

Responsabilidad por defectos constructivos. Compatibilidad entre las acciones legales y las acciones que dimanar de la relación contractual. Plazo de prescripción. Comentario a STS de 18 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5640)

BIB 2019\8739

Andrés, Domínguez Luelmo. Catedrático de Derecho Civil

Publicación:

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.111/2019
Editorial Civitas, SA

Resumen

«Se plantea si las acciones para exigir la responsabilidad legal prevista en la Ley 38/1999 por daños materiales causados en el edificio, como consecuencia de defectos en la construcción, son compatibles con el ejercicio de acciones contractuales cuando, entre demandante y demandados, media una relación contractual. El Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre la compatibilidad de ambos tipos de acciones. Además, considera que existe un incumplimiento contractual por parte del promotor, y que es aplicable al caso el art. 1101 CC. En consecuencia, el plazo de prescripción de la acción es el previsto en el art. 1964 CC para las acciones que no tienen señalado un plazo especial.»

Abstract: «In this case the issue is whether claims related to legal liability ruled in Act 38/1999 for material damages caused in a building due to construction defects are compatible with a contractual claim when plaintiff and defendant are linked by a contractual relationship. The Supreme Court reaffirms its case law about the compatibility of both actions. It considers besides that the developer has breached the contract, so art. 1101 CC may be applied to the present case. Consequently, the prescription term is the one ruled in art. 1964 CC for claims where a special term is not fixed.»

Palabras clave

Responsabilidad por defectos constructivos, Responsabilidad contractual, Plazo de prescripción.

Liability for construction defects, Contractual liability, Prescription term.

I. El artículo 1591 CC, en que se fundamenta la demanda y la Ley de Ordenación de la Edificación: aplicación en el tiempo

Teniendo en cuenta el momento en que se habían producido los hechos, sorprende que la demanda inicial se planteara frente a todos los codemandados sobre la base del [art. 1591](#) CC, sin tener en cuenta la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), publicada en el BOE de 6 de noviembre, y que entró en vigor a los seis meses de su publicación (Disposición final cuarta). Según se narra en el *Resumen de antecedentes*, se cita como fundamento de la pretensión el [art. 1591](#) CC en cuanto a la responsabilidad por los vicios constructivos. La demandante de forma literal había alegado que: «Los defectos constructivos denunciados ponen de manifiesto que la empresa promotora-constructora no ha cumplido sus obligaciones frente al adquirente y es por lo que se ejercitan acumuladamente la acción dimanante del [art. 1591](#) CC y la acción contractual establecida en el art. 1101 del mismo cuerpo legal. La acción del [art. 1591](#) CC no excluye la posibilidad de exigir la indemnización por daños del art. 1101...».

La referencia al [art. 1591](#) CC es lo que hace que, en apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante se centre en si resulta o no aplicable la LOE, y en concreto su art. 17, sin entrar a considerar el régimen de compatibilidad con las acciones contractuales cuando, entre demandante y demandado, media una relación contractual.

A mi juicio el [art. 1591](#) CC quedó derogado por la LOE, porque todo su contenido pasó a ser regulado por el [art. 17](#) LOE. Cuestión distinta es que transitoriamente haya seguido aplicándose. No obstante, el problema de la coexistencia del [art. 1591](#) CC (no expresamente derogado por la Ley 38/1999) y de la LOE fue ampliamente tratado por la doctrina, con posturas de todo tipo, en cuanto a si continuaba o no vigente, y para qué supuestos. La cuestión quedó resuelta por la jurisprudencia de una manera clara. La [STS de 22 de marzo de 2010 \(RJ 2010, 2410\)](#) [comentada por Cordero Lobato, E., en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 339-347] destaca: «La Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre, que publica el BOE del día 6 de noviembre de 1999, para su entrada en vigor seis meses después, conforme señala la Disposición Transitoria Primera, es una Ley de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se hubiera solicitado la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor. Es una ley que no traslada de forma automática todo el régimen normativo anterior, contenido en el [artículo 1591](#) del CC, y muy especialmente en la jurisprudencia que lo interpreta, sino que dota al sector de la construcción de una configuración legal específica, tanto respecto a la identificación, obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el mismo, como de las garantías para proteger al usuario a partir, no solo de unos plazos distintos de garantía y de prescripción, sino de una distinción, hasta ahora inexistente, entre obras mayores y menores; de unos criterios también distintos de imputación, con responsabilidad exigible exclusivamente por vicios o defectos como causa de daños

materiales y que es, en principio, y como regla general, individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a la Ley, se deba responder, en armonía con la culpa propia de cada uno de los Agentes en el cumplimiento de la respectiva función que desarrollan en la construcción del edificio, salvo en aquellos supuestos muy concretos que la propia Ley tiene en cuenta para configurar una solidaridad expresa, propia o impropia o especial, según se trate del promotor y de los demás agentes».

En la misma [STS de 22 de marzo de 2010 \(RJ 2010, 2410\)](#) se afirma con claridad que este enfoque permite mantener que, desde el punto de vista temporal, existen dos regímenes diferentes de responsabilidad: «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 1591](#) del CC, 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». De lo anterior se infiere que la LOE derogó tácitamente el [art. 1591](#) CC (Martínez Escribano, C., *Análisis práctico de la responsabilidad civil por defectos de la construcción*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 28). Recogen esta misma argumentación literalmente las [SSTS de 19 de abril de 2012 \(RJ 2012, 5908\)](#) y [4 de octubre de 2013 \(RJ 2013, 7054\)](#), y, con otras palabras, la [STS de 16 de enero de 2015 \(RJ 2015, 277\)](#). En la jurisprudencia menor, en este mismo sentido, las [SSAP de Burgos \(Sección 3.ª\) de 10 de febrero de 2016 \(JUR 2016, 57918\)](#), [Alicante \(Sección 3.ª\) de 2 de marzo de 2016 \(JUR 2016, 177414\)](#), y [Zaragoza \(Sección 5.ª\) de 27 de diciembre de 2016 \(JUR 2017, 23237\)](#).

II. Solución adoptada en apelación: aplicación de la Ley 38/1999 y caducidad de la acción

LA [SAP \(Sección 5.ª\) de Alicante de 2 de marzo de 2016 \(JUR 2016, 157414\)](#) acoge esta jurisprudencia y termina desestimando la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios, por caducidad de la acción, al considerar que la normativa aplicable era la LOE y, en particular, su art. 17.1.b).

La argumentación es la siguiente. En el presente caso resulta probado que la licencia de la obra tenía fecha de 10 de enero de 2004, y el certificado final de obra era de 12 de noviembre de 2007. Si el criterio jurisprudencial es que a LOE se aplica a las obras para cuyos proyectos se había solicitado la licencia de edificación con posterioridad al día 5 de mayo de 2000, parece indiscutible que son las normas de la LOE las que han de aplicarse para resolver las cuestiones planteadas.

Este es el punto de partida que adopta la Audiencia Provincial, en cuya sentencia se destaca que la demanda no especificaba las fechas en que habían aparecido las distintas patologías por las que se reclamaba. Por otro lado, tampoco constaba un detalle concreto y específico de los daños objeto del proceso durante los tres primeros años desde la entrega de las viviendas. Y finalmente, las primeras reclamaciones se efectuaron a la mercantil constructora y al arquitecto superior el

15 de mayo de 2012.

Sobre la base de estos hechos, la Audiencia Provincial aborda en primer lugar la concurrencia de las excepciones de caducidad y prescripción, opuestas por los recurrentes, empresa constructora y arquitecto técnico. En este sentido, sobre la base del [art. 17.1.b\)](#) de la LOE se afirma: «El plazo de tres años es el que debe regir para considerar la existencia de caducidad, aunque existan defectos de terminación y acabado cuya reclamación caducaría antes, puesto que de todas las pruebas periciales se deduce que ninguno de los daños afecta a elementos estructurales ni comprometen la seguridad del inmueble».

Con este razonamiento la Audiencia aprecia la existencia de caducidad de la acción para desestimar la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios, al considerar que el precepto aplicable era el [art. 17.1.b\)](#) de la LOE, es decir, que el plazo a tener en cuenta era el de tres años referido 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 del apartado 1, letra c), del artículo 3». En este sentido, se pone de relieve que el certificado final de la obra se había emitido el 12 de noviembre de 2007 y que, aplicando el [art. 6.4](#) LOE, el plazo de treinta días se cumplía el 12 de diciembre, día que había de considerarse como fecha de recepción de los inmuebles. La Sala reitera aquí el mismo criterio que había mantenido con anterioridad en las [SSAP de Alicante \(Sección 5.ª\) de 22 de octubre de 2012 \(JUR 2012, 396883\)](#) y [30 de marzo de 2015 \(JUR 2015, 124285\)](#), si bien en esta última por estimación de la excepción de prescripción.

En realidad, los plazos previstos en el [art. 17.1](#) LOE no son de prescripción ni de caducidad de la acción. Estamos ante una modalidad de plazos de garantía, es decir, de plazos dentro de los cuales deben manifestarse los defectos previstos en cada caso. De esta manera, los agentes de la edificación responden de los daños que tengan lugar dentro del plazo de garantía. No obstante, la Audiencia considera el referido plazo de tres años como de caducidad, en el sentido de que no admite ningún tipo de interrupción o suspensión. Por ello, el transcurso del correspondiente plazo de garantía produce la extinción de la responsabilidad por los defectos que se mencionan en cada caso en el [art. 17.1](#) LOE.

En cualquier caso, por los citados motivos se desestima la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios y se absuelve a todos los codemandados. La estimación favorece también al arquitecto superior condenado solidariamente, pese a la inadmisión de su recurso, por su situación de rebeldía en la primera instancia, en virtud de la doctrina de extensión de los efectos de la sentencia a las partes ligadas por vínculos de solidaridad contenida en la [STS 18 de abril de 2002 \(RJ 2002, 3300\)](#), así como en las [SSAP de Soria de 14 de mayo de 2001 \(JUR 2001, 213428\)](#), [Ciudad Real \(Sección 2.ª\) de 25 de noviembre de 2003 \(JUR 2004, 186443\)](#), [Las Palmas \(Sección 4.ª\) de 3 de marzo de 2010 \(JUR 2011, 13235\)](#) y [Sevilla \(Sección 8.ª\) de 11 de abril de 2013 \(JUR 2013, 334209\)](#), entre otras.

La Audiencia no entra en la cuestión relativa a la compatibilidad de las acciones previstas en la LOE con otras pretensiones fundadas en un incumplimiento contractual a que se refieren los núm. 1 y 9 del [art. 17](#) de la LOE. Únicamente existe una confusa alusión a la empresa promotora: «Por lo que respecta a la empresa codemandada, que también fue promotora vendedora de los inmuebles, es de aplicación lo establecido en el artículo 17.9 de la Ley especial, sobre plazos de prescripción de las acciones, con remisión a los [artículos 1.484](#) y siguientes del Código civil, y demás legislación aplicable a la compraventa, en especial el plazo de seis meses para reclamar del artículo 1490». En definitiva, respecto a la promotora vendedora lo único que se plantea la Audiencia es la posible aplicación del saneamiento por vicios ocultos, cuya acción se habría extinguido al haber transcurrido el plazo de seis meses desde la entrega previsto en el [art. 1490](#) CC. Inexplicablemente no se entra a valorar la posible aplicación del [art. 1101](#) CC, que también había sido alegado en la demanda.

III. Compatibilidad del régimen previsto en la Ley 38/1999 con las pretensiones fundadas en un incumplimiento contractual

La LOE contiene una clara norma de remisión a otras posibles responsabilidades contractuales. Su art. 17.1 comienza diciendo: «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...». Además, el propio art. 17.9 añade: «Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los [artículos 1.484](#) y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa». Esta parte de la LOE viene a reconocer que, además del régimen de responsabilidad legal previsto en la misma, se aplica el Derecho contratos. Aparte de la referencia expresa a los [arts. 1484](#) y siguientes del CC, hay que entender que la LOE se remite igualmente a los arts. 1101 y ss., y 1124 CC (la expresión utilizada en el art. 17.1 es mucho más amplia que la del art. 17.2).

Es habitual en la jurisprudencia recoger lo mantenido en las [SSTS de 13 de mayo de 2008 \(RJ 2008, 3060\)](#) y [26 de junio de 2008 \(RJ 2008, 4272\)](#): «Una cosa es el daño o vicio constructivo y otra la falta a las condiciones del contrato. El daño es el resultado que origina las consecuencias que prevé la norma, mientras que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabilidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas, que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que no viene dada por el [art. 1591](#) CC, sino por los artículos 1101 y 1124 del mismo Cuerpo Legal, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen por tanto el calificativo de dañosos en el sentido de la norma. Es razón de la remisión que en la actualidad hace la LOE a las responsabilidades contractuales, desde la inconcreta e insegura expresión “sin perjuicio”, utilizada en el apartado 1 del artículo 17, o desde la cita de

los [artículos 1.484](#) y siguientes del Código Civil del apartado 9, respecto del vendedor frente al comprador, para el ejercicio de las acciones previstas específicamente para los vicios ocultos». Abundan en esta argumentación las [SSTS de 27 de junio de 2012 \(RJ 2012, 8014\)](#) , [27 de marzo de 2015 \(RJ 2015, 1833\)](#) , [5 de mayo de 2015 \(RJ 2015, 1725\)](#) y [15 de junio de 2016 \(RJ 2016, 2766\)](#) .

En definitiva, junto al régimen legal de responsabilidad previsto en los [arts. 17 y 18](#) de la LOE, es aplicable el régimen de responsabilidad por incumplimiento del contrato. Por ello es preciso deslindar adecuadamente el ámbito de aplicación de la LOE. Esta ley prevé un régimen de responsabilidad legal aplicable a los *daños materiales causados en el edificio* como consecuencia de ciertos vicios o defectos de la construcción, o de una deficiente ejecución, que pueden ser reclamados por los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división. Este régimen de responsabilidad legal es independiente de su naturaleza contractual o extracontractual, es decir, de la relación que pueda ligar a las personas afectadas. Es indiferente que entre los sujetos responsables y los propietarios o terceros adquirentes perjudicados exista o no una relación contractual (Martínez Escribano, *Análisis práctico...* , cit., pp. 100 y ss.; Cordero Lobato, E., «Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación», en Carrasco Perera, A. – Cordero Lobato, E. – González Carrasco, M.C., *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación* , 5.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 569). Por ello, los daños incluidos en el art. 17 están *en todo caso* sujetos al régimen de responsabilidad legal previsto en los [arts. 17 y 18](#) LOE. Para el tipo de defectos constructivos o de ejecución a que se refiere la LOE, la responsabilidad de los agentes de la edificación es la prevista en esta ley: no es relevante jurídicamente que tenga o no su origen en un contrato.

Así pues, con independencia de la existencia de una eventual relación contractual entre el agente responsable y el perjudicado, la acción para exigir la correspondiente responsabilidad por alguno de los vicios o defectos enumerados en el art. 17.1 (sea para la reposición de la cosa dañada o para ser indemnizado por los costes de reparación) prescribe en el plazo de dos años ([art. 18.1](#) LOE). El ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad legal previsto en la LOE no viene determinado por la existencia de un incumplimiento contractual, sino por estar ante alguno de los vicios o defectos de la construcción previstos en su art. 17.1. En definitiva, las faltas de conformidad que obedezcan a dichos vicios o defectos se rigen por el régimen previsto en la LOE.

Cuando la LOE se remite a otras responsabilidades contractuales, aparte de la cuestión relativa a la compatibilidad con otras acciones, también se está refiriendo a otro tipo de incumplimientos. En estos casos sí es trascendente que entre el agente responsable y el perjudicado exista una relación contractual, pues el perjudicado podrá reclamar con arreglo a las normas del Derecho de contratos. Serán estas normas las aplicables al resarcimiento de otros daños que haya podido causar el vicio o defecto constructivo. Entre estos daños, como se ha destacado (Carrasco Perera, «La insistente recurrencia de un falso problema ¿está derogado el [art. 1591](#)

CC?»», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 454, 2000, pp. 2 y ss.; Cordero Lobato, «Responsabilidad civil...», cit. pp. 569-570), se encuentran el lucro cesante, el daño a otros bienes distintos del edificio, los costes de desplazamiento o cambio de domicilio, el daño moral por las molestias soportadas, el coste de un alquiler sustitutivo mientras duran las obras de reparación, el mayor coste de una vivienda que se debe adquirir como consecuencia de los vicios constructivos de la anterior, etc. Igualmente estará incluido el resarcimiento de los costes materiales de reparación por vicios o defectos constructivos no incluidos en el [art. 17.1](#) LOE (v.gr. equipamiento distinto o más limitado que el prometido en la memoria de calidades), o por vicios que son de escasa entidad y no alcanzan la categoría de defectos constructivos [motivo por el que se estimó el recurso de casación en la [STS de 21 de febrero de 2016 \(RJ 2016, 2902\)](#)], o por defectos que resulten de obras de edificación no comprendidas en el ámbito de aplicación del [art. 2.2](#). LOE. Y en general, las acciones contractuales que puedan existir entre los distintos agentes de la edificación cuando el actor no es el propietario de la obra o el adquirente final (v.gr. acciones del promotor no propietario frente al contratista o los técnicos).

Pero aparte de estos otros incumplimientos, existiendo un contrato que liga a las partes (agente del daño y perjudicado) el problema central que se debate en la sentencia es el de la compatibilidad de las acciones previstas en la LOE, con las acciones dimanantes del incumplimiento contractual. La [STS de 27 de diciembre de 2013 \(RJ 2014, 1021\)](#) deslinda perfectamente ambos tipos de responsabilidades, y habla de dos clases de acciones: las basadas en el [art. 17](#) de la LOE, por un lado, y las de naturaleza contractual, por otro. En el caso resuelto por la citada sentencia no cabía exigir responsabilidades a los agentes que habían intervenido en la edificación del hotel, basadas en el [art. 17](#) LOE, porque respecto de unos defectos había prescrito la acción, y respecto de otros, habían aparecido una vez extinguido el plazo de garantía. Pero sí se entra a valorar las posibles responsabilidades derivadas de la relación contractual existente con los contratistas, sobre la base de los [arts. 1101](#) y ss. del CC.

La sentencia objeto de comentario recoge la jurisprudencia anterior para destacar la compatibilidad entre las acciones previstas en la LOE y las acciones contractuales, cuando entre demandante y demandado media un contrato. Se trata de acciones que quedan al margen de la LOE pero que se consideran compatibles con la misma cuando se trate de pretensiones fundadas en un incumplimiento contractual. De esta manera, utilizando la misma argumentación que la [STS de 3 de marzo de 2012 \(RJ 2012, 4635\)](#) se entiende que quien se vea perjudicado puede dirigirse contra quienes con él contrataron, a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que pueden ser incluidos dentro de los vicios o defectos contemplados en la ley, como si suponen deficiencias que conllevan un cumplimiento defectuoso. En este mismo sentido se han expresado, entre otras, las [SSTS de 22 de octubre de 2012 \(RJ 2012, 11064\)](#) y [15 de junio de 2016 \(RJ 2016, 2766\)](#) . Ello supone que la LOE es, por un lado, compatible con las acciones de responsabilidad contractual que existan entre quienes participan en la edificación;

pero también, como ocurre en este supuesto, que el adquirente en virtud de un contrato de compraventa, tiene frente al vendedor las acciones derivadas del propio contrato de compraventa: las de saneamiento por vicios ocultos de los [arts. 1484](#) y ss. del CC y todas las que se deriven del régimen general del incumplimiento contractual (arts. 1101 y ss., y 1124 CC).

Ciertamente, este sistema de compatibilidad de acciones provoca algunas disfunciones, pues se llega a aplicar un plazo de prescripción más breve a los daños en que la falta de conformidad es más grave: así, se aplica el plazo de prescripción de dos años del [art. 18.1](#) LOE para indemnizar los costes por los daños materiales causados en el edificio, mientras que la acción de indemnización que tiene el comprador frente al vendedor por otro tipo de daños menos sustanciales (*v.gr.* el coste del alquiler del alquiler sustitutivo mientras duran las obras de reparación) está sometida al plazo de prescripción más amplio del [art. 1964](#) CC.

Ya en la jurisprudencia emanada en torno al [art. 1591](#) CC se había destacado que, al margen de la responsabilidad prevista en dicho precepto, podía producirse responsabilidad por incumplimiento contractual, cuya acción está sometida directamente al plazo prescriptivo de quince años del [art. 1964](#) CC. Y que dicha responsabilidad puede afectar al vendedor, resultando compatible con el art. 1591, por referirse a que la cosa enajenada debe ser apta para la finalidad con que es adquirida [*vid.* , entre otras, las [SSTS de 8 de febrero de 1982 \(RJ 1982, 584\)](#) , [13 de julio de 1987 \(RJ 1987, 5461\)](#) , [3 de diciembre de 1992 \(RJ 1992, 10000\)](#) , [21 de marzo de 1996 \(RJ 1996, 2233\)](#)].

En el supuesto de la sentencia objeto de comentario la promotora constructora era también vendedora. Por ello se afirma: «El promotor si es vendedor queda obligado, como tal, en virtud del contrato, a entregar la cosa en condiciones de servir para el uso a que se la destina, conforme al mismo». La situación del promotor es, por tanto, especial: tanto en el particular régimen previsto en la LOE, como en el caso de que intervenga como vendedor.

Dentro del régimen de la LOE, su art. 17.3 dice que el promotor responde solidariamente, «en todo caso» con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Es decir, el promotor que participa en el proceso edificatorio responde de manera incondicionada, cualquiera que sea la naturaleza de esos daños, incluso aunque estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo.

Según las [SSTS de 20 de diciembre de 2007 \(RJ 2007, 8664\)](#) y [14 de mayo de 2008 \(RJ 2008, 3067\)](#) «no se trata de una responsabilidad individualizada, derivada del incumplimiento de unas específicas obligaciones establecidas en la Ley, sino de una responsabilidad solidaria que surge desde el momento en que cualquiera de los agentes de la edificación sea declarado responsable en los términos legalmente establecidos». Como se afirma reiteradamente en las [SSTS de 2 de marzo de 2012](#)

([RJ 2012, 4635](#)) , [11 de abril de 2012 \(RJ 2012, 5746\)](#) , [22 de octubre de 2012 \(RJ 2012, 11064\)](#) , [18 de septiembre de 2012 \(RJ 2012, 9014\)](#) , [24 de mayo de 2013 \(RJ 2013, 4620\)](#) , [24 de octubre de 2013 \(RJ 2013, 7859\)](#) y [2 de febrero de 2018 \(RJ 2018, 282\)](#) el promotor «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” con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma». En definitiva, a diferencia de los agentes de la edificación, el promotor responde solidariamente en todo caso, una vez probada la existencia de los daños, incluso cuando se determine la causa de los daños, o cuando éstos se imputen a la actuación de uno o varios agentes de la edificación y se fije el grado de intervención de cada uno de ellos en la causación del daño (Martínez Escribano, *Análisis práctico...* , cit., ; Milá Rafel, R., «Comentario a la STS de 28 de noviembre de 2016», en *CCJC* , núm. 104, 2017, pp. 339 y ss.). En este último caso podrá regresar por el todo frente a los que sean responsables.

En el caso que nos ocupa, como vimos, la sentencia dictada en apelación únicamente había considerado aplicables al caso las reglas del saneamiento por vicios ocultos de los [arts. 1484](#) y ss. del CC, por lo que entendió que había transcurrido el plazo de seis meses para reclamar del [art. 1490](#) CC. Pero la existencia de un contrato de compraventa, además de las acciones edilicias, plantea la posibilidad de ejercicio de la genérica responsabilidad contractual de los arts. 1101 y ss., y 1124 CC. La brevedad del plazo de caducidad de seis meses para tutelar al adquirente hace que en la práctica sea más conveniente enfocar el problema desde la perspectiva de la genérica responsabilidad contractual: porque proporciona un mayor plazo para reclamar la responsabilidad, y porque alcanza a cualquier incumplimiento respecto a las condiciones pactadas que pueda configurarse como un *aliud pro alio* , como entrega de una cosa diversa, y no sólo a los vicios ocultos. La jurisprudencia ha destacado que los [arts. 1101](#) y [1484](#) y ss. del CC se refieren a supuestos diferentes [[SSTS de 12 de febrero de 1988 \(RJ 1988, 941\)](#) , [28 de enero de 1992 \(RJ 1992, 273\)](#) , [14 de noviembre de 1994 \(RJ 1994, 8485\)](#) , [28 de noviembre de 2003 \(RJ 2003, 8361\)](#) , [9 de julio de 2007 \(RJ 2007, 5433\)](#) , [22 de mayo de 2008 \(RJ 2008, 3167\)](#)]. No obstante, no es infrecuente que los tribunales se inclinen en casos dudosos por entender que existe *aliud pro alio* , cuando el objeto del contrato resulta absolutamente inhábil para la finalidad objetiva perseguida con su adquisición [vid. [STS de 5 de marzo de 2018 \(RJ 2018, 898\)](#)].

Es posible igualmente aplicar las acciones por deficiencias en la calidad de los [arts. 1469](#) y ss. del CC, sobre todo teniendo en cuenta la normativa sobre el Código Técnico de la Edificación, aunque nos encontramos con el mismo problema de la brevedad del plazo de seis meses recogido en el [art. 1472](#) CC. Como destaca Morales Moreno («Alcance protector de las acciones edilicias», *ADC* , núm. 3, 1980, pp. 652 y ss.), el CC español no impone partir de una contraposición entre vicios y ausencia de cualidades pactadas, como si se tratara de supuestos que necesariamente hayan de producir efectos jurídicos diferentes (...). En un orden

práctico los vicios de la cosa suponen también ausencia de cualidades, ya que las cualidades importan en Derecho, no tanto por su naturaleza, cuanto por su influencia en la utilidad que la cosa debe prestar.

En cualquier caso, aunque estemos ante supuestos en que sea dudoso si existe *aliud por alio*, o vicios ocultos, o defectos de calidad; o aunque el tribunal se incline por el régimen del incumplimiento de los [arts. 1101](#) y ss. del CC, ante la brevedad de los plazos de los [arts. 1472](#) y [1490](#) CC, lo cierto es que la actividad probatoria y los presupuestos de la responsabilidad cuyo resarcimiento se solicita son diferentes en cada uno de los casos. Como destaca Martínez Escribano (*Análisis práctico...* , cit., p. 251), es presupuesto de la responsabilidad contractual del promotor la concurrencia de culpa, tal y como se exige genéricamente en el ámbito de la responsabilidad contractual. Este elemento marca, pues, la distinción con los vicios ocultos, en los que se responde aun ignorándolos el vendedor. Por otro lado, en cuanto a la culpa, hay que destacar que no se exigirá del mismo modo según quien sea el vendedor. Puede ocurrir que éste sea el promotor (por tanto, profesional del sector de la construcción), o que sea un adquirente que posteriormente enajena su vivienda, local u oficina. Este último, en cuanto que no es un empresario del sector, responderá cuando pueda apreciarse dolo o culpa, entendiendo ésta como la falta de diligencia media. En cambio, para el promotor es exigible una diligencia superior, y será más habitual que pueda declararse su responsabilidad por las deficiencias del edificio. En definitiva, el promotor interviene en el proceso edificatorio, con su iniciativa y adoptando las decisiones fundamentales del mismo, por lo que puede tener un mejor conocimiento de las condiciones y posibles defectos del edificio. Y ello hasta el punto de que, como se afirma en la [SAP de Barcelona \(Sección 14.ª\) de 18 de julio de 2013 \(JUR 2013, 3385510\)](#) , «no puede la promotora pretender eximirse de la responsabilidad que se le reclama como vendedora ([art. 1101](#) CC) excusándose en la actuación de los agentes constructivos que ella misma contrató». Por ello, como afirma la citada autora, en cierto modo la función de garante de la edificación que se atribuye al promotor en la LOE, existe también en el contrato de compraventa.

En la sentencia objeto de comentario el compromiso de entregar el inmueble con las condiciones expresadas en el contrato de compraventa a quien afecta es a quien ofrece la venta y no lo construye en la forma convenida, que en este caso es el promotor, aplicando lo dispuesto en el [art. 1101](#) CC. Por ello el TS centra la controversia, no en las deficiencias existentes por una incorrecta ejecución, sino en la falta de compromiso del promotor con los compradores de entregar la cosa en los términos pactados.

Para ello parece que no es obstáculo que la demanda estuviera formulada de forma ambigua, porque se reclamaba también sobre la base del [art. 1101](#) CC. En el caso resuelto por la [STS de 15 de junio de 2016 \(RJ 2016, 2766\)](#) , los recurrentes habían argumentado que la eventual responsabilidad contractual se había alegado «sin más», y sin que en su fundamentación se hubiera hecho la menor referencia al contrato de compraventa alguno; y que todo el debate se había hecho girar en torno

a la aparición de defectos constructivos, a su etiología, naturaleza, trascendencia y calificación a efectos de la prescripción de la acción regulada en la LOE, sin referencia alguna a las acciones derivadas de contratos de compraventa, sin mención de los [arts. 1462](#) , [1484](#) y [1001](#) CC. Sin embargo, el TS resolvió que era aplicable el [art. 1101](#) CC porque el promotor se había comprometido a entregar el inmueble en la forma convenida, y ello, «con independencia de la envergadura de los vicios o defectos de la construcción, cuya graduación puede tener variadas consecuencias en el ejercicio de la acción, pero no deja de ser incumplimiento de la obligación contractual o cumplimiento defectuoso».

En el caso que nos ocupa no disponemos de los términos exactos en que se formuló la demanda inicial, pero la sentencia de la Audiencia se casa por no haber atendido al ejercicio acumulado de «la acción dimanante del [art. 1591](#) CC y la acción contractual establecida en el art. 1101 del mismo cuerpo legal», y haberse ocupado sólo de la aplicación concurrente de las disposiciones sobre vicios ocultos. No obstante, en cuanto a la pretensión relativa a los defectos constructivos, la Audiencia sí aplica correctamente los correspondientes preceptos de la LOE, a pesar de que, inexplicablemente a estas alturas, la demanda se basara exclusivamente en el [art. 1591](#) CC. De acuerdo con el [art. 218](#) LEC, los Tribunales deben atenerse a los hechos y al fundamento o título jurídico esgrimidos por las partes, pero sí puede acomodar adecuadamente las citas legales utilizadas para justificar la pretensión. Esto es lo que consagra el ap. 2º del [art. 218.1](#) LEC cuando dice: «El tribunal, *sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer* , resolverá conforme a las normas aplicables al caso, *aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes* ». Ello le permite modificar la cita errónea de una o varias normas positivas, cuando de lo alegado y pedido se desprenda sin duda cuál es la norma o conjunto de normas que se quieren hacer valer; o, como es el caso, corregir la cita de normas derogadas, cuando por razones de Derecho transitorio las disposiciones alegadas (aquí, el [art. 1591](#) CC), ya no son aplicables.

En cualquier caso, conviene que las pretensiones de la demanda se formulen adecuadamente. El [art. 399.1](#) LEC, cuando se refiere a la demanda y su contenido, entre las cargas que tiene el actor, dispone: «se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida». Ello permite una acumulación de acciones: la principal basada en la responsabilidad por defectos constructivos, regulada en la LOE, que se puede exigir solidariamente, cuando no pueda individualizarse la causa de los daños materiales o quede debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pueda precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido (aunque, como hemos visto, el promotor responde en todo caso solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción). Y subsidiariamente, la acción fundada en incumplimiento por responsabilidad contractual, especificando contra quién se dirige (generalmente el promotor). Como destaca el [art. 399.5](#) LEC:

«Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente». Esta acumulación subsidiaria de acciones no se ve limitada por la necesidad de que las acciones sean compatibles entre sí ([art. 71.4](#) LEC). Pero deben quedar clara cuál es la pretensión o pretensiones del demandante, ya que la elección de una u otras acciones resulta esencial, pues el juez no puede prescindir de la fundamentación jurídica esgrimida por las partes si ello implica modificar los términos del debate. En definitiva, en cada caso la actividad probatoria y el fallo de la sentencia debe basarse exclusivamente en los presupuestos de la responsabilidad cuyo resarcimiento se solicita.

IV. Prescripción de la acción de responsabilidad del promotor por incumplimiento contractual: el artículo 1964 CC y su aplicación temporal

En la sentencia objeto de comentario se considera que la acción ejercitada por la parte actora es la fundada en el [art. 1101](#) CC, y no la relativa a los vicios ocultos prevista en los [arts. 1484](#) CC y ss. del CC. Por ello se concluye que « *el plazo de prescripción es el previsto en el art. 1964* CC , y, a la fecha de presentación de la demanda, no había transcurrido». Se argumenta, *mutatis mutandis* , de la misma manera que ya había hecho la [STS de 7 de enero de 2015 \(RJ 2015, 97\)](#) : «En todas las deficiencias descritas se ha apreciado la prescripción, lo que no ha sido combatido en el recurso, por lo que sólo el promotor será responsable de su reparación, en tanto que vendedor de los diferentes departamentos frente a los adquirentes de los mismos, conforme previene el [art. 17.9](#) LOE y [arts. 1484](#) y ss. del CC, al ejercitarse acumuladamente contra la promotora la acción sobre cumplimiento contractual (arts. 1089 , 1091 , 1097 y 1101, en relación al [art. 1455](#) CC) y la acción por responsabilidad derivada del [art. 17](#) LOE».

Antes de la LOE se discutía si el art. 1591.II del CC («si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años») establecía un plazo de garantía más amplio [así lo mantuvo aisladamente, la [STS de 17 de septiembre de 1996 \(RJ 1996, 6724\)](#)], o si recogía el mismo plazo de prescripción de quince años del [art. 1964](#) CC, al provenir la ruina de un incumplimiento contractual (opinión de la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia creada en torno al [art. 1591](#) CC).

Parece claro que el [art. 1964](#) CC nada tiene que ver con un plazo de garantía, y que el plazo de prescripción previsto en el mismo comenzará en cada caso en función del criterio previsto en el [art. 1969](#) CC. Lo que sí debe tenerse en cuenta es la modificación del [art. 1964](#) CC y el régimen transitorio aplicable al mismo. La redacción originaria del este precepto establecía un plazo general de prescripción de quince años para las acciones personales que no tuvieran señalado un plazo especial de prescripción. La [Ley 42/2015, de 5 de octubre](#) (BOE de 6 de octubre) dio nueva redacción al art. 1964, reduciendo de quince a cinco años el plazo general de prescripción de las acciones personales.

Según su Disposición adicional duodécima, la Ley 42/2015 (y, por tanto, la

modificación del [art. 1964](#) CC), entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el 7 de octubre de 2015. Y su Disposición transitoria quinta establece expresamente que el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el [artículo 1939](#) del Código Civil». Este precepto, dispone que «la prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo».

Conviene, pues, tener en cuenta que el plazo de prescripción en los supuestos de incumplimiento contractual es ahora de cinco años (art. 1964), y que con arreglo al régimen transitorio previsto en la Ley 42/2015, resulta que el 7 de octubre de 2020 habrá transcurrido todo el tiempo exigido en la nueva ley para la prescripción (aunque con arreglo a la ley anterior el plazo fuera de quince años). Ello significa que todos los plazos de prescripción cuyo *dies a quo* fuera anterior al 7 de octubre de 2005 no quedan afectadas por la nueva ley, ya que los quince años habrán transcurrido en su totalidad antes del 7 de octubre de 2020. Pero en todas aquellas prescripciones comenzadas (o interrumpidas) con posterioridad al 7 de octubre de 2005, el plazo terminará el mismo día 7 de octubre de 2020, porque ese día habrá transcurrido en su totalidad todo el tiempo exigido en la nueva Ley para la prescripción (que es ahora de cinco años). En definitiva, la prescripción cuyo plazo haya empezado a computarse antes de la entrada en vigor de la Ley 42/2015 culmina el día final del cómputo del plazo de quince años, si este se produce antes del 7 de octubre de 2020, y en todo caso como fecha máxima en el día 7 de octubre de 2020.

En el presente caso, aunque pudiera discutirse cuál el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción por incumplimiento contractual frente al promotor, es claro que el plazo todavía no había transcurrido en el momento de plantearse la demanda.

Cuando el plazo general de prescripción de las acciones personales ([art. 1964](#) CC) era de quince años, se podía pensar que la amplitud de este plazo disminuía la relevancia del régimen de la LOE, ya que más allá de los plazos de garantía y de prescripción regulados en ésta, siempre sería posible exigir responsabilidad al promotor (cuando fuera vendedor), fundada en la responsabilidad por incumplimiento contractual del [art. 1101](#) CC. Este mismo planteamiento puede hacerse en la actualidad con plazo de cinco años del [art. 1964](#) CC. Sin embargo, no se pueden dejar de lado las ventajas que proporcionan los diferentes plazos de garantía que regula el [art. 17.1](#) LOE, y las facilidades que brinda nuestro ordenamiento para interrumpir la prescripción. El régimen de los [arts. 17](#) y [18](#) LOE supone una mayor protección, por cuanto dota al adquirente de unas medidas específicas que pueden ser muy ventajosas, como el carácter objetivo de la responsabilidad, las diferentes posibilidades de exigir una responsabilidad solidaria,

y la responsabilidad por hecho ajeno. Además, como destaca Martínez Escribano (*Análisis práctico ...*, cit., p. 253), la LOE establece unos criterios de imputación de la responsabilidad que prescinden por completo de la culpa en la que, sin embargo, se basa la responsabilidad contractual, si bien cuando se exige a un profesional de un determinado sector, el grado de diligencia exigible es mayor, aproximando esta responsabilidad a la de carácter objetivo.

En este caso, tras la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial, de apreciarse la responsabilidad contractual del promotor por incumplimiento ([art. 1101](#) CC), éste podrá finalmente ejercitar la acción de repetición contra el agente o agentes de la edificación que causaron los defectos en el edificio, dentro del plazo de prescripción de dos años previsto en el [art. 18.2](#). LOE. La responsabilidad contractual en la que aquél puede incurrir no le impide dirigir posteriormente la acción contra éstos. No obstante, la acción de repetición tendrá su base en el vínculo contractual que tenga con los agentes de la edificación (generalmente un contrato de obra). En caso contrario habría que acudir, en su caso, a las reglas de la responsabilidad extracontractual.
