

DAÑOS EN LA CONSTRUCCION.-

I.-Planteamiento.

Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 que la regla general en materia de daños es que la obligación de indemnizar nace como consecuencia de la conducta de su autor. El daño fundamenta la responsabilidad de tal forma que sin aquel no se produce esta.

En materia constructiva, el daño se presenta de formas muy diversas:

1º) Los que se producen en un edificio construido y recibido: ejecución y terminación de las obras; vicios o defectos de la cimentación, soportes, vigas, forjados, muros de carga u otros elementos estructurales que comprometan la solidez o estabilidad del edificio, así como a los elementos constructivos e instalaciones, que afecten a su habitabilidad. Los sintetiza de forma clara el art. 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación: daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3, y daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

2º) Los que se ocasionan en edificaciones colindantes como consecuencia de las obras de demolición y del vaciado del terreno.

3º) Los que se causan en la fase de construcción propiamente dicha.

Vinculados también a la construcción, son los daños que se producen a terceros como consecuencia de la falta de ejecución de las obras necesarias para reparar o conservar adecuadamente un inmueble, y que originan la ruina de un edificio, entendida en un sentido amplio comprensivo de cualquier género de construcción.

La desatención de las obligaciones que en cada caso se imponen, determina una suerte de efectos en el patrimonio del afectado, que no se detienen en la reparación de las

imperfecciones constructivas, sino que alcanzan todo el quebranto patrimonial que hubiera podido producirse, y que puede ser objeto de reclamación mediante las acciones pertinentes.

II.-Régimen jurídico.

El régimen legal de aplicación a las obras de nueva construcción y a las obras en edificios ya existentes viene determinado por dos normas fundamentales: a) La Ley de Ordenación de la Edificación 38/1.999, de 5 de Noviembre, que publica el Boletín Oficial del Estado del día 6 de Noviembre de 1.999, para su entrada en vigor seis meses después (6 de mayo de 2000), que hace norma de aplicación lo que hasta la fecha era jurisprudencia consolidada sobre la materia, y b) El Código Técnico que lo desarrolla, y que se aprueba mediante Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, para su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Estado, sí bien con un régimen transitorio de seis y doce meses cumplidos el día 30 de marzo de 2007.

Ambas disposiciones parten de una misma idea, definida en la LOE y desarrollada en el CTE: regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios.

El particular régimen transitorio de la LOE, ha hecho que en la actualidad subsistan dos regímenes diferenciados de responsabilidad: el que se establece a partir de la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil, para las obras cuyos proyectos se había solicitado licencia de edificación con anterioridad al día 5 de mayo de 2000, y el posterior a esta fecha. El primero regido por el artículo 1591 del CC. El segundo por el artículo 17 de la LOE. Bien es cierto que aun no siendo directamente aplicable a los casos surgidos con anterioridad a su entrada en vigor, contiene principios esenciales que han de tenerse necesariamente en cuenta para interpretar de forma adecuada la responsabilidad establecida en el artículo 1.591.

La garantía de diez años para las obras sujetas al artículo 1.591, unido a un generoso plazo de prescripción -15 años- hará que durante mucho tiempo sigamos viendo en los Juzgados acciones fundamentadas en dicha norma, e incluso que aparezcan en el proceso personas distintas de las que hicieron posible la construcción del inmueble arruinado, como son los herederos de los agentes causantes del daño. La responsabilidad del arquitecto, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1.971, nunca constituiría una deuda, personalísima y no transmisible a los herederos, incluida en el artículo 659 del Código Civil, que privaría a los perjudicados de una indemnización procedente, salvando así la integración de la herencia y su confusión con el patrimonio, propio, cuando ello es fácil y aconsejable en los casos semejantes, utilizando el beneficio de inventario establecido a su favor.

La distinción entre lo que se construye y lo que se materializa en un edificio de las características señaladas en el artículo 2 de la Ley de la Ordenación de la Edificación, va a ser determinante para derivar las acciones y establecer el título de imputación, con lo que se pretende dar adecuada satisfacción al interés lesionado.

Lo expresa claramente la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre 2006: *“en el caso de existencia de defectos constructivos constitutivos de ruina -sea física, potencial o funcional-, la doctrina jurisprudencial admite la compatibilidad de las acciones (SS. 30 de septiembre de 1986, 27 de enero de 1999, 30 de junio 2005) para obtener la satisfacción del interés lesionado, de tal modo que el perjudicado legitimado puede optar por la acción que considere más conveniente a sus intereses, pues en ningún precepto legal se exige plantear una de ellas con carácter preferente a otra. Pero para que esta compatibilidad tenga lugar, se hace necesario que las acciones partan de un mismo hecho, que lo es en este caso la obra construida y recibida en los términos que establece el artículo 1.591 del CC, y ahora la Ley de Ordenación de la Edificación, a partir del cual el perjudicado puede optar por una y otra en función de lo que reclame, con legitimación también distinta en uno y en otro caso. Obra construida y recibida y obra en construcción es, por consiguiente, lo que diferencia el régimen jurídico de aplicación. Por ello, no se trata de que las dos acciones (arts. 1.101 y 1.591) sean compatibles y acumulables en su ejercicio, sino de que estamos ante una obra en construcción paralizada por la promotora en razón a las deficiencias observadas para la que se habilitan las acciones apoyadas en el cumplimiento*

defectuoso del contrato que posibilitó la construcción entre los distintos Agentes y la promotora”.

1º.-En la obra en construcción las acciones son estas:

a) De un lado, las que resultan del contrato de arrendamiento de servicio o de obra suscrito entre las partes para la ejecución de la obra. Surge en virtud del encargo hecho por el promotor para la realización de un proyecto de construcción y su exacto cumplimiento viene determinado por el resultado, de tal forma que su desatención autoriza a la propiedad a ejercitar las acciones correspondientes: la de cumplimiento defectuoso ex art. 1.101 CC, o la resolutoria del art. 1.124, sin esperar a alcanzar el interés que persigue con la realización final de la obra, es decir, sin esperar a que concluya la construcción en marcha con la esperanza de que al final se le garantice un resultado distinto, que puede no ser distinto sino agravado. Supone, por tanto, que si aparecen vicios en la construcción y estos se advierten antes haber dado cumplimiento al contrato, el dueño de la obra no podrá exigir antes de la terminación de la obra la responsabilidad dimanante de la LOE, puesto que se trata de una obra en construcción. Lo que sí podrá hacer es resolver el contrato, y exigir las consecuencias derivadas del mismo.

Se distingue del arrendamiento de servicios, según criterio que viene prevaleciendo en la doctrina jurisprudencial -STS 9 de enero de 2006- por el objeto inmediato de la obligación del contratista -arrendador; empresario-, de modo que la esencialidad de la prestación no radica en el trabajo o actividad a desplegar, sino en su resultado. Y de la realización y perfección de este resultado depende que el contratista haya o no cumplido, o lo haya hecho defectuosamente, pues la parte llamada contratista está obligada, como resalta la Sentencia de 30 de enero de 1.997, a realizar y entregar la obra y que ésta sea la prevista, correcta y adecuada, siendo ello determinante del derecho al pago o retribución.

b) De otro, las extracontractuales sujetas al criterio de imputación establecido en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, que tienen su aplicación más concreta en los daños causados a colindantes como consecuencia de la excavación o derribo de un edificio para construir otro.

Las acciones son también diferentes de las que proporciona el artículo 1.907 del Código Civil, de carácter cuasi objetivo, por daños causados a terceros procedentes de la ruina de un edificio (entendido éste término en sentido amplio, comprensivo de cualquier género de construcción -STS 9 de marzo de 1998-), si ésta sobreviene única y exclusivamente por falta de las reparaciones necesarias que incumben al propietario, y que no resulta aplicable si la ruina se produce, no por falta de reparaciones, sino cuando es por la intervención o interferencia de un tercero que con su extraña conducta la produzca, o debido a los defectos de construcción a que se refiere el 1909 y el básico art. 1591 que, como señala la STS 29 de noviembre de 2006, nada tiene que ver con el anterior: su presupuesto es el desarrollo o concreción del art. 1902, que obliga al propietario a reparar el daño causado a tercero, y aquí estamos en el ámbito del art. 1591 CC, que es el de la responsabilidad de promotores, constructores y técnicos de una obra frente a los adquirentes. Lógicamente la referencia al artículo 1591, deberá hacerse en la actualidad al artículo 17 de la LOE.

2º.- En la obra construida, la acción propia o específica es la que resulta del artículo 17 de la LOE y se aplica a las obras propias a que se refiere el artículo 2 de la LOE., es decir: a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta; b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio, y c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

Es una acción que se pone al servicio del perjudicado por una construcción mal hecha para procurar su reparación o la indemnización del daño frente a las personas que de una o de otra forma intervinieron en el proceso constructivo, y que se instrumenta a

partir de una suerte de daños escalonados de mayor a menor entidad; acción que no puede confundirse con la que proporcionan los artículos 148 y 149 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, puesto que mientras que el primero somete a este régimen de responsabilidad los servicios “de rehabilitación y reparación de viviendas”, el segundo excluye de su aplicación los daños ocasionados por defectos de la vivienda construida y comercializada que no estén cubiertos por un régimen legal específico, como es el caso. Es una acción compatible con la que surge del propio contrato para exigir el comprador del vendedor la responsabilidad en que hubiera podido incurrir por vicios o defectos de la construcción existentes en el momento de celebrarse el contrato, determinantes tanto de cualquier tipo de daños, materiales, personales o morales, como de los perjuicios consiguientes, y que se puede ejercitar bien por el cauce general de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, respecto de los defectos que se hayan observado inmediatamente después de la entrega y aceptación de la obra, con plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964, o bien mediante la específica del saneamiento por vicios ocultos, del artículo 1.484 y demás concordantes del mismo Código (art. 17.9); acción esta no recomendable por la brevedad del plazo y el riesgo de la acreditación de la naturaleza oculta de los vicios, salvo que se acumule a la anterior en la eventualidad de que pudiera haber caducado.

El problema, cuando el daño ocurre, lo tenemos en la práctica a la hora de determinar si estamos ante un incumplimiento simplemente contractual, o si este tiene su origen en el incumplimiento de las obligaciones que competen a los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

El artículo 17 se refiere a los daños materiales ocasionados en el edificio y sus instalaciones, y sobre él instrumenta la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en su ejecución excluyendo aquellos defectos que pudieran resultar del contrato de compraventa de las viviendas y locales radicantes en el mismo y que derivada de no entregar el objeto en la forma pactada y con las calidades y terminaciones acordadas, conforme al compromiso recogido en la memoria de calidades, y por tanto con derecho a la parte a solicitar su reparación o la indemnización

de daños y perjuicios, responsabilidad que es compatible con la del artículo 17.1 de la LOE (*“Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...”*).

Dice la sentencia de 13 de mayo de 2008, con referencia al artículo 1591, *“Una cosa es el daño o vicio constructivo y otra la falta a las condiciones del contrato. El daño es el resultado que origina las consecuencias que prevé la norma, mientras que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabilidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas, que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que no viene dada por el artículo 1591 del Código Civil, sino por los artículos 1101 y 1124 del mismo Cuerpo Legal, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen por tanto el calificativo de dañosos en el sentido de la norma. Es razón de la remisión que en la actualidad hace la Ley de Ordenación de la Edificación a las responsabilidades contractuales, desde la inconcreta e insegura expresión "sin perjuicio", utilizada en el apartado 1 del artículo 17, o desde la cita de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil del apartado 9, respecto del vendedor frente al comprador, para el ejercicio de las acciones previstas específicamente para los vicios ocultos”*

La sentencia responsabiliza exclusivamente a la Promotora por no haber ejecutado la piscina proyectada: *“El compromiso de ejecutar la piscina afecta a quien la oferta y no la construye, es decir, al promotor, que ya viene condenado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1101, no a los demás agentes por más que fuera incluida en el Proyecto. El proyecto es el conjunto de documentos que describen el edificio y definen las obras de ejecución con el detalle suficiente para que puedan valorarse e interpretarse inequívocamente durante el proceso, tal y como lo define el artículo 4 de la LOE y 6 del Código Técnico, y las diferencias estructurales entre Proyecto y obra realizada y vendida, es materia que afecta la relación contractual de compradores y vendedores (STS 12 de abril de 1988), puesto que la controversia no se refiere en este caso a las deficiencias existentes por una deficiente ejecución de la piscina sino a la falta de compromiso del promotor con los compradores respecto a la misma”*.

III-LOE Y JURISPRUDENCIA.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo hacen expresa referencia a la LOE. Algunas para recordar que se adecua a la jurisprudencia de la Sala 1ª. Así la Sentencia de 24 enero 2001, declara que el término promotor (no utilizado por el Código Civil) fue introducido por la Jurisprudencia y finalmente incorporado a nuestro Derecho Positivo por la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación. Así también las Sentencias de 8 octubre de 2001 y 31 enero 2003, precisando que la figura del promotor no tiene que corresponder necesariamente a una persona individualizada o a una persona jurídica y que el artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación “recogiendo la orientación marcada por la jurisprudencia de esta Sala”, resuelve el problema de la figura del promotor, al reconocer la categoría legal y definir el mismo como "cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulse, programa o 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".

Otras, se refieren a la documentación de la obra ejecutada, señalando que el artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, operará como documentación registrada de la historia constructiva, y la determinación de su alcance jurídico, que no es fijada en el texto legal, corresponderá a los Tribunales cuando surjan contiendas sobre su naturaleza jurídica, calificación, vinculación y efectividad para las partes interesadas, especialmente respecto a los adquirentes finales del edificio, a los que se les entregará obligatoriamente un ejemplar de dicho Libro en un momento coincidente con el de la transmisión del inmueble (STS 18 de Marzo 2002).

Pero veamos algunas de la Sentencias que de directa o indirectamente pueden tener eficacia sobre la futura aplicación de la Ley por los Tribunales.

A) Curiosamente la primera del Tribunal Supremo que tiene en cuenta la LOE, sin citarla, es la de 3 de Noviembre de 1.999, contemplando sin duda la situación vigente a partir de su entrada en vigor. Se refiere en concreto a la falta de un precepto que declare la solidaridad de todos los agentes que intervienen en la construcción. “No existe en la actualidad, dice, y la solidaridad entonces no pasa de ser una consecuencia de la sentencia, no una situación que vincula desde el primer momento, por el hecho de intervenir en la construcción, a todos los que lo hacen”. De ello extrae la consecuencia

de que “de la solidaridad nacida de la sentencia no se puede deducir que ya en el momento de demandar rigen las reglas de la solidaridad” lo que, en línea con las sentencias de 17 de marzo y 4 de diciembre de 1.993, “lleva a concluir que el actor puede traer al proceso a quien estime por conveniente, y sólo si se demuestra que en la producción del daño intervinieron además otras personas que no han sido demandadas y no se puede particularizar en el demandado un concreto daño, sino que obedece el mismo a la actuación también de los demás extraños, es cuando el litisconsorcio pasivo necesario se impondrá con todas sus consecuencias, al no estar integrada correctamente la relación jurídico-procesal sin la presencia como partes de aquellos”.

Esta regla de solidaridad ya está incorporada a la Ley. Conforme al artículo 17.2 la responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo por vicios y defectos de la construcción es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen. Cada uno asume el cumplimiento de sus funciones y, en determinadas ocasiones, las ajenas, al establecer la Ley ciertos supuestos en los que los agentes responden por la actividad de otras personas, caso del proyectista, respecto de los errores de cálculo, o de los estudios o dictámenes que encarga a otros; del Director de la obra, por omisiones o deficiencias del proyecto, o del constructor, por el jefe de obras o por los subcontratistas. Sólo cuando aquella no puede ser concretada individualmente procede la condena solidaria (Art. 17. 3). En lo que nos interesa supone que para incluirlos en el círculo de los responsables solidarios se hace necesario, primero, que conste su culpa o negligencia, y después que no se pueda deslindar tal culpa de la correspondiente a los demás intervinientes en el proceso constructivo, es lo que se ha venido en llamar solidaridad impropia, que, a diferencia de la propia no tiene su origen en la ley o en el pacto expreso o implícito, sino en la sentencia.

Corolario lógico de esta suerte de responsabilidad es que Ley configura una solidaridad expresa y directamente impuesta por la Ley, propia o impropia o especial, según se trate del promotor y de los demás agentes, puesto que ya existe en el primer caso cuando se formula la demanda y surge, en el segundo, con la sentencia (Art. 17.3), de la que es consecuencia, como dice la STS. de 3 de Noviembre de 1.999, respondiendo a la idea de

salvaguardar el interés social (STS. 24 de septiembre de 2003) en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados (STS. 15 de abril de 2003). En este sentido, la Ley deja posiblemente sin contenido una jurisprudencia claramente inclinada a asignar la cuota de responsabilidad que corresponde a cada uno de los Agentes, en razón de la incidencia de su actuar culposo en el resultado, manteniendo la condena solidaria frente al actor al objeto de racionalizar la posible acción de regreso del deudor que pagó frente a los otros (STS. 20-11-70; 31-X-79 y 27-XI-81), puesto que si somos capaces de diferenciar el ámbito de actuación de cada uno no tiene sentido que todos ellos respondan solidariamente frente al perjudicado por el total de la indemnización. Lo que hay realmente en este caso es una concurrencia de obligaciones diversas con contenido también diverso.

B) Mención aparte merece la situación del Promotor en esa noción amplia que adopta el artículo 9 la nueva Ley, equiparado incluso al gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras análogas. El Promotor, según el artículo 17.3, responde solidariamente, “en todo caso”, con los demás agentes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de la construcción. Alguien ha querido ver en ello una especie de avalista o garante de la obra, y así ciertamente parece, sin perjuicio de que una vez que pague o responda pueda resarcirse frente a los demás a través de la acción de repetición. Y es que lo que la Ley quiere es que responda de los daños aun cuando esté perfectamente delimitada la responsabilidad a cargo de agentes distintos. Otra interpretación no resulta de las palabras “en todo caso” que señala el artículo y en las que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales, estableciendo, además, la irrenunciabilidad de la misma, dado el carácter imperativo de la norma.

La sentencia de 13 de mayo de 2008 se refiere a la responsabilidad del Promotor, antes y después de la LOE. Dice la sentencia, citando la de 16 de marzo 2006, “la atribución de responsabilidad al promotor por los vicios o defectos ruinógenos de la edificación ha sido ampliamente examinada por esta Sala que tiene establecido que aunque el promotor- vendedor no hubiera asumido tareas de constructor, no por esto en los supuestos del art. 1591 del Código Civil, está exento de toda responsabilidad, ya que la doctrina jurisprudencial, al haber incorporado la figura del promotor inmobiliario al ámbito de los responsables que por desfase histórico no contempla el art. 159, no ha

dicho que sólo su responsabilidad proceda cuando se declara la del constructor, pues se puede apreciar como autónoma teniendo en cuenta que al ser el vendedor está ligado a los adquirentes por los correspondientes contratos y como tal asume el deber de entregar las cosas en condiciones de utilidad, es decir, exentas de vicios constructivos que frustren su utilidad y uso (SSTS 2 de diciembre de 1994, 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo y 13 de octubre de 1999 y 11 de diciembre de 2003), señalando la sentencia de 27 de septiembre de 2004 que el promotor tiene una eficaz y decisiva intervención en el proceso edificativo, intervención que es continuada y parte desde la adquisición del solar y cumplimiento de trámites administrativos y urbanísticos para la edificación hasta llegar a presentar en el mercado un producto que debe ser correcto (STS de 21 de marzo de 1996), lo que impone actividades de elección y contratación de técnicos y constructores idóneos, actividades que permiten su inclusión en el art. 1591 (SSTS 8 pues los derechos de los adquirentes no decaen ni resultan desamparados por el hecho de no haber contratado con los constructores, o por el hecho de no haber puesto reparos en el momento de la recepción de las viviendas o locales ya que sus relaciones son exclusivamente con el promotor que es quien lleva a cabo las obras con destino al tráfico y en su beneficio, lo que contribuye a que los compradores confíen en su prestigio profesional. Pero es que, además, estos criterios de jurisprudencia han sido incorporados a la Ley de Ordenación de la Edificación en la que el Promotor figura como uno más de los Agentes que la misma refiere, y si no fuera por la declaración inicial contenida en el artículo 17, relativo a que "las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y adquirentes de los edificios..", se podría decir que la Ley constituye al Promotor en responsable exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado. El Promotor, dice el 17.3, responde solidariamente, "en todo caso" con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras "en todo caso" que señala la norma con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma (SSTS 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007)".

Estamos, por tanto, ante un supuesto de legitimación sustantiva justificada por la condición que asume de dueño de la obra que promociona; todo ello, por supuesto, sin negarle su derecho a hacer valer frente a los responsables directos los compromisos existentes en la relación interna que surge de los contratos celebrados al efecto.

C) Legitimación y litisconsorcio son instituciones jurídicas distintas: la primera es la especial relación de una parte con el objeto litigioso, y se identifica con el autor o responsable del daño causado. La segunda tiende a garantizar la presencia en el juicio de todos a quienes interese la cuestión sustantiva en litigio. La legitimación pasiva corresponde, única y exclusivamente a quienes se atribuyen los actos dañosos, y se identifica con la actuación competencialmente distinta de cada uno de los agentes, con responsabilidad personal e individualizada. Si estos son varios y no han sido demandados sólo procederá la condena de quien lo fue si se puede determinar conforme a los criterios de imputación indicados en la Ley. No siendo posible, o lo que es igual, concurriendo varias personas vinculadas al resultado dañoso sin poderse determinar el grado de participación de cada uno, o existiendo culpas concurrentes, la consecuencia es la condena de quien fue demandado, sin perjuicio de las acciones de repetición que le asistan frente a los demás.

La Sentencia citada del Tribunal Supremo, de 2 de Junio de 2005, descarta la existencia de litisconsorcio, “dada la solidaridad que se predica de los responsables ex artículo 1.591 del Código Civil”, respetando en cualquier caso el principio de individualización de responsabilidad cuando se puede sentar un criterio de imputación de responsabilidad personal y privativa en razón a la intervención de cada uno de los agentes. En el mismo sentido, la de 4 de Julio de 2005, reiterando “que no se da tal situación litisconsorcial en los casos de obligaciones solidarias”.

Sin duda la nueva Ley facilita las cosas en la Disposición Adicional Séptima, sobre notificación de la demanda a otros agentes distintos del demandado que tuvieron intervención en el proceso de la edificación, al señalar que quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil conceda para contestar a la demanda, que esta se notifique a uno u otros agentes que también hayan tenido intervención en referido proceso, con el

efecto de que llamados y no comparecidos, "la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos". Su correcta aplicación impedirá que pueda invocar una posible falta de litisconsorcio pasivo necesario, cuando a su instancia se pudieron incorporar al pleito aquellos agentes que no fueron inicialmente demandados.

Se trata de una norma procesal cuya aplicación es posible a los procedimientos que se inicien a partir de su entrada en vigor, aún cuando hagan referencia a situaciones jurídicas producidas bajo régimen anterior y que opera de una forma cerrada en el sentido de que no es posible el llamamiento de personas distintas de las que se refiere la Ley.

Por lo que se refiere a la legitimación en sede de defectos en inmuebles sujetos al régimen previsto en la Ley de propiedad Horizontal. La sentencia de 30 de abril de 2008, citando la de 18 de julio de 2007, sostiene que las Comunidades de Propietarios, con la representación conferida legalmente a los respectivos Presidentes, ex artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, gozan de legitimación "para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble -STS de 26 de noviembre de 1990 -, y no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a sí los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical privada o común, pues tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa Comunidad -STS de 24 de septiembre de 1991-, sin perjuicio, por ello, de las obligaciones del Presidente de responder de su gestión -SSTS de 15 de enero y 9 de marzo de 1988 -, pero cuya voluntad vale como voluntad de la Comunidad frente al exterior -STS de 20 de abril de 1991 -. En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido las facultades del Presidente a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble, cuando los propietarios le autoricen. Lo anterior deriva de las peculiaridades de que gozan las facultades de representación conferidas legalmente a los Presidentes de las Comunidades de Propietarios.

Según declaró la Sentencia de 19 de noviembre de 1993, la Ley de Propiedad Horizontal, precisamente para evitar cuestiones de legitimación y en aras de una tutela efectiva y de la aplicación eficiente del régimen comunitario con respecto a la propiedad singular y a la colectiva, arbitró la fórmula de otorgar al Presidente de las Comunidades de Propietarios, carentes de personalidad jurídica, la representación de ellas en juicio y

fuera de él, que lleva implícita la de todos los titulares y que no es la ordinaria que se establece entre representante y representado, sino la orgánica, en cuya virtud la voluntad del Presidente vale, frente al exterior, como voluntad de la Comunidad -SSTS de 27 de marzo, 17 de junio, 1, 3 y 14 de julio y 25 de septiembre de 1989).

Ahora bien, sin negar esta legitimación del Presidente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos de toda la Comunidad, no sólo en cuanto a lo que afecta a los elementos o intereses comunes, sino también de los propietarios en particular, esta no puede ir más allá de una simple reclamación de reparación de daños, como es el caso contemplado en la citada sentencia de 30 de abril de 2008, de supresión de ocho plazas de garaje con la consiguiente privación de su derecho a sus titulares, sin conocimiento ni consentimiento expreso de los propietarios afectados, que no fueron ni identificados ni han sido parte en el proceso, por más que se afirme que lo fueron en virtud de la demanda formulada por la Comunidad, y que esta cuenta con su autorización, cuando ello no se deduce de la prueba y los propietarios no han expresado ante el resultado de la prueba pericial su oposición o conformidad. En este caso ni la Comunidad tiene legitimación para actuar como lo hace, ni es posible marginar del proceso a los comuneros afectados ya que la acción ejercitada asiste no solo a la Comunidad como tal, sino también a aquellos propietarios que, ausentes del pleito, tienen un interés jurídico y directo tutelable judicialmente en lo que afecta a la titularidad que ostentan de las plazas, y cuya conformidad y ratificación o su oposición a las obras se desconoce a efectos de mantenerles o privarles de los derechos dominicales que les asisten sobre las plazas de aparcamiento.

Por lo demás, habrá de tenerse en cuenta la regulación que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil da a la acción de repetición al derogar el artículo 1.252 del Código Civil, y dar un contenido distinto a la institución de la cosa juzgada en el artículo 222, al excluir de la eficacia que comporta a las personas que estén unidas "por vínculos de solidaridad", sin condicionar el pleito anterior al posterior dado que por más que la sentencia previamente dictada pudiera aparecer como "antecedente lógico de lo que sea su objeto" no se daría la identidad subjetiva necesaria al no ser los mismos litigantes en ambos procesos. Supone que la cosa juzgada frente a terceros, integrada hasta ahora en la declaración contenida en el referido art. 1252 CC, deja sin efecto sentencias como la del Tribunal Constitucional de 16 de Septiembre de 1.991, cuando declara

constitucionalmente posible que una decisión judicial pueda tener efectos en sujetos que no han participado en el proceso, ni figuren como condenados en la sentencia, pero que "sean titulares de una situación jurídica dependiente o condicionada por un derecho ajeno sobre la que incide el contenido de esa sentencia", puesto que ya no existe una Ley que establezca inequívocamente una necesaria conexión e interdependencia entre la situación jurídica creada por la primera sentencia y la que se debate en el segundo proceso.

D) La sentencia de 13 de mayo de 2008, deja bien clara la distinción entre daños de una y otra naturaleza (contractuales y legales) Se refiere a la no construcción de determinados elementos (piscina, supresión de la escalera de acceso a sótano y cerramiento en planta baja, con variación de la superficie construida). El artículo 1591 se refiere a los daños y perjuicios derivados de una deficiente construcción de un edificio, y sobre él instrumenta la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en su ejecución, excluyendo aquellos defectos que pudieran resultar del contrato de compraventa de las viviendas y locales radicantes en el mismo. Una cosa es el daño o vicio constructivo y otra la falta a las condiciones del contrato. El daño es el resultado que origina las consecuencias que prevé la norma, mientras que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabilidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas, que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que no viene dada por el artículo 1591 del Código Civil, sino por los artículos 1101 y 1124 del mismo Cuerpo Legal, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen por tanto el calificativo de dañosos en el sentido de la norma.

Es razón de la remisión que en la actualidad hace la Ley de Ordenación de la Edificación a las responsabilidades contractuales, desde la inconcreta e insegura expresión "sin perjuicio", utilizada en el apartado 1 del artículo 17, o desde la cita de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil del apartado 9, respecto del vendedor frente al comprador, para el ejercicio de las acciones previstas específicamente para los vicios ocultos. Pues bien, el compromiso de ejecutar la piscina afecta a quien la oferta y no la construye, es decir, al promotor, que ya viene condenado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1101, no a los demás agentes por más que fuera incluida en el

Proyecto. El proyecto es el conjunto de documentos que describen el edificio y definen las obras de ejecución con el detalle suficiente para que puedan valorarse e interpretarse inequívocamente durante el proceso, tal y como lo define el artículo 4 de la LOE y 6 del Código Técnico, y las diferencias estructurales entre Proyecto y obra realizada y vendida, es materia que afecta la relación contractual de compradores y vendedores (STS 12 de abril de 1988), puesto que la controversia no se refiere en este caso a las deficiencias existentes por una incorrecta ejecución de la piscina sino a la falta de compromiso del promotor con los compradores respecto a la misma.

Sucede lo mismo con la supresión de las escaleras puesto que no se puede calificar de ruina, ni siquiera funcional atribuible a los directores técnicos, el daño que se produce por la no construcción, porque en sede del artículo 1.591 del Código civil no es posible advertir ningún defecto constructivo o posible imperfección que pudiera afectar a la seguridad o eficacia en el uso del sótano, o que le hiera inútil para su finalidad dado que el acceso se realiza por una entrada independiente, y ello constituye un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la promotora, a quien también se condena, tanto por esta omisión como (exclusivamente) por la supresión de la comunicación prevista en el proyecto entre los dos sótanos, de la que la escalera no es más que el medio por el que la misma se produce, de tal forma que la supresión de una conlleva la de la otra, y no hay razón para ofrecer soluciones contradictorias.

Del mismo modo, la disminución de la zona diáfana respecto a la prevista en el proyecto, en beneficio del Promotor, y que configura un simple incumplimiento contractual y no el daño que previene el artículo 1591, ni tan siquiera en el aspecto de la llamada ruina funcional, que la sentencia de la Audiencia, haciendo suya la del Juzgado, también descarta para situarlo en una simples "expectativas de compra de plazas, con una configuración completamente distinta a lo proyectado".

E) Frente a una jurisprudencia reiterada en el sentido de admitir la legitimación del promotor inmobiliario para accionar frente a los demás agentes, no obstante haber enajenado anteriormente las viviendas (STS 26 de junio 2006, por todas), la nueva Ley niega, a mi juicio, esta legitimación.

La Ley señala como titulares de la acción a los propietarios y a los terceros adquirentes (artículo 17), quizá como consecuencia lógica de que la responsabilidad que proclama dicho artículo aparece unida de manera inseparable al edificio afectado por los vicios o defectos de la construcción cuya reparación se pretende. Supone, entre otras cosas, que para el ejercicio de la acción están legitimados todos aquellos perjudicados por el daño en cuanto sean titulares del edificio, hayan o no contratado la obra, es decir, tanto el dueño, como los posteriores adquirentes, bastando que este se produzca en los plazos y en las condiciones marcadas. Por esta razón se niega legitimación al arrendatario de la vivienda, aunque se le habiliten otras acciones por los daños y perjuicios causados por una deficiente obra de edificación.

Esta vinculación del perjudicado al edificio, bien como titular inicial, bien como tercer adquirente, excluye, a mi juicio, la legitimación activa de los promotores para el ejercicio de las acciones previstas en la Ley, salvo para aquellas procedentes del régimen general de la responsabilidad contractual de los artículos 1.094 y siguientes del Código Civil, como dueños de la obra cuya ejecución contrataron con la constructora y con los técnicos, no como titulares del edificio puesto que tal condición la pierden en el momento en que se ha producido la total enajenación de la obra. Identificar "propietario del edificio" con el dueño de la obra o con quien encarga su ejecución al constructor, me parece una interpretación que no tiene sentido en la presente ley, y que tampoco se justifica desde la idea de prevenir las acciones por daños cuando el promotor puede hacer efectivo el derecho de los propietarios y demás adquirentes perjudicados por una obra mal hecha mediante acciones distintas; acciones que, incluso en este caso, se verían mediatizadas en cuanto a la petición que pudiera formularse por cuando la reclamación del cumplimiento en forma específica, es decir, la reparación de los defectos sufridos, puede resultar inútil si no se cuenta con la autorización del propietario del inmueble para que dichas obras puedan llevarse a efecto.

F) La prescripción de la acción ofrece aspectos interesantes, especialmente desde ese recorte sustancial del plazo para el ejercicio de la acción. Sobre ella se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de Marzo de 2.003, resolviendo un recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 6 de Mayo de 1.997 (que mantuvo la tesis que ahora confirma

el alto Tribunal), y que fue dictada previa deliberación de la Junta de Magistrados de dicha Sala.

Decía que la solidaridad que se impone en la Ley es impropia, salvo la del promotor que surge expresamente de la Ley. Se trata, por tanto de una relación que no vincula desde el primer momento, por el hecho de intervenir en la construcción, a todos los que lo hacen, como nos dice la Sentencia de 1.999. Supone que la prescripción sólo juega individualmente respecto de las personas implicadas, salvo el promotor, y que no sea aplicable el artículo 1.974.1º del Código Civil, sobre los efectos de la prescripción cuando se trata de obligaciones solidarias en el sentido de que “la interrupción de la prescripción en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores”, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1.141.1 del CC. Esta conclusión responde a la propia naturaleza jurídica que se deriva de las obligaciones solidarias, es decir, de las que tienen su origen en la Ley, no de las que se imponen en la sentencia como consecuencia de no haberse podido individualizar la cuota de participación imputable en el daño imputable a cada partícipe. Esta tesis, que ya defendí en mi trabajo sobre la LOE, publicado por el CGPJ, viene ratificada por esta importante sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Se mantiene, en síntesis, que “el párrafo primero del artículo 1074 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente”. En parecido sentido se habían pronunciado las Sentencia del mismo Tribunal de 23 de Junio de 1.993 y 21 de octubre de 2002, citadas en la de 14 de Marzo de 2003, y se justifica desde la idea de que obligación es por ley individualizada, personalizada e independiente de las demás que puedan derivarse para terceros, por lo que cada uno de los demandados se encuentra en distinta posición procesal respecto de la parte actora en orden a posibles relaciones sustantivas o materiales con ella e incluso por la existencia o no de actos de interrupción del tiempo de prescripción, que pueden operar respecto de unos y no de otros, a diferencia de la responsabilidad contractual, cuya eventual solidaridad procede de la obligación misma; todo ello “sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado”;

declaración esta última que deja abierto una especie de portillo a soluciones distintas basadas en la especial relación de conocimiento existente entre los técnicos y su aseguradora respecto de actuaciones anteriores contra otros agentes, como ocurre en el caso contemplado en la sentencia de 5 de Junio del mismo año en el que, con cita de la anterior, excluye la aplicación de esta doctrina puesto que entiende que se trata de daños continuados y que los técnicos recurrentes, amén de demandados, difícilmente podían encontrarse totalmente al margen de unas reclamaciones al propietario del edificio que la sentencia recurrida califica de numerosas y sucesivas desde que comenzaron a ejecutarse las obras de derribo hasta que se presentó la demanda, incluidas unas diligencias preliminares en que aquél facilitó a los perjudicados la identidad de los técnicos directores de tales obra.

IV.- Daños.

A diferencia del artículo 1591 del CC, referido a los “*daños y perjuicios*”, el artículo 17 de la LOE se refiere exclusivamente a los daños materiales que sufren los bienes del acreedor y sobre él instrumenta la responsabilidad civil de los que intervienen en la ejecución, desapareciendo el concepto tradicional de ruina que hasta la fecha había servido para calificar los vicios, incluida la denominada ruina funcional que, según reiterada jurisprudencia (STS 10 de septiembre de 2007, entre otras), tiene lugar en aquellos supuestos en los que los defectos constructivos inciden en la idoneidad de la cosa para su normal destino, y afectan al valor práctico de la utilidad, como exigencia, junto a la seguridad, de una adecuada construcción, teniendo una envergadura o gravedad que exceda de las imperfecciones corrientes haciendo inútil o impropia la cosa para su finalidad.

El artículo 1101, a su vez, regula la acción de indemnización procedente del incumplimiento imputable de una obligación y no persigue el logro de la efectividad de la prestación, ni la finalización del vínculo obligacional, sino reequilibrar la economía del acreedor tras el daño patrimonial sufrido por causa del incumplimiento y, además, exige que la inobservancia sea imputable al deudor; y en este sentido, esta Sala ha declarado que los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 son la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o causa mayor, la realidad de los

perjuicios y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos (STS de 3 de julio de 2001; 14 de febrero de 2007). El cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación es la tercera de las modalidades de infracción obligacional, y para el mismo, en casos como el debatido, aparte de que deben tenerse en cuenta los preceptos que, con carácter particular, regulan situaciones de prestaciones defectuosas en materia de compraventa (artículos 1484 y siguientes del Código Civil), es necesaria la presencia de la imputabilidad del deudor.

Fuera quedan también otros daños y perjuicios, y ello resulta a mi juicio indudablemente perturbador puesto que implica en la práctica que a la hora de reclamar indemnizaciones distintas, el perjudicado deberá hacerlo por medio de las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual, y ello supone combinar un doble régimen jurídico distinto y confuso en cuanto a la acumulación de acciones, legitimación, criterios de imputación y plazos existentes para reclamar las indemnizaciones, incluso cómputo de los mismos.

Lo que sí es posible es que esta suerte de daños u otros perjuicios económicos distintos de los materiales, incluso los causados a los muebles situados en el edificio, puedan ser objeto de las garantías que se prestan a través de los seguros, siempre que exista pacto al respecto. Dice el artículo 19.9 que Salvo pacto en contrario, las garantías a que se refiere esta Ley no cubrirán:

Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.

Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.

Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.

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.

Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio.

Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.

Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.

Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción.

Si esto ocurre, todos ellos quedarán al margen de los criterios de imputación establecidos en la Ley, puesto que no existe ninguna regulación al respecto, quedando sometidos al juego de las acciones pertinentes, contractuales o extracontractuales.

El hecho de que unos y otros estuvieran cubiertos por el artículo 1.591 del Código Civil, en directa relación de causalidad con el incumplimiento, no implica que sea de aplicación este precepto para aquellos daños no incluidos en el artículo 17 de la LOE: en primer lugar, porque la referencia expresa a los daños materiales en el edificio excluye cualquier otra regulación que se oponga a la misma. En segundo, porque no es posible la obtención de un efecto económico a partir de unos criterios de imputación de responsabilidad contrarios a la nueva ley.

De esa forma, todos ellos quedarán sometidos al régimen ordinario de responsabilidad civil, dado que no existe precepto específico que regule su resarcimiento, dejando sin contenido daños y perjuicios especialmente significativos como son: a) los perjuicios originados por el desalojo de la vivienda durante el tiempo prudencial de su reparación (SSTS 21 de junio 1999); b) daños corporales, como la enfermedad asmática generada a uno de sus ocupantes por la existencia de hongos en el domicilio a consecuencia de las humedades, a que se refiere la SAP de Asturias de 30 de Mayo de 1.994; c) honorarios del perito que redactó el informe acompañado a la demanda, incluido como perjuicio en distintas sentencias del (SSTS 5 y 6 de Abril de 1994), al entender que el actor se ve forzado a contratarlo, como único medio de poder formular su demanda con la debida y exigible aportación de los presupuestos fácticos sustentadores de la misma y delimitadores de la acción ejercitada, gastos que en la actualidad tienen su debido tratamiento en costas a los efectos de su abono, siguiendo el régimen propio de éstas, conforme al artículo 241.4 de la LEC, si se tiene en cuenta que en el carácter de prueba pericial que tiene en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; d) intereses del préstamo

hipotecario, a que se refiere la STS de 27 de abril de 1989; e) lucro cesante por el cierre de negocio de bar instalado en la edificación en virtud de un Decreto de la Alcaldía (STS 18 de junio de 2004); por los alquileres e ingresos dejados de percibir por la interrupción en la explotación de un negocio de carnicería ubicada en el supermercado de planta baja del edificio (STS 18 de junio 1998), y por el incremento de los vicios constructivos que afectaban al edificio, a su desalojo, con los consiguientes quebrantos no sólo económicos, sino morales, para los propietarios ocupantes, que adquirieron los pisos para que les sirviera de morada segura y no sometida a las contingencias negativas de una defectuosa construcción (STS 22 de noviembre de 1997), d) daños morales derivados de la pérdida de las vacaciones estivales por el actor y su familia (STS 10 de noviembre 2005); privación del uso en las condiciones exigibles de la vivienda y plazas de aparcamiento (SAP Madrid 17 de enero 2007).

Como se ha dicho, fuera de la de la Ley de la Ordenación de la Edificación quedan los daños ocasionados a edificaciones colindantes como consecuencia de las obras de demolición y del vaciado del terreno. Su falta de regulación resulta criticable puesto que muchas veces son difícilmente deslindables de los que se causan por una construcción en la que pueden aparecer comprometidos técnicos distintos. Estas obras, y el daño que resulta de su ejecución, se someten al régimen general establecido en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Hablamos en este caso de obra en construcción y no de obra construida por lo que el régimen de aplicación resulta asimismo distinto, tanto en lo que se refiere a la legitimación pasiva, como a los daños que pudieran resultar.

Los artículos en cuestión se aplican a partir de la existencia de un daño, de una acción u omisión culposa, y de una relación de causalidad entre el daño y la culpa y puede originar, y de hecho origina, una legitimación distinta de la que reconoce la LOE, desde el momento en que es el perjudicado por el daño quien acciona, y que debe soportarlo quien lo causa, sea o no alguno de los Agentes relacionados en la misma, con particular mención al Promotor, que no responde “*en todo caso*”, ni se le equipara al constructor ya que tal equiparación tiene por finalidad la ampliación de la garantía de los adquirentes de los pisos o locales y esta función no se da frente a quienes no ostentan ese carácter de compradores de los pisos o locales construidos. Tampoco tiene ninguna intervención en la dirección y ejecución de los trabajos, ni tiene un deber de cuidado sobre unas determinadas personas. Se limita a contratar la ejecución de una obra o

trabajo a una empresa autónoma en su organización y medios, o a personas capacitadas y con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la "lex artis", como son el Arquitecto, el Aparejador y la Constructora, y sobre ninguno tiene deber de vigilancia, salvo que aquél se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos de éste (18 de marzo 2000; 18 julio de 2002: 1 de abril de 2004).

Esta doctrina jurisprudencial ha sido matizada por la jurisprudencia (Sentencia de 11 de junio de 2008, en línea con otras anteriores), para responsabilizar a la promotora por los daños causados como consecuencia de unas obras realizadas en un solar en el que se estaban produciendo daños en el edificio colindante sin que hiciese nada por evitarlo, *“cual sería la paralización de las obras o el cambio de los técnicos directores”*.

“En aplicación del artículo 1903 del Código Civil, dice, no puede entenderse que el deber de diligencia del buen padre de familia del promotor se haya agotado en la elección de un técnico facultativo habilitado oficialmente...Afirmar lo contrario sería exonerar de responsabilidad al promotor siempre que contrate a técnicos con título oficial y, en su caso colegiados, realizando una generalización inaceptable que, a la vez que libera al promotor de toda responsabilidad fuera cual fuere el caso concreto, amplía la responsabilidad de los técnicos de forma cuasi-universal”.

La sentencia tiene en cuenta la doctrina contenida en otras anteriores, como las de 25 de enero y 2 de febrero de 2007, según las cuales *“en los casos en los que la realización de la obra se encarga a un contratista, la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista, asumiendo de manera exclusiva sus propios riesgos (SSTS de 4 de enero de 1982; 8 de mayo de 1999), dependencia que se produce cuando el contratista no actúa formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control de la propiedad o promotora de la obra o se encuentra incardinado en su organización correspondiéndole el control, vigilancia y dirección de las labores encargadas, de tal forma que será posible responsabilizarle del daño en aquellos supuestos en que no solo encarga la obra a personal especializado y cualificado profesionalmente con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la "lex artis", sino que designa a un director facultativo de la obra a quien compete exigir el cumplimiento*

de las especificaciones del proyecto, las normas de buena ejecución y las de Seguridad e Higiene en el Trabajo, pues ello es determinante de la responsabilidad por hecho de otro, según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903, y ésta no puede ser enervada por la existencia de un pacto en contrario entre los responsables, que no puede producir efectos en perjuicio de terceros ajenos al ámbito contractual en virtud del principio de relatividad del contrato”.

También es jurisprudencia reiterada, la que señala que *“puede incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa en la elección, cuya concurrencia depende de que las características de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de responsabilidad -que la más moderna doctrina y jurisprudencia no consideran como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC, sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista - (SSTS de 18 de julio de 2005; 3 de abril y 7 diciembre de 2006)”.*

El criterio de imputación resulta del hecho de no adoptar en las demoliciones y excavaciones las medidas precautorias oportunas a fin de evitar los daños para los inmuebles vecinos. Se responde cuando, de haberse tomado, el derrumbamiento no se habría producido (SSTS 26 diciembre 1995; 22 de julio 2002). La diligencia exigible comprende la previsión necesaria para evitar que los riesgos potenciales se conviertan en accidente real, en cuya previsión han de tenerse en cuenta las posibles degradaciones derivadas de la incidencia de los agentes atmosféricos (SSTS 25 septiembre 1986; 28 febrero 1991; 25 de septiembre de 1996).

V.- Reparación.

La ejecución defectuosa o inadecuada a la pericia profesional exigida en cada caso, determina la responsabilidad por los daños ocasionados.

Ahora bien, el problema, más aparente que real, radica en determinar, tanto en relación con el artículo 1.591 del CC, como ahora con la LOE, si la obligación que se impone es

una obligación de hacer, un “facere”, que se hará efectivo en ejecución de sentencia, a cargo del condenado, consistente en reparar los daños, o cabe la pretensión simplemente resarcitoria en la cantidad en que sea tasada la reparación del daño causado al edificio.

Lo cierto es que la clara dicción tanto del artículo 1591 (*“responder de los daños y perjuicios”*), y del artículo 17 de la LOE, limitado a señalar que los responsables del daño *“responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes”*, no invitan a plantearnos problemas de interpretación sobre lo que debe ser el resultado de la obligación incumplida, y ni uno ni otro justifican la incertidumbre que tanto ha preocupado a la doctrina y la jurisprudencia en relación a si estamos ante una obligación de hacer o simplemente indemnizatoria, cuyo importe se adecue al coste de las reparaciones que hayan de efectuarse para remediar los males constructivos, puesto que caben las dos soluciones, como incluso de una forma expresa dispone el artículo 19.6 de la LOE, al decir que *“el asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos”*. Lo contrario, como afirma la Sentencia de 20 de diciembre de 2004, con relación al artículo 1591 CC, *“supondría atribuir a la acción un carácter subsidiario, y no principal, que el texto legal no impone, ni consiente; debiendo, finalmente, resaltarse que cuando se conceden varias acciones, el interesado puede elegir la que estima más conveniente a la satisfacción de su legítimo interés”*.

Todo ello como consecuencia racional y lógica de que el fin de la indemnización es tanto como la reparación o compensación y trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o, al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño, y que, la solución indemnizatoria es más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo.

La incertidumbre, como decíamos, se había trasladado al artículo 1591. La sentencia de 17 de marzo de 1995, y una reiterada jurisprudencia anterior (SSTS de 2 diciembre 1994 y 13 mayo 1996), declaró que el artículo 1591 del Código Civil imponía primordialmente al contratista y a los técnicos (cuando todos ellos sean los responsables) una obligación de hacer y, en consecuencia, se le debe aplicar la regla

contenida en el artículo. 1098 CC., de manera que *“si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa”*.

Pero junto a esta línea, existía otra más acertada que venía admitir junto a la obligación de reponer las cosas al estado que tenían antes del daño, la de indemnizar los daños y perjuicios propiamente dichos, con el complemento, en su caso, de los perjuicios, a través del ejercicio acumulado de otras acciones, puesto que no están incluidos en el artículo 17 LOE.

La indemnización se acomoda al coste de las reparaciones que hayan de efectuarse para remediar los males constructivos como consecuencia racional y lógica de que *“el fin de la indemnización es tanto como reparación o compensación y trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o, al menos equivalente a la que tenía antes de haber sufrido el daño”* (SSTS 1 de julio de 1993; 7 de noviembre de 1994).

Lo contrario sería tanto como quebrar de una forma manifiesta el respeto a la tutela judicial efectiva, a la que no puede constituir obstáculo interpretaciones estrictas de los requisitos y formas del proceso o de la sentencia que le pone fin, y que, además, contradicen no solo el artículo 1098 CC, sino la lógica de las cosas desde la idea de que obligaría al perjudicado a soportar un “hacer” a costa de quien causó el daño, que, por sentido de las cosas, ni está en condiciones de reparar ni tiene interés en hacerlo en la forma que le impone la sentencia.

En la actualidad el problema está resuelto en las sentencias de 10 de marzo de 2004, 3 de octubre de 1979, 30 de septiembre de 1983, 27 de abril de 1984 y 27 de octubre de 1987, entre otras. Especialmente significativa es la de 10 de Marzo de 2004, que, con relación al artículo 1.591, admite tres posibilidades:

a) Obras de subsanación y reparación "in natura" a cargo del contratista y en su caso del promotor, técnicos y personas que resultasen condenadas, a fin de dejar el edificio en condiciones de seguridad y habitabilidad suficientes (SSTS de 13 de julio y 10 de noviembre de 1995; 29 de mayo de 1997; 18 de diciembre de 1999 y 31 de marzo de 2000).

- b) Reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas por la perjudicada en la ejecución de las obras restauradoras de los vicios constructivos cuando los gastos correspondientes son exclusivamente de cargo de los que intervinieron en el proceso edificativo, que no los asumieron en su debido tiempo y las reparaciones dinerarias actúan así como las procedentes, pues la ejecución "in natura" en estos casos daría lugar a dilaciones y conflictos (STS de 8 de noviembre de 2002), y
- c) Cuando se plantea demanda para solicitar que se fije cantidad determinada para que la demandante pueda afrontar por sí misma y atender al costo de los trabajos y actividades necesarias de consolidación, refuerzo y reparaciones en general en las zonas del inmueble afectadas por la situación de ruina, debiendo estarse al resultado de las pruebas para determinar su importe (SSTS de 10 de marzo de 2001 y 18 de diciembre de 2001).

Esta línea está representada por la STS de 13 de julio de 2005, bien es cierto que de forma matizada en cuanto viene a sostener que el derecho a pedir el cumplimiento in natura no excluye la posibilidad de una reclamación directa indemnizatoria, como excepción a la regla general del artículo 1098 CC y para ello se requiere:

- a) que el demandante haya requerido por cualquier medio que debe ser probado la realización de las reparaciones exigidas según el estado de la obra;
- b) que el demandado haya incumplido la obligación voluntariamente "*por haber incurrido en dolo o culpa o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (artículo. 1101 CC)*" (SSTS de 3 de julio de 1989 y 12 de diciembre de 1990), y
- c) que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales.

Admitiendo, por tanto, que el principio indemnizatorio está presente tanto en el artículo 1591, como en el 17 de la LOE, la sentencia que se aparta de los términos en que fue planteado el debate, concediendo una indemnización cuyo importe se corresponda al coste de las reparaciones que hayan de efectuarse para remediar los males constructivos, en lugar en lugar de reparar el daño, no incurre en incongruencia, ante la imposibilidad de llevar ésta a cabo, como señala la jurisprudencia más reciente (SSTS de 24 de septiembre de 2004; 20 de junio de 2007); criterio distinto al que mantuvo la sentencia de 12 de noviembre de 1976 que casó la de la Audiencia por incurrir en vicio

de incongruencia al haber condenado al constructor demandado a pagar una cantidad al demandante cuando éste había pedido la realización de las correspondientes obras de reparación.

Lo que no es posible es diferir esta cuantificación al trámite de ejecución de sentencia. El artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impide al demandante pretender y al Tribunal acoger que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución, y ello obligará a quien demanda bien a cuantificar el daño mediante prueba pericial, si es que se considera necesaria, bien a establecer las bases con las que poder ejecutar en dicho trámite. La ejecución deberá seguir los trámites de la ejecución dineraria de los arts. 571 a 698 de la LEC, y del artículo 706 cuando lo solicitado es el arreglo de los vicios, de evidente más complejidad.

VI.- Propietarios y Usuarios.

Con absoluta falta de rigor, se incluye a los usuarios de los edificios entre los agentes, no como responsables activos sino pasivos en cuanto se les impone la obligación de soportar el daño si este se produce por no conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, o por no utilizar adecuadamente los edificios o de parte de los mismos de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento, contenidas en la documentación de la obra ejecutada (arts 16 y 17.8 LOE). Bastaba con la mención en el artículo 17.8 de la ley como causa de exoneración del daño, e incluso sobraba su mención desde la idea de que acreditado que los daños no han tenido su origen en defectos constructivos, sino en la ausencia de mantenimiento del edificio, no hay nexo causal entre aquellos vicios y defectos, puesto que su origen está en la falta de su adecuada conservación.

Es razón por lo que el 16 LOE obliga a los propietarios y los usuarios a conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento. También a recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías con que ésta cuenta, así como a utilizar adecuadamente los edificios o de parte de los mismos de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento, contenidas en la documentación de la obra ejecutada.

Mantener, dice el Anejo III, es el *“conjunto de actividades destinadas a conservar el edificio o las partes que lo componen para que, con una fiabilidad adecuada, cumplan con las exigencias establecidas”*, mientras que mantenimiento previsto es aquel que, para cada edificio, *“consiste en el cumplimiento de las Instrucciones de uso y mantenimiento contenidas en el Libro del Edificio”*.

Obligación suya es, por tanto, utilizar el edificio y sus instalaciones *“de conformidad con las instrucciones de uso, absteniéndose de hacer un uso incompatible con el previsto”*, conservarlo en buen estado, mantenerlo mediante un plan previamente establecido por un técnico competente, realizar las inspecciones reglamentariamente establecidas y conservar su correspondiente documentación incorporando a la misma *“todas las intervenciones, ya sean de reparación, reforma o rehabilitación realizadas sobre el mismo, consignándolas en el Libro del Edificio”*.

Para cumplimentar adecuadamente esta obligación, será preciso que la promotora cumpla el deber de información. Sin información sobre la necesidad y forma de llevar a cabo el mantenimiento, más allá de la simple limpieza de determinados elementos, difícilmente puede hablarse de culpa en la actuación de los propietarios o usuarios, ni por ende de responsabilidad. Quien construye, conoce los problemas que puede presentar el edificio, conforme a la solución arquitectónica elegida, y deberá advertir de ello a los propietarios.

En cualquier caso, este compromiso del usuario con la obra terminada y entregada no enerva la responsabilidad de los agentes si se acredita que el daño no deviene de una falta de mantenimiento, sino de la ejecución misma de la obra, y se concreta en el artículo 8.2 del CTE.

Algunos DB contienen datos concretos con el fin de facilitar el mantenimiento, señalando el artículo 8 del CTE que el Libro se *“completará con lo que se establezca, en su caso, en los DB para el cumplimiento de las exigencias básicas del CTE”*.

Obligación suya es asimismo poner en conocimiento de los responsables del mantenimiento cualquier anomalía que se observe en el funcionamiento del edificio, de tal forma que producido el daño existe un deber de colaboración por parte del dueño de

la obra que le obliga a dar cuenta inmediata del mismo a quienes tienen la obligación de responder. Se trata de facilitar la liberación de constructores y técnicos poniendo diligentemente en su conocimiento esos vicios conocidos a fin de permitirles hacer las oportunas comprobaciones, y proceder a su reparación si fuera procedente, evitando el daño o su agravación.

Este Libro documenta la obra ejecutada, conforme al artículo 7 de la LOE (el artículo 8 CTE se refiere a este Libro en términos similares, concretando aun más si cabe su contenido), en el que se dispone que *“una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de la obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos”*, con la indicación de que *“a dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que sea de aplicación”*, con la precisión de que *“toda la documentación a que hacen referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio”*.

La LOE, dice la STS de 18 de marzo de 2002, ha creado la figura jurídica del Libro del Edificio, que operará como documentación registrada de la historia constructiva, y la determinación de su alcance jurídico, que no es fijada en el texto legal, corresponderá a los Tribunales cuando surjan contiendas sobre su naturaleza jurídica, calificación, vinculación y efectividad para las partes interesadas, especialmente respecto a los adquirentes finales del edificio, a los que se les entregará obligatoriamente un ejemplar de dicho Libro en un momento coincidente con el de la transmisión del inmueble.

Lo cierto es que con estas medidas se crean nuevas obligaciones para los usuarios y un nuevo reto para las Comunidades de Propietarios.

José Antonio Seijas Quintana.

Magistrado Sala Primera.

Tribunal Supremo.

Oviedo, Mayo 2009.

