recepción de la obra ha tenido lugar con reservas, no se atiende para computar los plazos de garantía a la fecha de la recepción de la obra, sino al momento de la subsanación de las reservas, es decir, al instante en que son subsanados los defectos observados al tener lugar la recepción de la obra y cuya existencia determinó que se hicieran las reservas. No existe incerteza, a la hora de computar los plazos de garantía, cuando la recepción de la obra se hace con reservas, pues el artículo 6.2 d) de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que una vez subsanados los defectos observados, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción. En rigor, la subsanación de las reservas, a la que se refiere el artículo 17.1, tiene lugar en el momento en que

¹²³ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», *cit.*, p. 1347.

es firmada la citada acta, que evidencia que han dejado de existir las reservas hechas en la recepción de la obra.

La recepción de la obra es definida por el artículo 6.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación como el acto por el cual el constructor, una vez concluida la obra, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes.

El artículo 6.5 establece, en clara relación con el artículo 17.1, que el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley, se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior: la recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha indicada el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito.

Al acta de recepción, que es fundamental para el inicio del cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía, salvo que la recepción se entienda tácitamente producida, se refiere el artículo 6.2, disponiendo que la recepción deberá consignarse en un acta firmada al menos por el promotor y el constructor, y en la misma se hará constar:

- a) Las partes que intervienen.
- b) La fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma.
- c) El coste final de la ejecución material de la obra.
- d) La declaración de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.
- e) Las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades.

Asimismo, se adjuntará el certificado final de la obra suscrito por el director de la obra y el director de la ejecución de la obra.

Con buen criterio, no prosperó la enmienda 29 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) al artículo 17, inciso final del apartado 1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación¹²⁴, en la que se proponía el siguiente texto: «1. Sin perjuicio de...

¹²⁴ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de conclusión y entrega de la obra o construcción a la propiedad».

Se trató de justificar esta enmienda, diciendo que se trata de adecuar el punto temporal de referencia para el inicio del cómputo de los plazos al criterio de definición empleado por la jurisprudencia sobre el artículo 1591 del Código Civil.

En nuestra opinión, la fecha de recepción de la obra no puede constituir el punto de partida del plazo de garantía en la medida en que no estamos ante una responsabilidad contractual (se desenvuelve al margen del contrato), la práctica demuestra que muchas veces las obras se reciben sin que estén realmente concluidas, quedaría sin solución el supuesto en que se produzcan recepciones parciales (o al menos se complicaría enormemente) y, en definitiva, si lo que se pretende con esta Ley es proteger los intereses de los usuarios, lo más razonable es que las garantías comiencen a contar desde la fecha en que se les entrega la obra y no desde una fecha que depende de la voluntad de los hipotéticos responsables.

Los defensores de la tesis de la recepción pueden alegar la dificultad de prueba para acreditar la fecha de la conclusión y entrega de las obras, sin embargo, además del reforzamiento que supone ese doble requisito de «conclusión y entrega», está el argumento de que siempre será mucho más fácil probar un hecho físico que un acto jurídico negocial entre terceros como es la recepción.

El Grupo Parlamentario Popular ofreció una transacción en el artículo 6 perfeccionando en qué consiste exactamente el documento o el trámite de la recepción de la obra y se añade en el artículo 17 el pormenor de que la recepción se haga sin reservas o desde la subsanciación de éstas en cuanto al momento de iniciar el cómputo. La señora Uría Echevarría¹²⁵ afirma que podrá perfeccionarse con el añadido del paso de la obra al propietario (en este momento estamos hablando del promotor al constructor). Aceptamos la transacción en este momento y quizá intentemos un cierre mayor en el Senado.

Cuando se produzcan los daños materiales, consecuencia de vicios o defectos de construcción, dentro de los plazos anual de perfecta terminación, trienal o decenal, los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, podrán ejercitar las correspondientes acciones para exigir la responsabilidad contra el constructor, en el

¹²⁵ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 252, de 1 de julio de 1999.

supuesto de la garantía anual de perfecta terminación, y las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación, en los supuestos de garantías trienal y decenal, prescribiendo la acción en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual (art. 18.1).

No prosperó la enmienda núm. 1 del Grupo Socialista del Congreso ¹²⁶ en la que se afirma que el régimen de responsabilidades sobre vicios ocultos derivado de los artículos correspondientes del Código Civil, conocido de forma general por la población, se sustituye en el Proyecto de forma tácita por un régimen inaceptable para los consumidores y usuarios de los edificios, pues la acción para reclamar por defectos y vicios ocultos en la construcción se inicia cuando se produce el daño y dura dos años, y no cuando el afectado lo conoce.

Tampoco prosperaron la enmienda núm. 122 del Grupo Socialista del Congreso al artículo 18.1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación ¹²⁷ y la enmienda núm. 61 del Grupo Socialista del Senado ¹²⁸, en las que se proponía el siguiente texto: «2. Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos prescribirán en el plazo de tres años, a contar desde que sean conocidos por el afectado dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual».

Se justifican estas enmiendas afirmando que el plazo de dos años previsto en el Proyecto de Ley es insuficiente para el ejercicio de las acciones que se conceden a los perjudicados, tanto más si se empiezan a contar desde que se produzcan dichos daños y no desde que sean conocidos por el afectado.

El constructor, en el supuesto de la garantía anual de perfecta terminación, y los agentes que intervienen en el proceso de edificación, cuando la garantía es trienal o decenal, responden objetivamente por los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos en los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división. Pero una vez que se haya hecho efectiva esta responsabilidad, cabe «la acción de repetición que pudiese corresponder a

¹²⁶ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

¹²⁷ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

¹²⁸ Enmiendas. BOCG. Senado. Serie II, núm. 148-2, de 21 de septiembre de 1999.

cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos. Prescribirán en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial» (art. 18.2).

No prosperaron la enmienda núm. 123 del Grupo Socialista del Congreso al artículo 18.2 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación¹²⁹ y la enmienda núm. 62 del Grupo Socialista del Senado¹³⁰, en las que se proponía el siguiente texto: «3. La acción de repetición que pudiese corresponder a cualesquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de tres años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable al cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido al cumplimiento de forma extrajudicial».

Se justifica esta enmienda afirmando que se trata de una mejora técnica.

Como pusimos de relieve anteriormente, en la sesión del Pleno del Senado, de 29 de septiembre de 1999, el Senador Bris¹³¹, del Grupo Parlamentario Popular, se refiere a la preocupación del Grupo Parlamentario Socialista sobre el plazo de dos años para pedir responsabilidades. Anteriormente el plazo era de tres por defectos y vicios ocultos, que es a lo que se refería la Senadora Pleguezuelos. A nosotros nos parece un plazo (el de dos años) suficiente por varias razones. En primer lugar, porque este Proyecto de Ley protege más al usuario, mediante un sistema de responsabilidades más reglamentado y por la respuesta solidaria del promotor. Además, dispone de unas garantías de aseguramiento que antes no tenía. Por otra parte, el plazo de dos años se ajusta a lo establecido por la Ley de Contratos de Seguros. Finalmente, un aumento del plazo agravaría este tipo de daños innecesariamente, puesto que ha transcurrido más tiempo, provocaría un mayor coste de las reparaciones, traducándose en un aumento de la primera y, además, todos estos costes adicionales repercutirían en el consumidor final.

La Ley de Ordenación de la Edificación, al establecer los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal, y un

¹²⁹ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

¹³⁰ Enmiendas. BOCG. Senado. Serie II, núm. 148-d, de 21 de septiembre de 1999.

¹³¹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999.

plazo de prescripción de dos años, supone una importante modificación del régimen que establecía el artículo 1591 del Código Civil, que fijaba únicamente un plazo de garantía decenal por vicios del suelo, de la dirección o de la construcción en caso de ruina, que es entendida por nuestra jurisprudencia de una manera extraordinariamente amplia, comprendiendo en ella a aquellos defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato o inciden en la habitabilidad del edificio¹³². Además, en consonancia con la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal, a la que nos hemos referido anteriormente, la acción para hacerla efectiva, ante el silencio del artículo 1591, prescribía en el plazo de quince años (art. 1964 del código Civil), contado desde que la acción pudo ser ejercitada (art. 1969 del Código Civil), es decir, a partir del día en que el titular de la acción tuvo conocimiento del vicio determinante de ruina, que es extraordinariamente largo, siendo además susceptible de interrupción de conformidad con la regla general del artículo 1973 del Código Civil. Por este motivo Gómez de la Escalera¹³³ señala con toda razón que quizás éste sea uno de los puntos más necesitados de reforma en nuestro Derecho, para reducirlo a un plazo más breve. Cabría imaginar casos en que el vicio determinante de ruina se patentizase poco antes del transcurso de diez años de concluida la obra inmobiliaria y la acción resarcitoria se ejercitara casi quince años después, lo cual es subrayado por la STS de 17 de septiembre de 1996¹³⁴, al decir que apreciada la ruina dentro del período de garantía (los diez años), a partir de ese momento el perjudicado contará con los quince años del plazo prescriptivo general del artículo 1964 del Código Civil, que empezarán a contarse de acuerdo con la doctrina de la *actio nata*, proclamada en el artículo 1969 del mismo cuerpo legal; cómputo que en caso extremo puede prolongarse hasta veinticinco años desde la terminación del edificio, si el vicio ruinógeno se manifiesta en el último momento de la expiración del plazo de garantía.

Esta consecuencia era excesivamente gravosa para el arquitecto o el contratista; se trata de una de las críticas más fundadas que se han dirigido contra el artículo 1591 del Código Civil, partiendo,

¹³² Vid. CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, p. 358.

¹³³ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, *cit.*, p. 283.

¹³⁴ CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996», *CCJC*, 1997, núm. 43, pp. 153 y ss.

lógicamente, de la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal.

El Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, soluciona, en parte, el problema que planteaba el artículo 1591, al mantener en el artículo 1600 el plazo decenal por vicios de la construcción que determinan la ruina de la obra inmobiliaria, computado desde la recepción; pero acorta el plazo de prescripción, que se fija en tres años, con lo que se resuelve el problema de la excesiva prolongación temporal a que podía dar lugar la acumulación de los diez años de garantía a los quince de prescripción. Sin embargo, Cadarso¹³⁵ no considera acertado que no corra la prescripción sino desde la fecha en que la ruina se haya consumado: eso no tiene sentido, o no está justificado, en los casos de ruina incipiente, o ruina potencial, o peligro de ruina, en que el perjudicado puede accionar –y debe cuando menos interrumpir– de inmediato, pues no hay razón que justifique o legitime una actitud de pasividad en espera que la ruina devenga actual y consumada.

La Ley de Ordenación de la Edificación sigue, en lo esencial, a sus antecedentes más próximos, que son el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación, de 1985 (art. 19), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 51), el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 50), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 (art. 19), y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (arts. 17 y 18), que se inspiran en el Derecho francés, por lo que es imprescindible exponer como la Ley, de 4 de enero de 1978, configura la garantía de perfecta terminación, la garantía bienal y la garantía decenal (arts. 1792, 1792-2, 1792-3, 1792-6 y 2270 del Código Civil), aunque debemos subrayar que existen importantes diferencias entre la Ley española de Ordenación de la Edificación y la Ley francesa, de 4 de enero de 1978, al establecer el régimen de los plazos de garantía, siendo menos complejo el instaurado en nuestro Derecho.

La Ley, de 4 de enero de 1978, recogiendo en buena medida una práctica extendida entre ciertos contratistas que la concedían voluntariamente en sus contratos, ha establecido en el artículo 1792-6 una garantía de perfecta terminación, en virtud de la cual el contratista responde de todos los desperfectos, a excepción de los que

¹³⁵ CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», *cit.*, p. 130.

tengan su causa en el uso o el desgaste normal, que presente la obra que, aparecidos antes de la recepción, sean señalados por el propietario de la obra mediante las oportunas reservas en el proceso verbal de recepción, o bien que aparecidos dentro del año siguiente a la recepción, sean comunicados al contratista por medio de la correspondiente notificación escrita.

La garantía de perfecta terminación se establece en contra del contratista (*entrepreneur*), y no de las otras personas consideradas como constructores en el artículo 1792-1, y en favor del propietario de la obra.

Objetivamente, la garantía cubre todos los desperfectos que presente la obra, con tal que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que no tenga su origen en un uso normal o desgaste de la obra.

2.º Que siendo aparentes al tiempo de la recepción, hayan sido objeto de las oportunas reservas mencionadas en el proceso verbal de recepción, o que no siendo aparentes al tiempo de la recepción, hayan aparecido dentro del año siguiente de la misma, y sean denunciados al contratista mediante notificación escrita.

Concurriendo los requisitos necesarios, el contratista está obligado a realizar los trabajos necesarios para la reparación o subsanación de los desperfectos dentro de los plazos fijados, de común acuerdo, con el propietario de la obra. En defecto de acuerdo, o en caso de incumplimiento del plazo fijado, y una vez que el requerimiento efectuado al efecto haya sido ineficaz, los trabajos de reparación podrán ser ejecutados a cargo y riesgo del contratista incumplidor. La constatación de que los trabajos de reparación han sido debidamente ejecutados puede hacerse amistosamente entre las partes, o en vía judicial.

La garantía de perfecta terminación concierne de una parte a los daños materiales por vicios o defectos de construcción que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras que son objeto de reservas en el proceso de recepción, y que, por tanto, son aparentes, y de otra parte, a los que se revelan en el año siguiente a la recepción¹³⁶.

La garantía de perfecta terminación ha sido concebida para permitir al dueño de la obra que disponga, un año después de la recepción, de una obra tan rigurosamente conforme y correcta como era —o habría debido ser— en la fecha de la recepción. Se trata, pues, de una garantía de terminación destinada a satisfacer las reservas for-

¹³⁶ BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, cit., p. 315.

muladas en el momento de la recepción y a remediar las imperfecciones aparecidas en el curso del primer año.

Hasta aquí la concesión de esta garantía dependía del acuerdo o de la buena voluntad del contratista. Al devenir obligatoria, la garantía de perfecta terminación alcanza un ámbito más amplio que el convencional de antaño. En lo sucesivo, la garantía se extiende a la reparación de todos los desordenes señalados por el dueño de la obra¹³⁷.

A diferencia de las garantías trienal y decenal que recaen sobre una letanía de deudores, la garantía de perfecta terminación sólo es debida por el contratista, con exclusión de otros constructores o intervinientes (los otros agentes de la edificación).

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de una garantía puramente objetiva debida por el contratista; dicho esto, es razonable pensar que el contratista podrá ejercer un recurso contra los eventuales responsables¹³⁸.

La garantía de perfecta terminación concierne a dos tipos de vicios o defectos de ejecución, que se distinguen en función de su aparición: 1) los vicios o defectos aparentes en el momento de la recepción, a condición de que hayan sido objeto de reservas, presumiéndose ocultos, según la jurisprudencia, todos los vicios salvo prueba en contrario; 2) los vicios o defectos revelados en el año de la recepción, que han sido señalados por el dueño de la obra¹³⁹.

Aunque algunos autores dudan del carácter de orden público de la garantía de perfecta terminación, a diferencia de las otras garantías, Malinvaud y Jestaz¹⁴⁰ consideran que la lógica de la ley determina que tenga carácter de orden público la garantía de perfecta terminación, pues, de otra manera, el sistema no cumpliría su fin (en este sentido *Rép. mi. Just. J.O. Déb. Sénat, 30 de octubre de 1979*). Es lo que ha establecido el legislador francés modificando el artículo 1792-5 (L. 19 de diciembre de 1990, art. 2).

Boublil¹⁴¹ subraya las tres ventajas de la garantía de perfecta terminación. Esta garantía designa como deudor al contratista. Éste debe remediar los defectos que son objeto de reservas en el proceso verbal de recepción, o que se manifiestan durante el plazo de un año a contar de la recepción. Debe asegurar la reparación *in natura*, que es así garantizada, y debe hacerlo en un breve plazo, lo que

¹³⁷ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière, cit.*, p. 110.

¹³⁸ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière, cit.*, p. 111.

¹³⁹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière, cit.*, p. 111.

¹⁴⁰ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière, cit.*, p. 115.

¹⁴¹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs, cit.*, pp. 152 y ss.

evita los peritajes largos e inciertos. La garantía de perfecta terminación aligera el coste del seguro. Es evidente que el contratista que procede a las reparaciones puede dirigirse contra los otros arrendadores de obra para hacerles soportar la totalidad del daño si demuestra que ellos son los únicos responsables o para obtener un reparto de la deuda con ellos. La garantía de perfecta terminación presenta, en fin, la ventaja de poner al contratista en primera línea, lo que simplifica la tarea del dueño de la obra.

La garantía de perfecta terminación se extiende a la reparación de todos los desordenes señalados por el dueño de la obra sea por medio de reservas mencionadas en el proceso verbal de recepción, sea por vía de notificación escrita, para los revelados posteriormente a la recepción (art. 1792-6).

Los desordenes aparentes en el momento de la recepción, deben dar lugar a las reservas mencionadas en el proceso verbal. Los desordenes no reservados, pero aparentes, escapan a toda garantía (Cas. Civ. 16 de diciembre de 1987 y 12 de julio de 1988).

Los desordenes no aparentes en el momento de la recepción, deben ser señalados al contratista por vía de notificación escrita, si se revelan en el año de la recepción.

El plazo de garantía es de un año. Comienza a correr a partir de la recepción de los trabajos, sin importar en la ley nueva que vaya acompañada o no de reservas.

El plazo no puede ser interrumpido ni suspendido. Es un plazo fijo. Sólo concierne a los desordenes que se manifiesten en el curso del año que sigue a la recepción.

La obligación de remediar las imperfecciones que entra en el campo de aplicación de la garantía incumbe al contratista. Este debe asegurar la reparación de todos los desordenes (art. 1796-6).

La garantía tiene el interés principal de favorecer la reparación *in natura* de los defectos.

La garantía de perfecta terminación es objetiva, pues en otro caso no tendría sentido. Además, los términos de la ley son inequívocos en este sentido: «la garantía se extiende a la reparación de todos los desordenes» que entran en su campo de aplicación, lo que dispensa al dueño de establecer la culpa del contratista.

El contratista puede interponer un recurso contra los otros arrendadores de obra según las reglas establecidas por los Tribunales en la materia. La existencia de tal recurso no ofrece dudas.

Huet¹⁴² señala que la garantía de perfecta terminación es una innovación de la Ley de 4 de enero de 1978, inspirada en la prácti-

¹⁴² HUET, «Les principaux contrats spéciaux», *cit.*, pp. 1349 y ss.

ca, dirigida a solucionar el problema de las disputas constantes que se producen después de la terminación de los trabajos entre el dueño de la obra, que reclama siempre retoques y reparaciones, y el contratista que considera que su trabajo está terminado.

El artículo 1792-6 prevé que esta garantía es debida y que dura un año a contar de la recepción. La misma obliga al contratista a reparar todos los desordenes señalados por el dueño de la obra. Se trata de una obligación de resultado. Pero, en el seno de las normas del arrendamiento de obra, es una garantía que posee una naturaleza muy particular, puesto que sólo pesa sobre uno de los intervinientes en la operación de construcción, el contratista que ha realizado los trabajos cuya calidad es criticada. Nada impide que el contratista que ha llevado a cabo la reparación se vuelva contra los otros intervinientes, de tal manera que el arquitecto o incluso el subcontratista puedan ver su responsabilidad comprometida.

Esta garantía beneficia al dueño de la obra.

El mecanismo de la garantía de perfecta terminación ha sido concebido para permitir al dueño de la obra que disponga, un año después de la recepción, de una obra conforme a su esperanza legítima. Se trata de un medio para asegurarle la obtención *in natura* de las reparaciones propias para satisfacer las reservas expresadas en el momento de la recepción, o suprimir los defectos señalados después. Una retención como garantía puede ser acordada por las partes, constituyendo un medio de presión eficaz para el dueño de la obra. Su uso ha sido reglamentado por una Ley de 16 de julio de 1971, que la limita al 5% del montante del contrato y obliga al deudor a consignar esta suma, a fin de evitar reclamaciones que tengan un carácter puramente dilatorio.

A pesar del hecho de que esta garantía tenga por objeto purgar los defectos de la construcción que se revelen en la recepción o poco después, los Tribunales consideran que la garantía del artículo 1792-6 no prohíbe el recurso, por el dueño de la obra, a los otros textos que rigen la responsabilidad de los constructores, es decir, a los artículos 1792 y siguientes: por ejemplo, está fundado demandar a título de garantía decenal la reparación de desordenes que se revelan dentro del año siguiente a la recepción.

Los desordenes del artículo 1792-6 son, de un lado, los defectos aparentes en el momento de la recepción y que son objeto de reservas mencionadas en el proceso verbal establecido por los interesados, y de otro lado, los que se revelan en el año de la recepción y son señalados por escrito al contratista. A menudo se tratará de defectos de instalación (baldosas despostilladas) o de fabricación (una cisterna no funciona) o bien olvidos puros y simples (omisión de prestaciones prometidas). Alguna vez, sin

embargo, esta garantía se aplica a defectos de más graves consecuencias, pero que aparecen rápidamente (deficiente hermeticidad de la techumbre). La noción de desorden se extiende igualmente a todos los defectos de conformidad que dependen de la obligación de entrega. En la práctica, la perfecta terminación es una noción que se conecta tanto a la entrega conforme como a la garantía contra los defectos.

Siendo así de un alcance muy amplio, Huet¹⁴³ subraya que la garantía de perfecta terminación cubre toda clase de defectos de construcción que, en el pasado, difícilmente podían ser cubiertos por las garantías clásicas: así los defectos de gravedad ligera o incluso los llamados daños «intermedios», es decir, los que no son contemplados ni por la garantía bienal ni por la garantía decenal. Por este motivo, el mecanismo contribuye en una buena medida a que sea rara la necesidad de hacer jugar frente a los constructores una responsabilidad residual de derecho común, susceptible de colmar los vacíos del dispositivo legislativo.

Las condiciones de la puesta en funcionamiento de la garantía, son igualmente precisadas por el artículo 1792-6, que determina los plazos de ejecución de los trabajos de terminación o de puesta en conformidad del inmueble. El texto dispone que los plazos necesarios para la ejecución de los trabajos de reparación son fijados de común acuerdo por el dueño de la obra y el contratista. En caso de puesta en mora infructuosa por el dueño de la obra, los trabajos pueden ser ejecutados a costa del contratista rebelde. Algunos autores aprecian que existe el riesgo de colocar al contratista a merced del humor de su cocontratante que hará ejecutar los trabajos a cualquier precio, sin decisión judicial. Pero el juez puede ser siempre llamado para controlar la buena ejecución de los trabajos. Esta ejecución es constatada de común acuerdo o en su defecto judicialmente. El papel del magistrado es, aquí, el mismo que en el momento de la recepción. El efecto de la decisión judicial es evitar el litigio sobre la terminación y la conformidad del inmueble.

La garantía decenal implica que a contar de la recepción, todos los constructores, definidos en el artículo 1792-1 (arquitecto, contratista, técnicos, promotor), son responsables durante diez años de los daños que comprometan la solidez de la obra o que, afectando a uno de sus elementos constitutivos o a uno de sus elementos de equipamiento, la hacen impropia para su destino.

La presunción de responsabilidad establecida por el artículo 1792 se extiende igualmente a los daños que afectan a la solidez

¹⁴³ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», *cit.*, p. 1351.

de los elementos de equipamiento de un edificio, pero solamente cuando éstos forman un cuerpo indisociable con las obras de viabilidad, cimientos, estructura, de cerramiento o de cubierta.

Un elemento de equipamiento se considera que forma indisociablemente cuerpo con una de las obras mencionadas cuando su desmontaje o su sustitución no puede efectuarse sin deterioro o desprendimiento de la materia de la obra.

Los otros elementos de equipamiento del edificio son objeto de una garantía de buen funcionamiento de una duración mínima de dos años que se cuenta a partir de la recepción de la obra.

Como se señala en el Informe Spinetta, es fundamental la distinción entre las obras y los elementos de equipamiento.

A diferencia de la garantía decenal, la garantía bienal de buen funcionamiento se refiere a los elementos de equipamiento disociables de la obra. Por ello puede pensarse que para escapar a la garantía decenal, numerosos fabricantes y contratistas establecerán al máximo equipamientos disociables. Pero esta tentación no podrá ir demasiado lejos y, en caso de fraude manifiesto, podrá suscitar la reacción jurisprudencial ¹⁴⁴.

Parece razonable reservar al deudor de la garantía las mismas causas de exoneración: fuerza mayor, hecho de un tercero y culpa de la víctima.

No es evidente que deba esta garantía de buen funcionamiento «todo constructor» como establecen los artículos 1792 y 1792-2 para la garantía decenal. Teniendo en cuenta la redacción diferente del artículo 1792-3, podría sostenerse que sólo son afectados los que han tenido la responsabilidad de la concepción, de la elección, de la fabricación y de la instalación del elemento de equipamiento considerado ¹⁴⁵.

La garantía tiene una duración mínima de dos años, lo que da a entender que los constructores serán invitados a conceder una garantía de una duración superior. Sin embargo, esta garantía está limitada siempre a dos años ¹⁴⁶.

Como observan Malinvaud y Jestaz ¹⁴⁷, mientras que la garantía de perfecta terminación pesa únicamente sobre el contratista y es independiente de toda noción de responsabilidad, la responsabilidad decenal y la garantía bienal recaen sobre una cohorte de personas, constructores o reputados constructores, y reposan sobre una presunción de responsabilidad.

¹⁴⁴ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière, cit.*, p. 129.

¹⁴⁵ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière, cit.*, p. 130.

¹⁴⁶ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière, cit.*, p. 130.

¹⁴⁷ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière, cit.*, p. 115.

La garantía bienal de buen funcionamiento del artículo 1792-3 aparece como un subproducto de la responsabilidad decenal establecida por el artículo 1792.

Brevemente, si la originalidad de la garantía de perfecta terminación justifica que se la trate separadamente, la responsabilidad decenal y la garantía bienal presentan puntos comunes que aconsejan un análisis conjunto. Pero no hay que equivocarse, ya que se trata de algo totalmente diferente de la distinción entre obras mayores y menores de la Ley de 3 de enero de 1967.

La dualidad de responsabilidades –bienal y decenal– es mantenida por la Ley de 4 de enero de 1978, pero no se refiere a dos categorías de obras según su naturaleza –mayores y menores–¹⁴⁸.

Según Boubli¹⁴⁹, bajo el imperio de las disposiciones anteriores a la Ley de 4 de enero de 1978, las garantías decenal y bienal se distinguían esencialmente por la sede del daño y la duración del plazo de prueba. Se conectaban a la decenal los defectos que afectaban a las obras mayores, y a la bienal, los defectos que tocan a las obras menores.

La Ley de 4 de enero de 1978 consagra un principio diferente. El Informe de la Comisión Spinetta distingue en efecto la función de equipamiento de la función de construcción. Es a partir de esta delimitación que se opera la distinción entre las garantías decenal y bienal.

Boubli¹⁵⁰ subraya la doble función de los plazos de garantía. El plazo, ya se trate del relativo a la garantía de las obras o el relativo a la de equipamiento, es un plazo de prueba de la solidez del inmueble o del buen funcionamiento de los equipamientos. Se estima en general que la obra que no presente ningún desorden importante durante el tiempo de prueba, es de una cierta calidad y que su perennidad está asegurada a poco que el propietario lleve a cabo un mantenimiento normal.

El plazo de garantía no es solamente un plazo de prueba; es también un plazo de acción en garantía. Este sólo debería correr normalmente a partir del acaecimiento del daño y, a falta de otra disposición, estar sometido al artículo 2262 del Código Civil, es decir, ser de treinta años, ya que todas las acciones, tanto reales como personales, prescriben a los treinta años. Sin duda en virtud de las consecuencias excesivas que conlleva la aplicación de esta disposi-

¹⁴⁸ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 116-117.

¹⁴⁹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 225.

¹⁵⁰ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 250 y ss.

ción, los Tribunales han encerrado el plazo de la acción en el plazo de prueba. Dicho de otra manera, cuando la garantía es decenal y el desorden aparece seis años después de la recepción, el plazo de la acción es de cuatro años. El plazo de prueba y el plazo de la acción en garantía se confunden. Pero, ¿qué ocurre si el inmueble se hunde la víspera del vencimiento decenal? A los excesos de la prescripción treintenual han sido preferidos otros inconvenientes que son particularmente sensibles cuando la garantía es bienal.

Se sostiene que el plazo de prescripción de la acción se confunde con el de garantía, de forma que, transcurridos diez años desde la recepción de los trabajos, el contratista, el arquitecto y los técnicos no pueden ser ya demandados.

Los diez años que, en el título de la prescripción fija el artículo 2270, coinciden con los que se establecen para la producción de la ruina. El propietario no podría accionar sino durante el lapso de tiempo que va desde la manifestación del vicio hasta la expiración del plazo decenal. Esta es la teoría dominante, constantemente aplicada por la jurisprudencia y mayoritariamente defendida por la doctrina, desde que, a finales del siglo pasado, en la famosa sentencia de 2 de agosto de 1882, el Tribunal de Casación, acogiendo las conclusiones del procurador general Barbier, se decidiera en este sentido. De esta manera se consagra en Francia el sistema de plazo único. Se atribuye a este sistema ser el único conforme a la tradición histórica y también el único generalmente conforme a la razón ¹⁵¹.

La ley requiere que las obras realizadas por los constructores queden sometidas a una prueba de diez años, pero también que, una vez transcurrido dicho tiempo, arquitectos y contratistas se hallen al abrigo de posibles reclamaciones. Este argumento se presenta con especial énfasis cuando se combate la teoría del plazo de prescripción treintenual, al denunciarse que éste supone una prolongación excesiva de la duración de la responsabilidad de los constructores.

El plazo decenal es un plazo de garantía, pero los plazos de garantía comprenden, en general, a la vez el plazo de aparición de los defectos y el plazo para ejercitar la acción ¹⁵².

Tras la promulgación de la Ley de 4 de enero de 1978 se sigue manteniendo este sistema de plazo único. Así lo pone de relieve

¹⁵¹ Vid. CARPENTIER y FREREJOUAN DU SAINT, «Architecte», en *Répertoire Général Alphabetique du Droit Français*, dirigido por Fuzier-Herman, V, París, 1889, p. 48; ROUAST, «Contrat d'entreprise», en *Traité pratique du droit civil français*, de Planiol y Ripert, XI, París, 1954, pp. 205-206.

¹⁵² SOINNE, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*, II, París, 1969, pp. 558 y ss.

Boubli¹⁵³, aun destacando los inconvenientes que plantea, y Huet¹⁵⁴.

Huet¹⁵⁵ señala que la jurisprudencia califica el plazo decenal como tiempo de prueba de la solidez del inmueble, y rehusa prolongarlo más allá de los diez años, como una prescripción (Civ. 3.^a, 15 de febrero de 1989).

El problema existente en el Derecho francés, que no ha sido resuelto adecuadamente por la Ley de 4 de enero de 1978 (arts. 1792 y 2270 del Código Civil), es perfectamente solucionado en nuestro Derecho por la Ley de Ordenación de la Edificación al establecer el artículo 18.1, como hemos visto, un plazo de prescripción de las acciones por daños materiales dimanantes de vicios o defectos de construcción de dos años, a contar desde que se produzcan dichos daños, por lo que no se aplica el plazo general de prescripción de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil, que es de quince años, y se mantiene, con toda lógica, la distinción entre los plazos de garantía de uno, tres y diez años y el plazo de prescripción de las acciones de dos años. No se confunden los plazos de prueba o garantía y el plazo de prescripción de las acciones, lo cual, evidentemente, es un acierto, debido a la diversa función de ambos tipos de plazos.

En el régimen anterior a la Ley de 4 de enero de 1978, la sede del desorden condiciona la garantía; en el de esta Ley, es sobre todo su importancia lo que es determinante¹⁵⁶.

La Ley de 4 de enero de 1978 rechaza la antigua distinción entre obras mayores y menores, que, según el Informe de la Comisión Spinetta, reposa sobre una «partición ilógica».

Boubli¹⁵⁷ señala que es una distinción funcional la que se hace en el nuevo texto. La función de construcción engloba la infraestructura, la estructura, el cerramiento y la cubierta. Está sometida a la garantía decenal, que permite hacer la prueba por diez años de la vida del edificio.

La función de equipamiento incluye todas las disposiciones del espacio delimitado por el cerramiento y la cubierta; ella da lugar a una garantía de buen funcionamiento de dos años al menos.

La garantía está en función de la importancia del desorden.

¹⁵³ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 250 y ss.

¹⁵⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1343.

¹⁵⁵ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1343.

¹⁵⁶ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 231-232.

¹⁵⁷ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 240 y ss.

Cuando el desorden es grave, la garantía es decenal. El desorden compromete la solidez de la obra o la hace impropia a su destino. La regla es clara: toda obra que presente un desorden grave está garantizada durante diez años (arts. 1792 y 2270 del Código Civil).

Basta que el desorden sea objetivamente grave para que la garantía pueda jugar. Lo que importa es que el desorden sea grave para que la garantía pueda operar, es decir, utilizando la fórmula de la ley, que comprometa la solidez de la obra o la haga impropia a su destino.

Aunque el desorden afecte a un elemento disociable, si hace la obra impropia para su destino, opera la garantía decenal.

La garantía decenal opera cuando el desorden afecta a un elemento de equipamiento indisociable. El artículo 1792-2 extiende la responsabilidad decenal a los elementos de equipamiento indisociables de ciertas obras.

El artículo 1792-2 prevé que la garantía decenal se extiende a los elementos de equipamiento que forman cuerpo con otras obras.

Las obras que no son equipamientos son garantizadas por la garantía decenal, conforme al principio según el cual todo desorden grave que afecta a la obra da lugar a la garantía cualquiera que sea la sede. Se admite que cuando el defecto es importante y no se refiere a un elemento de equipamiento, esta condición es cumplida.

La garantía decenal sólo juega para los elementos de equipamiento que forman indisociablemente cuerpo con las obras de viabilidad, de cimientos, de estructura, de cerramiento y de cubierta (art. 1792-2 del Código Civil). La noción de elemento indisociable es definida en el párrafo 2 del artículo 1792-2: Un elemento de equipamiento es considerado como formando indisociablemente cuerpo con una de las obras mencionadas en el párrafo precedente, cuando su desmontaje o su sustitución no puede ser efectuado sin deterioro o supresión de materia de esta obra.

El desorden debe afectar a la solidez del elemento de equipamiento. El desorden debe ser suficientemente grave. Basta que el desorden se limite a un elemento de equipamiento y que afecte a su solidez.

Si el desorden no es grave, Boubli ¹⁵⁸ apunta que la garantía puede ser bienal.

Cuando el desorden no es grave, en el sentido del artículo 1792, se puede pensar que debe aplicarse la garantía bienal. Se trata, sin embargo, únicamente de una interpretación posible, pues el artícu-

¹⁵⁸ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 247.

lo 1792-3 sólo contempla la garantía de buen funcionamiento de equipamientos disociables.

Según el artículo 1792-3, los otros elementos de equipamiento (que son contemplados por el art. 1792-3) del edificio son objeto de una garantía mínima de dos años a contar desde la recepción de la obra.

Es preciso que se trate de elementos de equipamiento que no respondan a las condiciones del artículo 1792-2. Dicho de otra manera, esta vez los elementos son disociables, ellos no forman cuerpo con una de las obras de viabilidad, cimientos, cerramiento o cubierta.

La garantía de los elementos de equipamiento disociables está limitada a su buen funcionamiento (art. 1792-3).

VII. ANÁLISIS DE LOS PLAZOS DE GARANTÍA

1. LA GARANTÍA ANUAL DE PERFECTA TERMINACIÓN

Durante un año, el constructor responde de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado de las obras.

En el ámbito subjetivo, esta garantía sólo afecta al constructor, quedando al margen de la misma los restantes agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

El constructor es definido en el artículo 11.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación como el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato.

Al poner el primera línea de responsabilidad al constructor, esta garantía simplifica la tarea del propietario de la obra a la hora de conseguir la reparación del daño en un breve plazo, evitando los peritajes largos e inciertos, como observa Boubli, tal como expusimos.

No obstante, nada impide que el constructor que procede a la reparación del daño que afecta a los elementos de terminación o acabado de las obras pueda dirigirse contra los otros agentes que han intervenido en el proceso de la edificación para hacerles soportar la totalidad del daño si demuestra que ellos son los únicos responsables o para obtener un reparto de la deuda con ellos.

El objeto de la garantía son los elementos de terminación o acabado de las obras.

El acabado, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (20.^a edición), implica el perfeccionamiento o retoque de una obra o labor.

A menudo se tratará de defectos de pintura, instalación (baldosas despostilladas) o de fabricación (una cisterna no funciona) o bien olvidos puros y simples (omisión de prestaciones prometidas).

En línea con lo que señala Huet, según vimos, la garantía anual de perfecta terminación es una innovación, inspirada en la práctica, dirigida a solucionar el problema de las disputas constantes que se producen después de la terminación de los trabajos entre el dueño de la obra, que reclama siempre retoques y reparaciones, y el contratista que considera que su trabajo está terminado.

El mecanismo de la garantía anual de perfecta terminación ha sido concebido para permitir al dueño de la obra que disponga, un año después de la recepción, de una obra conforme a su esperanza legítima. Una retención como garantía puede ser acordada por las partes, constituyendo un medio de presión eficaz para el dueño de la obra.

Siguiendo a Benabent, al que anteriormente nos referimos, la garantía anual de perfecta terminación concierne de una parte a los daños materiales por vicios o defectos de construcción que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras que son objeto de reservas en el proceso de recepción, y que, por tanto, son aparentes, y de otra parte, a los que se revelan en el año siguiente a la recepción.

La garantía anual de perfecta terminación concierne a dos tipos de vicios o defectos de ejecución, que se distinguen en función de su aparición: 1) los vicios o defectos aparentes en el momento de la recepción, a condición de que hayan sido objeto de reservas, presumiéndose ocultos todos los vicios salvo prueba en contrario; 2) los vicios o defectos revelados en el año siguiente a la recepción, que han sido señalados por el dueño de la obra.

Como puntualizan Malinvaud y Jestaz, a los que también aludimos anteriormente, se trata de una garantía de terminación destinada a satisfacer las reservas formuladas en el momento de la recepción y a remediar las imperfecciones aparecidas en el curso del primer año.

Hasta aquí la concesión de esta garantía dependía del acuerdo o de la buena voluntad del contratista. Al devenir obligatoria, la garantía anual de perfecta terminación alcanza un ámbito más amplio que el convencional de antaño.

La garantía anual de perfecta terminación implica que el daño material que sufre el edificio no reviste una gravedad considerable, pues cuando ello ocurre, opera la garantía trienal o la decenal. En

función de la gravedad del daño actúan los tres tipos de garantía que configura la Ley de Ordenación de la Edificación. Los daños materiales que afectan a los elementos de terminación o acabado de las obras presuponen una gravedad muy inferior a los que afectan a la habitabilidad del edificio, cubiertos por la garantía trienal, o a la propia estabilidad del edificio, cubiertos por la garantía decenal.

2. LA GARANTÍA TRIENAL

Durante tres años, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra *c*) del artículo 3.

El Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999, en línea con el criterio acogido en el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 (incumplimiento de los requisitos básicos de calidad del artículo 3 relativos a la habitabilidad), sólo se refería al incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad. El Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presentó una enmienda (núm. 155) al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, a los efectos de suprimir la palabra «básicos» en el epígrafe *b*) del apartado 1 del artículo 17¹⁵⁹.

Se propone la supresión de la palabra «básicos» toda vez que la normativa reguladora de los aspectos relativos a la habitabilidad de las viviendas puede establecer diferentes denominaciones, como por ejemplo, básico, mínimo, etcétera.

Sin embargo, esta enmienda, la única presentada al texto del artículo 17.1.*b*) del Proyecto de Ley, va a determinar que la Ley de Ordenación de la Edificación, en lugar de aludir simplemente al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, como pretendía el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al presentarla, tenga exclusivamente en cuenta los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra *c*) del artículo 3, con lo que, sin demasiado fundamento, se restringe el ámbito de aplicación de la garantía trienal. Curiosamente, en la Exposición de Motivos de la Ley de Ordenación de la Edificación, en consonancia con lo afirmado por el

¹⁵⁹ Enmiendas: BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

Ministro de Fomento en la presentación del Proyecto de Ley de 15 de marzo de 1999 al Congreso de Diputados, se dice que todos los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, durante tres años, responderán por los daños materiales en el edificio causados por vicios o defectos que afecten a la habitabilidad.

En el ámbito subjetivo, esta garantía afecta a todos los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, que son mencionados en la Ley de Ordenación de la Edificación: el promotor (art. 9), el proyectista (art. 10), el constructor (art. 11), el director de la obra (art. 12), el director de la ejecución de la obra (art. 13), las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación (art. 14) y los suministradores de productos (art. 15).

El objeto de la garantía son elementos constructivos que afecten a la habitabilidad del edificio, relativos a la higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos.

Los vicios o defectos de construcción que afectan a la habitabilidad del edificio, en los términos expuestos, como por ejemplo las humedades en el mismo, se encuadran en la garantía trienal y se sustraen a la garantía decenal, rectificándose el criterio acogido por nuestra jurisprudencia en torno al artículo 1591 del Código Civil, la cual considera que, a los efectos de aplicación de este precepto, hay ruina cuando existen defectos que hacen temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio (SSTS de 19 de octubre de 1998, 4 de marzo de 1998, 30 de enero de 1997, 29 de mayo de 1997, 17 de diciembre de 1997, 16 de noviembre de 1996, 21 de marzo de 1996, 23 de enero de 1995, 7 de febrero de 1995, 3 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1994, 10 de noviembre de 1994, 13 de octubre de 1994, 29 de marzo de 1994, 25 de enero de 1993, 23 de diciembre de 1991, entre otras muchas)¹⁶⁰.

¹⁶⁰ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, p. 358; CABANILLAS, «Ruina (D.º Civil), en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas), IV, Madrid, 1995, p. 6042; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º civil)», *cit.*, p. 1601; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, *cit.*, pp. 1190-1192; FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, *cit.*, pp. 223-225; CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», *cit.*, pp. 119-120; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, *cit.*, p. 247; DEL ARCO y PONS, *Derecho de la construcción*, *cit.*, pp. 412 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, *cit.*,

La llamada ruina funcional por nuestra jurisprudencia, al referirse a la habitabilidad del edificio, quedaría sometida básicamente al plazo de garantía de tres años, concurriendo el supuesto del apartado 1, letra c) del artículo 3.

El criterio seguido por la Ley de Ordenación de la Edificación, al desconectar la denominada ruina funcional del edificio del plazo de garantía decenal, en contra de la solución que hasta ahora ha impuesto nuestra jurisprudencia, es plenamente acertado, pues como afirma Fenoy¹⁶¹ es criticable el amplio concepto de ruina que maneja el Tribunal Supremo (ruina funcional). La forma en que el artículo 1591, párrafo 1.º del Código se expresa, y su fin inmediato, hacen pensar en unos concretos defectos de construcción: aquéllos que afectan a la solidez y estabilidad del edificio. Ampliar el concepto de ruina a aquellos otros que implican la inutilidad del bien para su habitabilidad, y que pueden no afectar a la solidez del edificio, supone distorsionar la letra del artículo 1591, párrafo 1.º del Código Civil. No estamos ante una posible interpretación extensiva, sino ante una ruptura con el precepto.

3. LA GARANTÍA DECENAL

Durante diez años, las personas físicas o jurídicas que intervengan en el proceso de la edificación, responderán de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

Se trata de vicios que afectan a la estructura del edificio, entendiéndose por tal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (20.ª edición), la armadura generalmente de

pp. 105 y ss. y 241 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., pp. 321 y ss.; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 426 y ss.; ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., p. 1566; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, XX-2*, cit., pp. 283 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 138 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., pp. 1914-1915; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 138 y ss.; O'CALLAGHAN, «Contrato de obra. Responsabilidad por ruina», cit., p. 1690; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 191 y ss.

¹⁶¹ FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, cit., p. 229.

acero u hormigón armado y que, fija al suelo, sirve de sustentación al edificio.

La estructura junto con la cimentación son los elementos básicos de la obra.

Son los pilares de sustentación de un edificio o construcción; el esqueleto de un inmueble; en la técnica moderna de construir, metálica o de hormigón armado.

La garantía decenal se aplica al supuesto relativo a vicios o defectos constructivos de mayor gravedad que se acercan más al concepto tradicional de ruina en cuanto afectan la esencia misma de la edificación (su solidez, seguridad, estabilidad) y no su mera funcionalidad.

Se manifiesta el deseo de los redactores de limitar la garantía decenal a los daños que presentan una real gravedad, pero, como observan Malinvaud y Jestaz¹⁶², se deja una gran libertad de apreciación a los jueces. Por ejemplo, habría lugar a la garantía si las fisuras hiciesen la obra más vulnerable a la acción del tiempo. Pero, en cambio, los defectos puramente antiestéticos sólo tendrían que ver con la garantía de perfecta terminación.

En el Derecho francés, el daño que hace impropia la obra para su destino queda cubierto por la garantía decenal (art. 1792 del Código Civil), siendo equivalente al daño que compromete la solidez de la obra, mientras que en nuestro Derecho la Ley de Ordenación de la Edificación sólo se refiere a los daños que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, por lo que los daños que hacen impropia la obra para su destino no quedarían cubiertos por la garantía decenal, sino seguramente por la garantía trienal que se refiere al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del edificio, en los términos anteriormente expuestos.

VIII. EL POSIBLE EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA

Con independencia de las responsabilidades civiles previstas en el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, cabe que los compradores del edificio que presenta vicios de construcción puedan dirigirse contra el promotor, que fundamentalmente lleva a cabo obras de edificación para su posterior enajenación, como se

¹⁶² MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 121.

infiere del artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación, ejercitando las acciones de saneamiento por vicios ocultos propias de la compraventa (acciones redhibitoria y *quantum minoris*, sin perjuicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios contra el vendedor que conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó, si opta el comprador por la rescisión). Esta solución no ofrecía ninguna duda cuando regía el artículo 1591 del Código Civil. Precisamente el recurso por parte de nuestro Tribunal Supremo a la aplicación del artículo 1591 o a la normas generales sobre incumplimiento contractual (arts. 1096, 1098, 1101 y 1124) presuponía la posible aplicación de la normativa del Código Civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa (arts. 1484 y siguientes). Lo que trataba de evitar nuestra jurisprudencia al considerar aplicable el artículo 1591 o las normas generales sobre incumplimiento contractual era que, partiendo del posible ejercicio de las acciones edilicias en la compraventa, los seis meses que, como plazo de caducidad establece el artículo 1490, frustrasen el derecho de los compradores a obtener una justa indemnización cuando el edificio adolezca de vicios o defectos de construcción. En definitiva, para justificar la responsabilidad de los promotores que venden inmuebles que presentan vicios de construcción, nuestro Tribunal Supremo afirma, además de la posible aplicación de la normativa del Código Civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, la del artículo 1591, que establece la responsabilidad decenal del arquitecto y del contratista, y la de las normas generales sobre incumplimiento contractual.

El problema con que se ha enfrentado el Tribunal Supremo ha sido el justificar la aplicación del artículo 1591 o de las normas generales sobre incumplimiento contractual ¹⁶³, no, en cambio, la de la normativa del Código Civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, que es evidente, ya que este contrato es el que vincula a los compradores del edificio que presenta vicios de construcción con el promotor.

Hay que observar que, algunas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 20 de junio de 1986, 12 de febrero de 1988 y 17 de mayo de 1988, limitan la aplicación del artículo 1484 del Código Civil a deficiencias de menor entidad y consecuencias para la utilidad de lo construido que las que derivan de la ruina. Sin embargo,

¹⁶³ Una amplia exposición de los argumentos esgrimidos por nuestro Tribunal Supremo para justificar la aplicación del artículo 1591 o de las normas generales sobre incumplimiento contractual por CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», *cit.*, pp. 229 y ss.

es significativo que sea un presupuesto de aplicación del artículo 1484 que los vicios sean graves, haciendo impropia la cosa para el uso que se la destina, o disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.

La Ley de Ordenación de la Edificación subraya, con suma claridad, que las responsabilidades civiles que prevé en caso de que el edificio esté aquejado por vicios de construcción, no obstaculiza el posible ejercicio por los compradores de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, aunque sean extraordinariamente graves. A tal efecto, el artículo 17.9 dispone, en consonancia con lo afirmado precedentemente, que «las responsabilidades a que se refiere el artículo 17 se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa».

El único problema que plantea la aplicación de la normativa sobre la compraventa es que las acciones de saneamiento por vicios ocultos han de ejercitarse en el plazo de caducidad de seis meses, de conformidad con el artículo 1490. Pero si los vicios de construcción se patentizan dentro de ese plazo, no cabe duda de que, en lugar de hacer efectivas las responsabilidades que prevé el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, el comprador puede dirigirse contra el promotor-vendedor mediante el ejercicio de la correspondiente acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa. Parece, por tanto, que existe una clara compatibilidad, reconocida legalmente, entre las responsabilidades civiles por vicios de construcción que disciplina el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación y las que prevé la normativa del Código Civil en el marco de la compraventa, contempladas básicamente por los artículos 1484 y siguientes sobre el saneamiento por vicios ocultos.

La norma contenida en el artículo 17.9 procede de una enmienda (núm. 156) presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, a los efectos de adicionar un nuevo apartado (el 9) en el artículo 17¹⁶⁴. Su justificación se encuentra en incorporar los mecanismos jurídicos precisos para proteger los derechos del comprador del inmueble que lo compra al cabo de un tiempo de finalizada su

¹⁶⁴ Enmiendas: BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

construcción evitando alargar excesivamente las responsabilidades de los agentes intervinientes en el proceso de la construcción.

El señor Ortiz González, en representación del Grupo Parlamentario Popular ¹⁶⁵, considera que la enmienda 156 es obvia, no tiene ningún riesgo, pues se remite a la normativa de la compraventa del Código Civil. Lo digamos o no en la Ley de edificación, esta normativa será aplicable. Si el señor Recoder hace *casus belli* de este asunto, aceptamos la enmienda, pero nos parece que es incurrir en una obviedad innecesaria.

A nuestro juicio, no sobra la norma contenida en el artículo 17.9, aunque si la Ley de Ordenación de la Edificación no dijera nada sobre la posible aplicación de la normativa de la compraventa, es obvio, como señala el señor Ortiz González, que sería aplicable, por las razones expuestas anteriormente.

Como dice el señor Recoder, en defensa de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) ¹⁶⁶, ahora estamos en una época de bonanza económica y parece que las viviendas se venden sobre plano, pero ya llegará el día en que las constructoras y los promotores tendrán viviendas en stock y una vivienda que tarda tres años en llegar a su destinatario final, al comprador, quiere decir que la mayor garantía de la ley, la de diez años, ya ha quedado en siete nada más. Ciertamente es muy difícil poder encontrar una solución que sea justa y que no complique excesivamente el sistema de garantías de la ley. Por tanto, las remisiones refuerzan las garantías ya existentes en otro lado y creo que no están de más.

IX. LOS VICIOS O DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN QUE OCASIONAN DAÑOS MATERIALES NO CONTEMPLADOS POR LAS GARANTÍAS ANUAL DE PERFECTA TERMINACIÓN, TRIENAL Y DECENAL Y LA POSIBILIDAD DE EJERCITAR LAS ACCIONES TÍPICAS DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Teniendo en cuenta que la garantía anual de perfecta terminación se refiere a los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado, la garantía

¹⁶⁵ Diario de sesiones. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 709, de 15 de junio de 1999.

¹⁶⁶ Diario de sesiones. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 709, de 15 de junio de 1999.

trienal alude a los vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c) del artículo 3 y que la garantía decenal tiene que ver con los vicios o defectos que afecten a los elementos estructurales que comprometen directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, cabe pensar en la existencia de daños materiales en los edificios por vicios o defectos de construcción que escapen a la vez a la garantía anual de perfecta terminación, a la garantía decenal y a la garantía trienal, es decir, se trata de daños que no entren en las categorías precedentes, por no ser contemplados por las mismas, y que por esta razón la doctrina francesa denomina daños intermedios (*dommages intermédiaires*)¹⁶⁷.

Benabent¹⁶⁸ señala que en estas hipótesis, la responsabilidad contractual de derecho común se ha de aplicar: la misma sólo es descartada por las garantías específicas en sus dominios respectivos, pero conserva en lo restante su vocación general de telón de fondo.

Malinvaud y Jestaz¹⁶⁹ puntualizan que refiriéndose al caso de los daños intermedios, que no son cubiertos ni por la garantía bienal, ni por la garantía decenal, el Tribunal de Casación (Sección 3.^a), en sentencia de 10 de julio de 1978, ha decidido que en semejante caso la responsabilidad de los constructores puede ser declarada no sobre el fundamento del artículo 1792, sino por aplicación del derecho común de la responsabilidad contractual, es decir, por culpa probada.

Como observan Malinvaud y Jestaz¹⁷⁰, esta sentencia ha sido pronunciada en virtud de la aplicación de la normativa anterior a la Ley de 3 de enero de 1967, pero la jurisprudencia que ha instaurado tiene vocación para aplicarse bajo el imperio de la Ley de 3 de enero de 1967 y de la de 4 de enero de 1978.

A pesar de las fuertes críticas de los anotadores de la sentencia, el Tribunal de Casación ha mantenido firmemente esta jurisprudencia.

¹⁶⁷ BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, cit., p. 316; COLLART DUTILLEUL y DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, cit., p. 529; SAINT-ALARY y SAINT-ALARY HOUIN, *Droit de la construction*, cit., p. 165; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 102 y 146; BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 271; LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., p. 339.

¹⁶⁸ BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, cit., p. 316.

¹⁶⁹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 103.

¹⁷⁰ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 103, 104 y 146.

Sin embargo, el Tribunal de Casación, teniendo en cuenta las observaciones formuladas por la doctrina, ha precisado que, a pesar de su carácter de derecho común, esta acción está encerrada en el plazo de diez años a contar de la recepción desde el momento en que los desordenes hayan tenido su sede en las obras mayores. Sólo ocurriría otra cosa diferente en caso de culpa dolosa o exterior al contrato.

A juicio de Malinvaud y Jestaz¹⁷¹, el principio de esta responsabilidad residual está justificado, así como su limitación a diez años, pues sería singular que los constructores pudiesen estar obligados durante más tiempo por los vicios menores (treinta años) que por los vicios graves (diez años).

Evidentemente, no se excluye la responsabilidad contractual por defectos de conformidad, retrasos, etc., ni la responsabilidad delictual de derecho común¹⁷².

Boubli¹⁷³ considera que la garantía bienal podría aplicarse cuando el desorden no es grave y no afecta a un elemento de equipamiento.

El inventario de las situaciones contempladas por el legislador no es completo. Como en el pasado, subsisten los desordenes intermedios. En este caso, se puede hacer de la bienal una garantía residual, si se estima aberrante mantener una responsabilidad contractual de derecho común treintenial, o inicuo decidir que estos desordenes no dan lugar a ninguna garantía.

Como señalamos anteriormente, Huet¹⁷⁴ entiende que siendo de alcance muy amplio, la garantía de perfecta terminación cubre todos los tipos de defectos de la construcción que, en el pasado, podían difícilmente ser cubiertos por las garantías clásicas: así, los defectos de gravedad ligera e incluso los llamados daños intermedios, es decir, que no son contemplados ni por la garantía bienal ni por la garantía decenal. Por esto, el mecanismo contribuye, en gran medida, a hacer rara la necesidad de hacer jugar frente a los constructores una responsabilidad residual de derecho común, susceptible de colmar las lagunas del dispositivo legislativo.

En nuestro Derecho, el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación da base para defender esta solución, ya que se aplica «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales».

¹⁷¹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 104.

¹⁷² MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 146.

¹⁷³ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 248.

¹⁷⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1351.

En la elaboración de la Ley de Ordenación de la Edificación apenas se hace referencia, a pesar de su importancia jurídica, al significado de la expresión «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales», existiendo tan solo una enmienda de adición del Grupo Socialista del Congreso al texto del artículo 17.1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, que no tuvo éxito, la cual sirve, no obstante, para evidenciar la trascendencia jurídica que tiene la citada expresión. La enmienda de adición (núm. 118) dice así: Añadir un nuevo apartado 1 al comienzo del artículo 17, con el siguiente texto: «1. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidad civil, sin perjuicio de la que corresponda a otros órdenes jurisdiccionales.

La responsabilidad civil, contractual o extracontractual, se regirá por lo previsto en esta Ley, el Código Civil y las leyes especiales aplicables».

La enmienda tiene como motivación el introducir los principios generales del régimen jurídico de las responsabilidades y garantías que establece la Ley. Su colocación sistemática a la cabecera del artículo producirá la numeración sucesiva de los apartados actuales ¹⁷⁵.

La expresión «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales» implica que ha de aplicarse el régimen de la responsabilidad contractual (arts. 1094 y siguientes del Código Civil) cuando los vicios o defectos ocasionen daños no contemplados en las garantías anual de perfecta terminación, trienal y decenal, los denominados por la doctrina y la jurisprudencia francesas daños intermedios, sin que opere el sistema de responsabilidad objetiva y de aseguramiento obligatorio previsto en los artículos 17 y 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

También pensamos que durante los plazos de garantía previstos en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, cabe que los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división, puedan ejercitar las acciones típicas del régimen de la responsabilidad contractual, como, por ejemplo, la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil, si se cumplen los requisitos necesarios para ello, por los daños ocasionados en el edificio por vicios o defectos de construcción, en la medida en que existe un incumplimiento contractual. Así lo han evidenciado la jurisprudencia, de la que son fiel

¹⁷⁵ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

reflejo las SSTs de 8 de junio de 1998, 24 de septiembre de 1996 y 21 de marzo de 1996, y la doctrina¹⁷⁶. No faltan SSTs que han aplicado el artículo 1124 del Código Civil en caso de vicios determinantes de ruina que se han manifestado durante el plazo de garantía decenal que preveía el artículo 1591 del Código Civil (SSTs de 19 de febrero de 1970 y 28 de septiembre de 1987)¹⁷⁷. La STS de 15 de marzo de 1979, aunque accedió a la reducción del precio, admite la posibilidad de la utilización de las acciones del artículo 1124 del Código Civil cuando los vicios de la obra alcanzan tal grado de imperfección que la hagan impropia para satisfacer el interés del comitente.

Reproduce esta doctrina la STS de 3 de octubre de 1979¹⁷⁸ al decir que cuando los vicios de la obra revisten tal grado de imperfección que la hacen impropia para satisfacer el interés del dueño está permitido el ejercicio de la acción resolutoria con arreglo al artículo 1124 del Código Civil.

Hay que tener en cuenta que según nuestra jurisprudencia (SSTs de 15 de marzo de 1979, 3 de octubre de 1979, 23 de febrero de 1983, 29 de enero de 1991, 22 de septiembre de 1994 y 21 de octubre de 1998), en los supuestos en que no se aplica el régimen de la responsabilidad decenal, debido a que la obra adolece de defectos constructivos que no determinan su ruina (la STS de 22 de septiembre de 1994 habla de defectos constructivos menores denominados imperfecciones corrientes, que no generan la ruina del edificio construido), es aplicable el de la responsabilidad contractual, contenido en los artículos 1096, 1098 y 1101 y siguientes del Código Civil, sin que sea pertinente la aplicación por analogía de la normativa sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, ya que estamos en presencia de un supuesto de ejecución defectuosa por no ajustarse el cumplimiento a la pericia profesional exigible; las acciones edilicias sancionan un tipo específico de incumplimiento: el de la obligación de dar cosas sin defectos ocul-

¹⁷⁶ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, p. 353; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, *cit.*, p. 237; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, *cit.*, p. 366; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *cit.*, pp. 57 y ss.; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, *cit.*, p. 223; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, *cit.*, pp. 197 y 200 y ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, *cit.*, p. 1193.

¹⁷⁷ 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)», ADC. 1970, pp. 670 y ss.

¹⁷⁸ CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria», *cit.*, pp. 194 y ss.

tos, mientras que la infracción del contrato de obra representa un incumplimiento diferente: el «hacer mal» lo que se debió hacer bien. No parece razonable, por tanto, la aplicación de unos preceptos (básicamente el art. 1490 del Código Civil) que no presentan similitud de *ratio*. Además, la brevedad del plazo de caducidad de seis meses establecido por el artículo 1490 del Código Civil determinaría, en la práctica, la desprotección de los perjudicados¹⁷⁹.

Como hemos puesto de relieve, aunque se aplique el régimen de la responsabilidad contractual, los vicios o defectos de construcción habrán de patentizarse dentro del plazo de diez años a contar de la recepción de la obra para que pueda hacerse efectiva la responsabilidad del contratista o técnico que ha intervenido en el proceso de la edificación, ya que no tendría sentido que para los vicios más graves, los que afectan a la estabilidad del edificio, se aplicase el plazo de garantía decenal, y para vicios menos graves no se tuviera en cuenta este plazo de garantía ni ningún otro¹⁸⁰.

Si el vicio o defecto de construcción produce un daño en el edificio que encaja en el supuesto de hecho del artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, manifestándose después de transcurrido el pertinente plazo de garantía previsto en este precepto, el propietario perjudicado no podrá exigir resarcimiento con arreglo a las reglas generales de la responsabilidad contractual.

El artículo 17.1, en cuanto establece los plazos de prueba o garantía, dentro de los cuales ha de producirse el evento determinante de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, excluye la aplicabilidad de las reglas generales de responsabilidad civil de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, si el vicio o defecto de construcción productor del daño se muestra después del correspondiente plazo de garantía, y dicho daño no merece el calificativo de daño intermedio, cuyo significado expusimos anteriormente.

Esta solución se defiende, con toda razón, en torno al artículo 1591, párrafo 1.º del Código Civil. Como observa Gómez de la

¹⁷⁹ CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria.», *cit.*, pp. 208 y ss.; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º civil)», *cit.*, p. 1600; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, p. 353; Díez-PICAZO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1959», en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, Madrid, 1975, p. 127; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, *cit.*, p. 559; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, *cit.*, pp. 128-129; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, *cit.*, pp. 137-138.

¹⁸⁰ CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria.», *cit.*, pp. 212-213. Como observa Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO (*El contrato de obra. Su cumplimiento*, *cit.*, p. 121), por analogía con el régimen del artículo 1591 es preciso, para que el contratista quede sujeto a responsabilidad, que el vicio se manifieste dentro de un plazo de prueba o garantía.

Escalera¹⁸¹, la virtualidad del artículo 1591 impide al propietario del edificio acudir al artículo 1101 para obtener la indemnización del daño originado por el defecto de construcción ruinógeno, aparecido después de expirado el plazo decenal.

No se escapa que esta solución puede resultar en algunos supuestos injusta, en cuanto los constructores y técnicos por cuya culpa profesional se originó el defecto de construcción desencadenante del daño, transcurridos los diez años de la terminación del edificio, quedarán exonerados de responsabilidad. Sin embargo, la solución contraria conduce a un alargamiento excesivo, casi indefinido de la responsabilidad de los profesionales de la edificación que no se corresponde, en contrapartida, con la probabilidad real y efectiva de que después de aquellos diez años, el edificio llegue a presentar defectos de construcción productores de daños indemnizables.

Este criterio armoniza con el acogido por la normativa administrativa sobre las obras públicas (art. 149 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

X. EL CASO PARTICULAR DE LA ACCIÓN FUNDADA EN EL DOLO DEL AGENTE QUE INTERVIENE EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

En el Derecho francés se sostiene que el dueño de la obra puede accionar durante treinta años contra el arrendador de la obra que es considerado culpable de dolo (art. 2262 del Código Civil). La jurisprudencia ha formulado esta regla a propósito de dos hipótesis que son a menudo confundidas, pero que se basan en realidad sobre dos acepciones diferentes de la noción de dolo¹⁸².

En la primera hipótesis, el arrendador de obra ha provocado voluntariamente un defecto, no necesariamente con la voluntad de perjudicar, pero en todo caso con un perfecto conocimiento del hecho de que sus artimañas no podían dejar de producir un desorden a más o menos largo término. Se trata pues de una culpa voluntaria sino intencional.

¹⁸¹ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción*, cit., pp. 180-181.

¹⁸² MODERNE, «De l'incidence de la fraude et du dol sur la responsabilité des constructeurs à l'égard du maître de l'ouvrage», *Gaz. Pal.* 1976.1. *Doctr.* 297; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 150 y ss.

Se plantea la cuestión de saber si, conforme al derecho común, la culpa grave debe ser asimilada al dolo. Semejante asimilación podría privar de todo valor al plazo de dos o diez años en la medida en que las culpas benignas podrían ser consideradas como graves cuando los autores son profesionales. También el Tribunal de Casación exige firmemente una culpa cometida con un propósito deliberado, es decir, la culpa involuntaria, por grave que sea, no basta para excluir el plazo legal. El mismo decide, sin embargo, que la culpa grave hace perder al arrendador de obra el beneficio de las cláusulas de irresponsabilidad.

En la segunda hipótesis, el arrendador de obra que ha provocado un vicio, de manera voluntaria o no, disimula este vicio a fin de evitar que el dueño de la obra no actúe en el plazo de dos o diez años. El disimulo puede revestir la forma de un camuflaje material o de un engaño intelectual apto para minimizar el vicio a los ojos del dueño de la obra. Según los casos este disimulo será concomitante o posterior a la comisión del vicio. En la práctica, la comisión voluntaria del vicio es acompañada siempre por un disimulo, pero cuando el vicio resulta de un error involuntario, es en el momento de su revelación cuando el arrendador de la obra tendrá eventualmente la idea de disimularlo.

En una y otra hipótesis, el Tribunal de Casación descarta la garantía decenal basándose en que hay dolo o culpa exterior al contrato; el Tribunal de Casación justifica la aplicación de la prescripción treintenual por la idea de que el dolo es una culpa exterior al contrato, luego de carácter delictual, y que deriva por ello del artículo 1382 del Código Civil.

Boubli¹⁸³ pone de relieve la exterioridad de la culpa dolosa. La culpa intencional o dolosa de los constructores permite al dueño de la obra ejercer contra ellos la acción de responsabilidad delictual de derecho común. La culpa dolosa es considerada como exterior al contrato.

Se justifica generalmente esta solución subrayando que la culpa voluntaria modifica la naturaleza de la responsabilidad de acuerdo con el adagio *fraus omnia corrumpit*, comportando el dolo una intención maliciosa que permite pensar que el constructor se ha situado fuera de las coordenadas normales del contrato y de las garantías.

Esta solución no puede aplicarse cuando se trata de culpa grave. Por muy grave que sea la culpa, no basta para abrir la acción de res-

¹⁸³ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 313-314.

ponsabilidad delictual de derecho común. La culpa grave no es exterior al contrato.

Huet¹⁸⁴ subraya que el dolo, como el fraude, corrompe todo y justifica que sean descartados los plazos bienal y decenal. La culpa dolosa justifica una responsabilidad delictual.

Para Liet-Veaux¹⁸⁵, la responsabilidad postdecenal de un arquitecto o contratista tiene como único fundamento las maniobras dolosas cometidas por éste. Es la aplicación del viejo adagio *fraus omnia corrumpit*.

Aprobando la solución, un importante sector doctrinal critica esta motivación. Hace valer, no sin razón, que la culpa cometida en la ejecución de un contrato y frente al *partenaire* contractual no puede ser considerada como exterior al contrato por el hecho de que revista un carácter de particular gravedad. En este sentido, los autores invocan el principio de la no acumulación de los dos órdenes de responsabilidades y no dejan de recordar que el Tribunal de Casación se adhiere a su tesis cuando resuelve a propósito de un contrato diferente del de arrendamiento de obra. Así la Alta Jurisdicción se contradice sin que exista una razón válida.

Como observan Malinvaud y Jestaz¹⁸⁶, la aplicación del plazo treintenual puede justificarse sin que sea necesario abandonar el terreno de la responsabilidad contractual y recurrir al artículo 1382 del Código Civil. En caso de disimulo del vicio, es suficiente invocar la regla *contra non valentem*¹⁸⁷. En caso de defecto voluntario, se puede admitir, en virtud de una interpretación extensiva del artículo 1150 del Código Civil (equivalente al art. 1107 del Código Civil español), que la culpa voluntaria agrava la responsabilidad del contratante no solo en cuanto a su extensión —caso previsto en el artículo 1150—, sino también llegado el caso en cuanto a su duración. El autor del dolo perderá aquí, a título de sanción, el beneficio del plazo abreviado de los artículos 1792 y 2270 del Código Civil. En este sentido se ha pronunciado una sentencia (París, 28 de octubre de 1980), aunque hay que reconocer que permanece aislada.

La solución defendida por la doctrina y la jurisprudencia francesas en relación con el caso particular del dolo del constructor, difícilmente puede admitirse en el Derecho español, a fin de excluir la aplicación de los plazos de garantía establecidos en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, ya que sólo se tiene en

¹⁸⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», *cit.*, p. 1361.

¹⁸⁵ LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, *cit.*, p. 367.

¹⁸⁶ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, *cit.*, p. 152.

¹⁸⁷ CARBONNIER, «La règle «contra non valentem agere non currit praescriptio», *Rev. crit. leg. et jurisprud.*, 1937.155.

cuenta la existencia de daños materiales en el edificio por vicios o defectos de construcción, sin valorar si la conducta del agente que ha intervenido en el proceso de la edificación es dolosa o culposa. El dolo ciertamente agrava la responsabilidad del deudor, en relación con la extensión de la responsabilidad (cfr. art. 1107 del Código Civil), pero no parece que existan argumentos para evitar la aplicación de los plazos de garantía previstos en el artículo 17.1, rigiendo exclusivamente el plazo general de prescripción de las acciones personales de quince años del artículo 1964 del Código Civil.

XI. LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES OCASIONADOS EN EL EDIFICIO

En el Derecho francés, la Ley de 4 de enero de 1978 no dice cuál sea el contenido de la responsabilidad decenal y de la bienal, aunque la jurisprudencia ha precisado que se traduce en la obligación de resarcir los daños causados por las deficiencias de la obra. Son indemnizables todos los daños que se deriven del hecho del constructor responsable, incluidos los perjuicios morales, cualquiera que sea su importancia. Corresponde al juez de instancia apreciar soberanamente si procede la reparación *in natura* total o parcial, o una indemnización pecuniaria, admitiéndose la demolición y reconstrucción de la obra¹⁸⁸.

El artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división, de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos.

Esta responsabilidad, de carácter contractual, como señalamos anteriormente, implica, de conformidad con los artículos 1098 y 1101 y siguientes del Código Civil y normativa concordante de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los daños materiales deben ser reparados.

En la importante sentencia de 17 de marzo de 1995¹⁸⁹, el Tribunal de Casación afirma que el artículo 1591 del Código Civil impone primordialmente al contratista y a los técnicos (cuando todos ellos sean los responsables de los vicios ruinógenos, como aquí

¹⁸⁸ LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., p. 331.

¹⁸⁹ CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995», CCJC, 1995, núm. 39, pp. 925 y ss.

acontece) una obligación de hacer, un *facere*, consistente en reparar los daños derivados de la ruina, y sólo en el caso de que no lo hagan en el plazo que se les señale o lo realicen defectuosamente es cuando se mandará ejecutar a su costa, con la correspondiente indemnización del importe de lo ejecutado, conforme establecen los artículos 1098 del Código Civil y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No procede condenar a los demandados, como hace la sentencia recurrida, al pago de la cantidad en que fue tasado el importe de la reparación, todavía no realizada, de los daños del edificio, sino que han de ser condenados *prima facie* a que ellos efectúen la reparación *in natura*.

En relación con la reparación del daño, nuestro Tribunal Supremo considera que es preferente la reparación *in natura* sobre el cumplimiento por equivalente, de tal manera que el comitente (acreedor) no es libre para optar entre una y otro.

A nuestro juicio, no hay duda que la regla del cumplimiento en forma específica es la general en nuestro Derecho. Como subrayan Díez-Picazo y Gullón¹⁹⁰, el cumplimiento en forma específica ha de considerarse como la pretensión que el acreedor debe ejercitar principalmente, siempre que sea posible. No tiene más derecho que el de exigir el cumplimiento de la prestación prometida, no otra que sería su equivalente porque significaría introducir en todas las obligaciones un carácter facultativo, ni el deudor puede obligarle a acoger esto último cuando el primero es posible, porque no fue la prestación pactada. Tan subsidiario es para el acreedor exigir el equivalente como para el deudor el cumplir de esta forma.

En sentencia de 24 de abril de 1973, el Tribunal Supremo estima que, en tanto sea obtenible, el acreedor a lo que tiene derecho es al cumplimiento *in natura*, y éste es el que se le debe proporcionar por la propia decisión del Tribunal, tomada en puesto de la que no tomó el deudor (que se obstina en incumplir) y a expensas de él, quedando la indemnización de daños y perjuicios sólo para el caso de que dicho incumplimiento *in natura* sea imposible.

En análogo sentido la STS de 31 de octubre de 1981.

Con amplitud, la STS de 12 de noviembre de 1990 declara que la obligación de los daños y perjuicios que impone el artículo 1591 del Código Civil a los causantes de los vicios o defectos constructivos o de dirección y del suelo, determinantes de ruina funcional de lo edificado, es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato del artículo 1091 del citado Código, constituyendo aquélla una obligación de hacer que ha de

¹⁹⁰ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1999, p. 208.

ser cumplida de forma específica, de acuerdo con el artículo 1098 del Código, entrando en juego el cumplimiento por equivalencia, de carácter subsidiario, cuando el deudor no realiza la prestación debida o ésta deviene imposible; en este sentido se pronuncia la doctrina de esta Sala en sentencias de 12 de noviembre de 1976, 3 de julio de 1989 y 21 de octubre de 1990, estableciendo la citada de 1989 que en las obligaciones de hacer el acreedor puede exigir que esa prestación se realice de forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente aun contra la voluntad del deudor; así, el artículo 1098 del Código Civil dispone que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego el principio *nemo factum cogi potest* y la pretensión primitiva se transforma en la de indemnizar.

La reparación es garantizada de manera muy eficaz por la Ley de Ordenación de la Edificación, ya que el artículo 19 establece un sistema de seguros obligatorios de daños materiales o seguros de caución para garantizar el resarcimiento de los daños materiales causados por vicios o defectos de construcción que opera en relación con la garantía de perfecta terminación, la garantía trienal y la garantía decenal.

Cuando se trate del resarcimiento de los daños derivados de la incorrecta ejecución y terminación de las obras a los que se refiere el apartado 1.a) del artículo 19 (daños por vicios o defectos de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado de las obras), el seguro de daños materiales o seguro de caución podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por ciento del importe de la ejecución material de la obra.

Hay que tener en cuenta, no obstante, lo que dispone la Disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación.