



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La Responsabilidad de los Intervinientes en el Proceso Constructivo

Presentado por:

Pablo González Lucas

Tutelado por:

Fernando Crespo Allue

Valladolid, 12 de Julio de 2019

RESÚMEN

En este trabajo se analiza la responsabilidad civil de los agentes intervinientes en el proceso constructivo, cuyo marco regulatorio se encuadra en de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, que sustituyó al régimen normativo anterior del art. 1591 del Código Civil.

En esta norma se proclama una responsabilidad civil de carácter legal, sin perjuicio de otras responsabilidades contractuales, estableciendo los presupuestos que conducen a su exigencia. Se delimitan los daños indemnizables en función de los defectos que los han causado. Se determina también la legitimación activa y pasiva, dentro de esta última se realiza una enumeración de los Agentes de la Edificación. Y se señalan los presupuestos temporales en los cuales ejercitar la acción. Todo ello es objeto de estudio.

Finalmente se realiza un examen de la imputación de dicha responsabilidad por parte de los Tribunales, a través de un metódico análisis de la jurisprudencia existente en esta materia.

PALABRAS CLAVE

Agente de la edificación, Responsabilidad legal, Responsabilidad solidaria, daño indemnizable, garantía, prescripción.

ABSTRACT

In this work, it is analyzed the civil responsibility of the participating agents in the structural process, whose regulatory framework it is found in the Building Ordinance Law of 1999, which substitutes the precedent normative regime of the Civil Code Article 1591.

In this Law it is announced a legal nature responsibility, notwithstanding other contractual responsibilities, establishing the assumptions that lead to its exigence. Recoverable damages, the imperfection that have caused them, and reparation content are delimited. It is also delimited the active and passive legitimization, inside of this last one an enumeration of the Building agents is made. Temporal presupposition in which exercise the actions are pointed out. All of this is object of the study.

Finally, an exam of the imputation of that responsibility by the Tribunals is made, through a methodical analysis of the existing case-law in this subject.

KEY WORDS

Edification agent, legal responsibility, joint and several responsibility, recoverable damage, warranty, prescription.

INDICE

INTRODUCCIÓN

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

- 1.1. Entrada en vigor
- 1.2. Sobre la vigencia del art. 1591 CC

2. ÁMBITO OBJETIVO

- 2.1. Daños resarcibles
 - 2.1.1. Daños materiales
 - 2.1.2. Causados en el edificio
 - 2.1.3. Tutela jurídica de otros daños
- 2.2. Clases de defectos constructivos
 - 2.2.1. Defectos estructurales
 - 2.2.2. Defectos de habitabilidad
 - 2.2.3. Defectos de terminación o acabado
- 2.3. Contenido de la reparación

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

- 3.1. Propietarios y terceros adquirentes
- 3.2. Comunidades de propietarios sujetas al régimen de propiedad horizontal

4. LEGITIMACIÓN PASIVA

- 4.1. Enumeración de sujetos responsables
- 4.2. Enumeración ejemplificativa o estricta
- 4.3. Examen de los sujetos responsables
 - 4.3.1. El promotor
 - 4.3.2. El constructor
 - 4.3.3. El proyectista
 - 4.3.4. El director de obra
 - 4.3.5. El director de la ejecución de la obra

- 4.3.6. Los suministradores de productos, entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación

5. RESPONSABILIDAD

- 5.1. Imputación de la responsabilidad
- 5.2. Solidaridad
- 5.3. Litisconsorcio pasivo necesario
- 5.4. Intervención procesal
- 5.5. Acciones de regreso

6. PRESUPUESTOS TEMPORALES

- 6.1. Plazos de garantía
- 6.2. Cómputo del plazo de garantía
- 6.3. Plazo de prescripción
- 6.4. Interrupción de la prescripción

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es realizar un análisis sobre la responsabilidad civil de los agentes intervinientes en el proceso constructivo que se contiene en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Esta Ley trata de regular de una manera amplia y completa los aspectos esenciales del proceso edificatorio, determinando las obligaciones y responsabilidades de los distintos agentes que participan en el mismo, superando la insuficiente regulación anterior, que en materia de responsabilidad –la llamada responsabilidad decenal- se establecía en el art. 1591 del Código Civil. Este precepto ha sido objeto de un extenso desarrollo jurisprudencial, que ha formado una doctrina consolidada y progresiva adaptada a la realidad social, cuyas aportaciones (como el concepto de ruina funcional, la solidaridad de los sujetos, la inclusión del promotor, el plazo de garantía y de prescripción, entre otros) han sido tomadas en cuenta por el legislador en la vigente Ley.

Se han dejado al margen de este trabajo otras responsabilidades exigibles a los sujetos que intervienen en la construcción, como las de carácter contractual cuando entre el perjudicado y el responsable media un contrato (obra, compraventa), que la propia norma excluye de su contenido regulatorio, aunque su reclamación es compatible con la responsabilidad legal, así como la responsabilidad extracontractual o aquiliana de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil que puede deducir el perjudicado cuando se carece de vínculo contractual con el responsable. Tampoco se ha analizado la responsabilidad del art. 1591 del Código Civil, que sigue aplicándose respecto de las obras previas a la vigencia de la Ley de Ordenación de la Edificación, aunque si se ha analizado la polémica de su derogación o no.

Este trabajo ha pretendido un análisis eminentemente práctico de los presupuestos que determinan esta responsabilidad de origen legal, que nace del incumplimiento de los agentes de las obligaciones que expresamente les impone la ley con independencia de que no mantengan vínculo contractual con el perjudicado. Entre los presupuestos se examinan los de carácter objetivo, en el que se analizan los daños que son indemnizables al amparo de este régimen especial, la clasificación de los defectos constructivos que los han causado, y el contenido de la reparación.

Seguidamente se incluyen los presupuestos subjetivos, relativos a la legitimación para reclamar la indemnización, haciendo especial mención a las comunidades de propietarios y la jurisprudencia aplicable. En la vertiente pasiva de la legitimación se enumeran los agentes de la edificación que nominalmente se relacionan en el art. 17 LOE, y se estudia la polémica referente a si es una enumeración estricta o cabe comprender en su ámbito subjetivo a otros agentes a mayores de los referidos en la norma. Se hace también un examen particular de cada uno de los agentes de la edificación, con las cuestiones que en cada uno son más específicas en materia de responsabilidad.

En el trabajo se abarcan los presupuestos temporales relativos al ejercicio de la acción para exigir esta clase de responsabilidad, diferenciando los plazos de garantía y de prescripción y su respectivo cómputo, así como la interrupción y el alcance de sus efectos para los demás agentes.

Finalmente se expone la imputación de la responsabilidad con arreglo al criterio prevalente de individualización y la aplicación subsidiaria de la solidaridad, los casos de exclusión de esta responsabilidad, la repercusión en el proceso judicial de situaciones de pluralidad de litisconsortes y el llamamiento de terceros, y las acciones de repetición que se deducen en la relación interna entre los agentes de la edificación.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1.1.- Entrada en vigor

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) establece en su Disposición transitoria primera que, será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor, que se produjo – según Disposición final cuarta- a los seis meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", esto es, el 6 de mayo de 2000. Hasta este momento el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad legal por vicios constructivos se regulaba en el art. 1591 del Código Civil; es la denominada “responsabilidad decenal” por ruina de un edificio por vicios de la construcción, que fijaba un plazo de garantía de diez años siguientes a la terminación de la obra, en la que si se produce la ruina (en una amplia acepción fruto de la interpretación jurisprudencial comprensiva de la ruina total o parcial, actual o potencial, física o funcional), se atribuía la consiguiente responsabilidad civil a los diferentes sujetos intervinientes en el proceso de edificación, concepto que también la jurisprudencia extendió a todos los partícipes (promotor, constructor, dirección técnica, subcontratistas, proveedores y colaboradores), no limitándolos al contratista y arquitecto que mencionaba expresamente el precepto. El plazo para reclamar la reparación de los daños era de quince años. Este régimen difiere del previsto en la LOE, planteándose si esta nueva norma derogó el art. 1591 CC.

1.2.- Sobre la vigencia del art. 1591 CC

Suscita controversia la subsistencia del art. 1591 CC, ya que la LOE no lo derogó expresamente. Su Disposición derogatoria primera precisa que “Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley”. La polémica surge sobre si puede entenderse tácitamente derogado el art. 1591 con arreglo a la mencionada disposición.

Los partidarios de la postura negativa -O` Callaghan¹, Almagro Nosete²-, para los que el art. 1591 CC no está derogado, se basan en que la normativa de la LOE es más restringida por lo que sería aplicable el art. 1591 CC a varios supuestos: a) para las obras de edificación de nueva construcción excluidas de la LOE (“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” -art.2,2,a-); b) a los daños que no están cubiertos por la LOE que se ciñe a los materiales, por lo que los demás daños como los personales, morales o perjuicios, serían resarcibles por el art. 1591 CC; c) este artículo contempla una responsabilidad contractual en su apartado segundo frente al contratista, que el art. 17,1 LOE deja al margen.

Los que apoyan la postura positiva –Seijas Quintana, J.A³, González Pérez, J.⁴- entienden que el art. 1591 CC está derogado tácitamente, dado que ambas normativas regulan la misma materia de forma incompatible, e incluso contiene la LOE la regulación expresa de un régimen transitorio que permite sostener que hay un antes y un después en esta materia, por lo que la ley posterior deroga a la anterior.

La jurisprudencia no se ha pronunciado expresamente sobre la cuestión, sin embargo se ha ocupado sobre los criterios interpretativos acerca de la posible aplicación retroactiva de la LOE a obras y procesos constructivos regulados por el art. 1591 CC, en lo que respecta al plazo de prescripción de acciones manteniendo la subsistencia del mismo. La STS de 4 de octubre, que sigue el criterio contenido en las SSTs de 22 de marzo de 2010 y 19 de abril de 2012 declara que *“Es cierto que la Ley de Ordenación de la Edificación contiene un plazo específico de prescripción diferente al que el Código Civil asocia a la acción nacida del artículo 1591 , pero también lo es que en aquella se establece un sistema de responsabilidad distinto e incompatible con el régimen jurídico del artículo 1591 CC , que no es posible fraccionar para aplicar a la responsabilidad decenal el plazo de prescripción que delimita tales responsabilidades y garantías, entendiendo de una forma*

¹ O` Callaghan X. “La Responsabilidad de los agentes de la construcción”. Estudios de Derecho Judicial nº 47. Consejo General del Poder Judicial. Año 2003. Pág. 493

² Almagro Nosete, J. “Algunas cuestiones procesales”. En Derecho de la Edificación. Coord. Sala Sánchez, P. Ed. Bosch, 2ª Edición, 2001. Pág. 261.

³ Seijas Quintana, J.A. “Aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y Jurisprudencia” . Estudios de Derecho Judicial nº 108. Consejo General del Poder Judicial. Año 2006. Pág. 25.

⁴ González Pérez, J. Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación. Ed. Civitas, Madrid, 2000, Pág. 579.

simple que este "término especial", a que se refiere el artículo 1964, es el previsto en el artículo 18 de la LOE y que es posible trasladarlo a una acción distinta, cuando además existe una norma específica de Derecho transitorio en la Ley de Ordenación de la Edificación -Disposición Transitoria Primera - que acota su aplicación salvo en materia de expropiación forzosa, a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor, excluyendo por tanto su aplicación retroactiva. Este particular régimen transitorio de la LOE, ha hecho que en la actualidad subsistan dos regímenes diferenciados de responsabilidad: el que se establece a partir de la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil , para las obras cuyos proyectos se había solicitado licencia de edificación con anterioridad al día 5 de mayo de 2000, y el posterior a esta fecha. El primero regido por el artículo 1591 del CC. El segundo por el artículo 17 de la LOE. Y una cosa es que aun no siendo directamente aplicable esta Ley a los casos surgidos con anterioridad a su entrada en vigor, se tengan en cuenta principios esenciales para interpretar de forma adecuada la responsabilidad establecida en el artículo 1.591, y otra distinta aplicar directamente una normativa prevista para otros casos. Lo contrario supone crear un problema donde no lo había, ni debía haberlo, dotando al sistema de una indudable inseguridad jurídica”.

La doctrina jurisprudencial expuesta apunta a que el régimen normativo posterior introducido por la LOE es distinto e incompatible con el anterior contenido en el art. 1591 CC, por lo que, debe entenderse el efecto derogatorio de aquel. Es más, las mencionadas sentencias que lógicamente por el efecto transitorio mantienen el plazo prescriptivo de la regulación anterior, admiten que se tengan en cuenta principios esenciales de la LOE para interpretar de forma adecuada la responsabilidad establecida en el art. 1.591 CC.

2. ÁMBITO OBJETIVO

2.1.- Daños resarcibles al amparo de la LOE

2.1.1.- Daños materiales

La responsabilidad de los intervinientes en el proceso constructivo en el régimen de la LOE se extiende estrictamente a los “daños materiales ocasionados en el edificio” por los vicios o defectos constructivos que clasifica en tres apartados. Al ceñirse a los daños materiales no son indemnizables con amparo en el art. 17 LOE otros daños aunque sean el resultado de deficiencias constructivas como los corporales o morales que se hayan producido a las personas sean propietarios o terceros; ni los perjuicios económicos como el lucro cesante por la privación de uso del edificio o paralización de una actividad que en el se desarrolle, o los gastos por desalojo o pérdida de rentas; ni tampoco son resarcibles por esta régimen los daños materiales que no estén causados al propio edificio, por lo que quedan fuera de su cobertura los daños a edificios colindantes, o a otros bienes muebles (mobiliario, vehículos...). Como precisa Estruch Estruch, J.⁵, lo único que podrá reclamarse a través de esta Ley es la pura reparación de las imperfecciones constructivas que existan en el propio edificio y que, además sean consecuencia de los vicios o defectos constructivos a los que se refiere el art. 17,1. Esta limitación en el ámbito material al que se extiende la responsabilidad, se confirma en el art. 19,9 LOE al regular el contenido mínimo obligatorio de las garantías de los seguros que cubren los daños materiales, en el que se establece “9. 9. Salvo pacto en contrario, las garantías a que se refiere esta Ley no cubrirán: a) Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley. b) Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio. c) Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.”.

2.1.2.- Causados en el edificio

En cuanto a qué debe de entenderse por “edificio” en el que se producen los daños materiales por los que se ha de responder, nos lo indica el art. 2 LOE, como construcción

⁵ Estruch Estruch, J. Régimen jurídico de los daños y perjuicios derivados de los vicios de la construcción exigibles tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación. Estudios de Derecho Judicial nº122. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007. Pág.127-131.

de carácter permanente, público o privado, cuyo uso esté comprendido en alguno de los que define el precepto⁶ de forma muy amplia, al punto de que incluye una cláusula de cierre que admite cualquier uso aparte de los relacionados en la norma. La obra de edificación que puede dar lugar a responsabilidad puede ser de nueva construcción, como también las intervenciones totales o parciales sobre edificios existentes siempre que alteren su configuración arquitectónica, esto es, que como define la norma, produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio (como pueden ser las pistas deportivas, piscinas etc). La LOE menciona también en su apartado 2 c) a obras que tengan el carácter de intervención total o parcial en edificaciones catalogadas o que dispongan de protección medioambiental o histórico-artística, sin requerir como en los casos anteriores que afecten a su configuración arquitectónica dada la singularidad de estas edificaciones dotadas de especial protección.

Se exceptúan del ámbito de aplicación de la LOE las “obras menores”, definiéndose como tales, 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.

En cuanto a la obra de rehabilitación, reforma o ampliación de una edificación ya construida, que es lo que en la terminología del precepto señala como intervención total o parcial, están sujetas a la responsabilidad regulada en la LOE. Sin embargo –precisa González Poveda, P.⁷ - en lo relativo a la “obra de reparación” que no altere la configuración arquitectónica del edificio, sino que solamente se dirija a eliminar o corregir los defectos de la cosa debidos a su mala ejecución, uso de la misma o al paso del tiempo, no podrán dar lugar a la responsabilidad sancionada en el art. 17 LOE.

⁶ Establece el art. 2,1 LOE que “Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural. b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores”.

⁷ González Poveda, P. Derecho de la edificación, Ed. Bosch, 2ª Edición 2001. “La Responsabilidad Civil de los Agentes Intervinientes en la Edificación”. Pág. 249.

2.1.3.-Tutela jurídica de otros daños

Por lo demás, que no sean exigibles conforme a la LOE otros daños que los estrictamente materiales del edificio, no excluye que el perjudicado pueda recurrir a otras vías de resarcimiento para obtener la reparación integral, como pueden ser las referentes a la responsabilidad contractual (Arts. 1101 y 1124 del Código Civil) o extracontractual (art. 1902 y 1903 del Código Civil), sometidas a su propia disciplina jurídica (presupuestos, plazos prescriptivos, sujetos responsables, prueba...), y que el art. 17, 1 y 9 LOE deja al margen, lo cual no es obstáculo a su ejercicio acumulado en una misma demanda, como reiteradamente ha admitido la jurisprudencia al afirmar la compatibilidad entre una y otras acciones, por ejemplo en la STS de 11 de octubre de 2006: *“En el caso de existencia de defectos constructivos constitutivos de ruina – sea física, potencial o funcional –, la doctrina jurisprudencial admite la compatibilidad de las acciones (SS. 30 de septiembre de 1986, 27 de enero de 1999, 30 de junio 2005) para obtener la satisfacción del interés lesionado, de tal modo que el perjudicado legitimado puede optar por la acción que considere más conveniente a sus intereses, pues en ningún precepto legal se exige plantear una de ellas con carácter preferente a otra”*. O en la STS de 15 de junio de 2016 que reproduce la sentencia de 2 de febrero de 2012: *“como de forma expresa se autoriza a partir de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre, al regular la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación y disponer en su artículo 17.7 que “(sin) perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes...”, admitiendo de forma expresa, la coexistencia de la responsabilidad derivada del contrato o contratos que vinculan a las partes y la que impone la Ley especial (SSTS 2 de octubre 2003, 28 de febrero y 21 de octubre de 2011).”*.

2.2.-Clases de defectos constructivos

Para que surja la responsabilidad regulada en la LOE además de que se hayan causado daños materiales en el edificio, es necesario que estos deben estar originados por vicios o defectos constructivos que han de aparecer dentro de determinados plazos en función de su gravedad. Ha de tenerse en cuenta como parámetro de referencia para calibrar la deficiencia constructiva, el Código Técnico de la Edificación (CTE)⁸ aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, al que habilitaba la disposición final segunda

⁸ Real Decreto 314/2006, de 17 de Marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, modificado posteriormente en seis ocasiones, la última de ellas en 2013.

de la LOE, como marco normativo en el que se establecen las exigencias básicas que deben cumplirse en los edificios, en relación con los requisitos relativos a la seguridad y habitabilidad, contenidos en el art. 3 LOE. El art. 5 CTE para asegurar que un edificio satisface los requisitos básicos de la LOE previene que “Serán responsables de la aplicación del CTE los agentes que participan en el proceso de la edificación, según lo establecido en el capítulo III de la LOE”.

2.2.1.- Defectos estructurales

A estos se refiere el art. 17,1,a) LOE como “los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio”. Constituyen incumplimiento de los requisitos básicos de seguridad estructural a que se refiere el art. 3,1,b) LOE y que se detallan en los arts. 10 y 11 CTE.

Por tanto, para que nazca la responsabilidad por esta clase de daños que son los más graves será necesario que concurren dos factores: 1º) que los vicios o defectos originen de los daños afecten a elementos estructurales del edificio; y 2º) que a consecuencia de estos vicios se comprometa la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. La falta de cualquiera de estos dos presupuestos hace que el daño no pueda clasificarse en este apartado, aunque puede incluirse en los restantes supuestos del art. 17.1 LOE

En cuanto al primero de los presupuestos, el artículo hace una enumeración ejemplificativa de que son elementos estructurales, en los que puede incluirse cualquier otro que merezca ese calificativo arquitectónico. El vicio o defecto puede no estar originado en el propio elemento estructural pero debe de afectarlo.

Respecto al segundo, es indispensable que el daño comprometa la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, lo que supone que son los de mayor entidad y gravedad en la medida que pueden conducir a la ruina o derrumbamiento total o parcial de la edificación. Sobre la exigencia de que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, declara la STS de 5 de mayo 2014 en un supuesto de deficiencias en la protección ignífuga sobre su consideración como daño material que: *“El supuesto de autos tiene cabida dentro del art. 17.1 LOE dado que afecta a la falta de ignifugación de las vigas y a la falta de compartimentación antiincendios, que como la sentencia recurrida declara probado son "vicios o anomalías en elementos estructurales e incluso pueden afectar sensiblemente la estabilidad del edificio". En*

la sentencia recurrida no se discute la afectación estructural, sino que entiende que los vicios no tienen cabida en el art. 17 LOE, porque los daños materiales no se han manifestado o materializado (...) pero el daño se ha manifestado de modo concreto y grosero, sin necesidad de que provoque un incendio, es más, el art. 3 de la LOE solo exige que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio y como recuerda la doctrina ello significa que "comprometan la solidez o la estabilidad del edificio aunque no afecten aún a ella". Es decir, el daño material es actual y no de futuro y compromete la resistencia y estabilidad potencialmente. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el término "comprometer" como "exponer o poner a riesgo a alguien o algo en una acción o caso aventurado". En resumen, son daños materiales que comprometen la estabilidad y resistencia del edificio en cuanto la exponen o ponen en riesgo y porque la subsanación o reparación de los defectos tiene un coste cierto y evaluado económicamente".

2.2.2.- Defectos de habitabilidad

El art. 17,1,b) LOE se refiere a “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” .

En este supuesto el daño ha de resultar de vicios o defectos en el que han de concurrir los aspectos siguientes: 1º) afectación a los elementos constructivos o a las instalaciones entre las que se consideran comprendidas “sus instalaciones fijas y el equipamiento propio” que menciona el art.2,3 LOE; y, 2º) han de ocasionar el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad que se establecen en el art. 3,1,c) LOE y que son los relativos a: c.1) Higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos. c.2) Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades. c.3) Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio. c.4) Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio. Estos requisitos se detallan en los arts. 13 a 15 CTE.

Como se desprende de lo expuesto, la infracción de los requisitos de habitabilidad que tiene como marco normativo el CTE, es un presupuesto al que se vincula la

imputación de responsabilidad por defectos de habitabilidad. Este planteamiento, como refiere Martínez Escribano. C⁹, es demasiado riguroso pues podría dar lugar a consecuencias injustas porque no quedarían amparados supuestos en los que se constate un defecto de habitabilidad sin que formalmente se haya producido un incumplimiento de la normativa técnica, por lo que patrocina una interpretación correctora, que permita apreciar el defecto de habitabilidad aunque no se incumpla estrictamente el CTE, pero el resultado sea de una calidad inferior a la razonable.

La expresión habitabilidad que se utiliza en la norma, como sostiene González Poveda, P.¹⁰ no solo es exigible respecto a los edificios destinados a viviendas, sino que como es de ver la configuración de estos requisitos básicos tienen una mayor amplitud al abarcar la protección del medio ambiente, ahorro energético, y otros aspectos funcionales que se proyectan sobre la calidad del edificio, de ahí que esta responsabilidad pueda exigirse respecto a cualquier clase de edificaciones al margen de cual sea el destino o uso de los incluidos en el art. 2,1 LOE.

Así por ejemplo la STS de 13 de diciembre de 2018 confirma la responsabilidad del arquitecto proyectista y director de obra en un supuesto de construcción de plazas de garaje con defectos funcionales por razón de su limitado espacio para aparcamiento, estableciendo que *“la funcionalidad del garaje está limitada pero no es inexistente, por lo que no procedería conceder una indemnización por el total del precio de la plaza de garaje. De prosperar la tesis de los recurrentes conseguirían gratis una plaza de aparcamiento sin solicitar la resolución del contrato, lo que no es aceptable en derecho. La funcionalidad parcial de las plazas de garaje provocan, sin duda, la responsabilidad contractual del arquitecto por defectos de proyecto y ejecución (arts. 10 y 12 LOE), lo que debe conllevar su condena al pago de la indemnización fijada en la sentencia recurrida”*.

2.2.3.-Defectos de terminación o acabado

El art. 17,1 *in fine* hace mención a “los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado”.

Se trata de deficiencias menores o simple imperfecciones corrientes sin incidencia en la estabilidad o habitabilidad de la edificación, cuya responsabilidad a diferencia de los anteriores que se atribuye a los distintos partícipes del proceso constructivo, en estos se

⁹ Martínez Escribano, C. Análisis Práctico de la Responsabilidad Civil por Defectos de Construcción, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición 2015. Pág. 46-47.

¹⁰ Ob. cit. Pág. 253 .

imputa únicamente al constructor, lo que cohonesta estos defectos con la actuación de ejecución material de la obra en la que se desenvuelve el cometido propio de este agente de la edificación.

2.3.- Contenido de la reparación

El contenido de la responsabilidad legal de los agentes que intervienen en el proceso de edificación consiste en la reparación del daño material causado que puede satisfacerse por dos vías: la reparación *in natura* o en forma específica, en la que el responsable por sí o por terceros a su costa realiza las actuaciones necesarias para la eliminación o corrección de los vicios o defectos constructivos; la reparación por el equivalente pecuniario, o indemnización de una cantidad dineraria correspondiente con la valoración económica del coste de reparación de los daños.

Tradicionalmente se venía manteniendo la primacía de la reparación específica, que solo admitía la sustitución por el equivalente pecuniario cuando la reparación deviene imposible o el responsable se niega a cumplir. Sin embargo, esta postura era criticada por la doctrina, así Blasco Gascó, F.¹¹, por entender que la determinación de la pretensión es facultad del perjudicado demandante que puede optar en la formulación procesal de su reclamación por la más adecuada para la satisfacción de sus intereses legítimos, pues no se entiende que deba esperar el incumplimiento de la conducta prestacional del responsable o soportar que haga la reparación de lo mal hecho precisamente aquella persona que lo ha hecho mal. En este sentido se han pronunciado los tribunales, que admiten el carácter no subsidiario del cumplimiento por equivalente en materia de daños indemnizables derivados de vicios de la construcción; declara la respecto la STS de 10 de octubre de 2012 aunque referida al art. 1591 CC sus consideraciones son trasladables al régimen del art. 17 LOE *“En esta línea, Sentencias de 10 marzo 2004 (RJ 898, 2004), 20 diciembre 2004 (RJ 8131, 2004) y 13 julio 2005 (RJ 5098, 2005), conforme a la doctrina ya citada de la compatibilidad de acciones debe señalarse que en la actualidad la interpretación del artículo 1591 del Código Civil no comporta la preferencia de la condena a la reparación "in natura", pues el tenor resarcitorio que informa al precepto no puede reconducirse a su mera caracterización subsidiaria y no principal, de forma que la satisfacción del*

¹¹ Blasco Gascó F. “La ejecución de las sentencias dictadas en los proceso de responsabilidad civil por vicios de la construcción”. Estudios de Derecho Judicial nº 122. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007. Pág. 225.

derecho a la reparación que ostenta el dueño de la obra puede realizarse, a su elección, mediante las siguientes vías de reclamación: obras de subsanación -y reparación "in natura", reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas y, como ocurre en el presente caso, mediante la reclamación de una cantidad, determinada documentalmente en la demanda, para afrontar y atender el propietario de la vivienda el coste de los trabajos de reparación del daño ocasionado , sin que obste para ello, dada la constatación del daño indemnizable, que se aporte el dictamen pericial”.

Por lo tanto, al perjudicado corresponde optar por una u otra pretensión reparatoria, que también puede plantearlas de forma subsidiaria o alternativa; es más, la dinámica procesal de la ejecución forzosa de una obligación de hacer fungible como es la de reparar los daños materiales por unos defectos constructivos, permite al perjudicado, si el responsable no cumple voluntariamente en el plazo que se le concede para hacerlo, optar por encargar la ejecución a un tercero a cargo del responsable o por ser indemnizado por el equivalente al coste de la reparación (art. 706 LEC). Se establece una excepción en beneficio de las aseguradoras que garantizan la responsabilidad por los defectos de construcción, que podrán optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos –art. 19,6 LOE-.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

3.1.- Propietarios y terceros adquirentes.

Al margen de las responsabilidades contractuales que están disciplinadas extramuros de la LOE, la legitimación para exigir la responsabilidad de naturaleza legal de los agentes que intervienen en el proceso constructivo que se regula en el art. 17 de la citada norma, se atribuye a “los propietarios y terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos”. La enrevesada redacción legal, como señala Martínez Escribano, C.¹², podría simplificarse diciendo que quedan legitimados quienes en cada momento sean propietarios del edificio, pues tan propietario es el titular originario (al que el art. 17 denomina propietario) como los sucesivos adquirentes (aunque la ley no les atribuya tal calificación). Además como sostiene la autora citada, este planteamiento es coherente con el régimen de los seguros legales que se configuran como de daños -y no de responsabilidad civil-, que se dirigen a resarcir el daño producido en el patrimonio del perjudicado, que es el propietario del edificio con los defectos constructivos. En cuanto a la condición de “terceros adquirentes” comprende a todos con independencia de cuál sea el título adquisitivo. Señala sobre esta cuestión González Poveda, P.¹³ que, es indiferente el título en virtud del cual los terceros han adquirido el dominio del edificio o de parte del mismo, inter vivos (compraventa, permuta, donación) o mortis causa (herencia, legado).

La posición doctrinal expuesta se corrobora por la jurisprudencia. Dice la STS de 18 de octubre de 2013 que *“el artículo 17 de LOE, en su número primero, establece la legitimación activa para el ejercicio de las acciones que contempla. (...). Por tanto, son los propietarios del edificio, o de alguna de las unidades privativas en que se divide horizontalmente éste (8.4 LH), los que vienen legitimados para interponer las acciones previstas en la Ley. En este contexto interpretativo tampoco hay duda acerca del alcance de la asimilación que el precepto efectúa respecto de los terceros adquirentes que resulta delimitada, conceptualmente, dentro de la necesaria condición de propietarios actuales de la unidad o elemento en que se trate, resaltándose que la legitimación se concede con independencia que el tercer adquirente se haya relacionado contractualmente con los diversos agentes de la edificación; de modo que la Ley, a estos efectos, viene a establecer una excepción al principio de relatividad de los contratos (1257 del Código Civil) que resulta plenamente justificada conforme a la función tuitiva perseguida”*.

¹² Ob. cit. Pág. 75.

¹³ Ob. cit. Pág. 268.

En el supuesto de ser copropietarios en régimen de comunidad ordinaria cualquiera de ellos podría ejercitar las acciones que correspondan a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma sin ser indispensable que lo exprese así en la demanda. Sobre este aspecto dice por ejemplo la STS de 30 de octubre de 2014 que: *“esta Sala tiene declarado que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que competan a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma (sentencias, por todas, 10 de junio de 1981 , 5 de febrero de 1983 , 18 de diciembre de 1985 , 17 de abril de 1990 , 8 de abril de 1992 y 6 de junio de 1997). La sentencia núm. 46/1995, de 31 enero , afirma que « (...)no se da falta de legitimación cuando, aunque no se haya hecho constar en la demanda de una manera expresa que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma, se plantea una pretensión que, de prosperar, ha de redundar en provecho de la comunidad (S. 8 junio 1992)...”*.

Como se ha indicado, la cualidad legitimadora para el ejercicio de las acciones que se contemplan en el art. 17 LOE corresponde a quien en cada momento sea el propietario, tal condición excluye al promotor como propietario inicial, que ha transmitido a terceros la totalidad del edificio. Se puede dar la circunstancia de que si el promotor como propietario originario solo ha transmitido parte de la edificación, ostentaría legitimación activa para reclamar ex art. 17 LOE frente a los demás agentes intervinientes en la construcción, e igualmente estaría pasivamente legitimado para soportar las reclamaciones que en base a la misma norma pudieran formularle los terceros adquirentes por ser uno de los sujetos responsables. Esta singular posición del promotor que continua siendo propietario de alguna unidad privativa en el edificio construido, con el ejercicio de acciones que le confiere la LOE –como señala Estruch Estruch, J.¹⁴– no podrá causar ningún perjuicio procesal ni de ningún otro tipo a los adquirentes frente a los que continua respondiendo como promotor.

La vinculación entre legitimación y propiedad, impide que puedan exigir esta responsabilidad legal otras personas que sean titulares de derechos reales (usufructo, uso, habitación) o personales (arrendamiento) de disfrute sobre el edificio, sin perjuicio de otras acciones que pudieran corresponderles frente al propietario con base en la relación jurídica que les une, o con arreglo a la responsabilidad extracontractual del art. 1902 y ss. Código Civil frente a los agentes de la edificación. E igualmente, tampoco estarán legitimados los terceros no adquirentes que sufran daños por defectos constructivos, pues como refiere P.

¹⁴ Ob. cit.. Pág.170.

González Poveda¹⁵ no se les reconoce legitimación, no solo porque el precepto no los incluya sino también porque la finalidad de esta específica acción es la de reparar los daños causados en el propio edificio. La STS de 18 de octubre de 2013 antes citada, aprecia la falta de legitimación activa de los titulares de un derecho de servidumbre para el ejercicio de las acciones del art. 17 LOE *“En primer lugar, porque el fundamento tuitivo que justifica la asimilación señalada por la norma, conforme a la ratio de la ordenación y protección dispensada, confluye en la condición de propietarios que, necesariamente, acompaña y distingue a los adquirentes de derecho real. En segundo lugar, porque la norma expresamente cierra o fija el ámbito de la legitimación resultante, conforme al principio de seguridad jurídica (...)”*.

3.2.- Comunidades de propietarios sujetas al régimen de propiedad horizontal.

En relación con los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal en los que en su estructura orgánica se encuentra el Presidente que ostenta la representación legal de la comunidad de propietarios (art. 13,3 de la ley de Propiedad Horizontal¹⁶) cabe distinguir dos supuestos:

1º.- Cuando es la Comunidad de propietarios quien demanda a través de su Presidente, que es el supuesto habitual en la práctica, la jurisprudencia ha venido admitiendo legitimación para reclamar tanto por los vicios o defectos en elementos comunes del edificio como en los privativos. Si bien, para ejercitar tales acciones (incluyendo las de responsabilidad contractual) debe habersele conferido autorización por la Junta de propietarios. No basta pues con invocar las facultades representativas que la Ley de Propiedad Horizontal asigna al Presidente, para entenderlo legitimado *per se* para ejercitar acciones, es además preceptivo que esté autorizado por la Comunidad; esta autorización se interpreta con cierta amplitud y flexibilidad, sin ser preciso que sea individualizada de cada propietario para la reclamación de los daños ocasionados en sus elementos privativos, y que se excluiría cuando consta su oposición. En este sentido declara la STS de 7 de enero de 2015 que: *“la STS 183/2014, de 11 de abril ha precisado el contexto doctrinal sobre la necesidad de un previo acuerdo de la Junta de propietarios. “...tratándose de la reclamación de vicios constructivos del edificio y ejercitándose dicha reclamación en beneficio de la comunidad,*

¹⁵ Ob. cit. Pág. 268.

¹⁶ Ley 49/1960, de 21 de Julio, sobre Propiedad horizontal.

es suficiente con el acuerdo de autorización para el ejercicio de acciones judiciales sin que resulte necesario que se acompañe la autorización expresa de los propietarios para la reclamación de los daños ocasionados en los elementos privativos de la comunidad, salvo que exista oposición expresa y formal a la misma".

Igualmente se interpretan por los tribunales de manera favorable las autorizaciones que se confieren al Presidente, por ejemplo cuando se le ha facultado para ejercitar las acciones que procediesen "según ley" conforme recoge el acta de la Junta de propietarios, y así la STS de 21 de marzo de 2019 que reitera lo argumentado en la STS 16 de junio de 2017 señala que *"Tan amplio mandato permitía al presidente ejercitar las acciones relativas al incumplimiento contractual, pues no es exigible a una comunidad que refleje en el acta el tipo de acción procesal ejercitable, bastando con que se le confiera autorización para reclamar en nombre de los comuneros, con lo cual el presidente no se extralimita sino que cumple con lo encomendado por los comuneros, de forma expresa y diáfana (art. 13 LPH). Limitar las competencias del presidente, cuando los comuneros le han conferido su representación, introduce una innecesaria distorsión que perjudica los intereses de la comunidad y de cada uno de sus comuneros, siendo de indudable interés para la comunidad que se litigue bajo una misma representación, cuando el presidente tiene un mandato conferido con la necesaria extensión. "El presidente se ha limitado a ejercitar las acciones procesales procedentes, según el criterio de su dirección jurídica, sin que conste extralimitación alguna en su función ni uso arbitrario de las facultades concedidas. (...)"*.

2º.- La de cada uno de los cotitulares que integran la comunidad de propietarios, a los que se aplica la doctrina jurisprudencial expuesta anteriormente en las situaciones de copropiedad ordinaria, que legitima tanto para reclamar por defectos constructivos que afecten a sus elementos privativos, como a los elementos comunes si actúa en beneficio de la comunidad. Así lo ha puesto de relieve el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 14 junio de 1999 (Sala Primera) cuando dice que: *"aunque en la práctica y como licencia del lenguaje, las comunidades de propietarios de un edificio constituido bajo el régimen de la propiedad horizontal dicen actuar como demandantes y como demandados a través de su presidente, en virtud de la llamada "representación orgánica" que le reconoce el actual art. 13.3 LPH (antiguo art. 12 LPH), en rigor son los propietarios del edificio, en cuanto propietarios constituidos bajo el régimen de la propiedad horizontal, los que actúan a través de la figura del presidente de la Junta de propietarios que ostenta "ex lege" la representación de dichos propietarios en los asuntos que afectan a la Comunidad...."* ; a lo que añade *«así lo ha reconocido, por lo demás, la jurisprudencia civil, que, asimismo, ha declarado que cada propietario, pese a la representación orgánica que ostenta el presidente de la Comunidad de Propietarios, está legitimado para actuar en defensa de sus derechos en los casos de pasividad o incluso de oposición de la*

comunidad, por cuanto que la situación de propiedad horizontal no es propiamente una situación de comunidad, sino un régimen jurídico-real al que se sujeta la llamada "propiedad separada" (art. 396 CC) de los diferentes pisos o locales en que se divide el edificio o conjunto inmobiliario al que se aplica, y del que derivan los derechos, cargas, obligaciones y responsabilidades que la ley establece. Por ello, cada propietario debe estar facultado, en principio, para el ejercicio y defensa de sus derechos con independencia de los restantes propietarios, en términos y condiciones que no corresponde a este Tribunal precisar (...)"

4. LEGITIMACIÓN PASIVA

4.1.- Enumeración de sujetos responsables

El art. 17 LOE que se encuentra en el Capítulo IV bajo el título “Responsabilidades y garantías” dispone en su apartado 1 que “las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación” son las que responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos. El precepto hace en principio una formulación genérica de los sujetos frente a los que puede exigirse la responsabilidad legal prevista en la norma, aunque a lo largo del art.17 especifica quien son estos sujetos responsables, mencionando expresamente al promotor, constructor, proyectista, director de obra y director de la ejecución de la obra; incluye también a los profesionales contratados por los proyectistas, y por el constructor en concreto a los subcontratistas, jefe de obra y personas que de él dependan, si bien en estos casos, la responsabilidad por los daños materiales causados por estos se imputa directamente al proyectista y al constructor, sin perjuicio de la repetición que proceda en su relación interna.

El Capítulo III de la LOE titulado “Agentes de la edificación” conceptúa a estos en su art. 8 en idénticos términos a los del art.17,1 “como todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación”. En los arts. siguientes los enumera expresamente y detalla sus respectivas obligaciones; en esa enumeración se comprenden al promotor (art.9), proyectista (art.10), constructor (art.11), director de obra (art.12), director de la ejecución de la obra (art.13), entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación (art.14), suministradores de productos (art.15), y propietarios y usuarios (art.16). Estos últimos, no son propiamente agentes de la edificación, sino precisamente sujetos legitimados –los propietarios- activamente para exigir la responsabilidad, aunque en ese precepto se relacionan una serie de obligaciones de conservación y mantenimiento de la edificación a cargo de los propietarios, de cuyo incumplimiento puede derivarse una contribución causal al daño que pueden concurrir con la de los agentes, y que producirían la consiguiente moderación de la responsabilidad en atención al grado de culpa concurrente.

4.2.- Enumeración ejemplificativa o estricta

El problema que se plantea de la confrontación del art. 17 con los arts. 8 a 15 LOE, es si la responsabilidad legal deducida por los propietarios y terceros adquirentes, solo puede dirigirse frente a los especificados en el art. 17 (promotor, constructor, proyectista, director de obra y director de la ejecución de la obra), o puede extenderse a los referidos en los arts. 8 a 15.

-Sobre esta cuestión mantienen una interpretación restrictiva autores como González Poveda, P.¹⁷ quien sostiene que, el art. 17 limita el círculo de personas responsables y solo considera como tales a los mencionados expresamente, quedando fuera de su ámbito de responsabilidad las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación y los suministradores de materiales. Esta postura facilita la reclamación por el perjudicado que puede desconocer al causante material del daño y evita la complejidad que supone las respectivas defensas de estos agentes para eludir sus responsabilidades. Este criterio se mantiene por la jurisprudencia, que se ha pronunciado a propósito del subcontratista que entiende que carece de legitimación, pues considera que intereses de los propietarios a efectos del régimen de la LOE ya están amparados por la responsabilidad del promotor, del contratista y de otros agentes. Y así, la STS de 9 de octubre de 2018 que reproduce la STS de 14 de marzo de 2018 dice: *“Establece el art. 8 de la LOE el concepto de los agentes de la edificación (...) En los artículos siguientes refiere expresamente quiénes son los «agentes», no mencionando al subcontratista. Esta omisión no es involuntaria dado que fue objeto de debate parlamentario durante la tramitación del proyecto de ley. El subcontratista es referido en otros preceptos de la LOE, dado que la evidente realidad de su existencia en las obras no podía ignorarse, lo cual no significa que se le diese estatus de «agente de la edificación». A tal efecto se cita al subcontratista en los arts. 17.6.2 y 11.2, e), especialmente para determinar que el responsable de los subcontratistas es el constructor. La LOE tiene como objetivo principal preservar los derechos de los propietarios y terceros adquirentes, al tiempo que delimita las responsabilidades de los agentes de la edificación. Desde esta óptica, no tiene sentido introducir la posibilidad de demandar con base en la LOE, al subcontratista, cuando los intereses de los propietarios ya están amparados por la responsabilidad del promotor (principalmente), del contratista y de otros agentes que tengan responsabilidad, máxime cuando el subcontratista estará ligado al contratista por un contenido contractual que solo le vincula a él y al contratista, limitándose el subcontratista a seguir las instrucciones de su contratista. Esta exclusión del subcontratista del ámbito de la LOE no es óbice para el ejercicio de acciones sujetas al Código Civil entre los diferentes intervinientes en el proceso de edificación, especialmente entre contratista y subcontratista, sede en la que el subcontratista podrá argüir si los pretendidos*

¹⁷ Ob. cit. Pág. 273. El criterio se reitera en “Jurisprudencia civil (2005-2007)” Estudios de Derecho Judicial nº.133. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007.

incumplimientos se deben a exigencias contractuales del contratista, a una menor calidad impuesta, a directrices de los técnicos o a una desviación voluntaria o negligente del subcontratista.”.

-Por el contrario, otros autores, mantienen una interpretación amplia. Cabe citar a Martínez Escribano, C.¹⁸, que partiendo de la naturaleza legal de este modelo de responsabilidad que prescinde del vínculo contractual, y además si consagra la regla de responsabilidad individual, no parece coherente que conociendo al causante material del daño, no sea posible exigirle directamente la responsabilidad de la LOE, y que se tenga que accionar contra otro agente que ha de responder por el. Máxime si se presenta como una regulación protectora de los propietarios de los edificios, en la que se refuerza ese carácter tuitivo cuanto más amplios sean los potenciales responsables legitimados. Del mismo parecer es Cadarso Palau. J.¹⁹, para el que la relación de agentes responsables debe considerarse abierta, de modo que no se limita a quienes como tales aparecen en los arts. 9 a 15. E igualmente Gómez Martínez. C.²⁰, quien estima que esta vinculación entre la regulación de las competencias de los agentes de la edificación y el régimen de responsabilidad se pone de manifiesto en el punto 3 de la exposición de motivos de la Ley cuando indica que “para los distintos agentes que participan a lo largo del proceso de la edificación se enumeran las obligaciones que corresponden a cada uno de ellos, de las que se derivan sus responsabilidades”; este autor también mantiene que la enumeración de agentes de la edificación es de “*numerus apertus*”, no es pues exhaustiva de manera que los eventuales agentes o responsables no enumerados expresamente deben poder encuadrarse en la definición legal de unos u otros y con una participación efectiva en el proceso edificativo.

4.3.-Examen de los sujetos responsables

4.3.1.- El promotor

4.3.1.1.- Concepto

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 103.

¹⁹ Cadarso Palau. J. “Sistema de responsabilidad civil en la construcción”. Estudios de Derecho Judicial nº 122. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007. Pág.50.

²⁰ Gómez Martínez. C. “Algunos aspectos procesales en la aplicación del régimen de responsabilidad del art. 1951 del Código Civil y de la Ley de Ordenación de la Edificación”. Estudios de Derecho Judicial nº 122. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007. Págs. 93 y 94.

El art. 9,1 LOE define al promotor como “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”.

De esta definición se desprende que el promotor por sus facultades es una figura central en el proceso constructivo pues es quien lo decide, impulsa, programa y financia. No aparecía incluido en el art. 1591 CC, y fue la jurisprudencia quien lo incorporó al círculo de responsables por los vicios ruinógenos equiparándolo a los contratistas y entre cuyas notas características se hallaba la finalidad lucrativa perseguida con la promoción inmobiliaria que se concebía como encaminada al tráfico de la venta a terceros. Sin embargo, en la definición legal del promotor no se exige ese requisito del beneficio económico, que como destacan Burgos y Pérez de Andrade, G. y García Varela, R.²¹, aparecía en el proyecto de la LOE redactado en 1996, en donde se indicaba que su ejercicio se correspondía con “una actividad empresarial o profesional”. La STS de 21 de octubre de 2013 en relación con la nota del ánimo de lucro que tradicionalmente caracteriza a la actuación del promotor señala que *“tras la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), en donde tanto la exigencia de la intencionalidad lucrativa, como característica de la intervención del promotor, como la naturaleza de su condición, ya pública o privada, resultan abandonadas como criterios de determinación de su responsabilidad como agente de la construcción”*.

La amplia noción de la condición de promotor como la persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso edificatorio y a la que se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir, parece responder –indica Martínez Escribano, C.²² - a la voluntad del legislador de que todo este proceso se someta al mismo régimen jurídico. En este sentido la propia Exposición de Motivos de la LOE alude a la necesidad de garantizar unos mínimos niveles de calidad con relación a todos los edificios, con independencia de la forma de promoción.

4.3.1.2.-Autopromoción

²¹ Burgos y Pérez de Andrade, G. y García Varela, R. “Agentes de la Edificación” Derecho de la Edificación. Coord. Sala Sánchez, P. Ed. Bosch, 2^a Edición, 2001. Pág. 80.

²² Ob. cit. Pág. 106.

Dada la amplitud del concepto de promotor, en el se incluyen los supuestos de “autopromoción individual” y “autopromoción colectiva”.

-La primera se refiere a la persona física que promueve la construcción para sí de una edificación destinándola para su propio uso. Si esta persona decide luego venderla una vez construida, respondería frente al adquirente como promotor en los términos previstos en el art. 17 LOE. Tal efecto se ha considerado muy gravoso por la doctrina –Martínez Escribano, C.²³–, pues estiman debería diferenciarse de los casos en los que la promoción es profesional o lucrativa, y permitir en la autopromoción individual que las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad establecieran los pactos que tuvieran por conveniente, sin quedar sometidos imperativamente al régimen de responsabilidad que la LOE previene para el promotor. Únicamente se establece una especialidad en relación con la exclusión de la obligatoriedad de las garantías contra daños materiales a que se refiere el art. 19 LOE en concordancia con la Disposición Adicional segunda para la autopromoción individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio.

-En cuanto a la “autopromoción colectiva” se corresponde con las cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios.

Las cooperativas de viviendas se regulan en los arts. 89 y ss de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en ellas se asocian a personas físicas que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan. También podrán ser socios los Entes Públicos o Instituciones, entre cuyos fines figure la promoción de viviendas de carácter social y aquellas entidades sin ánimo de lucro que necesiten alojamientos para sus empleados o locales para desarrollar sus actividades. En estos supuestos, el promotor es la sociedad cooperativa que a través de sus órganos de gobierno adopta las decisiones que le competen en orden al proceso constructivo; normalmente la cooperativa encarga a un “gestor de cooperativas” llevar a cabo estas funciones, debiendo estarse al contenido del contrato para concretar el alcance de su actuación o a la intervención decisoria en la promoción, para determinar sus responsabilidades equiparables a los promotores por los daños producidos en la edificación de conformidad con lo establecido en el art. 17.4 LOE.

Otro tipo de autopromoción colectiva la constituyen las comunidades de propietarios integradas por más o menos miembros que promueven la construcción, habitualmente a través de un gestor que asume, organiza y dirige la edificación por cuenta de la comunidad, apareciendo formalmente los componentes de esta como promotores. Al igual que en el

²³ Ob. cit. Pág. 112.

caso de las cooperativas, serán los partícipes en la comunidad (que a diferencia de la sociedad cooperativa carece de personalidad jurídica) quienes ostentan la legitimación pasiva para soportar con arreglo a su cuota de participación la responsabilidad que por su condición de promotores sea exigida por los terceros adquirentes, si bien, esta responsabilidad puede extenderse al “gestor de la comunidad”, que al igual que en la hipótesis anterior según el contrato de gestión o pese a la apariencia de mera gestión o intermediación formal ha tenido una influencia decisiva o intensa en la promoción inmobiliaria que justifica se le dispense un tratamiento que se equipara al promotor (art.17,4 LOE).

Mediante estas figuras del "gestor de cooperativas" o "promotor de comunidades" en muchos casos subyace un "promotor encubierto", que son sujetos profesionales de la intermediación inmobiliaria que bajo la fórmula de prestación de servicios tratan de eludir las responsabilidades legales derivadas de una promoción mediante su ocultación detrás de una figura de naturaleza comunitaria, como las mencionadas cooperativas o comunidades para la construcción de un edificio que se utilizan como pantalla, cuando realmente son aquellos los que realizan las funciones de auténtico promotor. Estas figuras están incluidas en la responsabilidad de los promotores que ahora se contempla en el art. 17,4 LOE.

E igualmente son conocidas por la jurisprudencia, así en la STS 5 de mayo de 2015 a propósito de las circunstancias determinantes de la condición de promotora de la gestora de cooperativas para exigir su responsabilidad declara que *“la condición de promotora en los términos a que se refiere la sentencia de esta Sala núm. 274/2009 de 27 abril , cuando afirma que «el llamado "promotor de comunidades" es definido como aquella persona física o jurídica, pública o privada, que facilita a sus asociados la edificación de todo tipo de viviendas; de ordinario, es un profesional de la gestión inmobiliaria, que ostenta el dominio o una opción de compra sobre un determinado terreno y ofrece y gestiona la construcción en comunidad de todo o parte del suelo edificable, esperando encontrar asociados o comuneros que cooperen; pertenece, pues, al espacio de la gestión y asume y organiza la edificación por cuenta de la comunidad, como un apoderado en posesión de poder irrevocable, que en principio exige que se le otorgue (STS de 25 de febrero de 1985)»* . De modo que cuando en el contrato de gestión con la cooperativa consta que esta es la titular de las fincas en las que se va a llevar a cabo la edificación, siendo el objeto del contrato con la gestora la prestación de servicios para recibir la asistencia técnica, económica, jurídica y administrativa necesaria para llevar a cabo la promoción de viviendas, tal entidad no asume la condición de promotor.

4.3.1.3.-Responsabilidad

El art. 17,3 LOE prescribe 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”.

En este precepto se establece un severo régimen de responsabilidad, a modo de garantía incondicional del promotor, quien frente a los terceros adquirentes responde solidariamente con el resto de los agentes de la edificación con independencia de a cuál de estos le sea imputable el defecto constructivo causante del daño material y la entidad de este (estructural, habitabilidad, terminación o acabado). La STS 2 de Febrero de 2018 a propósito de la responsabilidad indeclinable del promotor indica que: *“Significa, conforme a reiterada jurisprudencia de esta sala, que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras "en todo caso" que señala la norma con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la y que se establece a irrenunciabilidad de la misma (sentencias 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007 ; 13 de marzo de 2008 ; 19 de julio 2010 ; 24 de mayo 2013)”*.

Esta posición de garante del proceso de edificación que asume el promotor, no deriva – como señala Carrasco Perera, A.²⁴- de la solidaridad en caso de incertidumbre en cuanto al agente causal, sino porque es vendedor y deudor de una prestación de resultado. Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo en la STS 22 de octubre de 2012 *“se podría decir que la Ley constituye al Promotor en responsable exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado”*.

Esta responsabilidad solidaria del promotor opera tanto si está individualizada la responsabilidad de los demás agentes, de los que estos responderán personalmente en la cuota parte que le corresponda, se trataría pues de una responsabilidad mancomunada de estos para con el tercer adquirente, sin embargo, el promotor responderá solidariamente por todos frente al perjudicado; como en los supuestos de solidaridad de los agentes en los casos del art. 17,3 LOE, sea por indeterminación de la causa productora del daño material o sea porque habiéndose probado una concurrencia de culpas en estos no pueda precisarse el grado de participación de cada agente en el daño producido, en ambos casos también la solidaridad del promotor alcanza al total de los daños atribuibles a los agentes. De este

²⁴ Carrasco Perera, A. “La jurisprudencia post-LOE ¿Ha cambiado algo en el régimen de la responsabilidad por ruina?”. Estudios de Derecho Judicial nº 47. Consejo General del Poder Judicial. Año 2003. Págs. 36 y 37.

escenario de la solidaridad del promotor, resulta también el derecho de repetición que asiste al promotor que afronta el resarcimiento del daño para dirigirse en la relación interna por vía de regreso contra los agentes de la edificación que considere responsables. Será en esta relación interna donde podrá debatirse la responsabilidad de cada agente, y en su caso ponderar si en la producción del daño cabe asignar responsabilidad al promotor, cuando su actuación haya incidido en el daño, que daría lugar a minorar el resarcimiento pretendido por el promotor proporcional a su grado de culpa.

En lo que respecta a las obligaciones del promotor están enumeradas de forma no exhaustiva en el art.9,2 LOE, y se refieren: a) ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir; b) en las relaciones con el proyectista y director de obra, se mencionan las relativas a facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar las posteriores modificaciones del mismo; c) a las relaciones con la Administración pública, se refieren la de gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, y suscribir los seguros exigidos en el art. 19 LOE; d) en las relaciones con el constructor, suscribir el acta de recepción de la obra; y, e) en relación con los adquirentes , entregar la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.

Significar que cuando el promotor es una sociedad de capital que está disuelta y liquidada, cuyos asientos registrales han sido cancelados, aunque formalmente está extinguida y en principio ha perdido su personalidad jurídica, sigue manteniendo capacidad para ser parte demandada, representada por el liquidador, en la reclamación de pasivos sobrevenidos derivados de su responsabilidad en el proceso constructivo. Así lo ha mantenido la STS de 24 de mayo de 2017 *“En estos supuestos, en que la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado parte de la liquidación, y que por lo tanto la practicada no es definitiva, no sólo no debemos negar la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad sino que, además, no debemos exigir la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación. De este modo, no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad, bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración. Dicho de otro modo, a estos meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes. Además, el art. 400 LSC atribuye esta representación a los (antiguos) liquidadores para la formalización de actos jurídicos en nombre de la sociedad, tras su cancelación. De ahí que ratifiquemos la posición contenida en las*

sentencias de esta sala de 979/2011, de 27 de diciembre, y 220/2013, de 20 de marzo, y entendamos que la sociedad demandada gozaba de capacidad para ser parte en este concreto pleito, en el que se reclama la reparación del perjuicio sufrido por un cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales asumidas por la sociedad frente a la demandante”.

4.3.2.-El constructor

4.3.2.1.-Concepto

El art. 11,1 LOE dice que “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”.

De esta definición resulta que entre promotor y constructor debe mediar un contrato de obra por el que este se obliga a su ejecución material, aunque también cabe la posibilidad del “promotor-constructor” que concentra en un mismo sujeto ambas cualidades con las consiguientes responsabilidades propias de cada función.

En la obra pueden intervenir varios constructores sean personas físicas o jurídicas a los que el promotor haya encargado directamente diversas fases o hacer la división por especialidades.

El constructor para la ejecución material de la obra puede recurrir al sistema de las subcontrataciones que se contemplan en el art. 11.2.b) LOE para determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato. Este régimen de subcontratación aparte de las limitaciones que puedan convenirse por las partes en el contrato de obra están sujetas a las previsiones contenidas en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

En orden a los requisitos de titulación o capacitación profesional habilitantes para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor, aunque se menciona como una obligación en el art. 11,2,b) LOE, realmente para ser constructor no se requiere ningún título académico o profesional, a diferencia de los agentes técnicos.

Las obligaciones que incumben al constructor a tenor del art. 11,2 LOE son: a) la correcta ejecución material de la obra con sujeción al proyecto y a las órdenes e instrucciones de la dirección facultativa, y ajustándose a las reglas y prácticas de la buena construcción, aportando el personal y los productos o materiales necesarios para su

realización; b) suscribir las garantías prevista en el art. 19 LOE y las actas de replanteo y de recepción de la obra, documentos de relevancia en el proceso constructivo al consignar el comienzo de las obras y su entrega al promotor que marca el cómputo de los plazos de garantía o responsabilidad de los agentes; c) designar un “jefe de obra” con la misión que se delimita en el art. 11,2 c) LOE de asumir la representación técnica del constructor en la obra y que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra.

4.3.2.2.- Responsabilidad

La responsabilidad legal que el art. 17 LOE atribuye al constructor lo es en relación con las funciones que tiene asignadas de ejecución material de la obra, y que pueden extenderse a cualquiera de los daños materiales por vicios o defectos afectantes a la seguridad estructural, habitabilidad y de terminación o acabado. Si bien, respecto de estos últimos el art. 17,1 LOE hace responsable únicamente al constructor y establece un plazo anual de garantía, y ello por tratarse de daños de escasa gravedad cuya causación está vinculada con defectos de ejecución material que se incardinan en la esfera obligacional del constructor.

El art. 17,6 LOE establece una responsabilidad del constructor por hecho ajeno en varios supuestos conectados a sus obligaciones profesionales de asignación de medios personales y materiales para la ejecución de la obra:

-Por las actuaciones de sus dependientes o auxiliares, por razón 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. En este caso, la responsabilidad directa del constructor se fundamenta para algunos autores –González Poveda, P.²⁵- en la presunción de culpa “in vigilando” o “in eligendo” en que se inspira el art. 1903 CC, o una responsabilidad de matiz objetivo que se imputa no por una culpa personal del constructor, sino por el hecho del daño causado por otro del que se tiene la obligación de responder como es el personal auxiliar o subcontratado del que se sirve el constructor –Martínez Escribano, C-²⁶.

²⁵ González Poveda, P. “Responsabilidades y garantías. La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación” Derecho de la Edificación. Coord. Sala Sánchez, P. Ed. Bosch, 2^a Edición, 2001. Pág. 261.

²⁶ Ob. cit. Págs.161 y 162

-Por la actuación de los subcontratistas de los que el constructor será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución que le sean imputables a aquellos. El fundamento sería el mismo que el anterior. Como se ha indicado en otro epígrafe del trabajo, la jurisprudencia no reconoce la legitimación pasiva del subcontratista para soportar la responsabilidad del art. 17 LOE situando su responsabilidad en el ámbito contractual entre constructor y subcontratista.

- Por los suministradores responderá también el constructor directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él. Con esta previsión se persigue fortalecer la protección de los perjudicados, evitando que el constructor pueda alegar como motivo para liberarse de responsabilidad, la existencia de defectos de los productos o materiales aplicados en la obra desplazándola hacia el suministrador o fabricante. Los productos defectuosos deben haber sido adquiridos por el constructor, o incluso puede haberlos aportado el promotor sin que se exonere frente a los terceros adquirentes la responsabilidad del constructor si los acepta pues es competencia de este profesional comprobar la adecuación o idoneidad del producto de construcción, aspecto en el que puede concurrir con las funciones de otros agentes técnicos como el director de la ejecución al que incumbe el control cualitativo de materiales.

En todos estos supuestos de responsabilidad, el constructor podrá ejercitar el derecho de repetición frente al dependiente o auxiliar, subcontratista y suministrador o fabricante del producto causante del daño.

De intervenir varios constructores a los que el promotor ha contratado directamente para ejecutar fases o partes de la obra, la responsabilidad de cada uno lo será por la parte asignada, y de no poder deslindarse su responsabilidad habría de aplicarse la regla de solidaridad pasiva del colectivo de constructores frente al propietario o tercer adquirente prevista en el art. 17,3 LOE por imposibilidad de individualizar la responsabilidad atinente a cada uno.

4.3.3.-Proyectista

4.3.3.1-Concepto

El art.10,1 LOE define al proyectista como “el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto” .

En cuanto a los elementos subjetivos: a) debe estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda en función del objeto del proyecto, cuando este sea la construcción de edificios el art. 10,2 a) LOE establece la titulación requerida según los usos del edificio proyectado que se recogen en los grupos contenidos en el art 2 LOE; b) pueden serlo las personas jurídicas, en tal caso tendrán que designar al técnico redactor del proyecto que tenga la titulación profesional habilitante –art.10,2 a) LOE-, si bien, tal circunstancia lo es a efectos de regularidad profesional o competencial, pues la condición de agente de la edificación y consecuente responsabilidad ex art. 17 LOE la ostentaría la persona jurídica; c) el proyecto puede estar elaborado conjuntamente por varios técnicos contratados por el promotor -art. 175 LOE-, y puede contener proyectos parciales o complementarios elaborados por distintos proyectistas que asumen la titularidad de su respectivo proyecto -art. 10,1 LOE, debiendo de mantenerse la necesaria coordinación entre todos ellos que corresponderá al autor del proyecto general –arts.4,2 y 10,2 a) LOE-.

Respeto a los elementos objetivos: a) el cometido del proyectista es la redacción del proyecto que se define en el art. 4,1 LOE como el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras y en el se habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable; b) el proyecto como se acaba de indicar, puede estar desarrollado o completado mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos sobre tecnologías específicas o instalaciones del edificio –art.4,2 LOE- que son fruto de colaboraciones parciales con otros técnicos que son contratados por el promotor o con su consentimiento por el proyectista –art.10,2 c) LOE-; c) también cabe que el proyectista haya contratado diversos aspectos relevantes para el proyecto como son los cálculos, estudios, dictámenes o informes a otros profesionales –art.17,5 LOE-; d) dado que proyecto a realizar tiene por objeto la construcción de edificios u otras obras de intervención sobre edificios existentes a que se refiere el art. 2 LOE, que el promotor encarga al técnico competente, su configuración es la de un contrato de obra (art. 1544 CC) en el que la prestación a cargo del técnico es de resultado, esto es, confeccionar un proyecto viable, con sujeción a la normativa aplicable y a lo que se haya convenido, entregándolo con los visados correspondiente; como precisa la STS de 31 de enero de 1997 sobre la idoneidad del proyecto -*“la prestación que el profesional se obligó a aportar, incluía el resultado de la actividad encomendada para hacer viable el proyecto, de tener efectiva realización práctica y material, es decir, que ha de tratarse de proyecto útil, por reunir las condiciones necesarias”*-

4.3.3.2.-Responsabilidad

En orden a la responsabilidad legal del proyectista como agente de la edificación, deben diferenciarse los supuestos siguientes:

-Cuando el proyecto se ha contratado conjuntamente con varios proyectistas, todos ellos responderán solidariamente frente al propietario o terceros adquirentes conforme establece el art. 17,5 LOE.

-Cuando el proyecto se ha desarrollado o completado con proyectos parciales o u otros documentos técnicos sobre tecnologías o instalaciones del edificio, cada técnico asume la titularidad de su proyecto según dispone el art. 10,1 LOE; por lo que, de apreciarse que el daño constructivo deriva del defecto de ese proyecto parcial o complementario su autor sería el sujeto responsable como agente de la edificación. Si bien, cabe considerar que como estas partes del proyecto deben estar coordinados por exigencia de los arts. 4,2 y 10,2 LOE, por el proyectista autor del proyecto general en el que estas partes se integran, este también tendría la cualidad de agente de edificación susceptible de atribuirle responsabilidad de advertirse deficiencias en esa función de coordinación. En este sentido dice la STS de 28 de octubre de 2014 *“la coordinación de los proyectos es un valor instrumental en sí mismo destinado a la mejor realización de la obra. Por ello la impone el legislador. No la impone para evitar que los honorarios o la documentación se dupliquen. La referencia a los honorarios y la documentación aparece en el texto de la norma como una advertencia: la coordinación no puede llevar consigo («sin» es el término empleado) las duplicidades referidas. El legislador no ha utilizado el término «para» (se dispone la coordinación «para evitar...») sino el término «sin»: «los proyectos se coordinarán sin que [ello] ...» . (...) El artículo 10 dice más de lo que afirma el recurrente. Es cierto que establece que cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto. Pero también lo es -y ello es omitido por el recurrente- que en el párrafo anterior establece que otros técnicos podrían redactar proyectos parciales del proyecto o partes que lo complementen, pero -y esto es esencial- «de forma coordinada con este», que en el caso fue el del recurrente. Por otro lado, el tercer párrafo del artículo 10.1, antes de establecer que cada proyectista asumirá la totalidad de su proyecto, se remite al artículo 4.2 para regular la existencia de varios proyectos, y este artículo, según ha quedado dicho arriba, establece la coordinación entre los distintos proyectos parciales no para evitar la duplicidad de documentos u honorarios, sino para lograr la mejor realización de la obra”.*

- El art. 17,5 LOE recoge un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, cuando el proyectista ha contratado a otros profesionales los cálculos, estudios, dictámenes o informes, aquel será 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. Estos profesionales a los que el proyectista encarga esos aspectos tenidos en cuenta para elaborar el proyecto (como puede ser un informe geotécnico), no son propiamente los proyectos parciales o complementarios que se han reseñado en el apartado anterior, por lo que sus autores no tienen el carácter de agentes responsables en sede del art. 17 LOE, y será el proyectista quien responde frente a los propietarios o terceros adquirentes, en cuya situación –como declara la STS de 14 de mayo de 2008 – la *“responsabilidad del proyectista presenta evidentemente un marcado carácter objetivo (...) es obligación fundamental del Arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio geológico, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias para atribuir su causa a informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que, de producirse, al aceptarlos y aplicarles sus conocimientos técnicos, los hace suyos y asume posibles responsabilidades, que, por otra parte, le son exigibles por la dignidad y competencia inherentes a su profesión”*.

-Por último, está el supuesto inverso de responsabilidad por hecho ajeno que corresponde al director de obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, el cual asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista – art. 17,7 LOE-. Sobre si el perjudicado puede también reclamar directamente al proyectista, existen opiniones discrepantes, y así: Martínez Escribano, C.²⁷ entiende que es posible porque la responsabilidad de la LOE debe entenderse exigible a cualquier agente pese a las normas sobre responsabilidad por hecho ajeno; en contra se manifiesta González Poveda, P.²⁸, para quien el modo verbal imperativo de la norma “asumirá” y la reserva que se hace del derecho de repetición frente al proyectista, hacen que esta sea sustituido por el director de obra al que habrán de reclamar los perjudicados que carecen de acción contra el proyectista. La interpretación gramatical del precepto y el criterio jurisprudencial restrictivo en materia del subcontratista del que se hace responsable al constructor por su actuación, las SSTS de 9 de octubre de 2018 y de 14 de marzo de 2018, apuntan a que pueda ser esta la tendencia que marque la línea a seguir por los tribunales, no obstante ser más protectora de los derechos de los adquirentes la otra opinión favorable a ampliar la responsabilidad legal a ambos agentes.

4.3.4.-El director de obra

²⁷ Ob. cit. Pág. 127 y 128

²⁸ Ob. cit. Pág.265

4.3.4.1.-Concepto

Entre los técnicos que intervienen en la edificación y que integran la denominada “dirección facultativa”, se encuentra el director de obra que define el art. 12,1 LOE como el agente que 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.

En orden al aspecto subjetivo cabe destacar: a) El director de obra puede haber asumido también la redacción del proyecto, que no es un supuesto infrecuente en la práctica, por lo que le sería aplicable lo antes expuesto sobre el proyectista; uno y otro técnicos, como se desprende de la comparación de los arts.10 y 12 LOE, en lo que respecta a los requisitos de titulación académica y profesional habilitante para el ejercicio de ambas funciones son las mismas, lo que es razonable, pues su labor directiva de las obras se realiza con arreglo al proyecto que las define y que ha de interpretar y en su caso completar o modificar . b) También puede que el director de obra y el director de ejecución de la obra sea el mismo profesional como admite el art. 12,3 g) LOE en los términos previstos en el art.13,2 a) LOE. c) Las obras de los proyectos parciales es posible que se dirijan por otros técnicos, bajo la coordinación del director de obra. d) En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante.

En lo que respecta al aspecto objetivo, las obligaciones del director de obra se enumeran en el art.12,3 LOE que se reconducen básicamente a: a) Al inicio de las obra verificar el replanteo, la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características del terreno. b) Resolver las contingencias que se produzcan en la obra. c) Elaborar eventuales modificaciones del proyecto, a requerimiento del promotor o con su conformidad cuando vengan exigidas por la marcha de la obra, y sean ajustadas a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto. d) Llevar a un Libro de Órdenes y Asistencias en el que se reseñan las instrucciones para la correcta interpretación del proyecto. e) Suscribir el acta de comienzo de obra y el certificado final de obra.

4.3.4.2.- Responsabilidades

-Cuando el director de obra y el proyectista son distintos como se ha explicado con anterioridad, la cuestión es polémica sobre si el proyectista queda exento de responsabilidad frente al propietario y terceros por las deficiencias del proyecto, que las asume el director de obra ex art. 17,7 LOE. Dentro de las deficiencias del proyecto se incluyen los trabajos de otros profesionales de los que el proyectista se ha valido -art. 17,5 LOE- y que se analizaron como supuestos de responsabilidad por hecho ajeno. En este sentido la STS de 10 de abril de 2015 analiza esta cuestión sobre si un arquitecto responde del proyecto hecho por otro arquitecto, pero no puede ser que responda de un proyecto realizado por un técnico que no sea de su misma especialidad, pues carece de los conocimientos necesarios para poder valorar el referido proyecto; en la sentencia se expresa que *“si el arquitecto aceptó la obra tal como le había sido encargada, es decir, después de los trabajos previos geológicos, no es dudoso reconocer que participó en la obra desde el momento en que incluyó en su proyecto el proyecto de cimentación del Sr. Jon encargado por la promotora y aceptó la responsabilidad que de lo hecho se pudiera derivar, por lo que no puede escudarse en la ajeneidad del trabajo aceptado. ya que, de producirse, al aceptarlos y aplicarles sus conocimientos técnicos, los hace suyos y asume posibles responsabilidades”*.

- Si la dirección de obra se contrata conjuntamente a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la responsabilidad que entre ellos corresponda (art. 17,7 LOE). Como señala González Poveda, P.²⁹, se trata de solidaridad entre agentes que desempeñan la misma función de dirección de forma conjunta en la edificación, independientemente de que pueda o no ser individualizada su responsabilidad. Supuesto que es distinto al de la dirección de obra que se integra por varios técnicos que se encargan de la dirección separada de proyectos parciales de la obra, en los que cada uno asume la responsabilidad de su dirección parcial –que será solidaria entre ellos en defecto de individualización- solidariamente con la del director de obra que tiene atribuida la coordinación.

-El art.17,7 LOE dispone que “El director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento”. Esta responsabilidad nace porque producida una ejecución defectuosa de las obras, de la previa emisión del certificado final resulta una responsabilidad de los técnicos en sus funciones de control. Y es que, el certificado final de obra se configura como *“el último instrumento de control de la obra por parte de los técnicos. Su*

²⁹ Ob. cit. Pág. 281

expedición incondicional no hace sino avalar la correcta ejecución de las medidas relacionadas con el proyecto, la dirección y vigilancia o inspección, haciéndoles responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento” –STS de 5 de diciembre de 2011-. Como precisa Martínez Escribano, C.³⁰ - si en la certificación los técnicos afirman que los extremos a los que alcanza su actividad son conformes al proyecto y realmente no es así, se derivará su responsabilidad porque ello es reflejo o de una dirección que no se ha sujetado al proyecto y después se ha ocultado, o de una deficiente comprobación de la adecuación de las obras a las instrucciones dadas, de concurrir alguna de estas situaciones con la ejecución defectuosa habrán de responder con el constructor. Aunque el certificado final lo suscribe la dirección facultativa no se sigue de ello una responsabilidad solidaria de sus integrantes, sino que dependerá de sus respectivas funciones. Al respecto dice la STS de 29 de octubre de 2012 “no cabe concluir, y por ende pretender, que de la responsabilidad contemplada en el artículo 17. 7, sobre la veracidad y exactitud de lo suscrito en el certificado final de obra, se infiera automáticamente la responsabilidad solidaria del director de la obra y del director de la ejecución respecto de la condena indemnizatoria impuesta al promotor, sin que se hayan acreditado los presupuestos básicos de su resarcibilidad, esto es, su realidad, su imputación y su cuantía”.

4.3.5.- Director de la ejecución de la obra

4.3.5.1.-Concepto

El 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 (art.13,1 LOE).

En cuanto a los requisitos subjetivos habrá de poseer la titulación académica y profesional habilitante que normalmente será la de arquitecto técnico para la mayor parte de las obras (grupo a del art.2,1 LOE), o cuando el director de obra es un arquitecto (grupo b del art.2,1 LOE), pudiendo en determinados casos ser desempeñada, indistintamente, por profesionales con la titulación de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico. De ser una persona jurídica, se debe designar al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante.

³⁰ Ob. cit. Pág,143

En lo referente al aspecto objetivo, las funciones de este agente de la edificación se mencionan en el art.13,2 LOE y se refieren: a) la dirección de 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; b) control de calidad de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas; c) suscribir los documentos de obra como el acta de comienzo, certificado final y en su caso las certificaciones parciales, colaborando con los demás agentes en la elaboración de documentación de la obra ejecutada, y reseñar en el libro de órdenes y Asistencias las instrucciones precisas.

4.3.5.2.-Responsabilidad

Las funciones que asume el director de la ejecución de la obra y de las que puede derivar su responsabilidad legal del art. 17 LOE se desenvuelven en dos ámbitos de actuación profesional, de un lado, en el de dirigir la ejecución material de la obra, y de otro lado, en el de controlar cuantitativamente –comprobar dimensiones y medición de unidades- y cualitativamente la construcción tanto en la calidad de los materiales empleados como en la calidad de lo edificado.

-Las funciones de dirección técnica de las obras, en las que también participa el director de obra, hace difícil en la práctica deslindar sus respectivas responsabilidades por lo que de no acreditarse su individualización o grado de concurrencia participativa sería aplicable la regla de la solidaridad del art. 17, 3 LOE. Ello no obstante, las funciones directivas de ambos técnicos se ejercen de manera autónoma y diferente, pues el director de la ejecución hace un seguimiento más inmediato, asiduo y concreto de la obra que el director de obra, aunque puede recibir instrucciones de este -art.13,2 c) LOE- que pueden exonerar la responsabilidad de aquel, cuando sea la causa de las deficiencias constructivas salvo que por su competencia tuviera el deber de conocer y advertir del error. La jurisprudencia reconoce este carácter autónomo e independiente de las funciones del director de ejecución de la obra que - dice la STS de 3 de octubre de 2016- *“se desempeñan de un modo propio, de acuerdo a su autonomía profesional operativa, de forma que el aparejador no es un mero realizador de lo proyectado, ni tampoco un simple ejecutor de lo ordenado por el arquitecto director de la obra, de suerte que aunque realice sus funciones siguiendo las órdenes de éste no se le eximirá de sus propias responsabilidades en el proceso constructivo”*.

- En las funciones de control de materiales la responsabilidad del director de la ejecución puede concurrir con la del constructor por deficiencias de los productos de construcción aportados o aceptado por este -art. 17,6 LOE-, con la consiguiente solidaridad, al margen del derecho de regreso contra el suministrador.

-De haber ordenado el director de la ejecución la realización de ensayos y pruebas de materiales, a laboratorios y entidades de control de la edificación a que se refiere el art. 14 LOE-, la responsabilidad por la incorrección o inexactitud como sucede en el caso del proyectista que encarga informes, cálculos o estudios a otros profesionales –art.17,5 LOE-, será directa del director de la ejecución frente al propietario o terceros, sin perjuicio del derecho de repetición.

-En cuanto a la pluralidad de directores de ejecución de la obra, puede darse porque se encargue conjuntamente a varios que responderían solidariamente, o porque se divida en partes entre varios directores de ejecución de los que cada uno sería responsable de la parte en la que ha intervenido.

4.3.6.- Los suministradores de productos, entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación.-

Como se ha indicado en epígrafes anteriores no obstante la fórmula genérica que emplea el art. 17,1 LOE para referirse a las personas responsables ("las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación..."), los siguientes apartados del artículo limitan el círculo de los sujetos responsables y sólo considera como tales a los mencionados expresamente a los que nos hemos referido, en los apartados anteriores, quedando fuera "las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación" (art. 14) y "los suministradores de productos" (art.15), que no obstante los incluye como agentes de la edificación, y que, dependiendo de la postura que se adopte, más o menos amplia, puede conferírsele legitimación como responsables. Es por ello que se examina seguidamente su concepto y responsabilidad.

4.3.6.1.- Suministradores

Según el art.15 LOE se consideran suministradores de productos a los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción. Y se entiende por producto de construcción aquel que se fabrica para su incorporación permanente en una

obra incluyendo materiales, elementos semielaborados, componentes y obras o parte de las mismas, tanto terminadas como en proceso de ejecución.

Su responsabilidad ha de vincularse con las exigencias de identidad, calidad y cantidad de los productos aportados a la construcción. De la defectuosidad del producto de construcción, el art. 17 LOE hace directamente responsable al constructor (art.17,6) y puede nacer también una responsabilidad del director de ejecución de la obra en su función de control cualitativo de materiales, con los que respondería el suministrador solidariamente, de admitirse su legitimación pasiva; en otro caso, a los agentes responsables les asistiría el derecho a repetir frente al suministrador. Todo ello, sin perjuicio de otras acciones que corresponderían al perjudicado -sea o no consumidor-, frente al suministrador por la responsabilidad civil por productos defectuosos que se regulan en los arts. 128 y ss del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

4.3.6.2.- Las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación.-

El art. 14 LOE los incorpora como agentes de la edificación cuya función es la de prestar asistencia técnica, sea en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra –entidades de control-, o mediante la realización de ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra –laboratorios-. Los resultados de su actividad se deben entregar al agente autor del encargo que será normalmente el promotor y en todo caso al agente técnico que los ha solicitado.

Si la prestación asistencial de estas entidades es deficiente o incorrecta, no está contempla su responsabilidad directa con amparo en el art. 17 LOE, que podrán incluirse o no en función del criterio que sobre esta cuestión se mantenga; ello a salvo de la acción de repetición que pudieran ejercitar los agentes nominados en el art. 17 LOE que fueran declarados responsables, si en los daños materiales del edificio tuvieran incidencia causal las imperfecciones o errores en el control de calidad de estas entidades.

5. RESPONSABILIDAD

5.1.- Imputación de responsabilidad

La regulación de la responsabilidad en el art. 17 LOE sigue una tendencia objetivadora que, como indica Seijas Quintana, J.A.³¹, hace surgir el deber de indemnizar los daños materiales del hecho de que nazcan los vicios o defectos afectantes a los distintos elementos de la construcción, y que el legislador presume que son debidos al incumplimiento por aquellos intervinientes de las obligaciones profesionales que les impone la propia Ley, las demás disposiciones que sean de aplicación o por el contrato que origina su intervención.

Este régimen presuntivo de responsabilidad favorece la posición de los perjudicados, pues les basta con acreditar la existencia de los daños materiales, su vinculación causal con el proceso constructivo y su aparición en el plazo de garantía, para dirigir su reclamación frente a los agentes que intervengan en el proceso de edificación y que considere responsable en atención a la clase de daño, a los que para eximirse de responsabilidad les incumbe probar a tenor del art. 17,8 LOE que los daños “fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado”.

En cuanto al “caso fortuito y fuerza mayor”, con arreglo al art. 1105 CC serían aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos fueran inevitables. Tanto la previsibilidad como la inevitabilidad habrán de ponderarse en conforme con la diligencia profesional exigible a los agentes de la edificación. En este sentido dice la STS de 26 de abril de 2013 *“la caracterización de la obligación de resultado no excluye la aplicación de la regla general de exoneración del deudor en el supuesto del caso fortuito, artículo 1105 del Código Civil ; esto es, que el muro se dañe por causas sin que intervenga como factor apreciable la actividad de los responsables de su construcción, particularmente respecto de la previsibilidad de dichas causas según los supuestos a considerar . En estos casos, siguiendo la pauta de la "pérdida sin culpa", de la imposibilidad fortuita en las obligaciones de entregar una cosa (artículos 1182 y 1184 del Código Civil), la imposibilidad sobrevenida*

³¹ Seijas Quintana J.A. “Experiencia de trece años de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación”. En Cuadernos Digitales de Formación, nº 14. Consejo General del Poder Judicial. Año 2014. Pág. 11.

que resulta liberatoria en el caso fortuito es aquella que precisamente no resulta imputable al deudor, conforme a los criterios de diligencias y previsión derivados del cumplimiento de la obligación”.

Respecto al “acto de tercero” habrán de comprenderse las actuaciones atribuibles tanto a terceros ajenos al proceso constructivo, como a otros agentes de la edificación de los que con arreglo a la LOE no se tiene la obligación de responder por hecho ajeno (art. 17, 5, 6 y 7).

En lo relativo al “acto del propio perjudicado por el daño”, ha de concordarse con lo dispuesto en el art. 16 LOE sobre las obligaciones de conservación, mantenimiento y utilización adecuada de los edificios que deben cumplir los propietarios o usuarios de los mismos, y la incidencia de su incumplimiento en la causación de los daños materiales.

Si bien del texto del art. 17,8 LOE puede llegarse a la conclusión de que la exoneración de la responsabilidad solo tendrá lugar cuando los daños sean debidos, única y exclusivamente, a las causas que contempla, sin embargo, como señala González Poveda, P.³² cabe también apreciar la concurrencia de causas de agentes y terceros que daría lugar a una limitación cuantitativa de la responsabilidad del agente o agentes cocausantes del daño.

5.2.- Solidaridad

La LOE en su art. 17,2 fija el principio de responsabilidad individual de los agentes de la edificación, al establecer que “La responsabilidad civil de los diferentes agentes por daños materiales en el edificio se exigirá de forma personal e individualizada, tanto por actos propios, como por actos de otros agentes por los que, con arreglo a esta Ley, se deba responder”. Así lo ha proclamado la jurisprudencia al decir por ejemplo en la STS de 24 de mayo de 2017 *«La responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo por vicios y defectos de la construcción - STS 17 de mayo 2007 - es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio, o lo que es igual, determinada en función de la distinta actividad de cada uno de los agentes en el resultado final de la obra, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen en el mismo. Cada uno asume el cumplimiento de sus funciones y, en determinadas ocasiones, las ajenas, y solo cuando aquella no puede ser concretada individualmente procede la condena solidaria, por su carácter de sanción y de*

³² González Poveda, P. “La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación”. Derecho de la Edificación. Coord. Sala Sánchez, P. Ed. Bosch, 2^a Edición, 2001. Pág. 258.

ventaja para el perjudicado por la posibilidad de dirigirse contra el deudor más solvente entre los responsables del daño, tal y como estableció reiterada jurisprudencia (SSTS 22 de marzo de 1.997 ; 21 de mayo de 1999 ; 16 de diciembre 2000 ; 17 de julio 2006) y ahora recoge el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación”.

Sin embargo, el art. 17,3 LOE introduce un régimen de solidaridad “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”. Esta regulación de la solidaridad tiene una clara finalidad tuitiva de propietarios y terceros adquirentes, como ha resaltado el Tribunal Supremo en la STS de 20 de mayo de 2015 “*representa el fracaso de un sistema pensado para hacer efectivas responsabilidades individuales de cada uno de los agentes; sistema que ya venía recogido en la jurisprudencia de esta Sala en la interpretación del artículo 1591 del Código Civil , respondiendo a la idea de salvaguardar el interés social (SSTS 3 de noviembre 1999 ; 24 de septiembre de 2003), en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados (SSTS 15 de abril y 24 de septiembre de 2003)*”.

Como se ha indicado, la responsabilidad será solidaria en dos supuestos:

1º) Cuando existe un defecto constructivo del que no se ha podido probar la responsabilidad individual. En este caso, en aras a la protección del perjudicado, en vez de aplicar las consecuencias desfavorables de la carga de la prueba sobre la incerteza de la causa del daño (art. 217 LEC) que conducirían a no resarcir al perjudicado, la norma se decanta por establecer una responsabilidad colectiva de los agentes. Esto se producirá en los daños estructurales y de habitabilidad, de los que responderán todos los agentes intervinientes en la construcción cuando no esté individualizada la responsabilidad de cada uno; en los daños de terminación o acabado el tratamiento es diferente pues de estos únicamente el constructor es el responsable según preceptúa el art. 17,1 b) *in fine* LOE.

2º) Cuando exista concurrencia de causas, sin que pueda concretarse la influencia de cada agente en el daño producido. En este supuesto, se ha probado en juicio la contribución plural de los agentes en la producción de los daños, pero no sus respectivas cuotas de responsabilidad, de modo que todos responden solidariamente.

Algún autor, Cortes Domínguez, V.³³ ha mantenido que el art. 17,3 LOE contiene una regla de juicio concreta para el supuesto de determinación de responsabilidad en los

³³ Cortés Domínguez, V. “Las responsabilidades en la edificación. Aspectos procesales: La interpretación del art. 17.3 de la Ley 38/1999 a la luz de la LEC”. Estudios de Derecho Judicial nº 108. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007. Págs. 237 y 238.

procesos de edificación, incompatible con el sistema de la regla de juicio establecida en el art. 217 LEC –sobre la incerteza de la individualización de la causa del daño–, que es norma que entiende ha sido promulgada con posterioridad y que podría considerarse tácitamente derogatoria de la anterior (art.2,2 CC). Ello no obstante, como se ha expuesto *ut supra*, el criterio jurisprudencial reitera la doctrina mantenida bajo la vigencia del art. 1591 CC, con ciertos matices.

En efecto, la jurisprudencia en materia de responsabilidad por vicios ruinógenos del art. 1591 CC estableció la solidaridad entre los agentes intervinientes en los mismos supuestos acabados de exponer, que se contienen en el art. 17,3 LOE. Esta modalidad de solidaridad de origen jurisprudencial, se califica de “impropia” al no estar expresamente determinada en la ley , sino que nace de la sentencia que así la declara como resultado de la prueba por la indeterminación de la causa origen de la ruina o la imputación a varios agentes sin posibilidad de concretar la cuota individual de responsabilidad de cada uno; a diferencia de la solidaridad “propia” que está predeterminada por ley o por voluntad de las partes (que dice el art. 1137 CC). Ocurre que ahora en el art. 17,3 LOE está expresamente prevista esta solidaridad “impropia”, que ya no podría calificarse como tal. La polémica ha surgido al examinar la interrupción de la prescripción entre los agentes de la edificación, que ha sido tratada en otro epígrafe de este trabajo. En lo que aquí interesa, señalar que la jurisprudencia indica en la STS de 16 de Enero de 2015 que *“se podrá sostener que la solidaridad ya no puede calificarse en estos casos de impropia puesto que con la Ley de Ordenación de la Edificación no tiene su origen en la sentencia, como decía la jurisprudencia, sino en la Ley. Lo que no es cuestionable es que se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 del Código Civil ("cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria") (...), con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial”* .

Estos casos de solidaridad inicial son los del promotor con los demás agentes, y entre proyectistas o entre directores de obra contratados conjuntamente (art. 17, 3, 5 y 7 LOE). Por lo tanto, los demás agentes distintos de los anteriores aunque actúen conjuntamente, no está contemplado en la LOE como supuesto de solidaridad inicial, aunque se pueda declarar su responsabilidad solidaria sobrevenida en la sentencia por la imposibilidad de individualizar sus responsabilidades en el curso del proceso.

5.3.- Litisconsorcio pasivo necesario

Como se ha dicho la responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo es, en principio, personal e individualizada, en función de los cometidos que corresponden a cada agente en el proceso edificatorio. Cuando no es posible individualizar la causa del daño o cuando concurren varias causas, el perjudicado puede accionar frente a cualquiera de los agentes intervinientes a quien considera causante del daño. Si en el proceso se prueba que al agente demandado no le es imputable el defecto causante del daño material al edificio, el resultado será su absolución por carecer de legitimación por su ausencia de responsabilidad; si se prueba que el demandado ha concurrido a la causación del daño con otros agentes no demandados, aquel será condenado al resarcimiento de los daños causados por su conducta, pero si no puede graduarse la influencia de su conducta en el daño producido la responsabilidad se extiende al resarcimiento de todos los daños, sin perjuicio de la relación interna entre los agentes para reclamar el que pagó la porción que corresponda a los demás, mediante el ejercicio de la acción de repetición.

Teniendo en cuenta el funcionamiento de la responsabilidad legal derivada del proceso constructivo no cabe por lo tanto excepcionar con éxito la falta de litisconsorcio pasivo necesario, pudiendo el demandante dirigir la demanda contra quien estime responsable, que estará o no legitimado pasivamente, pero sin que la sentencia pueda contener pronunciamientos frente a los demás no demandados. La STS del 19 de julio de 2010 hace la distinción entre legitimación, en su lado pasivo, y litisconsorcio, precisando *“La primera se identifica con el autor o responsable del daño causado, frente al cual el perjudicado dirige su acción, haciéndole responder de lo que se le reclama en el pleito, y el demandado puede, mediante la prueba que practique, acreditar la ausencia de culpabilidad civil para exonerarse de responsabilidad por no haber concurrido al daño que le imputa. La segunda tiende a garantizar la presencia en el juicio de todos a quienes interesa la cuestión sustantiva en litigio, bien sea por disposición legal, bien por razón de no ser escindible la relación jurídica material, siendo una exigencia de naturaleza procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso evitando resultados procesales inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio, o impidiendo sentencias contradictorias, pero que desaparece ante la presencia de diversos agentes en la producción del daño mediante culpa extracontractual, en cuanto ordinariamente puede dar lugar a una solidaridad impropia, que no invalida la relación jurídico procesal por la falta de alguno de los posibles responsables (SSTS de 18 de abril y 31 de mayo de 2006; 31 de enero 2007).”*

5.4.- Intervención procesal

La sentencia dictada en un proceso de responsabilidad por vicios constructivos, como hemos visto, puede declarar una responsabilidad solidaria derivada de la imposibilidad de concretar el grado de participación del agente demandado en el daño producido, pero sin que la cosa juzgada de esa sentencia por falta de identidad de partes (art. 222,4 LEC) pueda tener eficacia prejudicial en un proceso posterior frente a otro agente al que se le reclame una responsabilidad (arts. 1144 y 1145,2 CC) de la que puede resultar absuelto, lo que daría lugar a sentencias contradictorias.

Para conjurar este riesgo la LOE ha introducido en su Disposición adicional séptima la norma legal habilitante de la intervención procesal provocada que se regula en el art. 14,2 LEC, y que permite al agente de la edificación demandado al que se exige la responsabilidad legal basada en el art. 17 LOE, llamar dentro del plazo para contestar a la demanda a otro u otros agentes que hayan tenido participación en el proceso constructivo. Solicitada la intervención por el demandado no conduce automáticamente al llamamiento del tercero, sino que se suspende el plazo de contestación a la demanda, y se da audiencia al demandante para que efectúe alegaciones, entre las que puede optar por mostrar conformidad ampliando la demanda frente al tercero. Si la resolución judicial accede a la intervención procesal, los terceros llamados, como indica Almagro Nosete, J.³⁴, asumen la carga de comparecer, lo que, en otros términos significa que deben soportar las consecuencias de su incomparecencia, si esta se produce, y por lo tanto los posibles resultados adversos de la sentencia que se dicte. A tal efecto, la citada disposición adicional exige como requisito formal a incluir en el emplazamiento de los terceros intervinientes “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”.

En torno a la aplicación de esta Disposición adicional, se han generado cuestiones polémicas sobre si el tercero llamado al juicio adquiere o no la condición de parte y en consecuencia puede ser condenado o absuelto, y en cuanto a los gastos procesales causados al tercero.

La primera de las cuestiones ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en la STS de 26 de septiembre de 2012, a la que han seguido las SSTS de 24 de octubre de 2013 y de 9 de septiembre de 2014, en el sentido de que: *“El tercero cuya intervención ha sido acordada solo*

³⁴ Almagro Nosete, J. “Los artículos 13 y 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 17 y la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación”. Estudios de Derecho Judicial n° 122. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007. Págs. 75 y 76.

adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo. (...) El principio dispositivo del proceso civil tiene la importancia y significación de atribuir a las partes el poder de dirigir el proceso de forma material, hasta el punto de que el órgano judicial no puede obligar a demandante y demandado a mantener determinadas posiciones, de tal forma que el emplazamiento del llamado como demandado no aceptado por el actor, no equivale a una ampliación forzosa de la demanda que permita su absolución o condena, mientras que la oponibilidad y ejecutividad del fallo de la sentencia, a que se refiere la disposición transcrita, supone, de un lado, que quedará vinculado por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrá alegar que resulta ajeno a lo realizado y, de otro, que únicamente podrá ejecutarse la sentencia cuando se den los presupuestos procesales para ello, lo que no es posible cuando ninguna acción se dirige frente a quien fue llamado al proceso y como tal no puede figurar como condenado ni como absuelto en la parte dispositiva de la sentencia”.

Que el demandante haya decidido no ampliar la demanda contra el tercero interviniente, precisamente por la oponibilidad y ejecutividad del fallo de la sentencia en los términos antedichos, supone como dice la STS de Pleno de 20 de diciembre de 2011, *“Que el tercero pueda actuar como parte demandada significa que su posición formal es la de una parte —aunque no desde el punto de vista material porque no ha sido demandado— por lo que tendrá las oportunidades de alegación y defensa que la tramitación del concreto proceso permita a las partes. La situación del tercero que no ha sido demandado es la posición de quien está al cuidado del litigio, como sujeto interesado al que, sin soportar la acción, la LEC le permite una actividad en el proceso dirigida a conseguir que este tenga un resultado lo menos adverso posible para los intereses del tercero que puedan verse afectados de forma refleja, con la función de precaverse de la gestión procesal de la parte correspondiente”.*

En lo referente a las costas tras la reforma del art. 14 LEC introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, se ha clarificado la cuestión de modo que si el tercero resulta absuelto “las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención”, tratamiento impositivo de costas que ha de ser el mismo cuando sin ser absuelto por no haberse ampliado la demanda, se declara su responsabilidad en el proceso constructivo. Así lo confirma la STS de 25 de noviembre de 2013: *“la decisión acerca de la inexistencia de responsabilidad derivada de la construcción que resultara imputable a quienes así han sido llamados al proceso por el demandado, no había de determinar -ni siquiera antes de la reforma del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 13/2009- que hubieran de soportar estos sus propias costas; cuyo pago efectivamente no podía imponerse al demandante, que no se dirigió contra ellos pudiendo hacerlo, pero sí a quien había decidido su llamada al proceso y, por tanto, dado lugar a la generación de tales gastos”.*

Por otra parte, el art. 18 LEC prevé la sucesión procesal en los casos de intervención provocada, cuando comparecido el tercero el demandado considere que su posición en el proceso debe ser ocupada por aquel, lo que abre un incidente procesal con traslado a las demás partes, para que el Juez resuelva lo procedente en orden a la conveniencia o no de la sucesión. Se trata de un fenómeno inhabitual en la práctica, que podría darse –como dice Almagro Nosete, J.³⁵ cuando se acredite o acepte la falta de participación del demandado en el hecho constructivo, según resulte de la demanda.

5.5.- Acciones de repetición

La LOE solo regula las acciones de repetición en relación con el plazo de prescripción en el art.18, 2 y en el contempla dos clases, la “que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos”. Se trata de dos acciones diferentes, la primera también denominada acción de regreso (art. 1145 CC), surge: a) cuando por razón de la solidaridad un agente de la edificación soporta la indemnización total del perjudicado siendo varios los responsables frente a los cuales ahora se dirige en la relación interna; b) cuando hay una responsabilidad por hecho ajeno (art. 17, 5 –proyectista-, 6 –constructor- y 7 –director de obra- LOE). La segunda es una acción de subrogación de la aseguradora (art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro³⁶) que ocupa el lugar del perjudicado al que ha indemnizado para reembolsarse lo pagado frente a los responsables del daño.

En cuanto a la acción de repetición que es objeto de análisis, el agente de la edificación que pagó al accionar el regreso frente a los demás, en esta relación “ad intra” o entre responsables, puede discutirse tanto la propia existencia de responsabilidad como su alcance, salvo en lo que sea oponible la sentencia anterior con arreglo a la intervención provocada por la disposición adicional séptima de la LOE en los términos que se han expuesto precedentemente Al respecto es ilustrativa la STS de 28 de noviembre de 2016 dictada a propósito de la acción de repetición o de regreso del art. 1145 CC ejercitada por el constructor que pagó la reparación de los daños de la obra conforme a la responsabilidad solidaria declarada por una previa sentencia, sin determinación de las cuotas de responsabilidad de los agentes intervinientes. Dice esta sentencia que *“el deudor solidario que pagó la reparación de los daños, conforme con la sentencia que declaró su responsabilidad, sin fijar cuotas de*

³⁵ Ob. cit. Pág. 81.

³⁶ Ley 50/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro.

responsabilidad entre los agentes intervinientes en el proceso constructivo, tiene el derecho de repetición para que en un ulterior proceso se fijen las respectivas responsabilidades y pueda recuperar lo pagado en exceso por vía de regreso. Sin que este nuevo proceso venga condicionado por la sentencia que fijó, con carácter general, la responsabilidad solidaria. Esto es, que dicha solidaridad ni entraña litisconsorcio pasivo necesario ni restringe las acciones de repetición posteriores en que las partes, con distinta postura procesal, puedan de nuevo plantear litigio en torno a delimitar sus respectivas responsabilidades con relación al artículo 1591 del Código Civil”.

Cuando no se prueba la exoneración de responsabilidad en el proceso ulterior o el grado de contribución de cada agente en la causación del daño, se impone como regla distributiva la igualdad entre ellos por aplicación de la presunción establecida en el art. 1138 CC. En este punto es discutible si el reparto debe hacerse por cabezas o por estirpes, es decir, por grupos profesionales para una sola función de trabajo. Entiende Martínez Escribano, C.³⁷ que la distribución por partes iguales entre los causantes del daño, no se determinarán en atención al número de personas que intervinieron en el proceso edificatorio, sino por clases de agentes, de tal manera que si uno de estos agentes asume más funciones (por ejemplo, director de obra y proyectista) se le asignaran las cuotas con arreglo a las funciones ejercidas, de la misma manera si un agente está integrado por varias personas que actúan conjuntamente solo se le asigna una cuota. Criterio este, que parece más equitativo por atender al grupo específico al que pertenece cada agente como unitario, con arreglo a como se ha desenvuelto su actividad profesional en la obra mal ejecutada, y a fin de evitar la injusticia que se produciría cuando uno de los grupos está constituido por varias personas y los otros por una persona.

El plazo de prescripción de esta acción de regreso es de dos años que se computan según el art. 18,2 LOE “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”. El inicio del cómputo depende de si ha habido un proceso judicial previo al ejercicio de la acción de regreso que condene a indemnizar, si es así, será la firmeza de la resolución condenatoria; en los demás casos, sea porque existiendo un proceso no haya condena y termine anormalmente (auto transaccional, desistimiento, satisfacción extraprocésal), o porque se indemniza sin haber mediado proceso, la fecha de arranque del plazo prescriptivo será la fecha del pago. La indemnización a que se refiere la norma tanto puede ser la dineraria como la reparación en forma específica.

³⁷ Ob. cit. Pág. 207.

6. PRESUPUESTOS TEMPORALES

6.1.- Plazos de garantía

El art. 1591 CC establecía un plazo decenal único aplicable desde la conclusión de la obra a toda clase de vicios ruinógenos cualquiera que fuese su entidad; dicho plazo se concibió por los tribunales como de garantía durante el cual debía de manifestarse el defecto, y a partir de entonces el ejercicio de la acción de responsabilidad quedaba sujeta al plazo prescriptivo de quince años previsto en el art. 1964 CC para las acciones personales que no tienen señalado término especial. La LOE, mantiene el sistema de diferenciar entre el plazo de garantía y el de prescripción que había desarrollado la jurisprudencia anterior, pero modifica cuantitativamente los plazos reduciéndolos notablemente. Y así, en cuanto a los plazos de garantía o de responsabilidad –como también se los denomina en la exposición de motivos de la LOE- se establecen en el art. 17,1 períodos diferentes en función de la gravedad de los defectos: un año para los defectos de terminación o acabado, tres años para los defectos de habitabilidad, y diez años para los defectos estructurales.

El plazo de garantía significa que durante ese periodo de tiempo debe de manifestarse o exteriorizarse indefectiblemente el daño, de tal manera que si ha transcurrido sin que aparezca el vicio o defecto, hace inviable la reclamación para exigir la responsabilidad pues es un presupuesto para el nacimiento de la acción. Es por ello que, la carga de la prueba de que el daño se ha producido dentro del plazo de garantía incumbe al que reclama, en aplicación de las reglas de la carga de la prueba (art.217 LEC) por tratarse de un elemento constitutivo de la acción de responsabilidad.

Como destaca Corbal Fernández, J.E.³⁸, estos plazos aunque no son propiamente, en sentido técnico de caducidad, operan de forma sensiblemente parecida en el sentido de que no son plazos susceptibles de paralización (suspensión o interrupción), de tal manera que empezado a correr se produce su decurso sin solución de continuidad, y su infracción es apreciable de oficio por los tribunales .

Al respecto declara la STS de 18 de febrero de 2016 que *“esta Sala (sentencia de fecha 19 de Julio de 2010): « La garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado de los daños causados por una mala construcción (tres plazos*

³⁸ Corbal Fernández, J.E. “El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación”. Derecho de la Edificación. Ed. Bosch, 2^a Edición, 2001. Págs.339-343.

en la LOE). Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, como señala reiterada jurisprudencia en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad ex lege es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar "desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas" (Arts. 6.5 y 17.1), suprimiendo el punto de partida anterior "desde que concluyó la construcción", vigente en el momento de los hechos, que tanto dividió a la doctrina a la hora de concretarlo: a) el de la terminación material de la obra; b) el de la entrega o puesta a disposición de la obra, y c) aquel en que la obra ha sido aprobada y recibida por el comitente. La prescripción, por el contrario, tiene que ver también con el paso del tiempo, pero de una forma distinta puesto que no es más que el cumplimiento del plazo que la Ley concede a los perjudicados para hacer efectivo su derecho mediante el ejercicio de las acciones correspondientes».

6.2.-Cómputo del plazo de garantía

Para el cómputo de los plazos de garantía, la LOE fija como fecha inicial la de “recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de estas”. La recepción de la obra se regula en el art. 6 LOE y se define como “el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste”. Por consiguiente, la recepción debe ser aceptada por el promotor, aspecto que ha suscitado críticas doctrinales, dado que es habitual que no sea el destinatario final de la edificación cuando se trata de promociones para su venta a terceros, a los que puede entregarse la vivienda o local pasado cierto tiempo desde la recepción, con la consiguiente reducción del plazo para poder reclamar, aparte de las dificultades de acreditación de la aparición del defecto si ha surgido en el periodo en el que no tiene a su disposición la obra. En cualquier caso, como refiere Martínez Escribano, C.³⁹, la opción del legislador no deja de ser llamativa si tenemos en cuenta que en un principio la responsabilidad de esta ley se dirige a proteger a los propietarios de edificios y en la propia Exposición de Motivos se presenta como una norma de protección de consumidores. Señala esta autora que precisamente en otros contextos del Derecho de Consumo se ha adoptado una solución más coherente con los fines tuitivos, como es el previsto en la venta de bienes de consumo que lo fija “desde la entrega” o en daños causados por productos defectuosos “desde que se hubiera puesto en circulación” (arts. 123 y 144 R.D.Leg .1/2007, de 16 de noviembre).

³⁹ Ob. Cit. Pág. 64

De la concordancia del art. 17,1 con el art. 6 LOE resulta que los plazos se inician: 1º) en la recepción expresa pura o sin reservas, a partir de la fecha en que se suscribe el acta de recepción; 2º) si la recepción expresa es con reservas desde la subsanación de estas, a tal efecto en el acta se ha de fijar el plazo en el que deberán quedar subsanados los defectos observados; 3º) desde la recepción tácita, que se entiende producida si transcurren treinta días desde que se notifica al promotor la terminación de las obras acreditada en certificado final emitido por la dirección facultativa, sin haber puesto de manifiesto reservas o rechazado la recepción.

En el supuesto de recepción con reservas si el promotor no queda satisfecho con las obras de subsanación, ante el vacío legal, sostiene Villagómez Rodil, A.⁴⁰ puede admitirse que cabe fijar un nuevo plazo para subsanar lo que se presenta como subsanado, y así sucesivamente de persistir una ejecución defectuosa, hasta que el promotor de su conformidad definitiva y acepte plenamente la obra, que deberá constar en el correspondiente acta, que actuaría como final y de cierre con efectos jurídico-civiles al conformar un acto propio.

Lógicamente si la recepción de obra se rechaza motivadamente por considerar que la misma no está terminada o no se adecúa a las condiciones contractuales, no se inicia el plazo de garantía, debiendo fijarse un nuevo plazo para efectuar la recepción (art.6,3 LOE). Claro está, que si hay discrepancia entre constructor y promotor sobre la justificación del rechazo, la cuestión habrá de dirimirse por un procedimiento arbitral o judicial, y de resolverse que la recepción debió de aceptarse, el plazo de inicio de la garantía habrá de remontarse a aquel momento.

Como la recepción a tenor del art. 6,1 LOE cuando así se acuerde por las partes puede ser total o parcial, esto es, de la integridad de la obra o de parte de la obra que abarque fases completas y terminadas de la misma. En el primer caso, el plazo de garantía comienza en el mismo momento de la recepción, en el segundo en momentos diferentes con arreglo a las fases recepcionadas, que pueden ser en ambas situaciones con o sin reservas, siendo de aplicación los criterios acabados de exponer.

Se ha planteado si este criterio de recepción parcial puede trasladarse a la recepción con reservas, esto es, si el plazo de garantía es único para todo el edificio computándose desde que se subsanen las reservas, o hay que diferenciar entre el momento en que se inicia

⁴⁰ Villagómez Rodil, A. "La edificación en el siglo XXI. Derecho de la Edificación". Derecho de la Edificación. Coord. Sala Sánchez, P. Ed. Bosch, 2ª Edición, 2001. Pág. 62

el plazo de garantía con la recepción del edificio salvo para las reservas denunciadas que comenzará cuando se corrijan. La literalidad de la norma abona la primera de las opciones, y así por ejemplo indica González Pérez, J.⁴¹, que la recepción de la obra no se produce hasta que el promotor de su conformidad y acepte la obra, bien en el acta levantada en el primer acto o en el acta ulterior, levantada una vez subsanados los defectos. Partidarios de la segunda alternativa se muestran Corbal Fernández, J.E.⁴², por el hecho de que la recepción demorada no es una recepción completa, sino complementaria en cuanto a los defectos que deben ser subsanados, sin que quepa en tal momento poner de relieve otros defectos o formular nuevas reservas distintas de la que se hicieron constar en el acta principal; e igualmente, Martínez Escribano, C.⁴³, porque el propio art. 17,1 establece diversidad de plazos de garantía, porque parece lógico que igual que se admiten varios inicios cuando la recepción es parcial en cada elemento del edificio la garantía comience cuando esté debidamente terminado, y por último esta interpretación resulta más tuitiva para los adquirentes.

Si la figura del promotor coincide con la del constructor, de formalizar acta de recepción habrá de estar a la fecha de esta, de no ser así, el comienzo del plazo de garantía puede situarse en la terminación de las obras que habrá certificado la dirección facultativa, o bien, como entiende Villagómez Rodil, A.⁴⁴, dotar de operatividad a la recepción tácita.

6.3.- Plazo de prescripción

Dispone el art. 18,1 LOE que “Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños”.

Una vez aparece el daño dentro del plazo de garantía, a partir de ese momento la acción para reclamar la responsabilidad *ex lege* del art. 17 LOE frente a los agentes intervinientes en la construcción está sujeta al plazo de dos años. Es el mismo plazo cualquiera que sea la clase de daño material producido y el agente frente al que se ejercita la

⁴¹ Ob. cit. Pág.259.

⁴² Ob. cit. Pág. 346.

⁴³ Ob. cit. Pág. 66 y 67.

⁴⁴ Ob. cit. Pág. 66.

acción de responsabilidad, sin perjuicio, como indica la propia norma, de otras acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.

El cómputo del plazo se inicia con un dato objetivo, la mera producción o aparición del daño, y no cuando tiene conocimiento del mismo el perjudicado, que rige con carácter general para el comienzo del plazo prescriptivo para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil extracontractual ("desde que lo supo el agraviado" dice el art. 1968.2º CC). Cuando los daños son continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida no hay que esperar hasta la producción del definitivo resultado. De esta opinión es Corbal Fernández, J.E.⁴⁵ para quien el término "producción del daño" debe entenderse como "aparición", sin dilatarlo a la concreción del resultado dañoso, por lo que no son de aplicación las doctrinas jurisprudenciales que rigen para los corporales, singularmente cuando restan secuelas, ni para los daños materiales continuados.

El plazo de garantía no tiene que agotarse, para que empiece la prescripción, que comienza a correr en el momento en el que el daño se exterioriza. Sobre esta cuestión la STS de 1 de julio de 2016 precisa: *"La sentencia confunde el cómputo de los plazos prescriptivos del artículo 18 LOE con los de garantía del artículo 17, y parece situar el inicio de aquellos con la terminación de estos al hacerlos correr en su integridad. Dichos plazos - sentencia 5 de julio de 2013 -responden a distintos conceptos sin que pueda operarse su acumulación. Así, mientras los plazos del artículo 17 responden a un presupuesto y marco objetivable de responsabilidad (como trasunto de la responsabilidad del 1591 del Código Civil), los plazos del artículo 18 responden, con independencia, a un presupuesto de accionabilidad para exigir la responsabilidad anteriormente prevista; de forma que previamente observados los defectos o vicios constructivos, dentro del marco establecido por los plazos de garantía y, por tanto, sin la necesidad de integrar la totalidad de dicho plazo, el plazo de dos años para exigir la responsabilidad por los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos comenzará a contarse desde el momento en que se produzcan"*.

La prescripción, no es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que corresponde a la parte interesada alegarlo, y como excepción o hecho excluyente de responsabilidad que es, la carga probatoria (art. 217,3 LEC) de que la acción está prescrita con la consiguiente acreditación del día inicial del cómputo, incumbe al demandado que lo plantea.

6.4.- Interrupción de la prescripción

⁴⁵ Ob. cit. Pág. 350.

Al ser de prescripción el plazo establecido en el art. 18,1 LOE, es susceptible de interrupción por los medios que señala el art. 1973 CC. La posibilidad de extender el efecto interruptivo de la prescripción respecto a los agentes de la edificación por aplicación del art. 1974 CC (“La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores”), ha sido un tema que ha tenido incidencia práctica, manteniéndose en un principio en la práctica judicial posturas dispares adoptadas en función de la naturaleza propia o impropia que se atribuye a la solidaridad de los responsables en el proceso constructivo. La cuestión, ha sido resuelta finalmente por el Tribunal Supremo estableciendo que la interrupción solo opera individualmente con el sujeto implicado sin que se traslade a los demás, salvo al promotor –que responde solidariamente por ley con los demás (art.17,3) -, y entre proyectistas (art.17,5) o dirección conjunta de obra (art. 17,7); igualmente ha considerado el efecto expansivo de la interrupción por razones de conexidad o dependencia entre los agentes que permitan presumir el conocimiento del hecho interruptor aunque no haya sido el sujeto destinatario del mismo.

La STS de pleno de 16 de enero de 2015, establece como doctrina respecto a la Ley de Ordenación de la Edificación que: *«Lo que no es cuestionable es que se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 del Código Civil ("cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria"), con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción que se mantiene en la forma que ya venía establecida por esta Sala en la sentencia de 14 de marzo de 2003 , con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos "en todo caso" (artículo 17.3.) aún cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007 ; 13 de Marzo de 2008 ; 19 de julio de 2010 ; 11 de abril de 2012).»*

Y, la STS de 20 de mayo de 2015, dispone que: *“Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en los daños comprendidos en la LOE, cuando no se pueda individualizar la causa de los*

mismos, o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pueda precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la exigencia de la responsabilidad solidaria que se derive, aunque de naturaleza legal, no puede identificarse, plenamente, con el vínculo obligacional solidario que regula el Código Civil, en los términos del artículo 1137, por tratarse de una responsabilidad que viene determinada por la sentencia judicial que la declara. De forma, que la reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes”.

A propósito de la incidencia del acto de interrupción por razones de conexidad o dependencia interpersonal entre el destinatario y otros agentes de la que pueda concluirse el conocimiento por este de actuaciones frente a aquel, se parte de la doctrina contenida en la STS de 14 de marzo de 2003: *"el párrafo primero del artículo 1.974 del Código civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente". Entendemos que este acuerdo, se considera sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado* ".Este criterio tiene su reflejo en el ámbito de la LOE en la STS de 3 de julio de 2018 *"No consta, y ello es esencial, que la recurrida dirigiera individualmente a la recurrente, como arquitecta técnico de la edificación, ningún requerimiento o reclamación extrajudicial, y no existe prueba de la conexión o dependencia interpersonal, pues si ésta se coligiese solo de su relación contractual per se, decaería por su base toda la doctrina jurisprudencial de la sala"*. En igual sentido la STS de 17 de septiembre de 2015 *"En lo que aquí interesa, la sentencia recurrida parte, de un lado, del hecho de que "no consta que la parte actora dirigiera individualmente a D. , como arquitecto técnico de la obra, ningún requerimiento o reclamación extrajudicial en el plazo de dos años desde la aparición de los defectos", precisando, de otro, de que no hay " la conexión o dependencia interpersonal " para dar por probado el conocimiento previo por esta parte de los hechos interruptivos"*.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La Ley de Ordenación de la Edificación tiene como objetivo prioritario regular el proceso de la edificación en sus aspectos esenciales, entre ellos el de la responsabilidad de los agentes que intervienen en la construcción. A partir de su entrada en vigor habrá dos regímenes diferenciados de responsabilidad legal en el ámbito de los defectos constructivos, el establecido en el art. 1591 del Código Civil, y el del art. 17 de la nueva ley aplicable a las obras para cuyos proyectos se ha solicitado licencia de edificación con posterioridad al 5 de mayo de 2000, y que es más restrictivo que el régimen previsto en el CC a la luz de la jurisprudencia que lo ha venido interpretando de una manera amplia.

SEGUNDA: El régimen de responsabilidad civil de los agentes de la edificación regulado en el art. 17 de la LOE, es de origen legal, se desenvuelve al margen de todo vínculo contractual entre los responsables y el perjudicado, aunque admite de forma expresa, la coexistencia de la responsabilidad derivada del contrato o contratos que vinculan a las partes y la que impone esta Ley especial, de modo que ambas clases de responsabilidad pueden ser exigidas acumuladamente por ser compatibles, reforzando su ejercicio conjunto la posibilidad de éxito del resarcimiento.

TERCERA: El art. 17 LOE es un modelo de responsabilidad objetivada, en el sentido de que los agentes de la edificación serán responsables de los daños que resulten de los vicios o defectos constructivos, presumiéndose que son debidos al incumplimiento por aquellos de las obligaciones que la LOE les impone. De esa presunción se sigue que al perjudicado, le basta con probar la realidad del daño y su origen causal con un defecto constructivo, desplazando a los agentes la carga de acreditar su ausencia de responsabilidad probando que aquel fue ocasionado por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o del propio perjudicado.

CUARTA: La responsabilidad de los agentes de la edificación es como regla general personal e individualizada, en coherencia con las funciones específicas que a cada uno corresponden en el proceso constructivo. Sin embargo, con una finalidad protectora del perjudicado, la LOE introduce un régimen de solidaridad en dos casos: 1º) cuando existe un defecto constructivo del que no se ha podido probar la responsabilidad

individual, y, 2º) cuando concorra una contribución plural de los agentes en la producción de los daños, sin que pueda concretarse la influencia de cada uno en el daño producido.

QUINTA: Los daños resarcibles en este sistema de responsabilidad son únicamente los materiales causados en el edificio, por lo que para la tutela jurídica de otra clase de daños (personales, morales, perjuicios económicos), o de daños materiales no causados al edificio (bienes muebles), debe acudir a otras vías de resarcimiento (contractual o extracontractual).

SEXTA: Los perjudicados con legitimación para reclamar esta responsabilidad son los propietarios y terceros adquirentes del edificio, que en definitiva comprende a quienes en cada momento sean propietarios del edificio. Esta condición excluye a otras personas que pueden ser perjudicados por el daño pero no propietarios como son los titulares de derechos personales (arrendamiento) o reales (usufructo, uso, habitación). Se reconoce legitimación activa a la Comunidades de propietarios constituidas en régimen de propiedad horizontal para exigir la responsabilidad por los daños tanto en elementos comunes como privativos, si cuentan con la autorización de la Junta de propietarios.

SÉPTIMA: Los sujetos legitimados pasivamente para soportar la responsabilidad son los agentes de la edificación, si bien, es polémico si se incluye solo a los nominados en el art. 17 LOE (promotor, constructor, proyectista, dirección facultativa) o también a otros que se mencionan en los arts. 8 a 15 LOE como los suministradores, entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación. Ambos criterios restrictivo o amplio son teóricamente defendibles, y aunque la cuestión no ha sido tratada directamente por la jurisprudencia, sin embargo con ocasión de los subcontratistas a los que se le ha negado la legitimación pasiva, parece apuntar hacia una tendencia limitativa del círculo de personas responsables y solo considera como tales a los mencionados expresamente en el art.17 LOE, con lo que quedan fuera los otros agentes y los que dentro del propio art. 17 se configuran como responsabilidad por hecho ajeno que son los supuestos del dependiente o auxiliar, subcontratista y suministrador o fabricante de materiales de los que responde el constructor; los profesionales que realizan los cálculos, estudios, dictámenes o informes por encargo del proyectista que es quien responde; el director de obra que responde por el proyectista).

OCTAVA: De entre los sujetos responsables merece especial atención el promotor, al que en todo caso la LOE lo hace responsable solidariamente con los demás agentes intervinientes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción. Significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes. Este severo régimen de responsabilidad constituye al promotor en garante incondicional de la calidad del resultado final del proceso de edificación.

NOVENA: En orden a los requisitos temporales la LOE establece un “plazo de garantía” durante el que debe manifestarse el daño y que se fija en función en de la gravedad de los defectos en: un año para los defectos de terminación o acabado, tres años para los defectos de habitabilidad, y diez años para los defectos estructurales; computables desde la recepción de obra. Y un “plazo de prescripción” de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños. Al ser la prescripción susceptible de interrupción se suscitó la controversia sobre su alcance dada la solidaridad apreciable en el ámbito constructivo. Esta cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia en el sentido de que salvo en el caso de la solidaridad inicial prevista legalmente en los supuestos del promotor, o del director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que se interrumpe la prescripción, en los demás casos, no se extiende el efecto interruptivo ya que se establece la solidaridad en la sentencia porque no se puede individualizar la causa de los daños o probada la concurrencia de culpas no se puede precisar el grado de intervención de cada agente.

BIBLIOGRAFÍA

- Almagro Nosete, J. “Algunas cuestiones procesales”. En Derecho de la Edificación. Coord. Sala Sánchez, P. Ed. Bosch, 2ª Edición, 2001.
- Almagro Nosete, J. “Los artículos 13 y 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 17 y la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación”. Estudios de Derecho Judicial nº 122. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007.
- Blasco Gascó F. “La ejecución de las sentencias dictadas en los proceso de responsabilidad civil por vicios de la construcción”. Estudios de Derecho Judicial nº 122. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Año 2007.
- Burgos y Pérez de Andrade, G. y García Varela, R. “Agentes de la Edificación” Derecho de la Edificación. Coord. Sala Sánchez, P. Ed. Bosch, 2ª Edición, 2001.
- Cadarso Palau. J. “Sistema de responsabilidad civil en la construcción”. Estudios de Derecho Judicial nº122. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007.
- Carrasco Perera, A. “La jurisprudencia post-LOE ¿Ha cambiado algo en el régimen de la responsabilidad por ruina?”. Estudios de Derecho Judicial nº47. Consejo General del Poder Judicial. Año 2003.
- Corbal Fernández, J.E. “El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación”. Derecho de la Edificación. Ed. Bosch, 2ª Edición, 2001.
- Cortés Domínguez, V. “Las responsabilidades en la edificación. Aspectos procesales: La interpretación del art. 17.3 de la Ley 38/1999 a la luz de la LEC”. Estudios de Derecho Judicial nº 108. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007.
- Estruch Estruch, J. Régimen jurídico de los daños y perjuicios derivados de los vicios de la construcción exigibles tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación. Estudios de Derecho Judicial nº122. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007.
- Gómez Martínez. C. “Algunos aspectos procesales en la aplicación del régimen de responsabilidad del art. 1951 del Código Civil y de la Ley de Ordenación de la Edificación”. Estudios de Derecho Judicial nº 122. Consejo General del Poder Judicial. Año 2007.
- González Pérez, J. Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación. Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- González Poveda, P. Derecho de la edificación, Ed. Bosch, 2ª Edición 2001. “La Responsabilidad Civil de los Agentes Intervinientes en la Edificación”.

- González Poveda, P. “Responsabilidades y garantías. La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación” Derecho de la Edificación. Coord. Sala Sánchez, P. Ed. Bosch, 2ª Edición, 2001.
- Martínez Escribano, C. Análisis Práctico de la Responsabilidad Civil por Defectos de Construcción, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición 2015.
- O` Callaghan X. “La Responsabilidad de los agentes de la construcción”. Estudios de Derecho Judicial nº 47. Consejo General del Poder Judicial. Año 2003.
- Seijas Quintana, J.A. “Aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y Jurisprudencia”. Estudios de Derecho Judicial nº 108. Consejo General del Poder Judicial. Año 2006.
- Seijas Quintana J.A. “Experiencia de trece años de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación”. Cuadernos Digitales de Formación, nº 14. Consejo General del Poder Judicial. Año 2014
- Villagómez Rodil, A. “La edificación en el siglo XXI. Derecho de la Edificación”. Derecho de la Edificación. Coord. Sala Sánchez, P. Ed. Bosch, 2ª Edición, 2001.

Sentencias del Tribunal Supremo con referencia a la base de datos del CENDOJ
www.poderjudicial.es/

- STS 31 de enero de 1997 (Roj: STS 572/1997 - ECLI: ES:TS:1997:572)
- STS 14 de marzo de 2003 (Roj: STS 1754/2003 - ECLI: ES:TS:2003:1754)
- STS 11 de octubre de 2006 (Roj: STS 5890/2006 - ECLI: ES:TS:2006:5890)
- STS 24 de mayo de 2007 (Roj: STS 3245/2007 - ECLI: ES:TS:2007:3245)
- STS 14 de mayo de 2008 (Roj: STS 1717/2008 - ECLI: ES:TS:2008:1717)
- STS 19 de julio de 2010 (Roj: STS 4382/2010 - ECLI: ES:TS:2010:4382)
- STS 5 de diciembre de 2011 (Roj: STS 8305/2011 - ECLI: ES:TS:2011:8305)
- STS 20 de diciembre de 2011 (Roj: STS 8995/2011 - ECLI: ES:TS:2011:8995)
- STS 10 de octubre de 2012 (Roj: STS 8859/2012 - ECLI: ES:TS:2012:8859)
- STS 22 de octubre de 2012 (Roj: STS 8475/2012 - ECLI: ES:TS:2012:8475)
- STS 29 de octubre de 2012 (Roj: STS 9122/2012 - ECLI: ES:TS:2012:9122)
- STS 26 de abril de 2013 (Roj: STS 1922/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1922)

- STS 4 de octubre de 2013 (Roj: STS 5184/2013 - ECLI: ES:TS:2013:5184)
- STS 18 de octubre de 2013 (Roj: STS 6698/2013 - ECLI: ES:TS:2013:6698)
- STS 21 de octubre de 2013 (Roj: STS 6700/2013 - ECLI: ES:TS:2013:6700)
- STS 25 de noviembre de 2013 (Roj: STS 5483/2013 - ECLI: ES:TS:2013:5483)
- STS 5 de mayo de 2014 (Roj: STS 2612/2014 - ECLI: ES:TS:2014:2612)
- STS 9 de septiembre de 2014 (Roj: STS 4318/2014 - ECLI: ES:TS:2014:4318)
- STS 28 de octubre de 2014 (Roj: STS 4768/2014 - ECLI: ES:TS:2014:4768)
- STS 30 de octubre de 2014 (Roj: STS 4341/2014 - ECLI: ES:TS:2014:4341)
- STS 7 de enero de 2015 (Roj: STS 33/2015 - ECLI: ES:TS:2015:33)
- STS 16 de enero de 2015 (Roj: STS 274/2015 - ECLI: ES:TS:2015:274)
- STS 10 de abril de 2015 (Roj: STS 1404/2015 - ECLI: ES:TS:2015:1404)
- STS 5 de mayo de 2015 (ROJ: STS 1726/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1726)
- STS 20 de mayo de 2015 (Roj: STS 2553/2015 - ECLI: ES:TS:2015:2553)
- STS 17 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3805/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3805)
- STS 18 de febrero de 2016 (Roj: STS 529/2016 - ECLI: ES:TS:2016:529)
- STS 15 de junio de 2016 (Roj: STS 2884/2016 - ECLI: ES:TS:2016:2884)
- STS 1 de julio de 2016 (Roj: STS 3127/2016 - ECLI: ES:TS:2016:3127)
- STS 3 de octubre de 2016 (Roj: STS 4274/2016 - ECLI: ES:TS:2016:4274)
- STS 28 de noviembre de 2016 (Roj: STS 5225/2016 - ECLI: ES:TS:2016:5225)
- STS de 24 de mayo de 2017 (ROJ: STS 1991/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1991)
- STS 16 de junio de 2017(ROJ: STS 2365/2017 -ECLI:ES:TS:2017:2365)
- STS 2 de febrero de 2018 (Roj: STS 222/2018 - ECLI: ES:TS:2018:222)
- STS 3 de julio de 2018 (Roj: STS 2565/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2565)
- STS 9 de octubre de 2018 (Roj: STS 3467/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3467)
- STS de 13 de diciembre de 2018 (ROJ: STS 4174/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4174)
- STS de 21 de marzo de 2019 (ROJ: STS 908/2019 - ECLI:ES:TS:2019:908)

Tribunal Constitucional en base de datos de su jurisprudencia
<https://www.tribunalconstitucional.es/>

-STC nº 115/1999, de 14 de junio (BOE nº 162 de 7 de julio de 1999)