

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
GRADO EN DERECHO



TRABAJO DE FIN DE GRADO

**LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS
CONSTRUCTIVOS EN LAS EDIFICACIONES PÚBLICAS**

AUTOR: OMAR PÉREZ MARTÍNEZ

DIRECTOR: PROF. D. JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO

ELCHE – ESPAÑA

JULIO – 2016

LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS EN LAS EDIFICACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA RESPONSABILIDAD POR LOS VICIOS Y DEFECTOS EN EL DERECHO CIVIL

1. Los vicios y defectos de construcción contemplados en el art. 1591 del CC

- 1.1 La ruina y sus diferentes tipos
- 1.2 "Defectos de la construcción" como sustitución a "ruina"
- 1.3 Requisitos de los defectos de la construcción
- 1.4 Los tipos de vicios constructivos

2. Los vicios o defectos de construcción que establece la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación

- 2.1 Las responsabilidades civiles de los agentes de la edificación

3. Las fases de la responsabilidad por los vicios y defectos ruinógenos

- 3.1 Vicios que aparecen tras la recepción
- 3.2 Vicios que se manifiestan durante la ejecución de la obra
- 3.3 Vicios que se manifiestan durante la recepción de la obra
- 3.4 Daños aparecidos tras el plazo de garantía

4. La naturaleza de los plazos del art. 1591 del Código Civil y de la Ley 38/1999 de la LOE

- 4.1 Los plazos establecidos en el art. 1591 del Código Civil
- 4.2 Los plazos establecidos en la Ley 38/1999 de la LOE

5. La figura de la recepción en la LOE

- 5.1 La recepción expresa y la recepción tacita
- 5.2 Cuando se rechaza la obra
- 5.3 Recepción sin reservas
- 5.4 Recepción con reservas
- 5.5 La llamada recepción parcial

6. La legitimación activa

- 6.1 El propietario
- 6.2 Presidente de la comunidad de propietarios
- 6.3 Terceros afectados
- 6.4 Compañías Aseguradoras

7. La legitimación pasiva

- 7.1 Promotor-constructor

7.2 Constructor

7.3 Proyectista

7.4 Director de Obra

7.5 Director de ejecución de la obra

7.6 Entidades de control de calidad de edificación

7.7 Suministradores de productos

7.8 Subcontratista

7.9 Propietarios y usuarios

8. Los supuestos de exclusión de la responsabilidad

9. Contenido de la responsabilidad por vicios y defectos constructivos

9.1 Reparación de manera específica

9.2 Reparación por equivalente

9.3 La prevalencia del resarcimiento específico

10. La obligación en la contratación de un seguro obligatorio

10.1 Las opciones de la LOE

10.2 La obligatoriedad del seguro

10.3 Riesgos cubiertos

10.4 Entrada en vigor de la cobertura.

10.5 El seguro de daños

10.6 Seguros de caución

10.7 Capital asegurado

10.8 Exclusiones de cobertura

10.9 Sanciones

III. LA RESPONSABILIDAD POR LOS VICIOS Y DEFECTOS PARA LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA

11. La breve regulación establecida en el Real Decreto Legislativo 3/2011

12. Las fases de la responsabilidad por los defectos en la construcción en los contratos administrativos de obra

12.1 Durante la ejecución del contrato.

12.2 En el momento de la recepción de las obras.

12.3 Durante el plazo de garantía.

12.4 Una vez transcurrido el plazo de garantía.

12.5 Los requisitos de los vicios ocultos

13. La figura de la recepción según el Real Decreto Legislativo 3/2011

13.1 El informe del Director de obra

13.2 Acto de recepción de la obra

13.3 Tipos de recepción

14. La legitimación activa en los Contratos Administrativos de obra

14.1 Legitimación Activa

14.2 Legitimación Pasiva

15. Los supuestos de exclusión de la responsabilidad

16. Las garantías en los contratos administrativos de obra

16.1 Alcance de las garantías definitivas en los contratos de obra pública

16.2 La extensión de su protección a terceros

17. La obligación en la contratación de un seguro de responsabilidad en el contrato administrativo de obra

IV. CONCLUSIONES



I. INTRODUCCIÓN

Durante estos últimos años hemos comprobado que, cuando llovía de forma copiosa, se producían goteras en los techos de las aulas del Aulario del edificio Altavix de la Universidad Miguel Hernández, cayendo agua mientras se desarrollaban las clases. También este curso hemos comprobado como, en dicho edificio, se han puesto andamios y se han cerrado zonas al público en dicho Aulario, para la realización de obras que mostraban la existencia de defectos constructivos en el mismo.

Esto nos demuestra que no es difícil encontrar la manifestación de defectos constructivos en edificios públicos y ello nos hace plantearnos el interrogante de cómo se puede exigir la reparación de dichos defectos a las empresas constructoras o, en su caso, a los demás agentes que participaron en el proceso constructivo (arquitectos proyectistas, arquitectos directores de obra, arquitectos directores de ejecución de la obra...) y cuál es el régimen jurídico de tal responsabilidad.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de la Ley de Ordenación de la Edificación, dice en su artículo 1.3, que “cuando las Administraciones públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas y en lo no contemplado en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria”.

Entre los agentes del proceso de la edificación, se define al promotor, en su artículo 9, 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* [...]”.

Por lo tanto, las Universidades públicas, al igual que todas las Administraciones públicas, pueden tener la consideración de promotor de la edificación y los defectos de tales edificaciones se regirán entonces, en primer término, por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y, en lo no contemplado en la misma, por las disposiciones de la Ley 38/1999, salvo en cuanto a las garantías de suscripción obligatoria.

Pero, a su vez, de un modo u otro, se considera que la Ley 39/1999 no ha derogado completamente lo dispuesto en el art. 1591 CC, tal y como veremos, más adelante. Por ello, vamos a tener en cuenta ambas regulaciones, puesto que, además, lógicamente, el modo de interpretación de la jurisprudencia del art. 1591 CC ha influido en la nueva regulación y no puede perderse de vista en la interpretación de la nueva.

Y dado que, como comprobaremos, la regulación de la responsabilidad en la legislación contractual administrativa es muy parca y, en lo no regulado por ella, hay que acudir a la legislación civil (Ley 38/1999, art. 1591 CC y resto del Código Civil), examinaremos primero ésta, que nos servirá de base e introducción al régimen general de la responsabilidad por defectos constructivos, para más tarde abordar el régimen de la legislación administrativa citada y verificar cuáles son las especialidades que se plantean en este ámbito y cuáles las remisiones que deben hacerse al régimen común de la legislación civil.

II.- LA RESPONSABILIDAD POR LOS VICIOS Y DEFECTOS EN EL DERECHO CIVIL

Tras aprobarse la Ley 38/1999, la doctrina científica se ha dividido entre quienes consideran que la publicación de esta última supone una derogación tácita del art. 1591 del Código Civil y la de los que sostienen que éste todavía es aplicable para aquellos tipos de construcciones que no pueden considerarse edificios¹.

El argumento que se invoca para la derogación del art. 1591 del Código Civil es fundamentalmente que el 17 de la Ley 39/1998 contempla el mismo supuesto de aquél, es decir, la responsabilidad por la ruina del edificio por vicios de la construcción imputables a los agentes de la edificación, pues el término edificio hay que interpretarlo en sentido amplio, como cualquier construcción, no sólo los edificios en sentido propio. Y añade que, por ello, hay que aplicar la derogación tácita del artículo 2.2 del Código Civil.

Sin embargo, la otra dirección doctrinal mantiene que la Ley 39/1998 no deroga el art. 1591 del Código Civil porque no afecta a aquellas construcciones que no pueden considerarse como edificio en sentido propio (presas, carreteras, etc.), que serán estando reguladas por el precepto del Código Civil. Un segundo argumento destaca que la Disposición Transitoria Primera y la Disposición Final Cuarta de la citada Ley suponen que el art. 1591 CC seguirá aplicándose en el futuro a los edificios existentes o iniciados con licencia de obra solicitada antes del 6 de mayo de 2000, fecha de entrada en vigor de la nueva ley. Y un tercer argumento resalta que, dada la mayor protección para el consumidor de la regulación del Código Civil y su jurisprudencia, hay que aplicar está en los supuestos no contemplados expresamente en la nueva Ley.

¹ ARNAU MOYA, F. (2004, p. 189 y ss).

En cualquier caso, se ha impuesto en la jurisprudencia del TS el argumento de que el art. 1591 CC se sigue aplicando a los edificios existentes o iniciados con licencia de obra solicitada antes del 6 de mayo de 2000 y la Ley 39/1998 a los que poseen la licencia de obra posterior a dicha fecha.

Dice la STS 554/2013 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 4 de octubre (rec. casac. 510/2011; RJ 2013\7054) que, como ya antes han destacado las SSTS de 22 de marzo de 2010 (nº 195/2010; RJ 2010\2410) y 19 de abril de 2012 (nº 238/2012, RJ 2012\5908):

“La Ley de Ordenación de la Edificación 38/1.999, de 5 de noviembre, que publica el B.O.E. del día 6 de noviembre de 1.999, 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”².

Analizaremos pues, los dos regímenes de Derecho Civil con sus coincidencias y diferencias.

1. Los vicios y defectos de construcción contemplados en el art. 1591 del CC

Entre sus requisitos, destaca, el concepto de "edificio", y aunque durante mucho tiempo se discutió si el término edificio solo debía aplicarse a las construcciones destinadas a vivienda, finalmente la doctrina y la jurisprudencia se ha decantado por su sentido amplio.

Incluye así toda construcción con independencia de que la fábrica esté sobre el suelo en el subsuelo, como sótanos, cuevas, subterráneos, túneles, minas, depósito de agua, etcétera. Engloba no

² FJ. 3º.

sólo las grandes obras, como los edificios considerados como inmuebles, que tienen por su naturaleza una fijación permanente al suelo, sino también las obras menores, aunque sí se excluyen las mobiliarias. Se integran no sólo las obras de nueva planta, sino también la de refacción y reparación o las de rehabilitación, si tienen por objeto una o varias partes del edificio. Abarca toda construcción con independencia de la naturaleza de sus materiales, incluso las edificaciones prefabricadas, si bien se excluyen las construcciones provisionales. Igualmente se consideran incluidas las instalaciones del edificio, puesto que forman parte del mismo, habida cuenta de su condición de inmuebles por su incorporación al mismo, incluyéndose así en las instalaciones de agua, de calefacción etcétera. Como también se ha extendido analógicamente por la jurisprudencia a otras construcciones no destinadas a ser habitadas, en las que la intervención de las personas y la distribución de responsabilidades sea similar: diques; tribunas de campo de fútbol; teleféricos; bodegas; graneros; naves industriales; muros de contención; columnas ornamentales; y estructuras. Las que no están incluidas dentro del concepto son las construcciones provisionales, como postes de madera, kioscos desmontables, circos o teatros ambulantes³.

1.1 La ruina y sus diferentes tipos

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra ruina como "acción de caer o destruirse una cosa", sin embargo, esta expresión no es conforme al concepto de ruina como ha sido interpretado por la jurisprudencia, ya que es necesario dar cabida en dicho concepto a toda una variedad de vicios que de no haber sido incluidos en la misma definición, no serían reguladas. Por todo ello el art.1591 ha sido interpretado en sentido muy amplio por la doctrina y la jurisprudencia, con tal magnitud que se ha ampliado a otros supuestos distintos al derrumbe de la estructura de la obra. Esta extensión se distingue con las siguientes variables:

1.1.1 Ruina parcial y ruina total: El art.1591 no precisa el alcance que debe tener dicha ruina, pues alude únicamente a la ruina total al decir que "el edificio se arruinase", tanto la jurisprudencia como la doctrina han incluido en su ámbito de aplicación la ruina parcial, en tanto en cuando es aquella que no afecta al edificio en su totalidad y se limita a una de sus parte esenciales, el cual podría afectar a la solidez o utilidad del conjunto de la estructura del edificio. Ejemplo: *La ruina parcial se produce en un edificio de varias plantas cuando la planta baja se encuentra en una situación tal, derivada de una explosión de gas, que afecta a la solidez de todo el edificio y viabilidad de toda la estructura, aunque las últimas plantas no estén afectadas directamente.*

³ ARNAU MOYA, F. (2004, p. 36 y ss).

1.1.2 Ruina actual y ruina potencial: La ruina se ha extendido para incluir no sólo los supuestos de ruina actual, sino también la ruina futura, es decir, aquellos defectos constructivos que, si bien no producen la ruina en el momento presente, si conducirán a la situación que transcurra un tiempo determinado, salvo que se lleven a cabo las debidas reparaciones. Ejemplo: *Unas goteras, humedades y filtraciones que afectan directamente a la estructura del edificio y no a sus elementos accesorios pueden determinar su ruina futura si no son objeto de reparación.*

1.1.3 Ruina física y funcional: esta última clasificación alude al a los defectos constructivos que impiden o dificultan la utilización de la edificación para la finalidad que le es propia, situación por la cual la doctrina ha incluido también el concepto de ruina⁴. Ejemplo: *Existencia en la edificación de vibraciones y ruidos procedentes de una fábrica próxima, defectos en tuberías y conducciones de chimeneas, agrietamientos y zonas de humedades en techos, paredes y esquinas de las habitaciones, deterioros en pinturas y escayolas que han ido apareciendo de forma sucesiva y progresiva, etc.*

1.2 "Defectos de la construcción" como sustitución a "ruina"

Debido a la ampliación del término ruina mediante los conceptos de ruina parcial, potencial y funcional, ha supuesto que ya no se exija ni el arruinamiento total, ni el actual ni tan siquiera el físico del edificio para que pueda operar el art.1591. Esto ha supuesto la aparición de una corriente doctrinal⁵ que propone la sustitución del requisito de la ruina por la simple presencia de daños causados por defectos de la construcción, siempre que la gravedad de estos permita calificar la obra defectuosa como una obra en ruina en el sentido amplio al que nos hemos referido. La fundamentación de este cambio terminológico está en que tanto la ruina como el defecto de la construcción son el resultado de la existencia de vicios constructivos en la obra. Así, el vicio es la causa y el defecto el resultado.

Por lo tanto, la expresión "defectos de la construcción" difiere de la de "vicios de la construcción" en que esta última se refiere a la causa específica del defecto de construcción, cuya culpa corresponde al profesional del agente de la edificación, lo que permite hablar de "vicios de la construcción" o "vicios del suelo o de la dirección". Por ello, podemos decir que el término "defecto" es mucho más preciso por referirse al resultado del vicio constructivo.

⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2002 señala que *"se aprecia la ruina funcional cuando los defectos tienen una envergadura o gravedad que exceden de las imperfecciones corrientes haciendo inútil o impropia la cosa para su finalidad de tal manera que, tratándose de viviendas, se impide la normal habitabilidad convirtiendo el uso en gravemente irritante o molesto"*.

⁵ Señala GOMEZ DE LA ESCALERA, C. (1993, p. 165), que esa tendencia ya se evidenció en el art. 1.669 del Código Civil italiano.

1.3 Requisitos de los defectos de la construcción

Para que aparezca la responsabilidad a la cual hace referencia el art.1591 se debe cumplir una serie de requisitos, los cuales podemos clasificar en 3:

1.3.1 Requisito Objetivo: Dentro del amplio término de ruina, la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo dos supuestos diferenciados según la gravedad de los vicios constructivos⁶. Se habla pues de defectos o vicios ruinógenos que dan lugar a la aplicación del precepto y aquellos que recibiendo la denominación de no ruinógenos, excluyen la aplicación del precepto. Por lo tanto la jurisprudencia establece una serie de grados de las posibles imperfecciones de lo construido:

a) *Los defectos o vicios ruinógenos:* El significado de ruina se refiere al hecho físico del derrumbe o pérdida de la obra. Sin embargo el Tribunal Supremo estableció la ruina como cualquier vicio constructivo grave, entendiéndose incluidos aquí los defectos que exceden las imperfecciones corrientes y son, por ello, de difícil o imposible corrección, y se refieren a la solidez o estabilidad del edificio. En esencia, podemos decir que los vicios ruinógenos son aquellos defectos graves que dan lugar a todos los supuestos que han quedado incluidos dentro del concepto amplio de ruina, tanto funcional como potencial, y que permiten el que se pueda aplicar el art.1591. Entre los diversos vicios ruinógenos que existen, se encuentran recogidos algunos como los defectos en la azotea con filtraciones de agua, el desprendimiento de los azulejos en los alicatados, defectos en la instalación de agua, grietas y fisuras, etc.

b) *Los defectos o vicios no ruinógenos:* La doctrina utiliza indistintamente la terminación "vicios no ruinógenos" o "vicios menores" para hacer referencia a toda una serie de defectos de construcción que aun a pesar de la amplísima interpretación que doctrina y jurisprudencia han efectuado del término ruina, no caben dentro del ámbito de aplicación del art.1591CC, puesto que no cuentan con la entidad necesaria para generar la ruina del edificio. Podemos definirlos como "defectos constructivos, equiparables a imperfecciones corrientes que no afecten a la utilidad, solidez o habitabilidad del inmueble". La LOE supera esta carencia del Código Civil y regula dichos vicios en el art.17.1 al tratar la responsabilidad anual por vicios de terminación o acabado.

Aunque estos vicios carecen de normativa específica dentro del Código Civil, es mayoritaria la opinión de que les es aplicable el régimen general de la responsabilidad contractual contenido en los arts.1096, 1098 y 1101 y ss del CC. La jurisprudencia ha establecido también que a los vicios no ruinógenos se les aplicará la normativa general sobre el incumplimiento de contrato quedando sustraídos del ámbito de aplicación del art.1591.

⁶ CABANILLAS SANCHEZ, A. (2000, p. 45); GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1993, p. 167).

1.3.2 Requisito temporal: Podemos diferenciar cuatro grandes momentos o plazos sobre el tratamiento de la responsabilidad:

a) *El plazo de garantía:* El nacimiento de la responsabilidad que contempla el art.1591 requiere la concurrencia de dos requisitos esenciales: que se haya producido un defecto o vicio grave y que éste se manifieste dentro de los diez años contados desde que finalizó la construcción. La doctrina predominante sostiene que este plazo de diez años, del que toma el nombre de decenal la responsabilidad de la que nos ocupamos, se trata de un plazo de garantía de la buena construcción de la obra y no de caducidad ni de prescripción para ejercer la acción⁷. Por lo tanto, para que podamos hablar de responsabilidad en el defecto ruinógeno es necesario que se de dentro de este plazo de garantía. Se concluyó por parte de la jurisprudencia que si el vicio se manifestara una vez que ha transcurrido el plazo de diez años ya no puede empezar a correr el término de prescripción, puesto que ya ha finalizado el plazo previo de garantía. El motivo de llamarse "plazo de garantía" deriva de su función como límite temporal dentro del que es obligatorio que aparezcan los vicios ruinógenos. Si estos vicios se manifiestan dentro de plazo se dispondrá desde ese momento del correspondiente plazo de prescripción para solicitar la reparación del daño. Debemos señalar que en este plazo no cabe la interrupción ni suspensión, con lo que algún jurista ha interpretado por lo tanto que estos plazos gozan de caducidad, aunque técnicamente carezcan de ella. La prueba de que el daño ha tenido lugar dentro del plazo de garantía corresponde al actor. La excepción al plazo de 10 años se encuentra en el segundo párrafo del art.1591 que establece la responsabilidad en 15 años cuando la ruina sea debido a que el contratista no respete las condiciones del contrato.

La doctrina no establece una fecha determinada a partir de la cual hay que computar el plazo de garantía. Para la mayoría, la fecha lo constituye la recepción definitiva de la obra, mientras que para otros autores el momento determinado es el de la conclusión de la obra (hecho jurídico vs hecho físico)⁸. A esta confusión ha contribuido tanto el Código Civil por no distinguir entre la entrega y recepción de la obra, como el Tribunal Supremo que no ha sido capaz de clarificar la cuestión, pues en la mayoría de sus resoluciones se limita a afirmar que el cómputo debe iniciarse en el momento de la terminación de la obra. La LOE se inclina por seguir el criterio de la recepción de la obra como fecha para iniciar el plazo de garantía.

⁷ HERRERA CATENA, J. (1973, p. 3); CADARSO PALAU, J. (1976, p. 342); SANTOS BRIZ, J. (2001, p. 473); DIEZ PICAZO, L. (2000, p. 9).

⁸ GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1993, ps. 183 a 185), opina que la recepción de la obra no puede constituir el punto de partida del plazo de garantía ya que la responsabilidad decenal se desenvuelve al margen de toda referencia al contrato de obra.

b) *El plazo de prescripción*: Un plazo distinto al previo de garantía lo establece el subsiguiente plazo de prescripción, durante el que necesariamente ha de ejercitarse la acción de reclamación.

El plazo de prescripción de la acción de reclamaciones era de quince años de acuerdo con lo que establecía en el art.1964 del Código Civil para las obligaciones personales que no tienen señalado un especial término en la ley. Sin embargo tras la reciente aprobación de la Ley 42/2015 de 5 de octubre se ha modificado este artículo haciendo que las acciones personales que no tengan plazo especial prescribirán a los 5 años, sustituyendo a la anterior previsión de 15 años. Es un tema en el que profundizaremos más adelante.

En este plazo de prescripción, tanto la doctrina como la jurisprudencia si que son coincidentes en cuanto a su inicio: el momento de la aparición de los vicios ruinógenos, siempre que estos se manifiesten dentro del plazo de garantía⁹. Además el plazo de prescripción se inicia en el preciso momento de la producción del daño sin tener que esperar a que transcurra el resto del plazo de garantía. A diferencia del plazo de garantía, el de prescripción está sometido a interrupción y suspensión siendo de aplicación las reglas contenidas en los arts.1973 y ss. del Código Civil.

c) *Vicios que aparecen tras la recepción*: En el Proyecto de 1994 que lo modificaba sí que la contemplaba en su art.1592, donde se admitía tanto la recepción expresa como la tácita, así como la recepción con reservas en las que el comitente podía señalar "los vicios manifiestos que apreciare, o rechazarla".

Pero, en el Código Civil vigente, como hemos indicado, tal figura no ha sido regulada (a diferencia de la LOE, como veremos) y no obstante dicho momento es para la mayoría de la doctrina la fecha del comienzo de cómputo del plazo de garantía decenal, dentro de la cual se tiene que manifestar el vicio, para ejercerse a partir de la manifestación del vicio la acción dentro del plazo de prescripción.

d) *Vicios que se manifiestan durante la ejecución de la obra*: El art.1591 se refiere a la ruina "desde que se concluyó" la construcción, de modo que se plantea el problema de aquellos defectos de construcción que se manifiesten durante la ejecución de la obra, es decir antes de la finalización de la construcción.

Ante esto, la doctrina ha propuesto distintas soluciones ante el problema de la aparición de los defectos graves¹⁰:

⁹ El TS ha entendido que este era un plazo de garantía y no de prescripción ni de caducidad en numerosas sentencias, por ejemplo: 3 julio 1989 (RJA 52814), 4 diciembre 1989 (RJA 8793), 6 abril 1994 (tol 206515), 3 mayo 1996 (tol 217405).

¹⁰ ARNAU MOYA, F. (2004, p. 62 y ss).

i. La posibilidad de que el comitente pueda exigir la reparación del inmueble o la resolución del contrato cuando la entidad del incumplimiento suponga la frustración de su interés.

ii. La posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad decenal cuando los vicios aparecidos durante la ejecución son de tal entidad que de continuarse la edificación derivaría en su ruina. Sin embargo, esta opción ha sido rechazada por la jurisprudencia.

iii. La posibilidad de interponer el recurso a las acciones generales sobre incumplimiento contractual. Esto permite al comitente optar por la acción de cumplimiento, obteniendo la subsanación de los defectos u obtener la resolución del contrato en el caso de defectos de gran calado. Si se opta por la resolución, el comitente tendrá que indemnizar al constructor por el valor de lo ya construido de acuerdo con las reglas generales sobre la accesión de inmuebles de buena fe, como rezan los arts.358 y 361 del Código Civil.

iv. La última solución consiste en aplicar la regla del art. 1594 CC que autoriza al dueño de la obra a ejercitar la resolución unilateral del contrato de obra, sin otro requisito que el de satisfacer la correspondiente indemnización.

El Proyecto de Ley de 1994 por el que se modificaba el Código Civil en materia de contratos de servicios y de obra, sí que preveía, en su art. 1596, los defectos de la obra en curso, facultándose al comitente para que requiriese al constructor su subsanación, incluso permitiendo la resolución del contrato en el caso de defectos graves que hubieran sido desatendidos repetidas veces.

Como veremos, la Ley 39/1998 tampoco ha contemplado los vicios que aparecen durante la ejecución de la obra.

e) Daños aparecidos tras el plazo de garantía: También se planteó la cuestión de si una vez ha transcurrido el plazo de garantía ex art.1591 CC cabe ejercitar algún otro tipo de acción.

Aquí nos encontramos con una división entre los autores. Un sector estima que para que el defecto constructivo pueda desencadenar la responsabilidad ex art.1591.1 es necesario que se manifieste dentro del plazo de garantía¹¹. Con lo cual, transcurrido el plazo de garantía si se manifiesta un vicio ruinógeno, el propietario ya no puede exigir el resarcimiento ni tan siquiera conforme a las reglas de la responsabilidad contractual, puesto que el art.1591 excluye la aplicación del artículo 1101 para obtener la indemnización por el daño causado por un vicio ruinógeno, aparecido tras vencimiento del plazo decenal. Otra corriente doctrinal admite el ejercicio de acciones contractuales cuando el defecto se manifieste después del plazo decenal¹².

¹¹ DIEZ PICAZO, L. (2000, p. 10), estima que el plazo decenal es de manifestación de los vicios o defectos y que, en cambio, la acción se ejercitará dentro de los plazos generales de prescripción de 15 años del art. 1994 CC.

¹² SANTOS BRIZ, J. (1972, p. 414); CADARSO PALAU, J. (2000, p. 115); YZQUIERDO TOLSADA, M. (ps. 321 y 322); RUIZ-RICO, M. (2000, ps. 340 a 343).

Sin embargo, aunque el perjudicado podrá reclamar con base al art.1101, dejará de tener a su favor todos aquellos beneficios que le aporta el régimen del art.1591, ya que si no existe el mismo todo daño que proceda de un defecto de construcción sería indemnizable por las reglas generales, bien por la vía del art.1101 o por la vía del art.1902 en caso de no existir relación contractual entre perjudicado y responsable. En las acciones contractuales se debe tener en cuenta que su ejercicio prescribe a los cinco años desde que aparecen los daños, como bien contempla el actual art.1964¹³.

1.3.3 Requisito Causal: Cuando se presenta un defecto en la obra que genera responsabilidad decenal ha de tener su origen en un vicio en la construcción de esta. Tiene que haber existido un nexo causal en ese vicio constructivo y el defecto o daño que presente dicha obra. La inexistencia del nexo causal supone la exoneración del profesional que interviene en la obra, así pues no existirá relación de causalidad entre la ruina y las atribuciones de los profesionales de la construcción, pues los defectos causantes de la ruina están fuera de sus esferas de riesgo.

La jurisprudencia y la doctrina afirman que en materia de responsabilidad decenal existe una doble presunción de culpabilidad y causalidad, Este supuesto es en el que el demandado siempre podrá destruir aquella presunción demostrando la inexistencia del nexo causal. La relación causal puede interrumpirse o por un hecho de la víctima, por el hecho de un tercero extraño o por caso fortuito o de fuerza mayor.

1.3.4 El carácter oculto del defecto: Cuando se recibe la obra se plantea el problema de si la recepción sin reservas de una obra con vicios aparentes produce la exoneración del constructor. La doctrina no ha sido apaciguadora sobre esto y ha distinguido dos supuestos diferentes según que los vicios fueran o no ruinógenos:

a) En los vicios ruinógenos, la mayoría de la doctrina admite que la recepción de la obra sin reservas por el comitente, solo libera al contratista de responsabilidad por los defectos aparentes que presente la obra, quedando subsistente la responsabilidad por los defectos ocultos o dolosamente encubiertos al comitente, este ha sido también el sentir de la mayoría de pronunciamientos judiciales¹⁴. En cambio, existe otro sector doctrinal que estima que es indistinto que los vicios sean aparentes o no, puesto que en ambos casos nacerá la responsabilidad decenal, habida cuenta el

¹³ Artículo 1964: 1. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años. 2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

¹⁴ Comparten esta opinión HERRERA CATENA, J. (1974, ps. 101 y ss); FERNANDEZ COSTALES, J. (1977, p. 204 y 205); CABANILLAS SANCHEZ, A. (2001, ps. 302 a 307); MORENO TORRES HERRERA, L. (2002, p. 204).

carácter de orden público de esta responsabilidad, de modo que si concurren los demás requisitos nacerá la responsabilidad decenal¹⁵.

b) Si los vicios no son ruinógenos la gran mayoría de la doctrina, sin embargo, estima que la recepción sin reservas exonera al constructor, tanto si los vicios son aparentes como si son ocultos¹⁶.

1.3.5 Existencia de daños y perjuicios: El art.1591 es de un supuesto especial de responsabilidad civil, uno de los presupuestos para su aplicación es la existencia de unos daños y perjuicios que son consecuencia del defecto del edificio como consecuencia de un vicio de la construcción. No debemos confundir los defectos de construcción por los daños y perjuicios, si bien concurre el daño con la presencia de los defectos de la construcción, puesto que en realidad el daño no es sino la consecuencia de que existen esos defectos. Además, el concepto de daño es más amplio que el de defecto, pues no solo podría referirse a una anomalía que afecta a la obra, sino también a todos los perjuicios que se derivaran para el propietario. Más adelante veremos con más detenimiento el resarcimiento ex art.1591, el cual alcanza a todos los daños y perjuicios que se produzcan con ocasión de la ruina del edificio, en consecuencia se incluye no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante. Esta postura es la que sigue la actual jurisprudencia.

1.4 Los tipos de vicios constructivos

Se diferencian tres clases de vicios dentro del art.1591 que funcionan como criterios de imputación de la responsabilidad: los vicios de los que responde el constructor y los vicios de la dirección y del suelo de los que es responsable el arquitecto.

Cada uno de estos técnicos o profesionales responderá únicamente cuando la causa de la ruina tenga su origen en los vicios constructivos integrados en su esfera de actividad profesional salvo los supuestos en que proceda la responsabilidad conjunta.

1.4.1 Vicios de la construcción: Esta expresión es un tanto desacertada en el sentido de que engloba la generalidad de los vicios constructivos, aunque la doctrina ha puntualizado que solo se refiere a aquellos que tienen su origen en la inadecuada realización de la actividad profesional del contratista que no es otra que la ejecución material de la obra¹⁷. Estos vicios son los que están relacionados con los materiales empleados y con la ejecución que se lleva a cabo en los trabajos.

1.4.2 Vicios del suelo: Este vicio significa que, por sus características geológicas, exige la aplicación de unas determinadas soluciones técnicas y determinadas para que se pueda llevar la construcción de

¹⁵ STS 12 de febrero 1981 (RJA 390).

¹⁶ HERRERA CATENA, J. (1974, p. 33); GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1993, ps. 190 y 191).

¹⁷ GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1993, p. 113).

la obra en él y que se cumpla la necesidad de solidez y estabilidad de este. El art.1591 imputa el vicio del suelo al arquitecto, aunque como su intervención profesional se desarrolla en dos fases, la de proyecto la de dirección de la obra, la doctrina mayoritaria identifica el vicio del suelo con defecto del proyecto¹⁸, en parecidos términos se manifiesta la jurisprudencia.

Aunque el Tribunal Supremo se ha referido al vicio del suelo numerosas veces, no siempre ha condenado únicamente al ingeniero, sino que también ha extendido esa responsabilidad al ingeniero o al constructor, extendiendo incluso la condena solidaria al aparejador y arquitecto.

El vicio de suelo genera ruina cuando no se ha seguido el procedimiento constructivo adecuado a las características del determinado suelo sobre el que se asienta los cimientos de la obra. Normalmente afecta a los elementos arquitectónicos estructurales destinados a dar solidez al edificio sobre el terreno sobre el que se asienta como los propios cimientos o los pilares que lo sustentan. Los vicios del proyecto existirán cuando el técnico competente incumple las obligaciones profesionales propias relacionadas con esta fase de la construcción.

Los vicios del proyecto pueden ser:

a) *Vicios de diseño* en los cuales se incluyen el proyecto contrario al encargo profesional, el contrario al destino de la obra, el contrario a las leyes generales, el contrario a las normas urbanísticas y el contrario a las normas de diseño y calidad.

b) *Vicios técnicos de proyección* los cuales existirán cuando la obra se proyecte sin atender a las reglas del arte de la construcción o incumpliendo de la normativa vigente en materia de edificación.

1.4.3 Vicios de la dirección: Ha existido bastante crítica con la expresión "vicios de la dirección" porque hoy en día no es suficiente como para individualizar la culpa del arquitecto director, habida cuenta de la intervención en la fase de dirección técnica de la obra de un segundo técnico como es el arquitecto técnico o aparejador. Los dos técnicos tienen atribuciones, cometidos y obligaciones propias y diferenciadas, el problema que plantean los vicios de la dirección es determinar quién de los dos técnicos es el responsable principal. Por lo tanto, debemos hablar de "vicios de la dirección técnica" cuando el técnico que intervenga en dicha dirección no haya tenido la diligencia suficiente respecto a la función que desempeñaba en el proceso de construcción de la obra.

La doctrina y la jurisprudencia se han apartado del tenor literal de este precepto y se han establecido los siguientes criterios para determinar a quién imputar esa responsabilidad¹⁹: si son

¹⁸ Algunos ejemplos: HERRERA CATENA, J. (1974, ps. 213 a 241); CADARSO PALAU, J. (1976, ps. 274 a 279); ALVAREZ OLALLA, M. (2002, p. 107); GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1993, p. 104).

¹⁹ GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1993, p. 131). También se ha manifestado en este sentido el TS en las SS de 29 de mayo de 1980 (RJA 1232) y 5 de diciembre de 1981 (RJA 5046).

vicios del proyecto, la imputación irá al técnico proyectista. Si por el contrario los vicios residen en la dirección técnica habrá que imputar al técnico director por su negligencia profesional.

2. Los vicios o defectos de construcción que establece la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación

Esta ley de la que hablaremos en las siguientes líneas, se promulgó debido a la complejidad técnica que en la actualidad ha alcanzado el proceso constructivo y la calidad y la seguridad que se exige a los edificios, algo que las normas del Código Civil no abordaron. Y, como hemos destacado ya atrás, la posición prevalente entiende que esta Ley no deroga la regulación existente en el Código Civil, por los argumentos atrás reseñados.

a) **Ámbito de aplicación:** el art.2 de la Ley que se aplica al proceso de edificación, el cual se entiende como el resultado de construir un edificio de carácter permanente, tanto público como privado, cuyo uso principal esté comprendido dentro de los grupos que en la Ley se señalan (residencial en todas sus formas, administrativo, sanitario, docente y cultural, agropecuario, de transporte terrestre, etc.). E incluye tanto las instalaciones fijas y el equipamiento propio, como los elementos de urbanización adscritos al edificio.

Y ha dado lugar a dos interpretaciones doctrinales: a) la que considera que incluye una concepción amplia de edificio, en el sentido de toda obra inmobiliaria, y b) la que entiende que incluye una concepción restringida de edificio el edificio, que supone la exclusión de las obras provisionales, las denominadas obras menores y obras mayores que no encajan en el supuesto de hecho del art. 2 de la Ley 39/1998, como las obras hidráulicas, las carreteras o las instalaciones deportivas que la jurisprudencia del TS sí que ha venido incluyendo dentro de la protección del art. 1591 CC²⁰.

b) **Exigencias técnicas y administrativas de la edificación:** El Capítulo II de la Ley 38/1999 impone una serie de obligaciones en todos los que intervengan en el proceso de edificación. El art. 3 dice que los edificios se proyecten, construyan, mantengan y conserven para así satisfacer los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad. El Real Decreto 314/2006 de 17 de marzo, el Código Técnico de la Edificación, es el que hay que contemplar y seguir a la hora de cumplir estos requisitos básicos.

El proyecto es el conjunto de documentos mediante el cual se define y determina las características técnicas que necesita legalmente la edificación. Este proyecto podrá completarse mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos sobre tecnologías específicas, debiendo

²⁰ ARNAU MOYA, F. (2004, 186 y ss).

existir entre ellos una coordinación. En el art. 6 del Capítulo III se habla sobre la recepción de la obra una vez concluida, que es la aceptación por el promotor, declarada como voluntad formal, ya que requiere que conste en acta firmada al menos por el promotor y constructor. El promotor podrá rechazar la recepción por considerar que la obra no está terminada o porque no se ha realizado según lo pactado en el contrato. Este rechazo debe ser motivado por escrito en el acta, donde se fijará un nuevo plazo de recepción.

c) Plazos de recepción: Si no existe pacto expreso, la recepción tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su terminación, acreditada en el certificado final de la obra, plazo que contará a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor. En el caso de que hubiere silencio del promotor y transcurre ese plazo sin manifiesto de rechazo por escrito, se podrá considerar como recepción tácita. La recepción puede ser tanto por la totalidad de la obra como por fases completas y terminadas de esta si así ha sido convenido por las partes.

La fecha de la recepción es importante para el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía, que comienzan a partir de la fecha de inscripción del acta de recepción o cuando se entienda como aceptada de forma tácita.

d) Agentes de la edificación: Según el art. 8, *"son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación. Sus obligaciones vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención"*²¹.

2.1 Las responsabilidades civiles de los agentes de la edificación

En los artículos del 17 al 20 se habla de forma detallada sobre la responsabilidad civil por vicios de la construcción. Ya en varios artículos del Código Civil, aunque se considera una regulación un tanto insuficiente, se habla de términos como la ruina de la edificación y sobre quienes soportan la responsabilidad de estos vicios, como podemos observar en los arts. 1484, 1553, 1591, 1907 o 1909.

Con la aparición de la ley 38/1999 del 5 de noviembre, se intenta dar respuesta a toda la problemática de los vicios constructivos.

El art. 17.1 expone 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 de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean*

²¹ A continuación de esta definición, desde el art. 9 hasta el 16, se puntualizan las figuras concretas y se establecen sus obligaciones, entre las que podemos encontrar entre otras al promotor, proyectista, constructor o suministradores de productos.

objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas."

Con lo cual esta ley aborda la responsabilidad civil frente a los propietarios y terceros adquirentes, dejando fuera a otras personas que sufran daños, las cuales habrán de seguir la vía de la responsabilidad extracontractual. Por tanto, se establece una responsabilidad, independiente de la que corresponda a los agentes de la edificación como contratantes, pero entendemos que los supuestos de aquella no autorizan también para fundamentar la contractual, que tiene otro régimen distinto. Esto significa que si el propietario no ejerce la acción en el plazo fijado para la legal, de dos años en comparación con la exigencia de responsabilidad contractual que son quince, no podrá considerar el vicio constructivo como incumplimiento contractual.

a) **Ámbito de la responsabilidad:** Solo abarca la responsabilidad los daños materiales ocasionados en el edificio, con lo cual, quedan fuera otros daños materiales como pudieran ser los daños en el edificio contiguo.

b) **Plazos de garantía:** Los daños deben haberse producido dentro de los plazos que señala el art. 17, contando desde la fecha de recepción de la obra. Estos plazos se determinan por la naturaleza de los defectos.

Son de diez años si afectan a elementos estructurales, enumerando el art. 17 algunos de ellos, y de tres años si afectan a elementos constructivos y a instalaciones que incumplen los requisitos de habitabilidad referenciados en el art. 3, apartado 1.

En cuanto a la terminación o acabado, *se fija un año por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado*, cuyo concepto no se da en la Ley. El constructor siempre será responsable de estos últimos defectos.

La acción de responsabilidad tiene un plazo de ejecución de dos años que se empieza a contar desde que se producen los daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual. Se establece el mismo plazo prescriptivo para la acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, siendo el día que se comienza a contar el plazo el de la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha que se haya satisfecho la indemnización extrajudicialmente, como establece el art. 18.

c) **La responsabilidad:** regulado en el art. 17 de la Ley *es una responsabilidad individualizada* que recae sobre el causante del daño, y solo se podrá eximir si se prueba que se produjo por caso fortuito, por fuerza mayor, por un tercero o por el propio perjudicado. La responsabilidad individual

y personal significa que han de ponerse en conexión las causas del daño con las obligaciones que le corresponden a cada uno de los agentes de la edificación.

En el caso de que el daño no se pudiese individualizar, el art. 17 nos dice que *“la responsabilidad se exigirá solidariamente”*, con lo que probablemente a lo que se refiere sea a una condena solidaria en el momento de demandar. Será para el promotor la responsabilidad solidaria con los demás agentes de la edificación antes de la sentencia. Por lo tanto, solo el promotor, según el art. 17, *“responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes”*. También lo harán sobre los proyectistas cuando el proyecto haya sido contratado con más de uno y directores de obra si se contrata de manera conjunta a más de uno, aunque la ley deja esta responsabilidad un tanto dudosa.

d) Responsabilidad por hechos ajenos: El art. 17.5 nos aclara que *“los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores.”* En el apartado 6 del art. 17, se nos dice que tanto de una subcontrata como de las deficiencias de los materiales de construcción responderá el constructor.

Para finalizar, el apartado 7 de este mismo artículo hace responsable al director de obra del proyecto de la misma no elaborado por el, pues según este artículo *“quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado el mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista.”*

3. Las fases de la responsabilidad por los vicios y defectos ruinógenos

Además de la diferenciación de los diferentes vicios y defectos ruinógenos que hemos hecho anteriormente, existe también varias posibilidades en cuanto a la aparición de estos según el momento.

3.1 Vicios que aparecen tras la recepción

Dentro del art.1.591 CC se estableció el principio de que la recepción de la obra sin reserva producía la liberación de los agentes de la edificación en cuanto a la responsabilidad de los vicios que se manifiesten. Aun así, esta doctrina no ha sido expresamente recogida por la LOE, aunque la

mayoría de los autores y juristas coinciden al admitir que la mera recepción de la obra no produce la liberación del contratista por los vicios ocultos²².

La doctrina estima que la recepción de la obra produce los siguientes efectos:

- a) Libera de responsabilidad al contratista por los vicios que en principio no aparenten ser ruinógenos.
- b) Supone el inicio del cómputo del plazo para la responsabilidad decenal.
- c) Se transmite la propiedad del edificio construido o de la mejora incorporada.
- d) Se transmiten los riesgos de la obra al comitente.

El principal problema que se plantea aquí se basa en descubrir cuando un vicio es oculto o no, ya que a diferencia de lo que sucede con los vicios ocultos que se dan en el contrato de compraventa (art.1448 CC), carecemos de un paralelo establecido en la LOE. Algunos autores proponen como solución que el carácter oculto se refiera no solo al vicio sino a sus consecuencias.

La LOE regula la recepción de la obra en su art. 6 y establece que el plazo de garantía comienza desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas (art. 17.1).

3.2 Vicios que se manifiestan durante la ejecución de la obra

El art.1591 se refiere a la ruina "desde que se concluyó" la construcción, de modo que se plantea el problema de aquellos defectos de construcción que se manifiesten durante la ejecución de la obra, es decir antes de la finalización de la construcción. Dicha laguna se intentó paliar mediante el Proyecto de Ley de 1994 por el que se modificaba el Código Civil en materia de contratos de servicios y de obra, en cuyo art.1596 contemplaba los defectos de la obra en curso, facultándose al comitente para que requiriese al constructor su subsanación, incluso permitiendo la resolución del contrato en el caso de defectos graves que hubieran sido desatendidos repetidas veces.

Sin embargo, la LOE incurre en el mismo error que el Código Civil y no contempla los vicios que aparecen durante la ejecución de la obra. Ante esto, la doctrina ha propuesto distintas soluciones ante el problema de la aparición de los defectos graves²³:

- a) La posibilidad de que el comitente pueda exigir la reparación del inmueble o la resolución del contrato cuando la entidad del incumplimiento suponga la frustración de su interés.
- b) La posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad decenal cuando los vicios aparecidos durante la ejecución son de tal entidad que de continuarse la edificación derivaría en su ruina. Sin embargo, esta opción ha sido rechazada por la jurisprudencia.

²² CABANILLAS SANCHEZ, A. (2000, p. 498).

²³ A modo de ejemplo, la SAP Madrid de 12 de marzo de 2007 (EDJ 2007/50508).

c) La posibilidad de interponer el recurso a las acciones generales sobre incumplimiento contractual. Esto permite al comitente optar por la acción de cumplimiento, obteniendo la subsanación de los defectos u obtener la resolución del contrato en el caso de defectos de gran calado. Si se opta por la resolución, el comitente tendrá que indemnizar al constructor por el valor de lo ya construido de acuerdo con las reglas generales sobre la adquisición de inmuebles de buena fe, como rezan los arts.358 y 361 del Código Civil.

d) La última solución consiste en aplicar la regla del art. 1594 CC que autoriza al dueño de la obra a ejercitar la resolución unilateral del contrato de obra, sin otro requisito que el de satisfacer la correspondiente indemnización.

3.3 Vicios que se manifiestan durante la recepción de la obra

Durante la entrega de la obra, si esta no está terminada o presenta ciertos defectos o anomalías, el adquirente podrá rechazarla o también podrá recibirla sin que dicha recepción signifique la aprobación de la obra y sin perjuicio de la obligación del constructor de realizar los trabajos pertinentes para subsanar los vicios que se observen. Es lo que conocemos como “recepción con reservas”, recogida en el art. 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación donde se prescribe que en el acta de recepción debe especificarse los vicios y defectos observados y el plazo en el que deberán quedar subsanados. Si transcurren estos plazos y estos vicios no se han subsanado, el promotor podrá acogerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce el derecho del promotor que ha intentado y sin éxito que el constructor cumpla con las obligaciones marcadas en el contrato, de finalizar la obra y ejecutar las reparaciones necesarias mediante el encargo a otra empresa distinta, reclamando de forma posterior la correspondiente indemnización al constructor.

3.4 Daños aparecidos tras el plazo de garantía

También se planteó la cuestión de si una vez ha transcurrido el plazo de garantía ex art.1591 CC cabe ejercitar algún otro tipo de acción. Aquí nos encontramos con una división entre los autores. Un sector estima que para que el defecto constructivo pueda desencadenar la responsabilidad ex art.1591.1 es necesario que se manifieste dentro del plazo de garantía²⁴. Con lo cual, transcurrido el plazo de garantía si se manifiesta un vicio ruínógeno, el propietario ya no puede exigir el resarcimiento ni tan siquiera conforme a las reglas de la responsabilidad contractual, puesto que el art.1591 excluye la aplicación del artículo 1101 para obtener la indemnización por el daño causado por un vicio ruínógeno, aparecido tras vencimiento del plazo decenal. Otra corriente doctrinal admite

²⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2000, ps. 440 y 441).

el ejercicio de acciones contractuales cuando el defecto se manifieste después del plazo decenal²⁵. Sin embargo, aunque el perjudicado podrá reclamar con base al art.1101, dejará de tener a su favor todos aquellos beneficios que le aporta el régimen del art.1591, ya que si no existe el mismo todo daño que proceda de un defecto de construcción sería indemnizable por las reglas generales, bien por la vía del art.1101 o por la vía del art.1902 en caso de no existir relación contractual entre perjudicado y responsable. En las acciones contractuales se debe tener en cuenta que su ejercicio prescribe a los cinco años desde que aparecen los daños, como ya hemos indicado que contempla el art.1964.

4. La naturaleza de los plazos del art. 1591 del Código Civil y de la Ley 38/1999 de la LOE

4.1 Los plazos establecidos en el art. 1591 del Código Civil

4.1.1 El plazo de garantía: El nacimiento de la responsabilidad que contempla el art.1591 requiere la concurrencia de dos requisitos esenciales: que se haya producido un defecto o vicio grave y que éste se manifieste dentro de los diez años contados desde que finalizó la construcción. La doctrina predominante sostiene que este plazo de diez años²⁶, del que toma el nombre de decenal la responsabilidad de la que nos ocupamos, se trata de un plazo de garantía de la buena construcción de la obra y no de caducidad ni de prescripción para ejercer la acción, Por lo tanto, para que podamos hablar de responsabilidad en el defecto ruinógeno es necesario que se de dentro de este plazo de garantía. Se concluyó por parte de la jurisprudencia que si el vicio se manifestara una vez que ha transcurrido el plazo de diez años ya no puede empezar a correr el término de prescripción, puesto que ya ha finalizado el plazo previo de garantía. El motivo de llamarse "plazo de garantía" deriva de su función como límite temporal dentro del que es obligatorio que aparezcan los vicios ruinógenos. Si estos vicios se manifiestan dentro de plazo se dispondrá desde ese momento del correspondiente plazo de prescripción para solicitar la reparación del daño. Debemos señalar que en este plazo no cabe la interrupción ni suspensión, con lo que algún jurista ha interpretado por lo tanto que estos plazos gozan de caducidad, aunque técnicamente carezcan de ella. La prueba de que el daño ha tenido lugar dentro del plazo de garantía corresponde al actor. La excepción al plazo de 10 años se encuentra en el segundo párrafo del art.1591 que establece la responsabilidad en 15 años cuando la ruina sea debido a que el contratista no respete las condiciones del contrato.

²⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2000, p. 504).

²⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2000, p. 489); SIERRA PÉREZ, I. (2000, p. 127); MORENO-TORRES HERRERA, M. (2002, p. 193 y 194).

La doctrina no establece una fecha determinada a partir de la cual hay que computar el plazo de garantía. Para la mayoría, la fecha lo constituye la recepción definitiva de la obra, mientras que para otros autores el momento determinado es el de la conclusión de la obra (hecho jurídico vs hecho físico). A esta confusión ha contribuido tanto el Código Civil por no distinguir entre la entrega y recepción de la obra, como el Tribunal Supremo que no ha sido capaz de clarificar la cuestión, pues en la mayoría de sus resoluciones se limita a afirmar que el cómputo debe iniciarse en el momento de la terminación de la obra. La LOE se inclina por seguir el criterio de la recepción de la obra como fecha para iniciar el plazo de garantía.

4.1.2 El plazo de prescripción: Un plazo distinto al previo de garantía lo establece el subsiguiente plazo de prescripción, durante el que necesariamente ha de ejercitarse la acción de reclamación. El plazo de prescripción de la acción de reclamaciones es de cinco años de acuerdo con lo establecido en el art.1964 del Código Civil para las obligaciones personales que no tienen señalado un especial término en la ley. En este plazo de prescripción, tanto la doctrina como la jurisprudencia si que son coincidentes en cuanto a su inicio²⁷: el momento de la aparición de los vicios ruinógenos, siempre que estos se manifiesten dentro del plazo de garantía. Además el plazo de prescripción se inicia en el preciso momento de la producción del daño sin tener que esperar a que transcurra el resto del plazo de garantía. A diferencia del plazo de garantía, el de prescripción está sometido a interrupción y suspensión siendo de aplicación las reglas contenidas en los arts.1973 y ss del Código Civil.

4.2 Los plazos establecidos en la Ley 38/1999 de la LOE

4.2.1 El plazo de garantía: es aquel por el cual se manifiesta el daño para que el mismo sea resarcible conforme a lo establecido en el art. 17 LOE. La LOE ha establecido tres plazos de distinta garantía en función del tipo de daño: el plazo es decenal para los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia y estabilidad del edificio (art. 17.1.a). Será trienal para los daños materiales causados en el edificio por defectos o vicios de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de ciertos requisitos de habitabilidad (17.1.b). Y será de únicamente un año para los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que repercutan en elementos de acabado de la obra (al final del art. 17.1.b). Debemos puntualizar que estos plazos no admiten interrupción ni suspensión alguna.²⁸

²⁷ DIEZ PICAZO, L. (2012, p. 20); MORENO-TORRES HERRERA, M. (2002, p. 223).

²⁸ Según la SAP Baleares 23.4.2001 (AC 2002\233), si el arquitecto se encargó de la segunda fase de la ejecución, responde también de los defectos apreciados en la primera fase, aunque respecto de ellos pudiera haber transcurrido el plazo de garantía.

Aunque la recepción haya procedido con reservas tal y como se plantea en el art.6.2 LOE, el plazo de garantía se computa siempre desde la fecha en que se suscribe el acta de recepción, pero no habrá lugar a responsabilidad conforme a la LOE por los daños del art. 17.1 que tengan causa en las taras que eran objeto de las reservas que el comitente formuló en el acta de recepción. Todos los daños derivados de los defectos señalados solo están sujetos a responsabilidad ex art. 17 LOE cuando las mismas se corrijan y se suscriba la correspondiente acta de subsanación. Según el punto de vista de la jurisprudencia del TS sobre la imposibilidad de que el comitente pueda negarse a recibir una obra que solo tiene defectos menores, esta es una regla que hace conveniente no formular ninguna reserva en el acta de recepción. La existencia de reservas y su constancia en el acta de recepción es muy importante y se debe hacer constar en la escritura correspondiente y en la inscripción registral, tal y como recoge la Ley valenciana 3/2004 en su art. 20.3.

4.2.2 El plazo de prescripción de la acción: Las acciones de responsabilidad del art. 17 prescriben en el plazo de dos años desde que se producen los daños establecidos en el art. 17.1 LOE. Pero dado que el plazo de prescripción no comienza a correr antes de que la acción pueda ejercitarse (art. 1969 CC) y dado que tampoco puede ejercitarse la acción hasta que el perjudicado conozca de forma objetiva el daño, debemos de concluir que el daño no se produce antes de que sea objetivamente posible su conocimiento por parte del perjudicado²⁹.

Un ejemplo para el daño que contempla el art. 17.1 sería el pensar, de forma razonada, que los indicios como pueden ser grietas o fisuras entrañan un defecto estructural que compromete la propia estabilidad del edificio. Cuando se detectan esos indicios, comienza a correr el plazo de prescripción de dos años aunque se trate de un daño que tenga una progresiva agravación.

5. La figura de la recepción en la LOE

La novedad introducida por el art. 6 LOE para establecer el régimen jurídico de la recepción de la obra, define esta como “el acto por el cual el constructor, una vez concluida esta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes”. En el apartado 2 de este artículo se determina la obligación de consignar la recepción en un acta.

La importancia de la recepción reside en que ha sido configurada por la LOE como el momento del inicio de los plazos de garantía y prescripción establecidos en los artículos 17 y 18 LOE. La

²⁹ Sobre el art. 1591 CC, la ST 19.9.1985 se menciona al respecto sobre que el daño no se produce hasta que es conocido por el propio perjudicado.

recepción supone el comienzo del cómputo de los plazos de caducidad tanto para los vicios ocultos como para la responsabilidad contractual ex art. 1.101 y siguientes, así como el plazo de prescripción de entregar el precio.

5.1 La recepción expresa y la recepción tácita

Cuando se realiza la recepción de la obra, esta puede ser de forma expresa mediante la suscripción del acta de recepción de la obra, establecida en el art. 6.2.d LOE, o de forma tácita. En la recepción tácita el promotor no dice nada cuando la obra está finalizada y salvo que exista un pacto expreso, ese silencio tendrá consideración de recepción tácita de la obra cuando transcurran los treinta días siguientes a la fecha de su finalización, la cual constará en el certificado final de obra. El plazo comenzará a contar a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor. Por lo tanto la recepción se comprenderá como tácita si transcurridos esos treinta días desde la fecha indicada el promotor no manifieste rechazo o reservas motivado por escrito.

5.2 Cuando se rechaza la obra

Junto con la recepción de la obra también está contemplado el supuesto contrario: el rechazo de la obra. Dentro del art. 6.3 LOE, el promotor podrá rechazar la recepción de la obra si considera que la misma no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales. El art. 6.3 establece que el rechazo se motive de forma escrita en el acta, en la que se fijará el nuevo plazo para la recepción. Se señala por algún autor que conviene el realizar el “acta de rechazo”³⁰, la cual es distinta al acta de recepción o de recepción con reservas, en el que el constructor y promotor establezcan el plazo para la recepción.

5.3 Recepción sin reservas

Esta recepción corresponde a cuando la obra es ejecutada conforme a lo pactado y por lo tanto, el promotor firma el acta de recepción o recepciona tácitamente la obra. Cuando firma el propio promotor supone que este encuentra la obra ajustada a lo acordado en el contrato de obra y que la inspeccionado con detenimiento. La opinión de la doctrina mayoritaria establece que la recepción sin reservas extingue la responsabilidad por los vicios constructivos aparentes³¹. Se mantiene aun así la responsabilidad en el art. 17 LOE por los defectos ocultos y, si los hubiera, por los vicios aparentes que hubiesen sido objeto de reserva.

³⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2001, p. 389); XIMENEZ DE SANDOVAL, E. y SANTANA AROZENA, F. (2000, p. 41).

³¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2007, ps. 148 a 151).

5.4 Recepción con reservas

Este segundo tipo de recepción se basa en la conformidad del promotor con la obra entregada, aunque está se encuentra condicionada a que se subsanen una serie de taras, las cuales se hacen constar en un acata aparte. Previamente lo habíamos mencionado, el art. 6.3 LOE autoriza el rechazo de la obra por no estar terminada o por faltar a las condiciones que se pactaron en el contrato, aunque la jurisprudencia y la doctrina estiman que no procederá el rechazo de la obra en el caso de que los vicios o defectos no fueren de bastante entidad, en cuyo caso únicamente cabe la recepción con reservas. Por lo tanto la recepción con reservas supone la denuncia de los defectos menores, mientras que la existencia de los vicios mayores, como puede ser la no terminación de la obra, permite el rechazo de esta el cual deberá documentarse en el acta correspondiente.

Estas reservas deben constar en la propia acta de recepción para que el constructor tenga la capacidad de subsanarlas, además si el comitente no las motivase por escrito estaría efectuando una recepción tácita de la obra. Una vez subsanados los defectos se firmará la llamada “acta de subsanación”. El computo de plazos de garantía en la LOE se iniciará desde la firma del acta de subsanación de las reservas o desde la fecha de recepción de la obra.

5.5 La llamada recepción parcial

Al establecer el art. 6.1 que la recepción puede realizarse con o sin reservas, se puntualiza que “deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes”. Esta puntualización hace que algunos autores estimen la literalidad del precepto, aceptando que existe una recepción parcial o por fases de la obra³². Esta posibilidad comporta que se emita un certificado final de cada fase de la obra así como un acta de recepción parcial de la obra total.

6. La legitimación activa

El art. 1591 no hacía referencia alguna a quien estaba legitimado para interponer la acción de responsabilidad decenal, limitándose a establecer la responsabilidad de contratistas y arquitectos. Por esa razón se estableció que por la ubicación de forma sistémica del precepto dentro del arrendamiento de obra correspondía la legitimación activa al dueño de la obra o comitente.

Con la aparición de la LOE y su art. 17.1 se ofrece acción a “los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división”. Por lo

³² GONZÁLEZ PEREZ, J. (2011, p.22)

tanto los propietarios están legitimados de forma directa, sin necesidad de entender que su legitimación se produce por subrogación en los derechos y las acciones del comitente.³³

Que la propia LOE no sea una norma sobre responsabilidad contractual y de que solo reconozca legitimación activa a los propietarios nos viene a decir que ya no es necesario estimar que el comitente no propietario está activamente legitimado para demandar según establece su art. 17. Aun así, el comitente dispondrá, si cabe, de las acciones de responsabilidad contractual contra el agente responsable.

La LOE reduce por lo tanto el número de legitimados activos que había establecido la jurisprudencia que interpreta el artículo 1591 CC, tales como las cooperativas de viviendas. La doctrina se opone también a la legitimación activa de los titulares de derechos reales de usufructo, uso y habitación³⁴. A continuación, enumeraremos los sujetos que cuentan con dicha legitimación activa:

6.1 El propietario

El art 17 establece la legitimación activa a “los propietarios y los terceros adquirentes” del edificio. La ley, según nuestro criterio, debería haber sido más específica en este punto, puesto que en la expresión propietario se contienen tres posibles supuestos de hecho:

6.1.1 El promotor-vendedor o propietario del terreno que construye para vender: Era una novedad de la LOE consistente en proporcionar una definición del promotor, a diferencia del art. 1591 CC que no contenía esta figura por no existir en la fecha de promulgación del Código Civil, estableciéndolo en el art. 9 como la “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”. Actualmente la mayoría de edificios construidos son de varias plantas, susceptibles de ser divididos horizontalmente y se construyen bajo la llamada promoción de viviendas, con lo que la figura del promotor ha desplazado a la del comitente propietario.

El promotor establece dentro del sector del mercado inmobiliario dos modalidades: la de simple promotor o promotor-vendedor, a la que se refiere el art. 9 LOE. El promotor vendedor como propietario legitimado podrá ejercitar las acciones ex art. 17 LOE contra cualquiera de los agentes de la edificación. El promotor constructor en su doble condición de propietario-comitente y de agente

³³ Ante la falta de reglas que reconocieran legitimación a los sucesivos adquirentes, la señalada ha sido la doctrina tradicional del TS sobre el art. 1591 CC (SSTS 3.10.1979, RA 3236; 29.11.1999, Actualidad Civil 12 [2000] 255).

³⁴ SANTOS BRIZ, J. (1989, p. 463 y 464).

de la edificación, estará legitimado para dirigirse contra el resto de agentes de la edificación que hayan intervenido en la construcción de la obra. Al mismo tiempo estará legitimado pasivamente frente a la acción de los ulteriores adquirentes de los pisos o locales del edificio.

Como por parte de la LOE se exige la condición de propietario para poder ejercitar la responsabilidad por vicios constructivos, ha terminado con la polémica sobre la legitimación del promotor para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, una vez que hubiese vendido todos los locales o pisos. La jurisprudencia y la doctrina interpretaban el art. 1591 de forma dividida y con discrepancias³⁵. Actualmente el promotor una vez que ha vendido todos los pisos y locales, deja de ser propietario y por lo tanto desaparece su condición de legitimado activo ex art. 17 LOE.

Aun así, hay algunos autores que siguen admitiendo la conservación de acciones en el caso excepcional de que se demostrase que el promotor aun ostenta un interés directo.

6.1.2 Autopromotor: Es la persona que ordena la construcción de un edificio para uso propio, es decir que se trata del comitente o dueño de la obra en el cual se basa el art. 1591 CC. Aunque dicha figura fue olvidada por el legislador de la LOE, un sector doctrinal estimaba que cabía deducir su inclusión en la ley debido a la expresión “para sí” del art. 9.1, y otros autores pensaban que esa expresión no está dirigida al autopromotor sino para las cooperativas de viviendas cuyos socios acaban atribuyéndose para sí las viviendas o locales construidos³⁶. Pero está disyuntiva desapareció al modificarse la Disposición Adicional Segunda de la Ley ante el aluvión de críticas vertidas por la doctrina que entendía como excesivo que el autopromotor estuviese obligado a concertar los seguros obligatorios del artículo 19 LOE, y a día de hoy al utilizar la acepción de “autopromotor”, automáticamente se le exonera del deber de contratar las garantías del art. 19 LOE salvo que transmita inter vivos la vivienda dentro del plazo decenal establecido en el art. 17.1.

6.1.3 Terceros Adquirientes: Se reconoce acción de responsabilidad a favor de “los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división”, frente a las personas físicas o jurídicas que se encuentran dentro del proceso de construcción. Se ha criticado por parte de la doctrina la dualidad “propietarios-terceros”, ya que el tercer adquirente es un propietario, aunque barajamos que el propio legislador quiso distinguir entre el primer adquirente y los sucesivos para poder controlar los plazos de garantía señalados por la propia LOE en su art. 17 LOE.

³⁵ SALVADOR CODERCH, P. (1991, p. 1193), cuestiona que el promotor tenga legitimación activa una vez ha vendido la totalidad del edificio.

³⁶ RUIZ-RICO RUIZ, J. (2002, p. 146 y 147).

La LOE dio rango legal a la legitimación activa que la jurisprudencia ya reconoció a los terceros adquirentes frente al contratista y los técnicos intervinientes de la obra, lo que suponía que en realidad se les reconocía una acción directa, pues ningún vínculo contractual ligaba a los sucesivos adquirentes al constructor y técnicos de la obra. Por lo tanto y con la actual LOE, se les otorga a los terceros adquirentes una verdadera acción directa de origen legal concedida a los sucesivos compradores frente a los responsables en el proceso de construcción.

6.2 Presidente de la comunidad de propietarios

No se menciona esta figura en la LOE, a pesar que la jurisprudencia interpreta el art. 1591 reconociendo legitimación activa para interponer la acción decenal por los daños causados a los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal, tanto a los elementos privados como los comunes. Se estima por parte de la doctrina que el presidente de la comunidad está legitimado para dirigirse contra cualquiera de los agentes de la construcción como si del propietario del edificio se tratara.³⁷

6.3 Terceros afectados

Si los perjudicados por los vicios o defectos constructivos que existieran en el edificio no sean ni los propietarios ni los subadquirentes, no podrán obtener la protección que proporciona el art. 17 LOE. Ya que a los terceros perjudicados no les une ningún vínculo contractual con los agentes de la edificación, la única vía expedita con la que cuentan estos serán las que se establecen en los arts. 1907 y 1909 del CC, el llamado recurso a las acciones tradicionales de responsabilidad extracontractual. El primero de estos artículos establece la responsabilidad del dueño de la casa por los daños causados por su ruina, y el segundo establece la responsabilidad del arquitecto y el constructor como la ruina por defecto de construcción.

6.4 Compañías Aseguradoras

En una compañía aseguradora la legitimación activa se limita a la acción de regreso, la cual se recoge en el art. 18.2 LOE que concede a la aseguradora un plazo de dos años para repetir contra el agente de la edificación que sea el causante de los daños, desde la firmeza de la resolución judicial

³⁷ La STS 8 de julio de 2003 estableció que desprendiéndose del art. 13.5 la legitimación de la Comunidad, representada por su presidente, para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble, y no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical común o privada, ya que dicha cuestión esta reservada a la relación interna entre los integrantes de esa Comunidad.

que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera realizado la indemnización extrajudicial. El ejercitar la acción de repetición requerirá de la modalidad de seguro, de caución o de daños, concertado por el constructor o el promotor.

7. La legitimación pasiva

Una vez tratada la legitimación activa, pasaremos a hablar de la legitimación pasiva y de los agentes de la edificación a los que les corresponde esta, recogidos en el art. 8 LOE: “todas las personas, físicas o jurídicas, que interviene en el proceso de la edificación. Sus obligaciones vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención”.

El art. 17 facilita el sistema de responsabilidad privativa por daños materiales causados en el edificio por defectos o vicios. Es por ello que la LOE aumenta el número de responsables y enumera sus obligaciones correspondientes. Al delimitar el ámbito específico de actuación de cada uno de los agentes de la edificación, perfilando su concepto y estableciendo sus obligaciones es lo que hace que el sistema de responsabilidad de la LOE sea operativo, puesto que es posible saber en que medida es responsable cada uno.

A diferencia de lo que se establece en el art. 1591 CC como responsabilidad única para el arquitecto y constructor, en el art. 17.1 LOE se amplía de forma considerable el número de legitimados pasivamente estableciendo la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación por daños materiales que derivan de defectos o vicios constructivos.

Así mismo el art. 8 LOE contempla que son agentes de la edificación todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación. Sin embargo, en el art. 17 solo se menciona al promotor, al constructor, al proyectista, al director de la obra y al director de ejecución de la obra. No menciona a otros agentes citados en los artículos 8 y 16, como las entidades y laboratorios de control de calidad. Pero por encima de estos destacamos la ausencia del subcontratista y su falta de responsabilidad directa, aunque en el mencionado precepto se establece una vía indirecta para poder reclamar los daños causados por este, junto con los causados por otras personas, ya que establece varios supuestos de responsabilidad por hecho ajeno en los que el responsable directo es el constructor.

En el art. 17 se recogen una dualidad de sistemas de responsabilidad: el primero, en el art. 17.2, se establece una responsabilidad “personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios” como “por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder”.

Finalmente, en el art. 17.3 se establece una responsabilidad solidaria para “cuando no pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido”. Podemos objetarle a este precepto que el que causa el daño en numerosas ocasiones solo sea responsable directo frente al contratista, proyectista o director de la obra, y no frente al perjudicado por el daño. Con esta medida la LOE suprimió la acción directa que el Tribunal Supremo con su jurisprudencia estableció en contra del subcontratista de obra, privando con ello al titular de la misma de las ventajas que le atribuye el tener dos patrimonios contra los que dirigirse.

7.1 Promotor-constructor

Esta inclusión dentro de los agentes de la edificación supone la continuación de la tendencia jurisprudencial de incluir al promotor entre los sujetos responsables por la responsabilidad decenal.

Anteriormente hemos visto en el art. 9 LOE como se define al promotor como “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 tercero bajo cualquier título. El promotor es quien ha elegido al contratista y los técnicos que intervienen en la construcción de la obra, de modo que su actividad empresarial se beneficia con la participación de todos ellos. Por ese motivo la responsabilidad del promotor, habida cuenta de la importancia que la LOE le otorga, sea más amplia que la del resto de agentes de la edificación. Para la doctrina, el promotor se convierte en el “garante incondicional” frente a los subadquirentes de pisos y locales³⁸, de tal manera que no responde por propia culpa, sino en garantía de los hechos del resto de agentes que participan en la obra. Su responsabilidad se articuló del siguiente modo:

a) Primero, por tratarse de una persona física o jurídica que interviene en el proceso de construcción de la obra responde frente a los propietarios y terceros adquirentes de los edificios de los daños materiales y causados en el edificio, por sus omisiones o actos propios.

El no cumplir estas obligaciones puede dar lugar a una serie de responsabilidades contractuales, incluso administrativas, pero que en todo caso recaerán fuera del ámbito de la LOE. Según nuestra opinión el promotor únicamente podrá incurrir en responsabilidad ex art. 17 LOE cuando actúe en calidad de promotor-constructor, si bien será por daños causados en el ámbito de su actividad como constructor.

³⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J. (2002, p. 140 y 141), dice que la expresión “incondicional” significa que el promotor puede ser demandado sólo en los supuestos contemplados por la jurisprudencia de “imposibilidad de individualización de la causa de los daños.

b) Segundo, el promotor responde por hechos ajenos, siendo el único agente de la edificación que responde de todos los daños materiales producidos en el edificio independientemente de su origen y de que estos sean imputables a otros agentes de la edificación por haberse producido en sus ámbitos donde participaron. Responde de forma solidaria el promotor con el resto de participantes de la obra en todo caso, no solo cuando no sea posible individualizar la causa de los defectos o vicios imputable a cada partícipe. Por su condición de garante el promotor está obligado frente a los propietarios y subadquirentes, de ahí que el promotor pueda exonerarse de su responsabilidad por fuerza mayor o porque haya finalizado el plazo de garantía.

Que sea garante no significa que no pueda dirigirse contra el verdadero responsable de los daños. Por ello el art. 18.2 LOE contempla la *“acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás”*.

c) Tercero y último, el promotor también responde frente al adquirente de los locales o pisos del edificio por cualquier incumplimiento que tenga su origen en el contrato de compraventa, como se señala en el art. 17.9 LOE que completa el art. 17.1 LOE³⁹.

7.2 Constructor

El art. 1591 CC se refiere a esta figura como el contratista y único responsable junto con el arquitecto según este precepto y de forma literal. Sin embargo en la LOE el constructor se define en el art. 11 como *“el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato”*.

Responderá el constructor con base los siguientes criterios de imputación:

a) Responde de forma individualizada y personal por sus propios actos por los daños materiales causados en la obra.

i. En los supuestos que se contemplan en el art. 17.1. Responde junto con los otros agentes, durante tres años por los llamados *“defecto de habitabilidad”* y durante diez años por los *“daños estructurales”*, pero además en el caso de la responsabilidad anual es el único agente que debe responder por los daños materiales derivados de una ejecución deficiente.

³⁹ Nos viene a decir el 17.9 LOE: *“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 1484 y siguientes del CC y demás legislación aplicable a la compraventa”*. El Art 17.1 LOE: *“1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas y jurídicas (...) responderán (...) de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio...”*

ii. Responde también de forma individual por incumplimiento contractual, independientemente de los supuesto de responsabilidad que se contemplan en el art. 17.1 LOE.

b) Responde de modo directo por hecho ajeno en tres supuestos:

i. Por los daños materiales causados en la obra por defectos o vicios derivados de la falta de pericia, capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás persona que dependen de él.

ii. Por los daños que se hayan causado por los subcontratistas por él contratados para la ejecución de partes concretas de la obra, sin perjuicio de que pudiera haber repetición.

iii. Por los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos por él, sin perjuicio de que luego existiere repetición.

c) Responde de forma solidaria junto con otros agentes de la edificación, como contempla el art. 17.3.

d) Responde en vía de regreso, contra al promotor o la compañía aseguradora, si aquellos han pagado a los perjudicados, siendo dicha responsabilidad del constructor a efectos de sus relaciones internas.

e) Responde en el caso de que el constructor también sea el promotor por todos aquellos supuestos en los que debería responder un promotor.

Todas las obligaciones con las que cuenta el promotor se encuentran recogidas en el art. 11.2 LOE, las cuales son:

a) Ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto.

b) Tener la titulación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor.

c) Designar al jefe de obra que asumirá 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.

d) Asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera.

e) Formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato.

f) Firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra.

g) Facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada.

h) Suscribir las garantías previstas en el artículo 19.

Cabe añadir que la LOE guarda total silencio en referencia a la sanción en la que puede incurrir el constructor si incumple con estas obligaciones. Se trata de un caso paradójico de obligación sin responsabilidad por incumplimiento.

7.3 Projectista

En el art. 1591 CC solo hace referencia a los vicios que dan lugar a la responsabilidad por ruina de la construcción, del suelo y de la dirección. La doctrina no obstante interpreta aquel precepto ha manifestado que en los vicios del suelo también deben englobarse aquellos que derivan del propio proyecto⁴⁰.

Es por ello que el projectista aparece definido en el art. 10.1 LOE como “agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto”. Esta figura deberá cumplir las obligaciones que se recogen en el art. 10.2:

a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico según corresponda, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión.

b) Redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato y entregarlo, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

c) Acordar con el promotor la contratación de colaboraciones parciales.

La redacción del proyecto para el promotor se trata de un contrato de obra, por lo que se obliga al projectista a conseguir un resultado específico, suponiendo un proyecto que cumpla con los requisitos tanto técnicos como estéticos exigidos por el propio promotor.

Según se prevé en el art. 10.1 el projectista será contratado por el promotor, aunque en la realidad del mundo de la construcción muchas veces es el constructor quien contrata al projectista. En el primer caso será el promotor quien responda frente al adquirente por su condición de garante. Y en el segundo caso responderán conjuntamente tanto el promotor como el constructor. En los dos casos se podrá entablar la acción de regreso contra el projectista.

Los daños causados por defectos del proyecto también pueden alcanzar a la responsabilidad del director de la obra, al aparejador o al constructor que no hubiera contratado el propio projectista. Si la responsabilidad correspondiera al director de la obra, el conocimiento de las normas técnicas correspondería tanto al projectista como al arquitecto o director de la obra. Para los restantes agentes

⁴⁰ LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1986, p. 321)

de la edificación, comportará la imputación de los vicios del proyecto cuando sean evidentes y no se hayan corregido los defectos. Si el proyectista acepta la continuación de un proyecto iniciado por otro técnico el art. 17.7 estipula que asumirá las responsabilidades que se deriven de las deficiencias u omisiones del proyecto, aunque luego pudiera hacer uso de la repetición contra el proyectista inicial.

El art. 10.2.c) establece como obligación del proyectista el acordar con el promotor las contrataciones parciales. Podemos extraer de este precepto que no es posible que el proyectista subcontrate una parte del proyecto sin el conocimiento y consentimiento del promotor.

Para finalizar, el art. 17.5 nos viene a decir que los proyectistas tendrán responsabilidad directa cuando contraten cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales cuando se confirme la insuficiencia, incorrección o escasa exactitud de estos, sin que por ello no pueda existir repetición. El proyectista podrá exonerarse de su responsabilidad probando que la causa de los daños ha sido por caso fortuito, por fuerza mayor, por acto de tercero o del propio perjudicado.

7.4 Director de Obra

Esta figura no se contempla en la redacción del art. 1591 CC, que solo recoge los conceptos de arquitecto y constructor. Gracias a la LOE se pudo subsanar esta carencia, desplazando al arquitecto que era una expresión más amplia y que englobaba a otros profesionales por “director de obra”, mucho más concreto. Se encuentra definido el director de obra en el art. 12.1 LOE como *“agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto”*. Para ser director de obra, el art. 12.3.a) exige ser arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico y el título exigido dependerá de la función a la que se destine la obra en cuestión.

Mientras que el art. 1591 CC la doctrina jurisprudencial atribuyó al arquitecto la condición de “garante supremo” de la obra, en la LOE esta función corresponde al promotor. Con el actual sistema establecido por la LOE el director de la obra responderá según su ámbito de actuación al igual que el resto de los agentes de la edificación. Las obligaciones con las que cuenta el director de obra aparecen recogidas en el art. 12.3 LOE, además de poseer la titulación profesional, y son las siguientes:

a) *Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectada a las características geotécnicas del terreno.*

b) Resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto.

c) Elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto.

d) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

e) Elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

f) Las relacionadas en el art. 13, en aquellos casos en los que el director de la obra y el director de la ejecución de la obra sea el mismo profesional, si fuera esta la opción elegida, de conformidad con lo previsto en el apartado 2.a) del art. 13.

Es frecuente que el director de obra no haya sido contratado por el promotor sino por el constructor, tal como ya se ha visto con el proyectista. En este caso el constructor responderá de los daños causados por el director de obra como sucede con el resto de personal que dependen de él. En el caso de que el director de obra no sea personal laboral de la empresa constructora, responderá directamente ante la promotora y los subadquirentes. Algunos autores establecen que la responsabilidad del técnico director siempre debe basarse en la demostración de un comportamiento infractor de la *Lex Artis*⁴¹.

7.5 Director de ejecución de la obra

Esta figura no aparecía tampoco en el art. 1591 CC, pero tampoco el aparejador que normalmente era quien desarrollaba las tareas que en la actualidad atribuye la LOE al director de obra. El art. 13 LOE define al director de ejecución como: “*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*”.

La LOE establece en su art. 13, además del requisito de la titulación profesional exigida, las siguientes obligaciones a este agente:

1) Verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas.

⁴¹ Lex Artis: traducido como “ley artesanal” es la forma habitual y diligente de realizar los trabajos de un oficio.

2) Dirigir 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.

3) Consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas.

4) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutada.

5) Colaborar con los restantes agentes en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control realizado.

Aunque se impute al director de obra no exonera al director de ejecución, cuando este debía poder apreciar la existencia de defectos y vicios evidentes del proyecto o que el director de obra no llevo la ejecución de esta según las reglas de la construcción. Añadir que cuando se finaliza la obra tiene que verificar la recepción de esta, conllevando el emitir certificado de final de obra, documento que el director de obra tiene que emitir conjuntamente con el director de ejecución, y que en el caso de que este no sea veraz la responsabilidad corresponderá al director de la ejecución.

7.6 Entidades de control de calidad de edificación

Dentro del art. 14 LOE y en su capítulo III, se permite incluir dentro del elenco de agentes de la edificación a las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación. Esto se refiere primeramente a estas entidades como *“aquellas capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable”*. Podríamos decir que su actividad esta vinculada con la de las aseguradoras, puesto que se encargaran de la aprobación o visto bueno para concertar los seguros exigidos en el art. 19 LOE.

Segundo, establece que son *“laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación”* aquellos que se encuentran *“capacitados para prestar asistencia técnica, mediante la realización de ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra de edificación”*.

Y tercero se establece como obligaciones de las entidades de los laboratorios de control de calidad lo siguiente según el art. 14.3:

a) *Prestar asistencia técnica y entregar los resultados de su actividad al agente autor del encargo y, en todo caso, al director de la ejecución de las obras.*

b) *Justificar la capacidad suficiente de medios materiales y humanos necesarios para realizar adecuadamente los trabajos contratados, en su caso, a través de la correspondiente acreditación oficial otorgada por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.*

También pueden actuar las entidades y laboratorios en el caso de que su actividad fuese previa a la de la construcción, es decir, prestando una asistencia técnica a la hora de verificar la ejecución de la obra de acuerdo con el proyecto, lo que supone que actuarían como otro agente de la edificación y que por lo tanto, podrían ser demandados. Estas entidades responderán, como el resto de los agentes de la edificación, de los daños materiales en el edificio que hayan sido causados por un vicio o defecto de determinados elementos constructivos cuya calidad proyecto, materiales y ejecución de obra fueron controlados por ellos⁴².

7.7 Suministradores de productos

La LOE contempla a los suministradores de los productos de construcción también dentro del capítulo III, lo que les otorga la condición de agentes de la edificación. Sin embargo, es curioso que luego estos no aparezcan mencionados en el art. 17 LOE como responsables de vicios constructivos. Se encuentran definidos en el art. como *“los fabricantes almacenistas, portadores o vendedores de productos de construcción”*. Se establece en el art. 17.6 LOE su responsabilidad indirecta, puesto que responde por ellos el constructor, sin perjuicio del derecho de repetición. Asimismo, el director de la ejecución debe de verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas. Aun así la LOE no contempla que la responsabilidad incurre en el director de ejecución si incumple esta obligación. También deberá responder el promotor con su condición de garante final de que se encuentre en buen estado la edificación.

El perjudicado por daños por productos defectuosos que se hayan incorporado a la obra, podrán dirigirse contra el fabricante como bien establece la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por dichos productos. A diferencia de la LOE, esta ley se articula en torno a la responsabilidad del fabricante, relegando la figura del suministrador a un segundo plano. La ventaja de esta ley es que el perjudicado por los daños causados en el edificio, puede de esta forma reclamar al fabricante tanto los daños materiales como los personales. Como inconveniente tenemos que el fabricante puede responder de acuerdo a lo establecido en ambas leyes, pero el suministrador de buena fe solo responderá conforme a lo establecido en la LOE.

⁴² Según DIEZ PICAZO, L. (2000, ps. 220), la inclusión de los suministradores de productos dentro de los agentes de la edificación en el capítulo III de la LOE sorprende, ya que son personas ligadas contractualmente con el dueño de la obra, con el promotor o con el contratista por un contrato que puede variar entre una simple compraventa o una compraventa de suministros, pero nunca puede calificarse aquel negocio jurídico como un contrato de obra.

Podemos decir por lo tanto que la LOE junto con el resto de la reglamentación aplicable a los materiales de construcción, determinan cuando un fabricante o importador es responsable a todos los efectos no solo frente al propietario perjudicado por el daño, sino también en vía de regreso frente al contratista que responde de la falta de conformidad con los materiales de construcción.

7.8 Subcontratista

No se incluye al subcontratista dentro de todos los agentes de la edificación que contempla la LOE. La única referencia que podemos encontrar es sobre su responsabilidad indirecta en el art. 17.6 donde se establece dentro de la responsabilidad directa del constructor que *“cuando subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra”*.

El constructor, por lo tanto no podrá exonerarse de su responsabilidad frente al promotor alegando que el daño recae dentro de la competencia del subcontratista, aunque el contratista tiene a su favor el derecho de repetición, lo que supone que el subcontratista, según el tenor literal del precepto solo es responsable ante el contratista en vía de regreso, no respondiendo directamente frente al promotor. En este aspecto el art. 17.6 de la LOE es similar al art. 1596 CC.

Nosotros pensamos que aunque no se especifique en el art. 17 LOE el subcontratista también responde directamente de los daños que se mencionan en el punto 1 del anterior artículo que le sean imputables.

En su día reconoció la jurisprudencia la existencia de una acción directa ex artículo 1591 que permitía a los legitimados activos el dirigirse contra el subcontratista de obra con quien no había contratado directamente. Esto podía deducirse de la propia LOE, interpretando que los agentes de la edificación no son los únicos que se recogen en el capítulo III, sino que son todos aquellos que encajen dentro de la definición de agente de la edificación que contempla el art. 8.

Se da la posibilidad al propietario o adquirente que le suceda el obtener el resarcimiento de los daños causados por el subcontratista puede ordenarse de la siguiente forma:

- a) Demanda interpuesta únicamente contra el subcontratista (art. 17.1).
- b) Demanda contra el contratista por los daños causados por el subcontratista (art. 17.6).
- c) Demanda conjunta contra subcontratista y promotor cuando los daños fueran de difícil imputación (art. 17.3).
- d) Si fuere el subadquirente, este podrá demandar conjuntamente al subcontratista, promotor y segundo vendedor (art. 17.9)

Fuera de los supuestos contemplados, la acción directa es posible en otros casos gracias al art. 17.1 por utilizar la expresión “sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales”, lo cual permite la compatibilidad de la responsabilidad legal con la responsabilidad contractual.

7.9 Propietarios y usuarios

Como último agente de la edificación, también el art. 16 LOE contempla a los propios propietarios y usuarios. A los propietarios les exige la obligación de conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, así como recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías con que esta cuente. A los usuarios, independientemente de que sean propietarios o no, se les impone la utilización adecuada de los edificios o de parte de los mismos de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento recogidas en la documentación de la obra ejecutada.

Que se incluya a los propietarios como agentes de la edificación ha sido fuertemente criticado por una importante parte de la doctrina⁴³. Como defensa se atribuye como única obligación el buen uso y conservación de la obra, además de que el incumplimiento de esto supondría un caso de conducta del perjudicado y no de una absurda responsabilidad frente a ellos mismos.

Simplemente la existencia de este precepto tiene como única finalidad la de constituir un supuesto más de exoneración para los agentes de la edificación, cuando los daños se deban a una mala conservación por parte de los propios propietarios.

8. Los supuestos de exclusión de la responsabilidad

A tenor de las responsabilidades con las que cuentan los mencionados agentes de la edificación del anterior punto, debemos precisar que el propio art. 17.8 LOE nos dice que las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de edificación si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

Aun así, aunque el caso fortuito y la fuerza mayor exoneren de responsabilidad, no nos encontraremos en ninguno de estos casos cuando el vicio o defecto constructivo tiene su origen en circunstancias que debieron ser previstas por quien interviene en el proceso de la edificación como profesional de la construcción, pues entonces el agente responde de todo lo que fuera propio de la buena diligencia de un profesional o de un perito.

⁴³ DIEZ PICAZO, LUIS, (2000, p. 11); YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001, p. 325).

El Tribunal Supremo ha aplicado en repetidas ocasiones lo anterior en supuestos de responsabilidad imputable al técnico director de la obra: el director responde por la falta de adopción de soluciones constructivas, aunque las estas tengan su causa en un proyecto que no haya sido realizado por él (cfr. también el art. 17.7 LOE), pues el director está obligado a prever estas deficiencias y a subsanarlas durante la ejecución material de la obra⁴⁴.

El director también responde de los daños que hubieran podido evitarse con un estudio del suelo y la adopción de las medidas oportunas⁴⁵.

De igual forma, el director responde de los defectos debidos a la utilización de materiales inadecuados, incluso aunque hayan sido especificados por el proyectista, pues también con respecto a los materiales el director debe prever su inadecuación y aconsejar su sustitución. Incluso el TS ha entendido que existe responsabilidad por la agravación del daño debida a una deficiente cimentación, en un caso en que el daño (de menor entidad) se habría producido de todas formas por caso fortuito.

Se le exonerará de responsabilidad si interfiere un tercero en el nexo causal. Para que esto sea posible es necesario que el autor material del daño sea un tercero por cuyas acciones u omisiones el agente de la edificación no deba responder. Si los vicios o defectos son debidos a acciones u omisiones del propietario perjudicado, se romperá el nexo causal si aquéllos se producen por causa exclusivamente imputable al perjudicado. Si alguno de los agentes concurre en la producción del daño, entonces no hay exoneración de responsabilidad, pero sí que habrá, lógicamente, una reducción de la indemnización. El TS ha aplicado esta última regla en casos en que los defectos se produjeron también por un mal uso del propietario o porque éste realizó con posterioridad otras obras que pudieron influir en los daños.

Ahora bien, para que la causa concurrente o exclusiva tenga algún efecto como causa de exoneración (aun parcial), es preciso que la misma se deba a hecho u omisión del propietario y no simplemente del comitente de obra. Por ejemplo, si el promotor pactó con el constructor que la obra se realizara sin proyecto ni dirección técnica, sólo exonera de responsabilidad al constructor frente al promotor en vía de regreso, pero no le exonera frente a los adquirentes de la obra. Lo mismo sucede

⁴⁴ Existen numerosas Sentencias que hacen referencia a este supuesto, pero como ejemplo: AP Madrid, Sec. 20.ª, 14 de diciembre de 2015: “La condena a los demandados no fue en su condición de proyectista, sino como director de la obra y director de la ejecución, siendo responsable de no tomar las medidas adecuadas para evitar la graves filtraciones que produjeron el siniestro.

⁴⁵ STS AP Huesca, Sec. 1.ª, 30 de octubre de 2015: Responden los arquitectos directores de la obra de las grietas aparecidas en la vivienda a causa de una cimentación defectuosa por no verificar el replanteo y la adecuación de aquélla y de la estructura proyectada a las características del terreno.

si el promotor, a cambio de una reducción del precio, renunció a que se ejecutase una parte del proyecto⁴⁶.

En todos los casos, la culpa (exclusiva o concurrente) del promotor no exonera ni a éste ni a los restantes agentes de responsabilidad frente a los propietarios, pues la LOE determina cuáles son las responsabilidades de cada agente, y admitir la validez de causas de exoneración como las descritas supondría admitir que las cláusulas contractuales de exoneración pudieran perjudicar a un tercero lo que, como después señalaremos, el TS no admitió en relación con el art. 1591 CC, ni debe admitirse tampoco ahora con la LOE.

Los técnicos no responden de los daños cuando carecen de la titulación requerida o cuando la obra se inició sin que se reclamase su presencia y asistencia en la misma. No es causa de exoneración el hecho de que se hayan cumplido todas las normas sobre control de calidad en la edificación puesto que, como dispone la legislación autonómica, la verificación de los controles de calidad que se exijan no afecta a la responsabilidad de los partícipes frente a los adquirentes.

Tampoco exonera de responsabilidad, y esto nos interesa en referencia al estudio de la responsabilidad de los vicios ruinógenos en los contratos de obra pública, el hecho de que la obra haya sido considerada apta por la Administración tras una inspección, por ejemplo, a los efectos de obtener la licencia de primera ocupación, puesto que aunque incumbe a la Administración ejercer, de manera continuada y directa, la inspección de la obra durante su ejecución, puede confiar tales funciones, de un modo complementario, a cualquier otro de sus Órganos, representantes o técnicos⁴⁷.

Como indicamos anteriormente, las cláusulas contractuales de exoneración de responsabilidad son ineficaces frente a los adquirentes no sólo si incluyen también la causación dolosa de defectos o vicios constructivos (cfr. art. 1102 CC), sino incluso cuando se refieren a la responsabilidad causada por negligencia.

9. Contenido de la responsabilidad por vicios y defectos constructivos

Debemos puntualizar que la LOE se limita únicamente al resarcimiento a los daños materiales causados en el edificio, es decir, a los costes de reparación material de la edificación. Salvo que la reclamación se dirija al asegurador (a quien el art. 19.6 LOE atribuye la opción a la que inmediatamente nos referimos) las opciones de las que se dispone, entre reparación de manera

⁴⁶ STS 1 de Enero de 1989, RA 2989; siempre que fuera advertido de las consecuencias dañosas derivadas de una ejecución incompleta del proyecto, *ex arts.* 1589 y 1590 CC, o si el promotor fue advertido del riesgo de que algunas irregularidades pudieran derivar en defectos constructivos.

⁴⁷ Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado. CAPÍTULO II Ejecución de la obra, *Sección 1.ª Disposiciones generales*, Cláusula 21. Inspección de la obra.

específica o por equivalencia, corresponde al propietario perjudicado, pues se aplica esta regla en materia de responsabilidad extracontractual y contractual, tal como se encuentra estipulado en el art. 1486 CC⁴⁸. Las dos formas de resarcimiento persiguen la satisfacción del perjudicado, aunque cada una tiene una naturaleza y un contenido distinto.

9.1 Reparación de manera específica

Este tipo de resarcimiento pretende crear una situación materialmente a la que se correspondía antes de la producción del daño. En el art. 1591.1 esta reparación consistirá en efectuar las obras necesarias para la eliminación y subsanación de los defectos de construcción, de modo que se deje el edificio en las condiciones de habitabilidad, solidez y seguridad con las que debería haber contado desde su origen con una construcción sin vicios y de forma diligente. Este resarcimiento “in natura” se trata de una obligación de hacer, pues si el condenado a realizar las reparaciones pertinentes de los vicios y defectos de la obra no las realiza o las realiza de forma defectuosa, se aplicara el art. 1098 CC que establece que en las obligaciones de hacer el cumplimiento defectuoso se sanciona con la destrucción de lo mal ejecutado y con obligación de volverlo a hacer de nuevo y de forma correcta.

9.2 Reparación por equivalente

También conocida como reparación en dinero o genérica, simplemente es una indemnización que persigue el conseguir una situación económicamente idéntica a la que existiría en el patrimonio del perjudicado de no haberse producido el daño. Para llevarse a cabo, la reparación de manera específica habrá de transformarse en un resarcimiento pecuniario y que el Juez debe dictaminar la cuantía de la indemnización, equivalente al valor patrimonial de la prestación no ejecutada.

9.3 La prevalencia del resarcimiento específico

El Tribunal Supremo siempre ha mantenido que ambos tipos de resarcimiento caben dentro del art. 1591.1 CC, ya que al no existir en nuestro derecho positivo reglas generales sobre la indemnización de daños y perjuicios se autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se

⁴⁸ Artículo 1486 CC: En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

manifiesta la responsabilidad del dañador comprende, tanto en la esfera contractual como extracontractual, sanciones bastantes en cada forma para lograr la indemnización⁴⁹.

Pero si el perjudicado exige la reparación en forma específica, entonces deberá ofrecer al responsable la posibilidad de reparar por sus propios medios, con lo que será suficiente que se le reclame extrajudicialmente la reparación concediéndole un plazo determinado para hacerlo. Sólo después de ello el perjudicado podrá reclamar judicialmente al responsable de la existencia del vicio o defecto⁵⁰. Esto significa que el perjudicado no está facultado para llevar a cabo por sí mismo la reparación y pretender que luego le sea reembolsada esa reparación que realizó.

Debemos puntualizar aun así que la interpretación tradicional del TS en los supuestos de defectos constructivos es que no existe esta opción, sino que la reparación por equivalente es subsidiaria de la reparación en forma específica.

En todos los casos, la reparación en forma específica comprende tanto los costes de reparación como aquellos necesarios para efectuarla: costes de demolición, en su caso, del nuevo proyecto, de las tasas por licencias urbanísticas, entre otros. Si la reparación la hizo ya el perjudicado, entonces deberá condenarse al pago de lo que la misma costó más los intereses legales desde el pago, pues la deuda que se reclama no es de valor sino de dinero. También son resarcibles los costes financieros en que, en su caso, el perjudicado incurrió para reparar.

Si la reparación tiene que efectuarse a costa del demandado, éste deberá ser condenado a pagar lo que cueste la reparación cuando se ejecute la sentencia, pues la demora en el tiempo opera económicamente en contra de los que con su acción u omisión dieron lugar al saneamiento.

A diferencia de la LEC derogada, la nueva LEC impide que el que demanda una cantidad de dinero solicite su cuantificación en ejecución de sentencia, ya que esto solo es posible si se fijan claramente las bases con arreglo a las que se deba efectuar en la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética⁵¹. Esto significa que el propietario que opte por la

⁴⁹ Las SSTS de 13 de abril de 1987 y 30 de julio 1991. Estas resoluciones admiten la compatibilidad de la indemnización.

⁵⁰ Artículo 1091 CC: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

⁵¹ Artículo 219 LEC: 1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética. 2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución. 3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución (...).

reparación por equivalente deberá ofrecer durante el proceso las bases con arreglo a las que el Juez deba fijar la cantidad adeudada, sin que pueda pedirse su cuantificación en ejecución de sentencia.

10. La obligación en la contratación de un seguro obligatorio

10.1 Las opciones de la LOE

Frente a la práctica extendida de seguros de responsabilidad civil profesional, contratados por arquitectos y aparejadores, la LOE no ha impuesto en su art. 19 ningún seguro de responsabilidad obligatorio a promotores, constructores o técnicos, sino un seguro obligatorio de daños materiales o de caución, a contratar por el promotor o constructor, y por cuenta de los propietarios presentes o futuros de la edificación o partes de ella. La consecuencia más llamativa de esta opción es que los adquirentes futuros de viviendas no tendrán la consideración de beneficiarios *ex art. 76 LCS*, sino de asegurados, parte directa y titular de los derechos y obligaciones derivados del contrato, entre ellos, de los deberes de comunicación o de salvamento (art. 17 LCS). En el seguro de daños, el asegurador no asegurará la responsabilidad del tomador asegurado (promotor, básicamente), por lo que ésta no tendrá que ser probada, sino que el riesgo cubierto es la producción misma del daño, pudiendo posteriormente dirigirse el asegurador contra el agente a quien el vicio o defecto sea imputable. La LOE con ello ha querido establecer un sistema de prefinanciación de los costes de reparación, a costa de un seguro, sin que en esta operación previa tengan que discutirse cuestiones de responsabilidad de los distintos agentes.

10.2 La obligatoriedad del seguro

Con la entrada en vigor de la LOE⁵², son exigibles los seguros del art. 19 únicamente para los vicios o defectos estructurales y sólo para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda (seguro decenal). El Gobierno “podrá establecer” la obligatoriedad de los seguros de acabado y de habitabilidad para estos mismos edificios, e igualmente potestativo para el Gobierno es extender el régimen de seguro obligatorio de cualquier clase para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda. El aseguramiento alcanza a los elementos de urbanización adscritos al edificio según el art. 2.3 LOE

El seguro obligatorio decenal es exigible para las edificaciones respecto de las cuales se solicita licencia desde el 6 de mayo de 2000. Pero no bastará cualquier solicitud de licencia, sino la exigida

⁵² Hasta la promulgación de la LOE no existía en el ámbito de la edificación un seguro obligatorio, de modo que el legislador ha atendido así una aspiración del sector fuertemente sentida.

por la legislación sectorial correspondiente, que puede desconocer la diferencia entre proyecto básico y proyecto de ejecución. Desde luego no equivale a solicitud la petición de licencia sin proyecto o con un proyecto que no permite decidir a la Administración actuante si procede otorgar la licencia, aunque sí basta la solicitud con documentación accesoria incompleta (salvo que se trate de omisión del proyecto), si este defecto es subsanado en el plazo concedido por la legislación aplicable al procedimiento administrativo. La solicitud de licencia para obras menores no dispara la exigibilidad del seguro decenal. Tampoco lo hace la demora en la finalización o comienzo de las obras, si la licencia se ha solicitado antes de la entrada en vigor de la LOE. Lo que seguramente dará lugar a no pocos incentivos perversos y fraudes en daño del adquirente final. El art. 19 no se aplica a las obras concluidas antes de la entrada en vigor de la LOE aunque la licencia de obras se solicite y se obtenga después.

Según el art. 19.7, el incumplimiento de obligación de concertar el correspondiente seguro implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías. Esta norma carece de efecto práctico, puesto que el promotor ya responde en todo caso frente al adquirente, al menos con una responsabilidad provisional, que después podrá repercutir en el agente al que le sea imputable el defecto. Y no puede interpretarse el art. 19.7 como una penalización al promotor que le hiciera responder incluso en la relación interna, aunque el defecto constructivo fuera imputable a los técnicos o a los constructores.

Originariamente, el seguro era exigido a todos los promotores a los que se refieren los arts. 9 y 17.4 LOE. Por tanto, también a los autopromotores para uso privado y a las sociedades gestoras de cooperativas y comunidades. Respecto de estas últimas, como no pueden existir dos seguros distintos con el mismo ámbito de cobertura, queda en la duda si la extensión de la responsabilidad a que se refiere el art. 17.4 supone igualmente que sean estas entidades gestoras las que deban concertar el seguro, y no las cooperativas o comunidades.

Nuestra opinión es que efectivamente sobre estos gestores es donde recae la obligación de asegurar. Respecto de los autopromotores, el art. 105 de la Ley 53/2002 ha modificado la LOE para suprimir la obligación de aseguramiento de los autopromotores⁵³. Con todo, este autopromotor deberá asegurar la vivienda en la forma prevista en la LOE cuando proceda a su enajenación inter vivos antes de que haya transcurrido el plazo de garantía decenal, y no se inscribirán ni autorizarán escrituras públicas de transmisión inter vivos sin que se acredite y testimonie la constitución de la

⁵³ La RDGRN de 9 de julio 2003 (RJA 6083) señala en un supuesto de falta de contratación del seguro requerido por la LOE, matiza el alcance de la expresión “autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio” de la disposición adicional segunda de la LOE. Así pues, la expresión “individual” se refiere también a las personas jurídicas ya que la Ley “no distingue entre persona física o jurídica”.

referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente.

Conforme a la versión original de la LOE, el seguro se aplicaría a las obras de nueva planta y a las obras de rehabilitación del art. 2.2.b) LOE. Esta exigencia era escasamente lógica en cuanto a las obras de rehabilitación, pues en este caso se opera sobre elementos estructurales preexistentes a la actuación, y cuya construcción puede ser antigua, sin que aquélla haya sido sometida a control de los Organismos de Control exigidos por las aseguradoras. Por esta razón eran escasísimas las actuaciones de rehabilitación que conseguían la cobertura de un seguro decenal. Piénsese, además, que otra paradoja de las obras de rehabilitación es que las obras de reparación que tienen lugar como indemnización de un siniestro preexistente, cubierto por el seguro, son a su vez obras que requieren cobertura de seguro decenal: habría que concertar un nuevo seguro por la obra de reparación, contando con que todavía podía continuar vigente el seguro concertado en el momento de la edificación de nueva planta. Tales consideraciones habrán pesado en el legislador, que en el art. 105 de la Ley 53/2002 ha suprimido la obligatoriedad del seguro para las obras de rehabilitación, incluso si las licencias de edificación se hubieran solicitado con anterioridad a esta Ley 35/2002.

10.3 Riesgos cubiertos

Los vicios o defectos constructivos objeto de aseguramiento son en el art. 19.1 LOE los mismos de los que el art. 17.1 LOE hace responsables a los agentes de la construcción. Para los vicios de acabado el legislador impone un seguro de daños o de caución de duración anual, cuyo tomador será el constructor, siendo el promotor y los sucesivos adquirentes los asegurados. Cuando se trate de seguro de daños o de caución para garantizar la cobertura trianual de los vicios o defectos de habitabilidad o de vicios o defectos estructurales correspondientes a la responsabilidad decenal, el tomador será el promotor, por cuenta propia y de los sucesivos adquirentes, aunque puede pactar con el constructor que éste contrate el seguro por cuenta del promotor.

10.4 Entrada en vigor de la cobertura

Al igual que las responsabilidades legales que recoge el art. 17.1 LOE, la cobertura del seguro entra en vigor con la recepción de la obra sin reservas, para lo cual será preciso que se firme un acta en este sentido. Aunque el art. 6 LOE no lo impone, en las pólizas se exige que el acta esté firmada por la Oficina de Control designada por el asegurador.

Los daños que se manifiesten antes de la recepción de la obra no quedan cubiertos por el seguro, aunque, desde luego, si el asegurador no objeta la recepción, no podrá oponer aquella circunstancia a

los adquirentes posteriores. Tampoco quedan cubiertos los daños cuando el asegurador o el promotor no firmen la recepción o hagan constar reservas en el acta, mientras no se subsanen, y se emita nueva acta en este sentido. Con todo, a pesar de las reservas, si el defecto constructivo no tiene relación alguna con la circunstancia que motivó la reserva, el asegurador responde.

Una vez tomen efecto las coberturas, el contrato no podrá rescindirse ni resolverse por mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración de la cobertura. Sin duda la norma se refiere al tomador, pero nada impide que los adquirentes finales pacten con el asegurador lo que tengan por conveniente sobre la subsistencia del seguro.

10.5 El seguro de daños

Si la opción elegida por el promotor es un seguro de daños materiales, la condición de asegurado se transmite a los sucesivos adquirentes, aunque no serán de aplicación la responsabilidad solidaria respecto de la prima ni la facultad de rescisión que contemplan los arts. 34 y 35 LCS.

La prima deberá estar pagada por el promotor en el momento de recepción de la obra, y si se hubiera fraccionado, la falta de pago de las fracciones siguientes de prima no dará derecho al asegurado a resolver el contrato, ni la cobertura del seguro quedará suspendida, ni el asegurador se liberará de su obligación, caso de que tenga lugar el siniestro. Quiere decirse con ello que no se aplica el art. 15 LCS, y que el contrato de seguro no puede prever que el adquirente será codeudor solidario de las fracciones subsiguientes. Aunque la LOE se refiere al impago de las fracciones subsiguientes, la solución será igual cuando, por la razón que fuere, el asegurador no haya cobrado la prima única o la primera fracción de esta. Esto no quiere decir que la situación del adquirente sea óptima, pues, además de que el asegurador puede oponerle el resto de las excepciones derivadas del contrato, el propio asegurado deberá pagar la prima reconstituida o suplementaria si, como es habitual, quiere evitar la situación de infraseguro o si quiere reconstituir el capital del seguro, cuando el asegurador ha establecido un límite máximo total a su responsabilidad con independencia del número y cuantía de los siniestros.

El asegurado es cada uno de los adquirentes de parte del edificio, no la comunidad de propietarios. Esta condición de asegurado se adquiere directamente cuando se consuma la transmisión de la propiedad de la vivienda, sin necesidad (ni posibilidad para el asegurador) de cumplimentar requisitos documentales suplementarios. Cada uno de los adquirentes puede hacer valer su respectiva pretensión. Esto es de enorme interés, pues la póliza debería prever una fracción

de suma asegurada para cada unidad registral, y las franquicias exigibles serán calculadas y exigidas respecto de cada una de las unidades registrales, tal como regula el art.19.8 LOE⁵⁴.

En estos seguros de daños no se pagará recargo a favor del Consorcio de Compensación de Seguros, para la cobertura de los riesgos extraordinarios a los que se refiere el art. 4 de la Ley 21/1990, por el que se aprueba el Estatuto del Consorcio. Sin duda porque no se trata de un seguro de daños fortuitos y porque estos riesgos ya están pagados y cubiertos por el resto de los seguros de daños contratados por los particulares o las comunidades (seguro de incendios, multirriesgo hogar o multirriesgo edificios).

El asegurador que paga la indemnización se subrogará contra el agente al cual el defecto le resulte imputable (art. 43 LCS y 18.2 LOE), y contra su compañía de seguros, que haya cubierto la responsabilidad civil de éstos. Sin perjuicio de que a su vez el adquirente haya demandado directamente a dichos agentes y a sus aseguradores de responsabilidad civil. Seguramente el asegurador también podrá subrogarse contra el promotor, tomador del seguro, cuando pierda su condición de asegurado, por haber transferido la totalidad del edificio a terceros.

10.6 Seguros de caución

Para todo tipo de defectos constructivos la LOE admite que el seguro de caución sea una alternativa al seguro de daños. El seguro de caución deberá ser concertado por el promotor como tomador y en todo caso los asegurados serán los sucesivos adquirentes (art. 19.3.a) LOE). Respecto del pago de la prima, se aplica la regla ya expuesta del seguro de daños.

Pero realmente el seguro de caución no es una técnica equivalente al seguro de daños materiales. Como se desprende del art. 68 LCS, el seguro de caución asegura los daños que al asegurado le produce el incumplimiento del tomador⁵⁵. Tiene que existir, pues, incumplimiento imputable al promotor tomador, y esta circunstancia debería poder ser excepcionada por el asegurador, cuando el defecto sea imputable a otro agente de la construcción. Además, existiría necesariamente litisconsorcio pasivo necesario, pues no se podría determinar la obligación del asegurador sin que el promotor fuera calificado como incumplidor.

⁵⁴ Desgraciadamente la situación real no es ésta, y las pólizas existentes consideran que la unidad registral de referencia es el edificio, y que las franquicias se calculan sobre el total del capital asegurado, lo que de hecho impide que prosperen reclamaciones individuales, y convierte el seguro decenal en un seguro colectivo a favor de la comunidad de propietarios.

⁵⁵ El art. 68 LCS establece que: “Por el seguro de caución, el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato”.

Para evitar estas consecuencias y equiparar este seguro al de daños, el art. 19.3 ha dispuesto de dos medios de protección del adquirente asegurado. El asegurador deberá pagar la indemnización “al primer requerimiento” del asegurado, y no podrá oponer a éste las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al tomador del seguro.

El seguro de caución no parece ser una opción muy atractiva para los promotores, pues el asegurador dispondría en todo caso de una acción de reembolso contra el tomador, después de haber pagado la indemnización.

10.7 Capital asegurado

El importe mínimo del capital asegurado será el 5% del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías de acabado; el 30% del coste final para las garantías de habitabilidad; el 100% del coste final para las garantías decenales (art. 19.5). Para evitar la situación de infraseguro, deberá preverse la actualización de la prima y del capital asegurado, pues de otra forma la suma asegurada inicialmente no sería suficiente para cubrir los costes de reparación posteriores en el tiempo (arts. 29 y 30 LCS). Aunque el art. 27 LCS establece que la suma asegurada es el máximo a pagar por *cada siniestro*, las pólizas incluyen una cláusula en virtud de la cual todos los daños que sean realización del mismo riesgo se consideran el mismo siniestro. También es usual encontrar cláusulas en las que se establece un límite máximo de cobertura por todos los siniestros, lo que obligará a los asegurados a reconstituir la suma asegurada mediante el pago de primas adicionales.

El asegurador puede optar entre pagar la indemnización en metálico o reparar el edificio. A diferencia del art. 18.2 LCS, esta opción no está supeditada al consentimiento del asegurado. La LOE no admite franquicias para las garantías de acabado. Para el resto de los seguros se acepta un límite máximo del 1% del capital asegurado de cada unidad registral. Concepto éste que no está claro si se refiere al edificio en su conjunto o a los diferentes pisos o locales (aunque los aseguradores ya han decidido que la respuesta correcta es la primera).

10.8 Exclusiones de cobertura

Ya nos hemos referido a la exclusión de cobertura frente a daños que tengan su origen en partes de la obra sobre las que existan reservas. Además, el art. 19.9 LOE contiene otras exclusiones, que no parece que constituyan un número máximo imperativo. No se indemnizan los daños corporales ni los perjuicios económicos distintos de los daños materiales (es decir, del coste de reposición del edificio siniestrado), ni los daños a bienes muebles situados en el edificio. Tampoco están cubiertos

los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma. No se indemnizan los daños causados por la falta de mantenimiento adecuado del edificio, ni tampoco los gastos necesarios de mantenimiento del edificio recepcionado. No se indemnizan los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo que uno u otra provengan de defectos de las instalaciones propias del edificio.

Por último, no se cubren los daños ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o el propio perjudicado.

10.9 Sanciones.

La LOE no contiene (ni podía hacerlo, dados sus límites competenciales) ningún régimen sancionador específico sobre el seguro. Corresponde a la legislación autonómica determinar si la carencia de los seguros obligatorios constituye infracción administrativa de vivienda

La única sanción civil contenida en la LOE es la que se establece en el art. 20. Según el art. 20.2 LOE, cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el art. 18, no se cerrará en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas en la LOE, en relación con todas las edificaciones que hubieran promovido. La norma tiene mucho menos alcance real que el que seguramente estimó el legislador. En primer lugar, respecto del empresario individual, poco sentido tiene la prohibición de cierre, siendo, como es, potestativa, su inscripción en el Registro Mercantil y no derivándose ninguna consecuencia especial de que este empresario figure o no inscrito en el Registro. Mucho más efectivo hubiera sido, por ejemplo, declarar inoponibles a terceros las modificaciones del régimen económico matrimonial de este promotor.

Respecto del empresario social, la LOE no impide que se disuelva la sociedad y que se liquide su patrimonio. Lo que no se inscribirá será la cancelación de la sociedad liquidada. Pero tampoco ello tiene ninguna consecuencia apreciable en el régimen de responsabilidad de los socios, administradores o liquidadores y la pervivencia registral meramente formal únicamente servirá para perpetuar divergencias entre la realidad y el Registro, creando inseguridad.

III.- LA RESPONSABILIDAD POR LOS VICIOS Y DEFECTOS PARA LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA

11. La breve regulación establecida en el Real Decreto Legislativo 3/2011

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP) integra en su seno todas las disposiciones vigentes en materia de contratación pública dedica específicamente al contrato público de obra los arts. 229 a 239.

En relación con la responsabilidad del contratista por defectos en la construcción destacan los arts. 230.3; 235.2; 235.3; y 236, aparte de los motivos de resolución del art. 223 relacionados con los defectos en la construcción.

12. Las fases de la responsabilidad por los defectos en la construcción en los contratos administrativos de obra

12.1 Durante la ejecución del contrato

Dice el artículo 230. 3 del RDLegis. 3/2011 que, durante el desarrollo de las obras el contratista será responsable de los defectos de la construcción que pueden advertirse. Los defectos de construcción son predicables de todos los tipos de obra que engloba el objeto del contrato público de obra, es decir a los enumerados en el anexo I dicho Real Decreto Legislativo y no meramente los atinentes a edificios.

Ante dichos defectos, la Administración comitente podrá ejercer todas las acciones contractuales admitidas en Derecho privado que hemos visto atrás, al referirnos artículo 1591 del Código Civil.

Pero, además, cabe la imposición de sanciones por incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones y por cumplimiento defectuoso de la prestación o incumplimiento de los compromisos o condiciones especiales de la ejecución, conforme a lo previsto en el art. 212, puntos 1 y 7, del Real Decreto Legislativo.

Y también cabe la resolución contractual, no solo por la referencia en el art. 212.7, al hablar del incumplimiento por el contratista de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato por causas imputables al mismo, sino también por lo contemplado en el art. 223, letra f (el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los

pliegos o contrato) y g (la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad de cierta producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos).

12.2 En el momento de la recepción de las obras

Si no se hallan en estado de ser recibidas las obras, prevé el artículo 235.2 que así se haga constar en el acta y el director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas, fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.

12.3 Durante el plazo de garantía

Se prevé que se abra un plazo de garantía tras la recepción de las obras, por el período fijado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y sin que pueda ser inferior a un año, salvo casos especiales (art. 235.3).

Dispone el citado art. 230. 3 del RDLegis. 3/2011 que, hasta que no se cumpla el plazo de garantía, el contratista será responsable de los defectos de la construcción que pueden advertirse. Y precisa el art. 235.3 que cuando el informe del director facultativo de la obra sobre el estado de las obras, a redactar dentro del plazo de 15 días anteriores al cumplimiento del referido plazo de garantía, no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidades una por ampliación del plazo de garantía. Aunque no lo precisa, por analogía con lo establecido para el momento de la recepción, si el contratista no procediese a la reparación en el plazo indicado o en el ampliado por prórroga, la Administración podrá proceder a la resolución del contrato.

12.4 Una vez transcurrido el plazo de garantía

Como dispone el artículo 236.1 del RDLegis. 3/2011, “si la obra se arruina por vicios ocultos de la construcción, debido a incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios que se manifiesten durante un plazo de 15 años a contar desde la recepción”.

“Transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio –añade el art. 236.2- quedará totalmente extinguida la responsabilidad al contratista”.

12.5 Los requisitos de los vicios ocultos

Los requisitos para entender que los defectos constructivos de los que adolece una construcción puedan ser calificados de vicios ocultos, se han ido matizando por la jurisprudencia, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 827/2006 de 25 de abril. Estos requisitos son los siguientes.

a) Deberá tratarse de *vicios de la construcción imputables al contratista y no al proyecto de obras*. Le corresponde al contratista probar que no le es imputable la responsabilidad de los vicios constructivos, sino que éstos se deben a un evento externo (como fuerza mayor o caso fortuito, eventos en los que profundizaremos más adelante) o a falta del debido cuidado por la Administración. Si bien es cierto que el TRLCAP, sólo hace referencia como sujeto responsable al contratista, ello no supone que sea el único que deba responder, ya que en la ejecución de las obras intervienen distintos profesionales como el contratista, redactor del proyecto, director de las obras o técnicos, pudiendo deberse a cualquiera de ellos el vicio oculto. Por tanto, habrá que estar a quien sea el responsable en cada caso, pudiendo ser el contratista, el director de obras o el redactor del proyecto, aisladamente o ambos. Además se acepta por la jurisprudencia que en el caso de que sea imposible separar las responsabilidades de los intervinientes, se responderá solidariamente, y ello sin perjuicio del derecho de cada uno de repercutir la responsabilidad frente al otro.

b) *No se habrán tenido que poder detectar en el periodo de garantía* establecido en los pliegos de cláusulas administrativas, pues en caso contrario, se actuará como se expuso en la parte inicial de este informe, de tal modo que estos defectos constarán en el informe que debe emitir el director facultativo de las obras dentro del plazo de quince días antes de la finalización del plazo de garantía. Por tanto, si los defectos existían ya en ese momento, y no se pusieron de manifiesto antes de finalizar el periodo de garantía, no podrán reclamarse posteriormente al contratista como vicios ocultos, puesto que como su propio nombre indica, estos vicios no pueden estar a la vista inmediata ni ser apreciable por la mera observación de las obras.

c) *Deberán dar lugar a la ruina de la obra*, término que la jurisprudencia interpreta de un modo amplio e independiente del concepto de ruina en el ámbito urbanístico, incluyendo en el mismo, tanto el derrumbe como el deterioro total, así como la “ruina funcional”, es decir que la obra presente

defectos o vicios que la hagan inútil para la finalidad que le es propia⁵⁶. Es decir, deben exceder de imperfecciones corrientes. Se trata de vicios de gravedad y entidad, que por afectar a elementos esenciales de la construcción la hacen inservible o inadecuada para el uso al que estaba destinada.

En conclusión, si concurren estos tres requisitos, y siempre que los defectos aparezcan en el plazo de quince años a contar desde la recepción de las obras, podrá el Ayuntamiento ejercitar esta acción contra el contratista por vicios ocultos.

No obstante, hay que separar el plazo de quince años en el que deben manifestarse los defectos para que puedan emprenderse acciones frente al contratista por vicios ocultos, y que es un plazo de garantía, del plazo para ejercitar la acción propiamente dicha, que es un plazo de prescripción. Este último, surge desde la fecha en que se producen los desperfectos, es decir desde que se manifiestan los defectos en la construcción. La legislación de contratos no indica plazo alguno para ejercitar la acción contra el contratista por vicios ocultos, así que ante este silencio de la Ley, se mantiene la teoría de aplicar el plazo de prescripción de cuatro años previsto en el art. 15 de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003 de 26 de noviembre), para la prescripción de los derechos de naturaleza económica de la Hacienda Pública Estatal.

La Administración contratante, dentro de este plazo de cuatro años a contar desde la aparición de los defectos que puedan ser calificados como vicios ruinógenos, y que deben aparecer en el plazo de quince años desde la recepción de las obras (puesto que si aparecen una vez transcurridos estos quince años se extingue la responsabilidad del contratista), podrá declarar responsable al contratista de los vicios ocultos de los que adolece el edificio municipal, y apercibirle para que proceda a la reparación de los defectos constructivos de los que adolece, con señalamiento de plazo al efecto y detalle de las reparaciones en cuestión, con indicación de que en caso de no llevar a cabo las obras de reparación necesarias, se procederá a efectuarlas por la propia Administración por ejecución subsidiaria a costa del contratista, resolviéndose las discrepancias en sede contencioso-administrativa.

13. La figura de la recepción según el Real Decreto Legislativo 3/2011

13.1 El informe del Director de obra

⁵⁶ El TS señala que *“se aprecia la ruina funcional cuando los defectos tienen una envergadura o gravedad que exceden de las imperfecciones corrientes haciendo inútil o impropia la cosa para su finalidad”* (STS, Sala 1ª, de 20 de diciembre de 2006).

Ya dijimos en el anterior bloque como la LOE en su art. 6 introducía la novedad de establecer el régimen jurídico para la recepción de la obra. Según el art. 163 del RD 1098/2001, la empresa contratista que ejecuta las obras debe de comunicar por escrito al director de las obras la fecha prevista para la terminación de esta, fecha que debe contar con 45 días de antelación. Una vez se ha recibido el aviso de terminación de la ejecución del contrato, el director de las obras, en caso de que esté conforme con la comunicación de la empresa que ejecuta las obras, deberá redactar un informe con todos los pormenores de interés para su posterior recepción y elevar dicho informe al órgano de contratación, en este caso la Administración contratante, con un mínimo de un mes de antelación respecto de la fecha prevista para la terminación.

Una vez que el informe ha sido remitido por el director de la obra, la Administración adoptará la resolución pertinente procediendo a designar un representante para la recepción de la obra y a comunicar dicho acto a la Intervención de la Administración correspondiente, cuando dicha comunicación sea preceptiva, para su asistencia potestativa al mismo en sus funciones de comprobación de la inversión. La comunicación a la intervención a la que nos hemos referido anteriormente deberá realizarse con una antelación mínima de veinte días a la fecha fijada para realizar la recepción.

En los casos en que la duración del contrato no permita cumplir con los plazos reseñados en los apartados anteriores se fijarán en el pliego de cláusulas administrativas particulares los plazos de comunicación que deberán ser cumplidos en su defecto⁵⁷.

13.2 Acto de recepción de la obra

En lo referente a la tramitación del acto formal de recepción de la obra, podemos distinguir las siguientes actuaciones: Notificar del acto de recepción y la asistencia al acto de recepción.

13.2.1 Notificación acto de recepción: Según se establece en el art 164 del Real Decreto 1098/2001, el representante del órgano de la contratación fijará la fecha de la recepción y citará por escrito a los asistentes a la recepción por ambas partes.

13.2.2 Asistentes al acto de recepción: Como se recoge en el art. 235.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 y teniendo en cuenta el art 164 del Real Decreto 1098/2001, al acto de recepción de las obras asistirán:

⁵⁷ Según el art. 235.2º del Real Decreto Legislativo 3/2011, “podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, según lo establecido en el contrato”.

- a) El responsable del contrato, en el caso de haber sido nombrado, y a los efectos establecidos en el art. 205.2, concurrirá el responsable del contrato a que se refiere el artículo 41 de esta Ley.
- b) Un facultativo que haya sido designado por la Administración representante de ésta.
- c) La dirección facultativa de la obra.
- d) El contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo y, en su caso, al representante de la Intervención correspondiente.

El contratista tendrá la obligación de asistir a la recepción de la obra. Si por causas que le sean imputables no cumpliera con esta obligación, el representante de la Administración le remitirá un ejemplar del acta para que en el plazo de diez días formule las alegaciones que considere oportunas, sobre las que resolverá el órgano de contratación correspondiente.

13.3 Tipos de recepción

Una vez finalizado el anterior acto de recepción se deberá levantar un acta la cual suscribirán todos sus asistentes y a su vez se facilitará un ejemplar original a cada uno de ellos. Los posibles resultados que pueden derivar a la finalización del acto de la recepción son la recepción positiva, la recepción negativa o la recepción tácita.

13.3.1 Recepción positiva: Según el art. 235.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas en los pliegos, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de esta las dará por recibidas satisfactoriamente, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía. Por su parte el director facultativo deberá dictar las instrucciones precisas para la conservación y correcta utilización de la obra durante el periodo de garantía, en los términos previstos en el art. 167 del RD 1098/2001, así como fijar la fecha para el inicio de la medición general.

13.3.2 Recepción negativa: Según el art. 235.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas conforme a lo acordado en los pliegos se señalarán los defectos observados y se detallarán las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar y subsanar los vicios cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas. Además se deberá emitir un informe transcurrido dicho plazo. En caso de incumplimiento, se podrá conceder otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.

13.3.3 Recepción tácita: Por último, y como según se establece en el art. 235.6º del Real Decreto Legislativo 3/2011, el órgano de contratación podrá acordar la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público al que fue concebido, aún sin el cumplimiento del acto formal

de recepción, siendo necesario que concurren razones excepcionales de interés público y que estas se motiven debidamente en el expediente.

En el momento que concurren dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios de un acto de recepción positiva de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan.

14. La legitimación activa en los Contratos Administrativos de obra

14.1 Legitimación Activa

Ya en el anterior bloque habíamos puntualizado como el art. 17.1 LOE concede acción a “los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división”. Los propietarios están, así, directamente legitimados, sin que haga falta entender que su legitimación se produce por subrogación en los derechos y acciones del comitente⁵⁸.

El hecho de que la LOE no sea una norma sobre responsabilidad contractual y de que sólo reconozca legitimación activa a los propietarios significa que ya no hay lugar a estimar que el comitente no propietario está activamente legitimado para demandar *ex art. 17 LOE*.

Pero el comitente puede disponer si fuera necesario de las acciones de responsabilidad contractual contra el agente responsable.

En la aplicación del art. 1591 CC el TS había considerado que el promotor enajenante estaba activamente legitimado porque seguía teniendo interés en el cumplimiento correcto, ya que podía ser demandado por los adquirentes. Incluso se reconoció por parte del TS la legitimación activa a la cooperativa de viviendas tras la adjudicación⁵⁹, a pesar de que reiteradamente estimó que las cooperativas de viviendas no estaban pasivamente legitimadas en la acción de responsabilidad por ruina.⁶⁰

En todo caso, la pretensión del promotor enajenante se reducía a la reparación de los vicios y defectos constructivos, sin que se extendiera a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos no por él sino por, en el caso específico del contrato administrativo de obra, la Administración contratante como legitimada para reclamarlos.

⁵⁸ Ante la falta de reglas que reconocieran legitimación a los sucesivos adquirentes, la señalada ha sido la doctrina tradicional del TS sobre el art. 1591 CC (SSTS 3.10.1979, RA 3236; 29.11.1999, Actualidad Civil 12 [2000] 255).

⁵⁹ SSTS 21 de junio de 1988, RA 4769; 8.5.1995, RA 3942.

⁶⁰ SSTS 18 de diciembre de 1990, RA 10286; 8.6.1992, RA 5168; 8.5.1995, RA 3942.

Según establece la doctrina⁶¹ la Administración contratante está legitimada para exigir responsabilidad ex arts. 230 y 236 del Real Decreto Legislativo 3/2011 por aquellos defectos constructivos que se manifiesten, como ya hemos indicado anteriormente, durante el plazo de garantía establecido y si posterior a este la obra se arruina el contratista responderá de los daños y perjuicios que se manifiesten durante un plazo quinquenal a contar desde la recepción de dicha obra.

Incluso en tales casos la legitimación del presidente procede por su condición de propietario y por aplicación de otra doctrina jurisprudencial -a la que nos referimos seguidamente- consistente en la legitimación de cualquier comunero para actuar en beneficio de la comunidad.

La Administración contratante no deja de estar legitimado por el hecho de que los vicios o defectos constructivos afecten también a los propietarios de las llamadas viviendas de protección oficial⁶².

El Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el reglamento de viviendas de protección oficial, permite que las personas propietarias o arrendatarias de viviendas de protección oficial pongan en conocimiento de la Administración los vicios o defectos de la construcción que se manifiesten en el transcurso de cinco años desde la calificación definitiva.

La labor de la Administración en estos casos consiste en comprobar la existencia de tales vicios o defectos y, en su caso, emitir un informe al respecto. De esta labor no se derivan sanciones, salvo que se demuestre de forma fehaciente que los vicios o defectos se deben a la negligencia de promotores, constructores o facultativos durante la ejecución de las obras. Tampoco se deriva la reparación de los defectos constructivos por parte de los promotores.

Es muy importante señalar que la presentación de una denuncia de este tipo nunca interrumpe ni suspende los plazos para el ejercicio de acciones judiciales.

14.2 Legitimación Pasiva

Con la excepción de los daños por defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado, de los que sólo responde el contratista⁶³, en las demás clases de daños sujetos a la LOE están pasivamente legitimados todos los agentes de la edificación, se mencionen o no en el art. 17, que sólo se refiere a ciertos agentes para establecer algunas reglas particulares de responsabilidad, incluso aunque ni siquiera estén incluidos en el listado de agentes de la edificación de los arts. 9 a 15

⁶¹ Como ejemplo tenemos la STJUE 21 de octubre 2010, *Asunto C-570/089*.

⁶² Las "VPO" son un tipo de viviendas de precio limitado y que normalmente se encuentran subvencionadas parcialmente por la administración pública, favoreciendo que los ciudadanos con rentas más bajas puedan adquirir o arrendar viviendas dignas y adecuadas.

⁶³ Artículo 230.3 RD 3/2011: Durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía el contratista es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse.

LOE, como sucede, por ejemplo, con los subcontratistas de obra. Los legitimados pasivos responden en función de los criterios de imputación a los que nos referimos en los subepígrafes que siguen.

Ya previamente hemos tratado de forma pormenorizada el art.1591, pero debemos añadir que dicho artículo establece una responsabilidad privativa, de tal modo que imputa los defectos que aparecieren según sea su causa o el vicio que los haya originado. Lo que supone por tanto que, habiéndose producido la ruina del edificio, una vez conocido la clase de vicio constructivo que originó dicha ruina, la responsabilidad correspondiente se imputará al profesional cuyo ámbito profesional correspondiera a ese vicio en cuestión, puesto que ha sido la violación de su “lex artis” el que dio origen a la ruina.

La jurisprudencia y la doctrina⁶⁴ mantienen que la responsabilidad decenal tiende en primer lugar a la individualización de la responsabilidad. El mencionado art.1591 efectúa una distribución de la responsabilidad en tanto del origen de donde provengan los vicios ruinógenos y de la esfera de competencia profesional de cada uno de los intervinientes en la obra. Esto es así hasta el punto de que se atiende antes al hecho de que la ruina se haya producido dentro de la esfera de riesgo establecida de que esta sea debida a que los profesionales hayan incurrido en culpa o no.

La prueba del origen del vicio o del tipo de daño no corresponde directamente al perjudicado, en este caso la Administración contratante, pues solo ha de demostrar que existe un daño dentro del plazo de garantía establecido en la norma. Por el contrario, el agente demandado es a quien corresponde destruir la presunción de nexo causal a favor del demandante, pues deberá probar que no existe relación alguna de causalidad entre su actuación en la construcción de la obra y la ruina que ha resultado, demostrando bien que esta ha sido generada por otro agente de la construcción o bien probando su exoneración.

Aun así, esta fórmula de responsabilidad privativa por los vicios ruinógenos de cada profesional, se complica cuando hay que precisar el grado de influencia e incluso de culpabilidad que en la ruina ha tenido el correspondiente vicio. Si a esto le añadimos el elevado número de intervinientes que existen en una obra a los que la propia jurisprudencia reconoce legitimación pasiva, nos encontramos con la dificultad de individualizar la responsabilidad por vicios ruinógenos, lo que nos lleva a suponer que la responsabilidad solidaria se ha convertido en la regla general ante la dificultad de determinar el causante de la ruina.

⁶⁴ STSS de 1 de febrero de 1975, 18 de noviembre de 1975, 14 de noviembre de 1978, 9 de octubre de 1981, 29 de marzo de 1983, 5 de octubre de 1983, 12 de marzo de 1985, 17 de junio de 1985, 26 de abril de 1986, 22 de mayo de 1986, 7 de junio de 1986, 12 de junio de 1987, 10 de noviembre de 1988, 18 de junio de 1990, 19 de junio de 1990, 9 de abril de 1990 y 27 de julio de 1990.

14.2.1 La imputación conjunta: En ocasiones, no es posible conocer la clase de vicios constructivos que ha producido la ruina de un edificio, en otras el daño puede obedecer a concurrencia de culpas entre técnicos y constructor, sin que pueda establecerse el exacto grado de participación de eso implicados. Por ello, la solución encontrada ha sido la de atribuir la responsabilidad conjunta a todos los profesionales intervinientes cuando no se puede determinar el vicio constructivo que desencadenó la ruina, o que no pueda imputarse este directamente a ninguno de los que actuaron de forma profesional en la construcción. La responsabilidad mancomunada se realizará cuando pueda determinarse el porcentaje o grado de responsabilidad atribuible a cada uno de ellos y en caso contrario será solidaria.

14.2.2 La responsabilidad mancomunada: Cuando existen múltiples responsables de un vicio ruinoso, la doctrina estima que el criterio de la mancomunidad tiene que aplicarse prioritariamente⁶⁵, de modo que cada parte responda en la medida en que ha sido participe del evento dañino, esto es así por aplicación del art.1138 del Código Civil que establece que el caso de pluralidad de deudores el crédito se presume dividido en tantas partes como deudores haya⁶⁶.

14.2.3 La responsabilidad solidaria: Ya lo estábamos adelantando en la anterior y última sentencia mencionada, pues en aquellos casos en los que no es posible la aplicación de la mancomunidad porque no se puede determinar la proporción de ruina que se le debe imputar a cada uno de los agentes intervinientes, es cuando es necesario aplicar la llamada solidaridad. El Tribunal Supremo ha hecho un uso generalizado de la regla de la solidaridad entre los agentes de la edificación, con base a dos criterios:

a) El primero, en aquellos casos en los que no es posible acreditar el vicio constructivo causante de la ruina.

b) El segundo, cuando no es posible establecer el porcentaje de participación de cada uno de los agentes en la producción del vicio ruinoso, pues aun existiendo concurrencia de culpas no existe la posibilidad de individualizar las responsabilidades.

⁶⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2000, p. 464); YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001, p. 325); ALVAREZ OLALLA, M. (2002, p. 135).

⁶⁶ Aunque son escasas, haremos referencia a un par de sentencias que han establecido este tipo de condena mancomunada: a) La STS 10 noviembre de 1995 (RJA 8254) la cual admitía la responsabilidad mancomunada, aunque no la aplicara al hecho que se enjuiciaba decía que: "siquiera no falten sentencias que, como la citada 14 de noviembre de 1978(RJ 3510), 9 de octubre de 1981 (RJ 3590) y 22 de noviembre de 1982 (RJ 6553), establecen la responsabilidad mancomunada distribuyen la solidaria en proporción a la intensidad del aporte de culpa de cada uno de los profesionales, como los contratistas, arquitecto superior y técnico." b) La STS 24 noviembre de 2003 (RJ 9654), viene a reconocer que en efecto existe la posibilidad de la responsabilidad mancomunada al establecer que: "los demandados, o bien, resultan responsables individualizados, según su participación probada en los hechos, conforme al porcentaje que se determine, o bien, solidariamente si no cabe establecer la nota de individualización".

Por lo tanto en ambos casos se ha establecido la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la construcción de la obra. De hecho, debido a la escasez de sentencias en las que se aplican la mancomunidad y el elevado número en los que se aplica la solidaridad permiten confirmar que a la hora de determinar las responsabilidades por los vicios ruinógenos, la responsabilidad solidaria sea la regla general.

Este principio de solidaridad, el cual es de creación jurisprudencial, encuentra su fundamento en el principio de protección al perjudicado, así como la indivisibilidad de la construcción del edificio. Se tiene en cuenta también el llamado interés social, sobre todo en los contratos de obra pública, y de no dejar desprotegidos los intereses de pugna, que generalmente corresponden a la parte más débil de la cadena contractual como es el adquirente del piso o local. La regla de solidaridad no exige el litisconsorcio pasivo necesario, de modo que no es precisa la llamada al proceso de todos los intervinientes de la obra, sino que el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los responsables del vicio ruinógeno.

Un sector de la doctrina se manifiesta contrario a la exclusión del litisconsorcio⁶⁷, para ello se establece que si la solidaridad no tiene carácter legal, puesto que ha de ser determinada por la sentencia, no cabe eliminar el litisconsorcio hasta el momento del fallo, de esa forma cabe evitar sentencias en las que no se ha oído a uno de los condenados. Con relación al litisconsorcio, habrá que estar a la interpretación que la jurisprudencia efectúe del art.542.1 de la LEC/2000, que viene a decir que las resoluciones que tengan su origen en relaciones solidarias dejarán de producir efectos de cosa juzgada frente a quienes no hubieran sido parte en el proceso. La condena solidaria no impide que en un juicio posterior los condenados puedan depurar y concretar sus responsabilidades internas, incluso obtener su exención.

15. Los supuestos de exclusión de la responsabilidad

Ante quien debe responder con su responsabilidad de los vicios ruinógenos que se manifiestan en el contrato administrativo de obra nos surge otra pregunta ¿cuando se podrá exonerar de esa responsabilidad?: Como ya hemos dicho, en principio es suficiente con que el demandante pruebe la existencia del vicio constructivo, la llamada presunción iuris tantum. El demandado, para poder deshacerse de su responsabilidad tiene varias opciones:

a) Demostrar que aunque exista dicho vicio no cabe incluirlo en su esfera de responsabilidad, ya que los daños se ocasionaron por culpa de un tercero. Esta forma de defensa consiste en traspasar la

⁶⁷ SSTs de 18 de abril (RJ 2006, 2200), 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3479) y 31 de enero 2007 (RJ 2007, 2552).

culpa a cualquier otro profesional que participó en la construcción de la obra y es la más utilizada en los procesos de responsabilidad decenal cuando la existencia de vicios ruinógenos es evidente.

b) Si se demuestra que los daños fueron causados por culpa del perjudicado. El dueño de la obra puede haber interferido en la fase de ejecución o construcción de la obra como en la posterior fase de mantenimiento.

c) Demostrar la existencia de fuerza mayor, como ha establecido en diversas ocasiones el Tribunal Supremo⁶⁸, sobre la exoneración de responsabilidades de los profesionales intervinientes en la construcción de la obra, ya que la responsabilidad de estos no alcanza la absoluta objetividad. Aun así en alguna ocasión la concurrencia de fuerza mayor solo ha servido para exonerar parcialmente al responsable. Los casos de fuerza mayor se reducen exclusivamente a incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes o destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

d) Acreditar en que medida exacta el constructor o el técnico demandado han influido en la producción de los daños que se le reclaman, de este modo aun a pesar de no conseguir su exoneración si que puede evitar la condena solidaria y obtener una condena parcial.

e) Que el responsable haya sido condenado no por un hecho propio sino por hecho ajeno de algún dependiente suyo, siempre dispondrá de la acción de repetición o regreso. Es el caso de las llamadas subcontratas.

A pesar de todo lo mencionado anteriormente, la doctrina se muestra contraria a la validez de los pactos limitativos o de exoneración de la responsabilidad del constructor o de los técnicos que desplacen o aminoren los efectos de la responsabilidad decenal⁶⁹. Para ello se alega que la responsabilidad contenida en el art.1591 es de orden público por proteger la seguridad y habitabilidad de las construcciones, de modo que las cláusulas que limiten o excluyan su aplicación serán nulas por no respetar los artículos tan básicos e importantes como el 6.3, el cual establece que *“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*, y el 1255 que nos

⁶⁸ STS 21 de febrero de 2003.

⁶⁹ Como ejemplo, la STS 4 de noviembre de 2003 dice que “resulta notoria, y ampliamente conocida, la doctrina jurisprudencial de esta Sala, acerca de la innecesaridad de litisconsorcio en los casos de exigirse responsabilidades civiles, fundadas en el artículo 1591 del Código Civil, pues ninguna relación jurídica inescindible vincula a los demandados con la entidad municipal que quiere traerse a juicio, por lo que la sentencia que se dicte en el asunto no afecta al pretendido litisconsorte pasivo necesario, de modo, que no cabe constreñir la libertad de demandar que corresponde a los actores, sobre quienes han de ser demandados en el pleito”.

dice que *“el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes.”* El Tribunal Supremo sigue esta orientación y establece que las cláusulas de exoneración de responsabilidad son nulas no solo cuando se refieren a la ruina causada con dolo, sino también cuando se contemplan responsabilidad causada por negligencia, ya que el ahorro que supone para el comitente la renuncia de esta responsabilidad repercute de forma negativa en el consumidor de la vivienda o en el que detenta, en el ámbito administrativo, la obra pública.

16. Las garantías en los contratos administrativos de obra

16.1 Alcance de las garantías definitivas en los contratos de obra pública

El ámbito de protección de las garantías, en teoría, se circunscribe exclusivamente al cumplimiento de la obligación que se garantiza. Sin duda, ésta su principal finalidad y la principal razón de ser de su previsión legal tal y como poníamos de manifiesto líneas más atrás.

Desde luego su funcionalidad no alcanza, en principio, al resto de las obligaciones del deudor garantizado, pues si bien este último responde con todos sus bienes presentes y futuros del cumplimiento de sus obligaciones en el art. 1911 del CC la responsabilidad del garantista se limitaría a la obligación que se garantiza, como inequívocamente se desprende de la regulación de la fianza en los arts. 1822 a 1856 CC y del propio TRLCSP, que en su art. 100, enumerando conceptos que responden las garantías definitivas como las penalidades, obligaciones, gastos y daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, incautación en casos de resolución y de la inexistencia de vicios en los bienes suministrados durante el plazo de garantía que haya previsto el contrato, conecta lógicamente tales conceptos al incumplimiento del contratista frente a la Administración y no, pues no parece ser la ratio del precepto, frente a terceros.

La jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que las responsabilidades a que alcanza esta garantía son los incumplimientos o defectuosos cumplimientos de las obligaciones por parte del contratista que pueden ser reparados a través de la adjudicación de toda o parte de la garantía constituida, tanto al finalizar el contrato como mediante la resolución del mismo por incumplimiento, pudiendo por ello ser aplicada al pago parcial de la deuda correspondiente a la liquidación final practicada⁷⁰, pero no al resarcimiento a la Administración de las cantidades que se le adeudan con

⁷⁰ STS de 11 de junio de 1996 (RJ 6968).

motivo de la ejecución subsidiaria de los trabajos de conservación durante el plazo de garantía del contrato.

No obstante, y como puede observarse en lo estipulado en el art. 100 TRLCSP, lo que es una constante desde las distintas reformas acontecidas en la legislación contractual desde la década de los noventa, la extensión de la garantía definitiva ha incrementado su radio de acción ampliándolo no sólo a la correcta ejecución de la obligación que asegura, sino también a las penalidades impuestas a éste, a la incautación como consecuencia de la resolución del contrato y a los daños y perjuicios que en su caso se deriven de la ejecución del contrato⁷¹. Ahora bien, ¿responden de los daños en el orden establecido en dicho artículo? A juicio de algunos autores así es⁷², y ciertamente así parece que ha de ser en el caso de las penalidades impuestas al contratista por la ejecución defectuosa o demora que no pueden imponerse sino como consecuencia de la ejecución del contrato y no a su término, sin embargo a nuestro juicio debemos distinguir si el incumplimiento es culpable o no para la aplicación del resto de los supuestos.

Bien es cierto que no procede su incautación en el supuesto de que el contrato, por distintas causas a su efectivo cumplimiento, incurra en nulidad de pleno derecho. Ahora bien, a estos efectos, no proceder a resolver el contrato en caso de incumplimiento del contratista, puede tener como efecto no poder proceder a incautar la garantía constituida, o, asimismo, proceder a recepción de la obra sin hacer constar defecto o problema alguno, y transcurrido el plazo de garantía o inclusive dentro de éste, como consecuencia de la aparición de vicios ruinógenos que pudieran ser eventualmente ocultos o de origen desconocido pero no atribuibles a incumplimientos contractuales, pretender que la garantía responda de estos⁷³.

En cualquier caso, y para la correcta aplicación del precepto, conviene tener en cuenta que corresponde la prueba de la existencia de las obligaciones al que reclame su cumplimiento y la de su extinción al que se oponga, siendo patente que en el marco de la contratación pública no sólo rige el principio de libertad de pactos y su corolario final inherente a la buena fe en orden a su cumplimiento y al deber de atenerse a lo pactado en sus propios términos conforme a la doctrina de los "actos propios", sino que, además, el contratista asume sus obligaciones contractuales conforme al principio de riesgo y ventura por su parte, sin que quepa su modificación o aún extinción bajo la cláusula "rebus sic stantibus"⁷⁴ más que en caso de aparición de circunstancias sobrevenidas, desconocidas e inesperadas respecto a las que la carga de la prueba corre en exclusiva a cargo del que las mantiene.

⁷¹ Sobre este tema y con carácter general, véanse los arts. 212 a 214 y 223 a 225 RD 3/2011.

⁷² ORTEGA JIMÉNEZ, M. (2008, p. 914).

⁷³ Es el supuesto planteado por la STSJ de Madrid de 15 de abril de 2011 (RJ 13168).

⁷⁴ Expresión latina, traducida al español "estando así las cosas".

En los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista se ponen de manifiesto los sucesivos cambios de criterio sobre el alcance y la finalidad a que ha de responder la garantía final: desde el Primer Pliego de Condiciones Generales de 1846, hasta la legislación contractual de 1965 que en su artículo 53 establecía claramente su carácter punitivo que fue, sin embargo, desvirtuada por la doctrina precedente a este texto del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, pasando por el artículo 113.4 del TRLCAP en que la garantía prestada se vinculaba a la indemnización de daños y perjuicios y sólo en caso de insuficiencia de ésta cabía ejercitar una acción de daños con lo que aúna una función liquidatoria en caso de que los daños sean superiores y punitiva en caso de que no sea así, ya que impedía su devolución en la parte no necesaria⁷⁵. Para algunos autores y para nosotros en particular, en el tenor de esta última legislación, el resarcimiento de daños y la penalización derivada del mismo incumplimiento pueden convivir, puesto que se trata de conceptos distintos e independientes, dado que una cosa es la pena convenida y otra los daños y perjuicios.

Aun así, y a la vista del artículo 225.3 y 4 del TRLCSP, la polémica parece de nuevo servida ya que, en principio y atendiendo a su tenor literal, parecería que la garantía pierde todo valor punitivo quedando siempre afectada a la indemnización de daños y perjuicios que se produzcan de tal forma que, si éstos son inferiores, la resolución deberá acordar lo procedente sobre la devolución de la garantía en la parte no estrictamente necesaria. Ahora bien, se nos plantea la siguiente pregunta: ¿Quiere decir esto que, en caso de que no se produzca daño o perjuicio alguno, ha de devolverse íntegramente? La realidad es que la doctrina de los Consejos Consultivos no es unánime en este punto⁷⁶, si bien atendiendo a la dicción de estos preceptos así pareciera deducirse, sobre todo si se pone en conexión con los antecedentes normativos anteriores.

Sin embargo, dicha inicial conclusión a la vista de los preceptos anteriores vuelve de nuevo a complicarse si atendemos al tenor del artículo 271.4 TRLCSP que contempla el mismo supuesto de incautación de la garantía en supuestos de resolución del contrato por culpa del contratista en los contratos de concesión de obra pública. Aquí, de nuevo, el legislador vuelve a la fórmula anterior de la legislación contractual que representaba la LCAP y expresamente establece la incautación de la garantía definitiva, además de la indemnización de los daños y perjuicios que procedan. ¿Es una excepción a la regla general? ¿Cabría interpretarlo cómo una fórmula distinta para cada tipo de contrato?

⁷⁵ BARRERO RODRIGUEZ, C. (2011, ps. 363 y ss).

⁷⁶ Cabe señalar aquí lo apuntado por el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 54/2012, de 28 de marzo, que explica la diversidad de criterios acontecida y concluye que desaparece el carácter de cláusula penal de incautación de la garantía prestada.

Desde mi punto de vista, y admitiendo que la cuestión es controvertida, es preciso optar por la interpretación conjunta de todos estos preceptos que nos conduzca a que las garantías definitivas conservan su tradicional naturaleza de pena convencional, sin perjuicio eso sí, de las soluciones de equidad a la vista de los casos concretos que puedan introducir los tribunales. La resolución de un contrato siempre implica perjuicios para ambas partes. Ciertamente en algunos supuestos que son difíciles de cuantificar como las demoras que eventualmente se produzcan, la puesta en marcha de un nuevo procedimiento contractual, etc., y a ello debe responder la garantía definitiva, sin perjuicio, valga la redundancia, de la indemnización de daños y perjuicios que no deberá contemplar por tanto este tipo de perjuicios que quedarían garantizados por la pérdida de la garantía definitiva, aunque suavizando dicha cuestión con soluciones de equidad derivadas de la actuación de la Administración pública, concurrencia de culpas, en el final anticipado del contrato.

A esta última cuestión ha atendido la jurisprudencia que en esos supuestos se suaviza la regla de la incautación automática de la garantía definitiva atendiendo a la conducta del contratista y de la Administración⁷⁷ y también es un lugar común en la doctrina de los órganos consultivos que se han hecho eco en este concreto punto de la jurisprudencia que emana de los órganos jurisdiccionales.

16.2 La extensión de su protección a terceros

Ya hemos indicado que el régimen de responsabilidades a la que se encuentra afecta la garantía definitiva responde parcialmente, según hemos comprobado, a las características de una pena convencional por lo que en caso de incumplimiento en los distintos supuestos contemplados en el art. 100 TRLCSP responde con un importe mínimo para satisfacer los daños ocasionados⁷⁸, aunque cierto es que sin perjuicio del derecho a reclamar por la cuantía íntegra de éstos, siempre ciñéndose eso sí de forma exclusiva a la directamente derivada de la contratación administrativa.

Por ello no es necesario incluir los conceptos de los que debe responder la garantía definitiva como por ejemplo el abono de salarios a obreros dejados de satisfacer por el contratista o pago de materiales suministrados por terceros⁷⁹ o los derivados de daños a terceros producidos una vez terminadas las obras, sin perjuicio de que si declara la responsabilidad de la Administración pública contratante por ese motivo, y se ejercita la correspondiente acción de repetición contra el contratista, se adopten por la Administración las medidas cautelares oportunas ya no contra aquella garantía sino

⁷⁷ STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 13 de abril de 2012.

⁷⁸ Penalidades impuestas al contratista; obligaciones derivadas del contrato; gastos originados como consecuencia de la demora en la ejecución del contrato; daños y perjuicios ocasionados a la Admón. con motivo de la ejecución del contrato o en el supuesto de incumplimiento del mismo, sin resolución.

⁷⁹ STS de 3 de febrero de 1998 (RJ 7548).

en relación con sus bienes y derechos conforme a su orden de prelación legal. Si se incluyen, sin embargo, los que derivan de una cláusula contractual que obliga a abonar los desperfectos.

Este último aspecto tiene un especial interés en los daños a terceros y hasta que alcance responden las garantías. En efecto si no se ha producido la recepción de las obras y en dicho intervalo de tiempo se produce un daño como consecuencia de las mismas del que es declarado responsable la Administración⁸⁰, se podrá incautar la garantía, aunque en esta materia, lo cierto es que han convivido otras líneas jurisprudenciales, siendo la más apoyada la que hemos mencionado y con la cual nosotros nos mostramos más favorables.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009 trata de clarificar el recurso de casación interpuesto por la Abogacía de Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2004 donde reconoce el derecho a ser indemnizados los recurrentes por la Administración del Estado, razonando que, pese a la ejecución de las obras mediando un contrato de obras, la carga de reparar los daños corresponde a dicha Administración por no haber resuelto expresamente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los perjudicados⁸¹.

La sentencia del Tribunal Supremo citada confirma la tesis de atribuir la responsabilidad al contratista por los perjuicios ocasionados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato de obra, salvo vicios del proyecto u órdenes directas de la Administración, pero incluye un tercer supuesto de atribución de responsabilidad a la Administración y es el relativo a la falta de tramitación de la reclamación efectuada por el perjudicado, limitándose a declarar su irresponsabilidad cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles.

Esta última tesis es la que parece avalar los textos normativos en la actualidad. En efecto, el actual art. 214 TRLCSP, sigue la tradición ya establecida por anteriores textos normativos y por otra legislación cómo la de la expropiación forzosa en el sentido de atribuir la responsabilidad de los daños, en primer término, al contratista salvo que mediase una orden inmediata y directa de la Administración, atribuyendo a los terceros la posibilidad de acudir a una especie de arbitraje por parte de la Administración en el plazo de un año a constar desde el hecho causante mediante un requerimiento lo que plantea numerosas dudas de diversos autores de si se ha producido la

⁸⁰ La jurisprudencia exige, como requisito previo, que se declare la responsabilidad de la Administración. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2005.

⁸¹ De esta posición también se hicieron eco otros tribunales como la STSJ de Andalucía de 14 de junio de 2007, la STSJ de Castilla y León de 30 de noviembre de 2007 o la STSJ de Murcia de 23 de noviembre de 2007.

derogación del art. 123 de la Ley de Expropiación forzosa⁸², naturaleza y consecuencias del requerimiento, aunque a nuestro juicio no cabe, en ningún supuesto, que por el tercero se demande en la jurisdicción civil a la Administración cuando si cabe demandar en la vía civil al contratista, si bien lo lógico sería utilizar las vías que la jurisdicción contencioso-administrativa ofrece para demandar a particulares dado que así no se correría el riesgo de que prescribiera la acción contra la Administración.

17. La obligación en la contratación de un seguro de responsabilidad en el contrato administrativo de obra

Las Administraciones Públicas nunca han vivido de espaldas al contrato de seguro: por un lado, regulan el sector e intervienen en la actividad de los aseguradores; por otro, ejercen convirtiéndose ellas mismas en aseguradoras y por último contratan seguros, como han hecho siempre, aunque de un modo marginal, para cubrir algunos riesgos que pudieran afectar a su patrimonio inmobiliario o para cubrir su responsabilidad civil en ámbitos en los que el seguro es obligatorio, como la circulación de automóviles. Al contratar estos seguros, la Administración se comportaba en principio como un particular, el cual se somete al Derecho privado, por lo que no recibían atención ni en las Leyes administrativas, ni por parte de la doctrina. El seguro no se tenía en cuenta al estudiar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas⁸³ puesto que, o bien la responsabilidad no estaba asegurada, o bien la responsabilidad civil sí estaba asegurada pero se refería a sectores que, como el automovilístico, circulaban de hecho al margen de la cláusula general de responsabilidad patrimonial y sometidos al Derecho privado. Sin embargo, en los últimos años las Administraciones Públicas, en especial los Ayuntamientos y algunas Comunidades Autónomas, se han lanzado a contratar seguros de responsabilidad civil.

IV. CONCLUSIONES

El anterior análisis de la responsabilidad por los defectos constructivos tanto en la contratación del Derecho privado como en la contratación pública, nos lleva a las siguientes conclusiones:

1. La regulación del Derecho Privado (Ley 39/1998 y art. 1591 CC, en los términos atrás expuestos) va a ser aplicable en defecto de regulación específica para la contratación pública. Ello se

⁸² Ley 30/2007 de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (BOE 31/10/2007). Su artículo 198 sustituye al 123 de la LEF, por lo que éste queda derogado.

⁸³ Regulada inicialmente en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (BOE de 17 de diciembre de 1954).

explica tanto por el principio de “lex specialis” (la preferente aplicación de la norma especial sobre la general y de la general en defecto de la especial), como por la previsión expresa del art. 19.2 del RDLegis. 3/2011 de aplicación a los contratos administrativos de las normas de Derecho Privado en último término, en defecto de las normas de Derecho Administrativo.

2. Así como el Derecho privado discute si la Ley 39/1998 cubre no sólo la responsabilidad por defectos en los edificios sino en el resto de las obras (como ha cubierto el art. 1591 del Código Civil, en virtud de la jurisprudencia Tribunal Supremo), en el Derecho de la contratación pública no hay duda de que tal responsabilidad cubre la totalidad de las obras que entran dentro del objeto del contrato público de obras (conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinados a cumplir por sí mismos una función económica o técnica, que tengan por objeto un bien inmueble y aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante, según reza el art. 6 del RDLegis. 3/2011.

3. En la contratación pública se establece un plazo de garantía que no existe en el Derecho privado y que no es más que una extensión de la responsabilidad durante la ejecución del contrato, una vez realizada la recepción de la obra, a lo largo del período fijado en el contrato, que no puede ser inferior a un año.

4. Durante la ejecución del contrato (que en los contratos públicos tienen continuidad en el plazo de garantía), la cobertura de los defectos de construcción por la responsabilidad del contratista es semejante en el Derecho público y el Derecho privado.

Pero tras la recepción de la obra, en el Derecho Privado, ahora se diferencian tres plazos de garantía, según que los defectos sean estructurales (10 años), de habitabilidad (3 años) y de terminado y acabado (un año), mientras que en el Derecho de contratación pública se contempla exclusivamente un plazo de 15 años, aunque solo para los defectos más graves, los de ruina, tanto de ruina en sentido propio como de ruina funcional, que incluyen tanto los defectos estructurales como los de habitabilidad, como pueden ser por ejemplo las humedades en las cubiertas.

5. Mientras que, en el Derecho privado, el plazo de ejercicio de la acción es de 2 años tras la manifestación del defecto, en el Derecho de la contratación pública, como hemos visto, se ha llegado a aplicar el plazo de cuatro años de prescripción de los derechos a favor de la Hacienda Pública.

6. En el Derecho de la contratación pública, junto a las acciones propias de el Derecho privado (de reparación, de daños y perjuicios, de resolución, etc.), se contempla la posibilidad de imponer penalidades (sanciones) al contratista.

7. En el Derecho privado se ha impuesto como garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad por defectos de la construcción, el seguro obligatorio, mientras que en el Derecho de la contratación pública operan las garantías del art. 95 y siguientes del RDLegis. 3/2011, consistentes en una garantía del 5% del importe de adjudicación (a la que puede añadirse una complementaria de otro 5%), que puede ser en efectivo, en valores de la deuda pública, en aval bancario, en contrato de seguro de caución, y, cuando así se prevea en los pliegos, en retención del precio contractual.

La contratación de seguros de responsabilidad civil por el contratista en la contratación pública encarece el precio contractual, pero puede ser una garantía efectiva más, en casos en los que va haber terceros adquirentes de la obra, como es el supuesto de los beneficiarios de viviendas de protección pública.



BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ OLALLA, MARÍA DEL PILAR

(2002): *La responsabilidad por defectos en la edificación*, Ed. Aranzadi, Madrid.

ARNAU MOYA, FEDERICO

(2004): *Los Vicios de la construcción (su régimen en el código civil y en la Ley de Ordenación de la edificación)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

BARRERO RODRIGUEZ, CARLOS

(2011): *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2.ª Edición, Ed. Lex Nova, Madrid.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO

(2000): *La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Anuario de derecho civil Vol. 53, Nº 2, 2000, Universidad Carlos III de Madrid.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO

(2001): *Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de ordenación de la edificación*, Revista jurídica de Catalunya, Vol. 100, Nº 2, Barcelona.

CADARSO PALAU, JUAN

(1976): *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Ed. RDU, Madrid.

CASTILLO BLANCO, FEDERICO ANTONIO

(2010): *Las garantías en la contratación administrativa y las responsabilidades a las que están afectas*, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

CUESTA DE LOÑO, PILAR

(2015): Artículo, *Novedades en el Texto Refundido de La Ley de Contratos del Sector Público*, Valencia.

DIEZ PICAZO, LUIS

(2000): *Ley de Edificación y Código Civil*, Anuario de derecho civil, Vol. 53, Nº 1, Madrid.

DÍEZ PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO

(2012a): *Sistema de Derecho civil Volumen II Tomo 1, “El contrato en general y la relación obligatoria”*. Ed. Tecnos. Madrid.

DÍEZ PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO

(2012b): *Sistema de Derecho civil Volumen II Tomo 2, “Contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual”*, Ed. Tecnos. Madrid.

FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER

(1977): *El contrato del arquitecto en la edificación*, Ed. Derecho Reunidas, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO

(1990): *Comentarios Monográficos, Riesgo, ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, Madrid.

GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS

(2015): Artículo, *La responsabilidad del contratista por las obras: periodo de garantía y responsabilidad por vicios ocultos*, Valencia.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, CARLOS RAFAEL

(1993): *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, Barcelona.

GÓMEZ DÍAZ, ANA BELEN

(2014): *El acceso al recurso contencioso. Un estudio sobre la legitimación en el proceso administrativo*, Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid.

GONZALEZ PÉREZ, JESUS

(2011): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 6ª ed. Ed. Civitas. Madrid.

HERRERA CATENA, JUAN

(1977): *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores Vol.II*, Anuario de derecho civil Vol. 23, Nº 3, Granada.

HUERGO LORA, ALEJANDRO

(2003): *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Facultad de Derecho Universidad de Oviedo,

JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS

(2012): Artículo de Revista, *Los sistemas de responsabilidad por defectos o vicios en el contrato de obra en el Ordenamiento jurídico español*, Universidad de Granada.

KÖTZ HEIN y GERHARD WAGNER

(2010): *Deliktsrecht*, 11. Aufl., München, Vahlen.

LUCAS FERNÁNDEZ, FERNANDO

(1986): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed. Edersa, Madrid.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA

(2007): *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, 3.ª Edición. Ed. Lex Nova. Valladolid.

MORENO-TORRES HERRERA, MARIA LUISA y RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL

(2002): *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Ed. Comares, Málaga.

ORTEGA JIMÉNEZ, MARIA DEL PILAR

(2008): *Contratación del sector público local*, La Ley-El Consultor, Madrid.

SALVADOR CORDECH, PABLO

(1991): *Comentario al artículo 1591 del Código Civil Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid.

SANTOS BRIZ, JAIME

(1989): *Lecciones sobre el seguro de responsabilidad civil*, Ed. Inese, Madrid.

SIERRA PÉREZ, ISABEL

(2000): *La responsabilidad en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación*, Revista Aranzadi de derecho patrimonial, Nº 3, 1999, Madrid.

XIMENEZ DE SANDOVAL, ENRIQUE y SANTANA AROZENA, FERNANDO

(2000): *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*, *Estudios de Derecho Judicial* nº 27, CGPJ, Madrid.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO

(2001): *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid.

