

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 17 DE JUNIO DE 2021 (409/2021)**

**La responsabilidad del arquitecto técnico
en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre,
de Ordenación de la Edificación**

Comentario a cargo de:
MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA
Doctor en Derecho
Consejero de Cuatrecasas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JUNIO DE 2021

RoJ: STS 2352/2021 - **ECLI:** ES:TS: 2021:2352

ID CENDOJ: 28079119912021100012

PONENTE: EXCMO. SR. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Asunto: Nueva sentencia acerca de la responsabilidad del arquitecto técnico cuando el defecto o vicio constructivo es una imperfección en la ejecución material que, por su magnitud, afecta a toda la obra, concurriendo un fracaso generalizado de parte de la edificación.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *La responsabilidad del constructor.* 5.2. *La responsabilidad del director de obra.* 5.3. *La responsabilidad del director de ejecución de la obra.* 5.4. *La existencia del daño.* 5.5. *Los terceros intervinientes en el proceso.* 5.6. Conclusión. 6. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

Dos comunidades de propietarios afectadas por vicios constructivos en la pavimentación interior de las viviendas que afectaban a su habitabilidad y la promotora que las vendió y costeó las reparaciones más urgentes (en adelante, las “demandantes”) formularon demanda contra la empresa constructora (en adelante, la “demandada” o la “constructora”).

La recepción final por la promotora de las obras de uno de los edificios había tenido lugar el 7 de septiembre de 2005, y la recepción de las obras del otro el 15 de enero de 2006.

La defectuosa colocación o puesta en obra del pavimento interior (sola-do) –por su incorrecta adherencia– determinó que durante el periodo de garantía de tres años del artículo 17.1 b) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, “LOE”), computado desde la fecha de la recepción final, aparecieran en algunas viviendas de la promoción baldosas dañadas en las que eran visibles abombamientos, fisuras, roturas, levantamientos o despegues.

A la vista de lo anterior, y con base en los artículos 1101 del Código Civil y 17 de la LOE, las demandantes solicitaron que se condenara a la demandada al pago del coste de las obras de reparación, más los gastos de alojamiento y depósito de mobiliario durante su ejecución, así como al reembolso de las cantidades satisfechas por las demandantes para las reparaciones urgentes.

En particular, por medio de una ampliación de la demanda, las demandantes modificaron ligeramente las cuantías reclamadas por medio de su demanda inicial y solicitaron que se condenara a la constructora al pago de la cantidad de 15.170,52 € a la promotora, y de la cantidad de 1.290.827,40 € a las comunidades de propietarios.

La demandada formuló un incidente de intervención provocada de tercero con el fin de llamar a la causa al arquitecto y al aparejador o arquitecto técnico.

2. Solución dada en primera instancia

Previos los trámites procesales correspondientes, y practicada la prueba que había sido propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de L’Hospitalet de Llobregat dictó sentencia el 6 de noviembre de 2015, en la que acordó estimar parcialmente la demanda y condenar a la constructora a abonar: (i) la cantidad de 29.038,2 € a una de las comunidades de propietarios por los daños causados en seis viviendas; (ii) la cantidad de 116.152,8 € a la otra comunidad de propietarios por los daños causados en 24 viviendas; y (iii) la cantidad de 8.358,5 euros a la promotora por las cantidades que había invertido en las tareas de reparación. Todo ello por los defectos constructivos

aparecidos en el pavimento de las viviendas, afrontando cada parte el pago de sus respectivas costas y las comunes por mitad.

En relación con el incidente de intervención provocada de tercero en virtud del cual se había llamado a la causa al arquitecto y al aparejador o arquitecto técnico, la sentencia de primera instancia concluyó que no procedía dictar ninguna sentencia condenatoria ni absolutoria en relación con los mismos, y condenó a la constructora al pago de las costas.

3. Solución dada en apelación

La sentencia de primera instancia fue objeto de un recurso de apelación tanto por las partes demandantes como por la parte demandada, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de diciembre de 2017 estimó sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por las demandantes.

Resumidamente, la Audiencia Provincial concluyó que las patologías del pavimento afectaban a todas las viviendas de la promoción (84), y que dichas patologías debían entenderse producidas en todos los casos dentro del plazo de garantía de los tres años. La Audiencia Provincial argumentó que la causa de la existencia de dichas patologías había sido la forma y materiales empleados en la ejecución, que había sido la misma para la totalidad de la promoción, y que, por tanto, se trataba de un defecto generalizado, tanto si se había materializado el defecto en la vivienda, como si por el momento el vicio existía pero no se había materializado.

Por tanto, la sentencia de segunda instancia concluyó que, al afectar la patología del pavimento de forma generalizada a los dos edificios de la promoción, la aparición del defecto en las viviendas dentro del plazo de garantía imposibilitaba la preclusión del plazo de garantía en las viviendas en las que no se había materializado o exteriorizado el defecto de ejecución.

Por ello, de acuerdo con la sentencia de segunda instancia, dado que los defectos en el pavimento no eran simplemente puntuales, sino determinantes de un fracaso generalizado de la partida de obra, procedía acoger la pretensión indemnizatoria de sustitución integral de la totalidad de pavimentos de la promoción.

En consecuencia, la Audiencia Provincial condenó a la demandada a abonar: (i) la cantidad de 824.163,09 € a una de las comunidades de propietarios; (ii) la cantidad de 261.469,84 € a la otra comunidad de propietarios; y (iii) la cantidad de 15.170,52 euros a la promotora.

Adicionalmente, en relación con el incidente de intervención provocada de tercero, en virtud del cual se había llamado a la causa al arquitecto y al aparejador o arquitecto técnico, la sentencia de segunda instancia concluyó que:

a) No cabía atribuir responsabilidad al arquitecto superior porque *“el cambio del tamaño de las baldosas (de 25x25 cm a 41x41 cm) «per se no era en modo alguno inadecuado», y porque tampoco la modificación del trazado de los tubos de calefacción*

fue la causa de los despegues, abombamientos y roturas, ya que estos aparecieron en zonas en las que no discurría la instalación”; y

b) Tampoco cabía atribuir responsabilidad al arquitecto técnico o aparejador, ni por la mala elección del material de agarre, ni por la ausencia de adecuada supervisión de los trabajos de colocación del pavimento. En primer lugar, en cuanto a la mala elección del material de agarre, la sentencia de segunda instancia concluyó que *“no se probó que el mortero cola o adhesivo cementoso utilizado para pegar las baldosas, a pesar de su mayor tamaño, fuera inadecuado –cosa distinta es que pudiera haber otros más óptimos, de tipo químico, pero también más caros–, mientras que por el contrario sí se probó que los levantamientos, roturas y abombamientos de la baldosas tuvieron su causa exclusiva en la mala puesta en obra, por no seguirse las instrucciones del fabricante (folios 384, 385 y 392) que recomendaban doble encolado y pala dentada, juntas de dilatación y solera limpia, lo que solo era imputable a la constructora al ser trabajos propios del colocador –peón de obra u oficial 1.ª albañil o pavimentador–”. En segundo lugar, en cuanto a la falta de supervisión, la sentencia de segunda instancia concluyó que “la tarea de colocar el pavimento no entraña complejidad técnica que exija instrucciones de la dirección facultativa, y porque además los defectos en las juntas «se ubicaban en las juntas de colocación de las baldosas por la parte inferior no visible al tener el canto biselado la superior» (pág. 35 de la sentencia recurrida)”.*

4. Los motivos de casación alegados

La constructora interpuso recurso de casación con base en tres motivos.

En primer lugar, fundó el recurso de casación en la infracción del artículo 17.1.b) de la LOE, de acuerdo con el cual los agentes que intervienen en el proceso de edificación responderán *“[d]urante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad [...]”*. Estos requisitos de habitabilidad, de acuerdo con el artículo 3.1.c) de la LOE, comprenden los requisitos de *“[h]igiene, salud y protección del medio ambiente [...]”, de “[p]rotección contra el ruido [...]”, de “[a]horro de energía y aislamiento térmico [...], y “[o]tros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio”*.

En particular, la constructora argumentó que la sentencia recurrida concluía incorrectamente que la preclusión de la garantía no podía afectar a ninguna de las viviendas de la promoción en las que se consideraba acreditado el defecto (mala colocación del pavimento interior), con independencia de si se hubiese o no exteriorizado el defecto en este período. Según la constructora, si no se había materializado el defecto, no podía sostenerse que el mismo se hubiera producido dentro del plazo de garantía de tres años.

En segundo lugar, la constructora fundó el recurso de casación en una supuesta infracción del artículo 1902 del Código Civil, con el argumento de que

la sentencia de segunda instancia había condenado a la reparación de unos daños que no se habían producido, cuando el citado artículo y la jurisprudencia requiere que el daño esté acreditado y que sea real y efectivo, sin que sea indemnizable un mero daño eventual.

En tercer lugar, la constructora también fundó el recurso de casación en una supuesta infracción de los artículos 13.1 y 13.2.d) de la LOE, con base en que los defectos que se observaron en la colocación del pavimento fueron fruto de una deficiente colocación del material, por lo que, según la constructora, se produjo una falta de la debida supervisión de la obra que correspondía al aparejador o arquitecto técnico.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *La responsabilidad del constructor*

Como es conocido, los agentes que intervienen en el proceso de la edificación están sujetos al régimen de responsabilidades establecido en la LOE, que impone a cada uno de ellos la obligación de ajustarse a sus disposiciones y de obrar conforme a la *lex artis*.

En particular, el régimen de responsabilidad de los agentes de la edificación recogido en el art. 17 de la LOE se configura como un sistema de responsabilidad legal independiente y compatible con el sistema de responsabilidad contractual del Código Civil (“*sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*”, indica el precepto) aplicable en aquellos casos en los que exista un contrato entre el propietario o promotor y el agente de que se trate (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2013, RJ 2014/1021).

Con carácter general, no corresponde al promotor o dueño de la obra la prueba de las concretas causas de cada uno de los vicios constructivos observados, configurándose la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de edificación como una responsabilidad de naturaleza objetiva y solidaria, una vez demostrados los vicios en la obra.

En relación con lo anterior, si bien el artículo 17.2 de la LOE establece que “[l]a responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada”, el artículo 17.3 de la misma LOE establece que “[n]o obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente [...]”.

Sin embargo, en el caso de la sentencia objeto de comentario, los demandantes dirigieron su demanda directamente contra el constructor, reclamando frente a este la totalidad de los daños sufridos, y decidieron no dirigir su demanda contra el resto de los agentes que intervinieron en el proceso de edificación. Por este motivo, el constructor demandado formuló el incidente de

intervención provocada de tercero con el fin de llamar al proceso al arquitecto y al arquitecto técnico o aparejador, con los efectos a los que me referiré más adelante.

De acuerdo con el artículo 11.1 de la LOE, el constructor 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*”. Entre sus obligaciones principales, de acuerdo con el artículo 11.2.a) de la LOE, se encuentra la de “[e]jecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto”.

Partiendo de lo anterior, en el presente caso, las sentencias analizadas –la de primera instancia, la de segunda instancia, y la del Tribunal Supremo– coinciden en declarar la responsabilidad del constructor, con diferentes matices.

En particular, en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia objeto de comentario consta que, “[...] *según las especificaciones del fabricante del mortero o adhesivo, para su utilización correcta en esa clase de baldosas (i) era preciso asegurarse de que la solera estuviera limpia de polvo, yeso o restos de suciedad, (ii) debía realizarse un doble encolado, de la parte de la baldosa no esmaltada y del suelo, (iii) debía emplearse una plana dentada U9 –dientes de 9 mm–, y (iv) debían respetarse unas juntas de dilatación adecuadas –que sirven para eliminar o minimizar tensiones mecánicas–, teniendo en cuenta que la baldosa tenía el canto biselado por la parte superior pero no por la inferior*”.

Sin embargo, no se siguieron por el constructor tales especificaciones, “[...] *pues (i) la solera «estaba sucia con polvo y disgregado», (ii) no se hizo doble encolado, (iii) se empleó una plana dentada U6 –dientes de 6 mm–, y (iv) no se hicieron correctamente las juntas de colocación de las baldosas por su parte inferior no visible*”.

Por tanto, la responsabilidad del constructor es clara, en la medida en la que no puede sostenerse, a la vista del artículo 11.2.a) de la LOE, que el constructor ejecutara la obra “*con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto*”.

De hecho, el constructor también puede ser declarado responsable incluso en los casos en los que se hubiera limitado a ejecutar el proyecto o a cumplir con las instrucciones del director de obra, cuando pueda concluirse que debió haber puesto de manifiesto las deficiencias en las soluciones técnicas proyectadas u ordenadas por el director de obra.

A título de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de mayo de 2010 (AC 2010/1321) condenó al constructor por haber ejecutado conforme a un proyecto deficiente, sin haber puesto de manifiesto las deficiencias que afectaban al proyecto: “*En este caso, la constructora ejecutó conforme al proyecto pero no ejecutó conforme a la legislación aplicable [...], ni con la capacidad profesional o técnica que le era exigible como profesional de la construcción, porque no se percató, debiendo hacerlo, de las vibraciones durante la fase de excavación (y este es un hecho acreditado por el informe pericial de doña Edurne, no un juicio de valor), ni comu-*

nicó su existencia a la dirección facultativa para que ésta adoptara las medidas e impartiera las instrucciones necesarias para evitar la posterior transmisión de las vibraciones y ruidos al edificio, de modo que incumplió sus obligaciones profesionales y responde de los daños causados en el edificio (transmisión de ruidos y vibraciones)”.

En aquel caso, la Audiencia Provincial confirmó la responsabilidad de la constructora en los términos fijados en la sentencia dictada en la primera instancia, y declaró la responsabilidad de la misma “[...] *por defectos producidos al amparo del artículo 17.6 de la Ley de Ordenación de la Edificación razonando que, aunque respetara las previsiones del proyecto y todas las instrucciones de la dirección facultativa, resulta inconcebible [...] que, al efectuar las excavaciones para la construcción del muro perimetral de contención y de las cimentaciones, no advirtiera las vibraciones generadas por el paso de los trenes y transmitidas a través del terreno, máxime cuando se utilizó el sistema de bataches o tramos alternos, lo que necesariamente incrementa los tiempos de posible percepción de las vibraciones y, de haberlas percibido, su obligación era avisar de esta importante circunstancia a la dirección facultativa para poder adoptar de manera inmediata la adopción de medidas de protección en los elementos de la cimentación y de contención que iban a quedar en contacto directo con el terreno [...]”.*

5.2. *La responsabilidad del director de obra*

Como se ha expuesto previamente, la constructora demandada formuló un incidente de intervención provocada de tercero con el fin de llamar a la causa al arquitecto superior y al aparejador o arquitecto técnico.

De acuerdo con el artículo 12.1 de la LOE, “[e]l director de obra 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”.

Como ha declarado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, la función del director de obra tiene una importancia capital en cualquier obra. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8230) se refiere de forma específica, con cita de numerosas sentencias del mismo Tribunal Supremo, a las obligaciones que corresponden al arquitecto superior en su condición de director de obra.

En particular, en dicha sentencia se reitera que “*la responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra*» (STS de 27 de junio 1994 [RJ 1994, 6505]). Por ello, “*en la fase de ejecución de la obra le corresponde la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización, ajustada al Proyecto según la «lex artis»*” (STS de 28 de enero de 1994 [RJ 1994, 575]). Asimismo, “*al arquitecto le afecta responsabilidad en cuanto le corresponde la ideación de la obra, su planificación y superior inspección, que hace exigente una diligencia desplegada con todo el rigor técnico, por la especialidad de sus conocimientos*” (STS de 15 mayo de 1995 [RJ 1995, 4237], con cita de otras). En definitiva, “*corresponde al arquitecto, encargado de la obra por*

imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado [...], no bastando con hacer constar las irregularidades que aprecio, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria» (STS de 19 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8276]).

Adicionalmente, es el director de obra quien elige y es responsable de la elección de los materiales en la obra. Así lo declaró, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 (RJ 2010/4342).

En el caso objeto de comentario, fue el arquitecto superior, director de obra, quien eligió el material, es decir, las baldosas. Y la responsabilidad derivada de la utilización de este material sería imputable al mismo. Sin embargo, lo que concluye la sentencia de segunda instancia es que *“el cambio del tamaño de las baldosas (de 25x25 cm a 41x41 cm) «per se no era en modo alguno inadecuado».*

En particular, las baldosas inicialmente proyectadas tenían un tamaño de 25x25 cm, y después se eligieron piezas de 41x41 cm. Sin embargo, según se explica en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia objeto de comentario, el problema no fue este cambio de las baldosas inicialmente proyectadas –que sí sería responsabilidad del director de obra–, sino que, a pesar de modificarse las baldosas inicialmente proyectadas por otras diferentes, no se modificara también el material de agarre para las mismas, que tenía que ser también diferente.

Adicionalmente, la sentencia de segunda instancia concluyó que no cabía atribuir responsabilidad al arquitecto superior porque *“tampoco la modificación del trazado de los tubos de calefacción fue la causa de los despegues, abombamientos y roturas, ya que estos aparecieron en zonas en las que no discurría la instalación”.*

5.3. La responsabilidad del director de ejecución de la obra

La constructora demandada planteó el incidente de intervención provocada con el fin de llamar a la causa no solo al arquitecto superior, sino también al aparejador o arquitecto técnico como director de ejecución de la obra.

De acuerdo con el artículo 13.1 de la LOE, *“[e]l director de la ejecución de la obra 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”.*

Entre las obligaciones del director de ejecución de obra, se encuentra la de *“[d]irigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra” (artículo 13.2.c) de la LOE).*

Dirigir la ejecución material de la obra, en palabras de PORTO REY (2000, p. 113), *“[...] es dar órdenes, orientar, aconsejar a quien realiza el trabajo, no es ejecutar la obra. Por eso la construcción en general de la obra corresponde al constructor, y los replanteos, ejecuciones de partidas, ordenación de tajos, muestras, pruebas, etc., las hace el constructor y las verifica y comprueba el director de la ejecución de la obra”.*

Por tanto, como ha explicado ORTÍ VALLEJO (2004, p. 3638) el director de la ejecución de la obra responderá *“en primer lugar, de las deficiencias de los materia-*

les, como encargado que es de la recepción en obra de los productos de construcción [letra b)]; en segundo lugar, responderá –nada más y nada menos– que de la ejecución material de la obra, como director que es de su realización más primaria [letra c)], lo que significará en la práctica que su responsabilidad va a concurrir frecuentemente con el constructor”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2001 (RJ 2001/5151) concreta un poco más la importante función del director de ejecución de obra –aparejador o arquitecto técnico–, explicando lo siguiente: “Se recuerda que el Aparejador desempeña su profesión con una función propia y separada de la del Arquitecto y, en este sentido, no es ayudante de éste, sino colaborador técnico en las obras de arquitectura; y, tal como declara la doctrina jurisprudencial, las actividades de inspeccionar, controlar y ordenar la correcta ejecución de la obra le vienen impuestas por ley, pues es el profesional que debe mantener más contactos directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo, por lo que su responsabilidad concurrente se impone, y le alcanza cuando se produce no sólo mala ejecución de la obra, sino asimismo una defectuosa dirección de la misma; como también que la responsabilidad del Aparejador se deriva de las funciones que le son otorgadas, cuales son: a) inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas; b) ordenar la ejecución material de la obra; c) vigilar que la obra se efectúe con sujeción al proyecto y a las buenas prácticas de la construcción; y d) observar las órdenes e instrucciones del Arquitecto; todas cuyas funciones se resumen en dos: 1ª, estudio y análisis del proyecto; y 2ª, dirección de la ejecución material de la obra”.

En definitiva, al aparejador le corresponde la función de dirigir la ejecución material de la obra controlando cualitativa y cuantitativamente la construcción, e inspeccionando con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas.

Con base en lo anterior, la sentencia de segunda instancia concluyó que no cabía atribuir responsabilidad al arquitecto técnico o aparejador ni por la mala elección del material de agarre, ni por la ausencia de adecuada supervisión de los trabajos de colocación del pavimento. En particular, en cuanto a la mala elección del material de agarre, la sentencia de segunda instancia concluyó que “no se probó que el mortero cola o adhesivo cementoso utilizado para pegar las baldosas, a pesar de su mayor tamaño, fuera inadecuado [...]”.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo llega a una conclusión diametralmente opuesta a la vista de las pruebas practicadas. En particular, en el Fundamento de Derecho segundo, el Tribunal Supremo expone lo siguiente:

“4.3. Que a pesar de cambiarse el tamaño no se cambió el material de agarre, que siguió siendo un «adhesivo cementoso» de adherencia mecánica (de la marca Pegoland del grupo Puma, y de la clase C1), indicado para baldosas de absorción media-alta, pero que no consta que no fuera idóneo para el formato de baldosa elegido (de absorción media-baja), por más que existieran en el mercado otro tipo de morteros cola o adhesivos cementosos de tipo químico que daban un resultado mejor, pero que eran más caros;

4.4. Que según las especificaciones del fabricante del mortero o adhesivo, para su utilización correcta en esa clase de baldosas (i) era preciso asegurarse

de que la solera estuviera limpia de polvo, yeso o restos de suciedad, (ii) debía realizarse un doble encolado, de la parte de la baldosa no esmaltada y del suelo, (iii) debía emplearse una plana dentada U9 –dientes de 9 mm–, y (iv) debían respetarse unas juntas de dilatación adecuadas –que sirven para eliminar o minimizar tensiones mecánicas–, teniendo en cuenta que la baldosa tenía el canto biselado por la parte superior pero no por la interior;

4.5. Que no se siguieron tales especificaciones, pues (i) la solera «estaba sucia con polvo y disgregado», (ii) no se hizo doble encolado, (iii) se empleó una plana dentada U6 –dientes de 6 mm–, y (iv) no se hicieron correctamente las juntas de colocación de las baldosas por su parte inferior no visible;

4.6. Que una vez colocadas las baldosas no era posible corroborar que se hubieran instalado conforme a dichas especificaciones, no siendo posible en particular verificar si se habían respetado las juntas al afectar a la parte no visible”.

En consecuencia, de la valoración probatoria llevada a cabo por la sentencia del Tribunal Supremo resulta que el aparejador o arquitecto técnico sí debía ser declarado responsable en la medida en la que no inspeccionó correctamente la ejecución material de la obra.

En particular, a pesar de modificarse las baldosas inicialmente proyectadas por otras diferentes, no verificó que se modificara también durante la ejecución de la obra el material de agarre para las mismas, que tenía que ser diferente de acuerdo con la valoración probatoria llevada a cabo por la Sala.

El fundamento de la declaración de responsabilidad del arquitecto técnico se encuentra, en realidad, vinculado a su función de control y vigilancia de la ejecución material de la obra, de forma que, como concluye la sentencia objeto de comentario en su Fundamento de Derecho Séptimo, “[...] cuando el defecto o vicio constructivo es una imperfección en la ejecución material que, por su magnitud, afecta a toda la obra (como en nuestro caso ocurre con el vicio que afecta a la pavimentación interior de todas las viviendas de la promoción) el arquitecto técnico no puede eludir su responsabilidad, siendo esta una cuestión de carácter sustantivo-normativo”.

Con base en lo anterior, el apartado 2º del Fallo acuerda “[d]ejar sin efecto la declaración de ausencia de responsabilidad del arquitecto técnico [...]”. A su vez, en el Fundamento de Derecho Séptimo la sentencia objeto de comentario concluye que “[...] dado que en la sentencia recurrida se declara la falta de responsabilidad del arquitecto técnico, aunque ello luego no se traslade al fallo, esta sala de casación debe efectuar el pronunciamiento contrario, en el sentido de declarar la responsabilidad del arquitecto técnico en el fracaso generalizado de la pavimentación de las viviendas”.

5.4. La existencia del daño

Como se ha expuesto, los dos primeros motivos de casación planteados por la constructora fueron los siguientes: (i) la infracción del artículo 17.1.b) de la LOE, con base en que la sentencia recurrida concluía que la preclusión de la garantía no puede afectar a ninguna de las viviendas de la promoción

en las que se considera acreditado el defecto (mala colocación del pavimento interior), con independencia de si se hubiese o no exteriorizado el defecto en este período; y (ii) la infracción del artículo 1902 del Código Civil, con el argumento de que la sentencia de segunda instancia había condenado a la reparación de unos daños que no se habían producido, cuando el citado artículo y la jurisprudencia requiere que el daño esté acreditado y que sea real y efectivo.

El Tribunal Supremo desestima ambos motivos concluyendo, resumidamente: (i) que los materiales empleados en cada vivienda fueron los mismos en la totalidad de la promoción; (ii) que, por tanto, la ineficiente instalación del pavimento constituye un daño para cada uno de los titulares de las viviendas, con independencia de que se hayan manifestado o no los defectos; y (iii) que la subsanación o reparación de esos defectos –se hayan o no manifestado– tiene un coste cierto y evaluado económicamente.

En particular, la sentencia objeto de comentario cita la sentencia del mismo Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2014 (RJ 2014/3293), en la que declaró que “[...] *el menoscabo patrimonial padecido es no solo un vicio de la edificación sino un auténtico daño material por el infravalor de las viviendas*”, y que “*podemos deducir que estamos ante daños materiales en cuanto menoscaban esencialmente el patrimonio de los actores, al que someten a un peligro grave, cierto, objetivo y persistente [...]*”, de forma que “*el daño material es actual y no de futuro y compromete la resistencia y estabilidad potencialmente*”.

Finalmente, en el Fundamento de Derecho Primero consta que se reclama por las demandantes el reembolso del coste de algunas reparaciones urgentes que sí fueron ejecutadas, así como el “*pago del coste de las obras de reparación, más gastos de alojamiento y depósito de mobiliario durante su ejecución*”.

Sin embargo, no se hace referencia alguna a la cuestión relativa a si los demandantes solicitaron la reparación *in natura* con carácter previo a solicitar la indemnización de daños y perjuicios consistente en el coste de las obras de reparación. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8577) declaró que, en ciertas circunstancias, el acreedor puede realizar por sí o por otro la reparación de lo mal ejecutado por el deudor y reclamar al mismo tiempo el coste de tal prestación. Según esta sentencia, ello podrá suceder “*cuando resulte evidente que el obligado no va a cumplir, correctamente, la prestación de hacer que debe o cuando haya sido requerido a ejecutarla sin resultado positivo*”. Asimismo, como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005 (RJ 2005/5098), con cita de otras muchas sentencias también del Tribunal Supremo, “*el derecho a pedir el cumplimiento in natura no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar*” en aquellos supuestos en los que el perjudicado hubiera requerido infructuosamente al obligado para que procediera al cumplimiento.

En términos similares se pronunció, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004/898), que declaró que existen tres posibilidades para la satisfacción del derecho a la reparación del dueño de la obra: “*a) Obras de subsanación y reparación «in natura» a cargo del contratista y en*

su caso del promotor, técnicos y personas que resultasen condenadas, a fin de dejar el edificio en condiciones de seguridad y habitabilidad suficientes [...]; b) Reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas por la Comunidad de Propietarios en obras restauradoras de los vicios constructivos [...]; y Cuando se plantea demanda, como aquí sucede, para solicitar se fije cantidad determinada para que la Comunidad de Propietarios pueda afrontar por sí misma y atender al costo de los trabajos y actividades necesarias de consolidación, refuerzo y reparaciones en general en las zonas del inmueble afectadas por la situación de ruina que se denuncia [...].”

En relación con la segunda posibilidad –reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas–, y como explica CARRASCO (2010, pp. 1098 y 1099), “[p]refinanciar la reparación antes del proceso en el que el constructor o promotor resulten condenados tiene costes para el actor. El primero es que se hace desaparecer la evidencia de los defectos, que el actor tendría que probar para reclamar posteriormente del demandado. Será preciso entonces que el actor deje convenientemente preconstituída la prueba para el futuro [...]. El segundo riesgo es el de financiar una reparación teniendo que disponer de los fondos propios y recursos de la comunidad de propietarios actora [...]. El tercer riesgo es el propio del nuevo contrato que celebró con el tercero para que éste se hiciera cargo de la reparación en especie. Este contrato está sujeto a los avatares de un posible incumplimiento por el nuevo obligado [...].”

A la vista de lo anterior, la tercera posibilidad –la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios equivalente al coste de la reparación– puede resultar especialmente atractiva para el demandante en los casos en los que –como sucede en este caso– los defectos de ejecución en el pavimento ni siquiera se habían materializado o exteriorizado en numerosas viviendas en el momento de la presentación de la demanda.

5.5. Los terceros intervinientes en el proceso

Como se ha expuesto, la constructora también fundó el recurso de casación en una supuesta infracción de los artículos 13.1 y 13.2.d) de la LOE, con base en que se produjo una falta de la debida supervisión de la obra que correspondía al aparejador o arquitecto técnico.

Dado que el aparejador o arquitecto técnico no había sido demandado por los demandantes, que decidieron dirigir su demanda únicamente contra la constructora, fue la propia constructora la que planteó un incidente de intervención provocada de tercero con el fin de que la demanda fuera también notificada a otros agentes que intervinieron en la edificación (el arquitecto y el arquitecto técnico o aparejador).

En particular, la Disposición Adicional Séptima de la LOE establece lo siguiente: “Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso [...].”

Partiendo de lo anterior, ya se ha expuesto que la sentencia del Tribunal Supremo objeto de comentario concluye que el aparejador o arquitecto técnico es responsable en la medida en la que no inspeccionó correctamente la ejecución material de la obra.

Sin embargo, queda por determinar la eficacia jurídica de la declaración de responsabilidad del arquitecto técnico contenida en una sentencia que dimana de un proceso en el que dicho arquitecto técnico nunca tuvo la condición de parte demandada, sino únicamente de parte interviniente.

En su sentencia de 28 de julio de 2020 (RJ 2020/2676), el Tribunal Supremo concluyó que los terceros “*no se habían constituido formalmente en parte demandada*”, y “*al no postular la comunidad de propietarios actora que la demanda se dirija contra ellos*”, no es factible “*su absolución o condena*”. No obstante, “*los referidos terceros quedarán vinculados por las declaraciones que se hagan en la sentencia de apelación a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrán alegar que resultan ajenos a lo ejecutado*”.

Por tanto, como ha explicado ORTÍ VALLEJO (2014, p. 796), el tercero en el proceso “*no podrá alegar ni, consecuentemente, aportar prueba que contradiga el juicio de la sentencia dictada en el proceso en el que intervino o tuvo la oportunidad de intervenir*”. Además, “*es imposible despachar ejecución contra el que es mero tercero interviniente al que el actor no ha dirigido o ampliado la demanda (al igual que el tercero que siendo llamado, no comparece), no pudiendo aparecer como condenado ni como absuelto*”.

En consecuencia, la declaración de responsabilidad del arquitecto técnico contenida en la sentencia objeto de comentario constituye el presupuesto previo para que la constructora pueda ejercitar el derecho de regreso o repetición del que se crea asistida frente al director de ejecución de obra corresponsable de los defectos de obra, el cual quedará vinculado por las declaraciones contenidas en la sentencia en la que tuvo la condición de interviniente.

5.6. Conclusión

La sentencia de 17 de junio de 2021 reitera una jurisprudencia constante en relación con la responsabilidad de los agentes de la edificación y, en particular, en relación con la responsabilidad del director de ejecución de la obra.

De acuerdo con dicha doctrina jurisprudencial, el director de ejecución de obra asume una importante función de vigilancia de la ejecución material de la obra, lo que implica que proceda declarar su responsabilidad en los casos en los que la imperfección en la ejecución material afecte a la obra de forma generalizada, existiendo un fracaso generalizado de parte de la edificación.

Adicionalmente, esta sentencia pone de manifiesto la utilidad de la intervención provocada regulada en la Disposición Adicional Séptima de la LOE, con base en la cual quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en la LOE podrá solicitar que la demanda se notifique a otros agentes que hubieran intervenido en el proceso de edificación pero no hubieran sido demandados.

En la práctica, es habitual que el demandante que ha sufrido daños y perjuicios derivados de defectos constructivos dirija su demanda contra todos o varios de los agentes que intervinieron en el proceso de la edificación, y que, al amparo del artículo 17.3 de la LOE, solicite que el órgano judicial declare la responsabilidad solidaria de todos o algunos de ellos alegando que no puede individualizarse la causa de los daños o que ha quedado probada la concurrencia de culpas sin que pueda precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido.

Sin embargo, en ocasiones, el demandante puede preferir demandar a uno solo de los agentes de la edificación, por entender que está clara la causa de los defectos constructivos, o por motivos de estrategia procesal. En estos casos, como el que es objeto de la sentencia de 17 de junio de 2021, el demandado –en este caso, la constructora– puede solicitar la intervención en el proceso de otros agentes de la edificación, e intentar que la sentencia que se dicte –que no puede contener un pronunciamiento condenatorio ni absolutorio en relación con esos intervinientes al no haber sido demandados– se limite a declarar su responsabilidad.

La consecuencia será que, si el demandado resulta condenado, y sin perjuicio de la ejecución de la sentencia por el demandante, el demandado podría iniciar un nuevo proceso ejercitando un derecho de regreso o repetición contra el interviniente con el fin de que en el mismo se dilucide el grado de intervención del último en el daño producido y la parte de los daños de la que, en su caso, debería responder.

6. Bibliografía

- CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1098 y 1099.
- ORTÍ VALLEJO, *La responsabilidad civil en la edificación*, en REGLERO CAMPOS y BUSTOS LAGO (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 796.
- ORTÍ VALLEJO, *Aspectos de la responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, en GONZÁLEZ PORRAS y MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 3637.
- PORTO REY, *Aspectos técnicos de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación*, Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 434 a 449.
- YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General: Delimitación y Especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 434 a 449.