

1.6. Responsabilidad civil

La indemnidad del promotor inmobiliario en la vía de regreso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de noviembre de 2016

*The indemnity of the property developer
in the action for recovery.*

*Commentary on the Judgment of the Supreme
Court (First Chamber) of November 28, 2016*

por

PEDRO PÉREZ-CABALLERO ABAD
Doctorando en Derecho. Abogado

RESUMEN: El régimen de responsabilidad solidaria por defectos constructivos que se establece en la relación externa, entre el propietario y los agentes de la edificación, es distinto del régimen de funcionamiento de la solidaridad en la relación interna de tales agentes entre sí. Esta distinción se hace visible en el caso del promotor inmobiliario que no ha intervenido en el origen del daño, quien deberá responder íntegramente frente al propietario perjudicado pero podrá quedar posteriormente indemne en su relación con los restantes agentes de la edificación. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2016 aborda esta cuestión y desautoriza la polémica Sentencia de la misma Sala, de 13 de marzo de 2007, que había generado dudas en relación con el funcionamiento de la solidaridad pasiva en la vía de regreso.

ABSTRACT: *The system of joint and several liability for construction defects established in the external relationship between the owner and the building agents is different from the system of joint and several liability in the internal relationship of such agents to each other. This distinction is made clear in the case of the property developer who was not directly involved in the origin of the damage, who must respond in full to the injured owner, but may later be indemnified in his relationship with the other building agents. The recent judgment of the Supreme Court of November 28, 2016 addresses this issue, and overrules the controversial judgment of the same Chamber of March 13, 2007, which had raised doubts regarding the operation of passive joint and several liability in the action for recovery.*

PALABRAS CLAVE: Promotor inmobiliario. Responsabilidad solidaria. Acción de regreso. Indemnidad. Cosa juzgada.

KEY WORDS: *Property developer. Joint and several liability. Action for recovery. Indemnity. Res judicata.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA Y LAS CUESTIONES PLANTEADAS.—III. EL RÉGIMEN DE LA SOLIDARIDAD PASIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROMOTOR: 1. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL PROMOTOR EN LA RELACIÓN EXTERNA FRENTE AL PROPIETARIO. 2. EL RÉGIMEN DE LA SOLIDARIDAD PASIVA DEL PROMOTOR EN LA RELACIÓN INTERNA CON LOS DEMÁS AGENTES CONDENADOS, Y SU INDEMNIDAD.—IV. LA INEFICACIA DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA MATERIAL EN LA VÍA DE REGRESO: 1. LA FALTA DE IDENTIDAD ENTRE *PETITUM* Y *CAUSA PETENDI*. 2. LA DESAUTORIZACIÓN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE MARZO DE 2007.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de construcción de los edificios, por su propia configuración y por la progresiva especialización de sus técnicas, hace necesaria la intervención de una pluralidad de agentes que toman parte en su desarrollo, se interrelacionan en sus funciones y contribuyen a su resultado.

Esta situación congénita en el ámbito de la edificación provoca que el sector sea especialmente propenso a sufrir escenarios complejos de legitimación pasiva cuando el edificio presenta daños derivados de defectos constructivos que, en la mayor parte de los casos, se resuelven mediante el uso de la regla excepcional de la solidaridad¹.

El frecuente recurso de los tribunales a la condena solidaria obedece a la mayor protección que se quiere dispensar al propietario o subadquirente del edificio², cuando no resulta posible acreditar el origen del daño o el grado de contribución causal de los agentes que lo han perpetrado.

No obstante, el régimen de responsabilidad solidaria que se establece en la relación externa, que une al común de los agentes de la edificación frente al propietario perjudicado, es distinto y no puede confundirse con el funcionamiento de la solidaridad en la relación interna de tales agentes entre sí.

Un caso particular en el que se hace visible esa necesaria distinción es el del promotor profesional que actúa en el proceso únicamente en su condición de tal, esto es, el promotor cuyo rol es el de asumir la iniciativa e impulsar las obras de edificación para su venta a terceros, sin participar materialmente en la construcción ni en la toma de decisiones de naturaleza técnica.

La reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2016, de la que ha sido ponente el magistrado Exmo. Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO, analiza esta disociación de regímenes en un caso en el que se plantea, como cuestión de fondo, si en un contrato de obra sujeto a la responsabilidad prevista en el artículo 1591 del Código Civil, y tras la condena solidaria a varios agentes de la edificación a asumir el coste de las reparaciones por los defectos constructivos observados, el promotor, que no ha intervenido directamente en el proceso constructivo, puede, en la relación interna, oponerse con éxito a la acción de regreso que ejercita en su contra la empresa constructora que finalmente pagó el coste de las reparaciones por el importe

de su cuota de responsabilidad, que le correspondía de acuerdo con la condena solidaria impuesta.

Esta Sentencia resuelve, con acierto, que el promotor inmobiliario que no ha intervenido en el origen del daño debe quedar indemne de responsabilidad en la relación interna frente a los demás agentes de la edificación que sí lo provocaron.

II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA Y LAS CUESTIONES PLANTEADAS

El procedimiento que da origen a la Sentencia comentada trae causa de un litigio anterior en el que promotor, constructor y aparejador, fueron condenados solidariamente a asumir el coste de las obras de reparación de un edificio que resultó dañado como consecuencia de determinados defectos constructivos.

La reclamación fue efectuada por las subcomunidades de los garajes del edificio en ejercicio de la acción prevista en el artículo 1591 del Código Civil. La Sentencia de Primera Instancia, confirmada en apelación, condenó a la empresa constructora por no actuar conforme a las exigencias de su *lex artis* y condenó al aparejador por el incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia y de control. La empresa promotora también fue condenada por su responsabilidad con los adquirentes de la obra, aun cuando no tomó parte en la realización directa de la misma.

Al no haberse podido precisar la contribución causal de cada uno de los intervenientes en el daño, se declaró la responsabilidad solidaria entre todos ellos. En fase de ejecución de Sentencia, la constructora asumió frente a las subcomunidades de los garajes los importes objeto de reclamación.

Son datos relevantes en el supuesto de hecho, por tanto, los dos siguientes. En primer lugar, se considera probado que el promotor no participó de forma causal y efectiva en el origen del daño, sino que su actividad se limitó a contratar a los agentes que intervinieron en el proceso constructivo. Y, en segundo lugar, fue la empresa constructora quien satisfizo al demandante el pago de las obras de reparación a las que resultaron condenados solidariamente los agentes de la edificación.

Ya en el segundo proceso, la empresa constructora ejercita la acción de regreso pretendiendo la redistribución del pago satisfecho por partes iguales entre todos los condenados solidarios. De este modo dirige su demanda contra el aparejador, quien se allana parcialmente, y contra el promotor inmobiliario, quien se opone y reconviene solicitando que se declare su falta de responsabilidad en las deficiencias observadas en el proceso constructivo.

La Sentencia de Primera Instancia estima la demanda promovida por la empresa constructora y condena tanto al aparejador como al promotor a reintegrar al constructor las cantidades conforme a su cuota, de manera que cada uno de los tres agentes debe pagar un tercio del total objeto de condena en el pleito antecedente. Esta Sentencia destaca el carácter vinculante de la Sentencia recaída en el anterior proceso, en la que se ejercitó la acción del artículo 1591 del Código Civil, apostillando que no es posible individualizar la cuota de responsabilidad de cada uno de los codemandados al no haberse desplegado prueba en dicho proceso, por lo que debía establecerse una proporción por partes iguales. En cuanto a la reconvenCIÓN, considera que no cabe revisar la responsabilidad de la promotora al tratarse de una cuestión solventada en Sentencia firme.

La Sentencia de la Audiencia Provincial³, en grado de apelación, estima el recurso planteado por el promotor inmobiliario y revoca la Sentencia de Primera Instancia, básicamente, en el sentido de absolver a este agente de la edificación, desestimar su reconvenión y confirmar la condena impuesta al aparejador.

El pronunciamiento da lugar al recurso de casación⁴ promovido por el constructor al considerar que la Sentencia de la Audiencia Provincial infringe el artículo 1145 del Código Civil en relación con el artículo 1138 del mismo texto. Según la argumentación del recurrente y su interpretación de tales preceptos, el condenado en solidaridad no puede resultar exonerado, en la vía de regreso, del pago de su correspondiente cuota de responsabilidad fijada por Sentencia firme en un pleito anterior. En apoyo de su planteamiento invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007.

El Tribunal Supremo se enfrenta a dos cuestiones fundamentales para solucionar el caso: la que atañe al régimen de la solidaridad pasiva, vista desde la posición que asume el promotor inmobiliario en el proceso de la edificación, y el alcance limitado de la excepción de cosa juzgada material en la vía de regreso. Un adecuado análisis de las mismas le conduce a confirmar, con acierto, el criterio mantenido por la Sentencia recurrida. Veámoslo.

III. EL RÉGIMEN DE LA SOLIDARIDAD PASIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROMOTOR

La configuración de la solidaridad se disciplina, con carácter general, en los artículos 1137 a 1148 del Código Civil. Señaladamente, los artículos 1137 y 1138 de dicho texto configuran como excepcional el régimen de la solidaridad de manera que, si del texto de las obligaciones no resulta otra cosa, se entenderá la obligación dividida en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya.

Desde la perspectiva de la solidaridad pasiva, la razón de ser de la presunción de mancomunidad se acomoda al principio del *favor debitoris*, entendiéndose que el deudor quiso obligarse a lo menos oneroso cuando se constituyó en obligado frente a su acreedor⁵.

En el ámbito especial de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, ese carácter excepcional de la solidaridad pasiva queda hoy patente en el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que reserva este régimen de responsabilidad para aquellos casos en los que no pueda individualizarse (*rectius*, determinarse⁶) la causa de los daños materiales, o bien quede probada una concurrencia de causas⁷ sin posibilidad de precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido.

Estos supuestos excepcionales de responsabilidad solidaria que refleja el precepto son, en realidad, la consolidación en una norma con rango de ley de los requisitos que ya se contemplaban en la jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 del Código Civil⁸ en casos como el que aborda la Sentencia que es objeto de este estudio.

Junto con estos supuestos excepcionales de responsabilidad solidaria, el segundo inciso del mismo artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación contempla otro caso de solidaridad que también supone la confirmación legal de la jurisprudencia anterior⁹ recaída en interpretación del artículo 1591 del Código Civil: el supuesto de la responsabilidad solidaria del promotor inmobiliario, quien responderá «en todo caso» con los demás agentes intervenientes en el proceso

de la edificación de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de construcción.

La Sentencia glosada explica, a este respecto, que no puede confundirse la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación frente a los adquirentes de la misma, donde el promotor tiene una específica responsabilidad que le hace responder en todo caso de los daños ocasionados, con el funcionamiento de la solidaridad en el régimen interno entre los agentes que da lugar a la acción de regreso del codeudor que realizó el pago frente al perjudicado. Ambos planos de responsabilidad no son asimilables de forma automática.

1. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL PROMOTOR EN LA RELACIÓN EXTERNA FRENTE AL PROPIETARIO

Cuando el edificio construido presenta daños materiales a consecuencia de determinados defectos ocasionados durante su proceso de fabricación, el propietario perjudicado puede ejercitar acción para obtener su reparación frente a los distintos agentes que han intervenido en tal proceso.

Podía hacerlo antes por vía del artículo 1591 del Código Civil, y puede hacerlo ahora con fundamento en el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, precepto que, en lo que aquí nos ocupa y como hemos apuntado, no es sino un trasunto de la jurisprudencia ya consolidada en esta materia, si bien con un alcance más limitado en cuanto a los daños reclamables¹⁰.

Entre los diversos agentes que toman parte en el hecho constructivo, el promotor inmobiliario está sujeto a un régimen de responsabilidad agravada frente al propietario puesto que responde solidariamente junto con los restantes intervenientes en la edificación como garante de su buen resultado global, y con independencia de que concurra su culpa o negligencia en el acontecimiento que originó el daño¹¹.

Desde el punto de vista del propietario perjudicado resulta irrelevante, por tanto, que el promotor inmobiliario haya influido causalmente en el resultado dañoso, bien sea mediante la ejecución material de la obra a través de sus propios medios o bien mediante la toma de desacertadas decisiones de naturaleza técnica. Aun en el caso de que el promotor no hubiera participado en absoluto en tales labores o decisiones su responsabilidad frente al propietario se mantiene invariable, lo que se ha explicado como un supuesto de responsabilidad por hecho de otro, en función de mero garante, con un matiz objetivo¹².

El sistema de responsabilidad solidaria del promotor en la relación externa frente al propietario obedece a la intención del legislador de asegurar una mayor solvencia en la posición deudora para hacer efectivo el resarcimiento al perjudicado¹³, lo que cobra su sentido si consideramos que existe un motivo de peso legislativo para ello, como es la mayor protección que merece el adquirente como parte débil en el tráfico inmobiliario¹⁴.

De esta manera, existen distintas razones¹⁵ para justificar que sea concretamente el promotor inmobiliario quien deba soportar la carga de garantizar el correcto resultado de la edificación frente al perjudicado, como lo son su decisiva intervención en el proceso de construcción para destinárlas al tráfico de venta a terceros, su consideración como beneficiario económico del negocio jurídico en el que se manifiesta actualmente la construcción de las viviendas o la protección de los intereses de los adquirentes que son considerados como prioritarios por el legislador.

La responsabilidad solidaria del promotor inmobiliario frente al propietario perjudicado, por tanto, se configura como un supuesto de responsabilidad solidaria específica y peculiar entre estos dos sujetos, que debe diferenciarse del régimen de responsabilidad solidaria que envuelve a los agentes de la edificación entre sí, y al que nos referimos a continuación.

2. EL RÉGIMEN DE LA SOLIDARIDAD PASIVA DEL PROMOTOR EN LA RELACIÓN INTERNA CON LOS DEMÁS AGENTES CONDENADOS, Y SU INDEMNIDAD

El artículo 1145 del Código Civil, precepto que es objeto de análisis en la Sentencia comentada, se refiere únicamente al régimen de la solidaridad pasiva. En su segundo inciso concede una acción de repetición a aquel codeudor solidario que satisfizo el pago de la deuda frente al acreedor común.

Se ha planteado si el codeudor que paga en la relación externa, liberando así al resto de los codeudores de la deuda frente al acreedor, puede subrogarse en la posición de este o, más bien, el pago extingue la deuda primigenia y aflora un nuevo derecho de crédito¹⁶ a favor del deudor *solvēns* frente a los restantes obligados solidarios.

La jurisprudencia¹⁷ ha destacado la diferencia entre ambas figuras. De acuerdo con ella, el codeudor solidario que paga al acreedor no se subroga en el crédito sino que este se extingue y, para evitar un enriquecimiento sin causa, se provee a aquel de la acción de regreso para reclamar la parte que corresponda a cada uno de los restantes codeudores solidarios.

Lo que parece claro es que la acción de regreso instada conforme al segundo párrafo del artículo 1145 del Código Civil no permite mantener la solidaridad en la relación interna entre los codeudores, sino que pasa a regir entre ellos la mancomunidad¹⁸.

Este mismo planteamiento es el que late en la Sentencia comentada cuando incide en que el pago que realizó la constructora (codeudor *solvēns*) frente a las subcomunidades de garajes (acreedor común) no comporta una subrogación de la primera en los derechos de la segunda, sino un nuevo derecho de repetición para reclamar al resto de los codeudores la parte que les corresponda «*con arreglo a su cuota de participación en la producción del daño causado*»¹⁹, sin que el nuevo proceso venga condicionado por la Sentencia que fijó, con carácter general, la responsabilidad solidaria.

De esta manera, se asienta una pauta que es fundamental para comprender el alcance de las responsabilidades internas entre el promotor y los demás agentes de la edificación por vicios constructivos. Si bien desde el punto de vista del propietario perjudicado resulta irrelevante que el promotor haya intervenido causalmente en el origen del daño, como hemos dicho más arriba, la cuestión se torna decisiva en el régimen de responsabilidad interno en el que se dirime la cuota de responsabilidad entre los agentes intervenientes.

En el caso analizado, la ausencia de participación causal y directa por parte del promotor en el defecto observado resulta clave, y es precisamente esta la circunstancia que justifica su exención de responsabilidad. Así, existe una diferencia de trato clara entre el promotor que únicamente actúa en su condición de tal (como es el caso del mero promotor-vendedor), y el promotor que, además, actúa en otra condición (como podría ser el caso del promotor-constructor).

Al promotor que únicamente actúa en su condición de tal, limitándose a impulsar la edificación sin intervenir en la proyección, en las decisiones técnicas

o en la ejecución, no podrá reputársele una contribución material y directa en el origen del daño²⁰ y, en consecuencia, no habrá de responder del daño en la relación interna con los demás agentes de la edificación.

Por ello, la posición del promotor se explica como la de un garante incondicional provisional²¹, aunque solo en la relación externa, pudiendo repetir por el todo siempre que haya actuado en su condición de tal, y no cuando lo haya hecho, además, en condición de constructor²² u otras figuras con atribuciones técnicas en la obra²³, en cuyo caso habría que evaluar su participación en el origen del daño en el caso concreto.

IV. LA INEFICACIA DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA MATERIAL EN LA VÍA DE REGRESO

1. LA FALTA DE IDENTIDAD ENTRE *PETITUM* Y *CAUSA PETENDI*

Como corolario procesal de la doctrina expuesta en los epígrafes anteriores, la Sentencia comentada alcanza la convicción de que no existe eficacia de cosa juzgada material porque no concurre la identidad entre la *causa petendi* y el *petitum*.

Tampoco concurre, podríamos añadir, la identidad subjetiva. Al menos, no en cuanto al mantenimiento de sus posiciones procesales activa y pasiva ya que, en todo caso, quien ocupó la posición de demandante en el pleito inicial (el propietario perjudicado), desaparece en el segundo pleito sin que sea pacíficamente admitida, como se ha dicho más arriba, la tesis de la subrogación del codeudor *solvens* en su lugar.

Ciertamente, el procedimiento judicial primigenio es el que tiene lugar en la relación externa para dirimir las responsabilidades de las que debe responder el conjunto de los agentes de la edificación, como parte demandada, frente al propietario perjudicado, como parte demandante. En tal procedimiento lo que se enjuicia es la responsabilidad derivada de los daños materiales causados en el edificio con arreglo a la acción del artículo 1591 del Código Civil.

Por su parte, el segundo procedimiento es el que atañe a la relación interna de los agentes de la edificación entre sí para dirimir sus responsabilidades por el daño ocasionado. En este proceso lo que se enjuicia es la cuota de responsabilidad que corresponde asumir a cada uno de los intervenientes con arreglo a la acción de regreso que establece el artículo 1145 del Código Civil, impulsada por el codeudor *solvens* en su condición de demandante frente a los restantes agentes de la edificación, en su condición de demandados.

La ineficacia de la excepción de cosa juzgada en la vía de regreso ya había sido advertida por la doctrina²⁴ bajo el razonamiento de que, en efecto, los litigantes no actúan en el segundo pleito en la misma condición que lo hicieron en el primero y, además, el segundo proceso no tiene el mismo objeto que el anterior, lo que nos aleja del tenor del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. LA DESAUTORIZACIÓN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE MARZO DE 2007

Las anteriores conclusiones que se alcanzan en la Sentencia comentada no se ven empañadas por la polémica²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de

marzo de 2007, expresamente invocada por el constructor, recurrente en casación, en el caso analizado.

Esta Sentencia, de la que fue magistrado ponente el Exmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE, enjuició un caso en el que la entidad aseguradora de los arquitectos condenados, que satisfizo el pago frente al acreedor común tras el primer pleito, ejercitó acción en vía de regreso frente a los otros codemandados en el juicio anterior con la pretensión de establecer nuevas cuotas según unos determinados porcentajes.

A juicio de la Sala la pretensión contravenía el criterio de partes iguales inherente a la condena previa, lo que se razonó explicando que la responsabilidad solidaria establecida en la primera Sentencia, que no es originaria sino sobrevenida *eventum litis*, es fruto del fracaso probatorio de cada uno de los demandados en la fijación de cuotas distintas a las establecidas, de suerte que pretender una alteración de las mismas en un segundo pleito supondría una revisión encubierta de la cosa juzgada.

La resolución contó con el voto particular discrepante del magistrado Exmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER quien razonó que son distintas tanto la relación jurídica, como la pretensión y las personas que intervienen en uno y otro proceso, de forma que no cabe admitir la excepción de cosa juzgada. También argumentó que la solidaridad establecida en el primer proceso no impide, conforme al artículo 1145 del Código Civil, que los condenados, cualquiera que sea el grado de dificultad que comporte, puedan tratar de resolver en un nuevo litigio los problemas de la determinación, cuantificación o, incluso, exención de responsabilidad, pues entre los codemandados no hubo litisconsorcio pasivo necesario, ni actuaron en el segundo proceso con la misma calidad que en el primero.

Este criterio mantenido en el voto disidente es el que, a la postre, se ha impuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así cabe colegirlo en otras Sentencias posteriores de la misma Sala, como la de 21 de septiembre de 2010 o, precisamente, la que aquí comentamos de fecha 28 de noviembre de 2016.

En la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2010, de la que fue ponente el magistrado Exmo. Sr. D. Rafael GIMENO-BAYÓN, se enjuicia un supuesto de hecho que, aunque no tiene que ver con el ámbito de la edificación²⁶, su *ratio* sí es idéntica a la seguida en la Sentencia aquí comentada, de 28 de noviembre de 2016.

En ambas Sentencias, de 21 de septiembre de 2010 y de 28 de noviembre de 2016, se aprecia el mismo razonamiento, que debe ser considerado como jurisprudencia a los efectos del artículo 1.6 del Código Civil por su reiteración, consistente en que el artículo 1145 del mismo texto permite que el deudor *solvens*, en efecto, pueda acudir a un procedimiento posterior en ejercicio de la acción de regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los sujetos involucrados en la relación interna.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2016 alude a la ya citada de 13 de marzo de 2007 para decir de ella que se trata de una «*resolución aislada que no modifica la doctrina jurisprudencial de esta Sala*», expresión de la que no cabe interpretar cosa distinta que una genuina desautorización de sus postulados.

La solidaridad impuesta en el primer procedimiento, como bien se ha dicho²⁷, no es más que el punto de partida de la controversia del segundo, por lo que no existe riesgo de resoluciones contradictorias ni vulneración de la cosa juzgada material.

V. CONCLUSIONES

I. En el ámbito de la responsabilidad de los agentes de la edificación por los daños materiales causados en el edificio, debe diferenciarse el régimen de la solidaridad pasiva al que puede haber lugar en la relación externa frente al propietario, del régimen de responsabilidad interno de los agentes entre sí, el cual se diríme en la vía de regreso. Ambos planos de responsabilidad no pueden asimilarse automáticamente.

II. En la relación externa, la responsabilidad solidaria del promotor es incondicionada y provisional. Resulta irrelevante su grado de contribución causal al daño.

III. A diferencia de lo que ocurre en la relación externa, en la relación interna la ausencia de contribución causal del promotor en el origen del daño es un criterio clave para absolverle de responsabilidad y mantenerle indemne en su patrimonio. En este sentido, existe una clara diferencia de trato entre el promotor que únicamente ha actuado en su condición de tal (como es el caso del mero promotor-vendedor), y el promotor que ha actuado, además, en otra condición (como podría ser el caso del promotor-constructor).

IV. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2016, desautoriza la doctrina contenida en la Sentencia de la misma Sala de 13 de marzo de 2007, por la que se consideró que no procedía un segundo pleito entre codeudores para variar la proporción de las cuotas de responsabilidad que habían sido fijadas por igual conforme a la condena solidaria del primer litigio, por vulnerarse los límites de la cosa juzgada.

V. Como corolario procesal de la doctrina expuesta en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2016, la excepción de cosa juzgada no es oponible porque no concurre la identidad entre *causa petendi* y *petitum*. Así, mientras en el primer pleito se enjuicia la responsabilidad externa de los agentes frente al perjudicado, conforme al artículo 1591 del Código Civil, en el segundo pleito se diríme la responsabilidad de los agentes en sus reclamaciones internas en relación con el daño ocasionado, conforme a los artículos 1145 y 1138 del Código Civil.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 25 de enero de 1993
- STS de 16 de julio de 2001
- STS de 27 de febrero de 2004
- STS de 13 de marzo de 2007
- STS de 5 de mayo de 2010
- STS de 21 de septiembre de 2010
- STS de 13 de abril de 2016
- STS de 28 de noviembre de 2016
- SAP La Coruña de 29 de abril de 2005
- SAP Madrid de 13 de julio de 2009
- SAP Madrid de 23 de abril de 2012
- SAP La Coruña de 23 de junio de 2014

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, M. P. (2002). *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*. Navarra: Aranzadi.
- CAFFARENA LAPORTA, J. (1991). Comentario del artículo 1145 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código Civil*, Tomo II. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia (139-142).
- CARRASCO PERERA, Á. (2002). La Jurisprudencia post-LOE: ¿Ha cambiado algo en el régimen de responsabilidad por ruina? *Aranzadi Civil*, núm. 21, 19-50.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012). *Derecho de la Construcción y la Vivienda*. Navarra: Aranzadi.
- CORDERO LOBATO, E. (2011). Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. En: Á. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M. C. González Carrasco. *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación*. Navarra: Aranzadi, 522-523.
- DEL ARCO TORRES, M. A., PONS GONZÁLEZ, M. (2003). *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales*. Granada: Comares.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2011). *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*. Madrid: Civitas.
- (2006). Algunas cuestiones sobre las responsabilidades en la construcción. *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho y Vivienda*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- FEMENÍA LÓPEZ, P. J. (2004). *La responsabilidad del arquitecto en la Ley de ordenación de la edificación*. Madrid: Dykinson.
- GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. (2011). El litisconsorcio pasivo necesario en el proceso sobre responsabilidad por daños en la edificación. *Práctica de Tribunales*, núm. 83, 6-13.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2007). Subcontratación en la construcción y responsabilidad en cadena. *InDret* [En línea], núm. 398, disponible en: http://www.indret.com/pdf/398_es.pdf
- GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2007). Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad. *InDret* [En línea] núm. 490, disponible en: http://www.indret.com/pdf/490_es.pdf
- LÓPEZ RICHART, J. (2003). *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la LOE*. Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2007). *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*. Valladolid: Lex Nova.
- MONSERRAT VALERO, A. (2008). *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*. Madrid: Difusión Jurídica.

NOTAS

¹ La tendencia jurisprudencial hacia la conversión de la regla general en excepción, y viceversa, se hace perceptible ya en la jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 del Código Civil, y se ha mantenido tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, relegando el criterio de individualización de la responsabilidad de los agentes

a un principio más teórico que práctico. En este sentido, LÓPEZ RICHART, 2003, 63; FEMENÍA LÓPEZ, 2004, 223-224, o GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, 2011, 8.

² Se ha explicado que por razones de interés social, y también por razones pragmáticas, la jurisprudencia ha orientado sus esfuerzos a proteger los intereses de los adquirentes de los edificios llegando a establecer una presunción del nexo causal entre la conducta de los agentes que intervienen en la construcción y la ruina del edificio. Esta situación se aparta de la regla general de conformidad con la cual es el perjudicado quien debe probar la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión de que se trate y el resultado dañoso (ESTRUCH ESTRUCH, 2006, 144 y 155).

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4.^a, de 23 de junio de 2014.

⁴ Se formula en un único motivo al amparo de lo establecido en el ordinal tercero del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional al considerar que existe doctrina judicial contradictoria entre audiencias provinciales, invocándose en tal sentido la propia Sentencia recurrida y la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4.^a, de 29 de abril de 2005, y como resoluciones de signo contrario las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.^a, de 13 de julio de 2009 y de 23 de abril de 2012.

⁵ En este sentido, LÓPEZ RICHART, 2003, 27.

⁶ Ante las posibles ambigüedades a las que puede dar lugar la interpretación del término, hay autores que consideran que el vocablo «individualizar» quiso ser utilizado por el legislador como sinónimo de «determinar» o «averiguar» (FEMENÍA LÓPEZ, 2004, 232-234).

⁷ En el tenor literal del precepto se lee «conurrencia de culpas», si bien la doctrina ha considerado que tal expresión es incorrecta desde una perspectiva técnica (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2007, 273) ya que lo propio sería interpretar que lo que ha querido establecer el legislador es más bien una «conurrencia de causas», pues hablar de «culpa» no se compadece con el sistema de responsabilidad objetivo de la Ley de Ordenación de la Edificación (LÓPEZ RICHART, 2003, 113-114). La misma interpretación correctora del término se advierte en GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, 2011, 8.

⁸ En CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, 2012, 468, se identifican tanto estos como otros criterios jurisprudenciales sobre el artículo 1591 del Código Civil que han sido positivados en la Ley de Ordenación de la Edificación.

⁹ Idem. Y, más específicamente, CARRASCO PERERA, 2002, 36.

¹⁰ El régimen legal de protección que dispensa el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación se establece «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales» y únicamente alcanza a la reparación de determinados daños materiales causados en el propio edificio dentro de los plazos de garantía de diez, tres y un año a que se refiere el precepto. Por el contrario, la jurisprudencia que ha interpretado el artículo 1591 del Código Civil concedía al daño reclamable una virtualidad más amplia, incluyendo la protección frente a otros daños de naturaleza distinta (CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, 2012, 417).

¹¹ ÁLVAREZ OLALLA, 2002, 91, y, en el mismo sentido, MONSERRAT VALERO, 2008, 173.

¹² DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, 2003, 561. Otros autores (GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, 2011, 8) puntualizan que esta responsabilidad del promotor no lo es tanto por ser agente causante del daño sino porque es un deudor frente a una prestación de resultado.

¹³ Así, MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2007, 194. Por su parte, ÁLVAREZ OLALLA recuerda que durante la tramitación parlamentaria de la norma se barajó la posibilidad de que la responsabilidad del promotor frente al perjudicado fuera subsidiaria, como así figuraba en el borrador de anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 10 de junio de 1998, si bien en el anteproyecto de 21 de septiembre de 1998 se optó definitivamente por su responsabilidad solidaria (ÁLVAREZ OLALLA, 2002, 92).

¹⁴ En su penúltimo párrafo, la Exposición de Motivos de la Ley de Ordenación de la Edificación resume la voluntad contenida en dicha norma tendiente al fomento de la calidad en los edificios y las obligaciones de los agentes que se encargan de desarrollar las actividades del proceso de la edificación, para poder fijar así las responsabilidades y garantías

que protejan al usuario y para dar cumplimiento al derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada.

¹⁵ Encontramos un desarrollo pormenorizado de estas en ESTRUCH ESTRUCH, 2011, 793-797, quien razona esencialmente en este punto desde la perspectiva del mercado de viviendas, y para quien la razón fundamental, de entre todas las apuntadas, es la protección de los intereses de los adquirentes que son considerados como prioritarios por el legislador.

¹⁶ La aparente antinomia que existe entre el artículo 1145 del Código Civil y el artículo 1210, 3.^º del mismo texto ha dado lugar a interpretaciones doctrinales diversas, no existiendo unanimidad acerca de si el deudor solidario que paga puede subrogarse, si quiere, en el crédito. Se ha explicado (CAFFARENA LAPORTA, 1991, 140) que el derecho de regreso es algo distinto de la subrogación en el crédito que se produce por el pago de la obligación, indicándose que el primero presupone la extinción de la obligación y constituye un derecho surgido *ex novo* que posibilita al titular la reclamación de las correspondientes cuotas a cada codeudor, mientras que la subrogación da por supuesta la vigencia del crédito e implica la transferencia de este al deudor *solvens*, quien pasa a ocupar el lugar del acreedor original pudiendo, por tanto, reclamar la totalidad de lo satisfecho con exclusión de su cuota.

¹⁷ Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001, de 27 de febrero de 2004, de 5 de mayo de 2010, de 21 de septiembre de 2010 y de 13 de mayo de 2011.

¹⁸ En este sentido se pronuncia la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016, de la que ha sido ponente el magistrado Exmo. Sr. D. José Antonio SEIJAS QUINTANA. Por su parte la doctrina científica también ha considerado que tanto si se entiende que el deudor se subroga en la posición del acreedor primigenio, como si opta por la vía de regreso, en ambos casos se producirá una fragmentación de la deuda (CAFFARENA LAPORTA, 1991, 140).

¹⁹ Véase su Fundamento de Derecho Segundo, epígrafe 2.

²⁰ En esta línea se ha dicho que al promotor que únicamente ha vendido las unidades privativas que ha mandado construir «*difícilmente puede imputársele la responsabilidad última por la existencia de dichos defectos constructivos en un edificio en cuya construcción en nada ha participado*» (ESTRUCH ESTRUCH, 2011, 811). Parecidamente, se ha expuesto que la responsabilidad del promotor se superpone a la de los demás agentes de la edificación, de modo que «*existiendo un único responsable, el promotor se presentará como responsable solidario pero como garante, y no por sus propias acciones u omisiones, con lo que en sus relaciones internas deberá soportar la totalidad del resarcimiento aquél agente responsable, con independencia de quien satisficiera la indemnización al agente responsable*» (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2007, 196).

²¹ El promotor que opera de este modo ha sido calificado como un garante incondicional provisional, precisamente porque puede resarcirse después en la relación interna, incluso aunque no se conozca cuál es la causa de los vicios (CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, 2012, 428; igualmente en GONZÁLEZ CARRASCO, 2007, 7-9).

²² Coincide la mayor parte de la doctrina en considerar que el promotor puede regresar por el todo, salvo en el caso en que haya actuado también como constructor. Esta posición se mantiene tanto para aquellos que explican el régimen interno desde el punto de vista de la subrogación (FEMENÍA LÓPEZ, 2014, 260-263), como para aquellos otros que apuntan hacia la inexistencia de subrogación (CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, 2012, 442 e, igualmente, CORDERO LOBATO, 2011, 522-523).

²³ Aunque en la doctrina científica suele ponerse el ejemplo del promotor-constructor, por ser fácilmente reconocible en la práctica, entiendo que la misma *ratio* resultaría de aplicación al promotor que desempeña, además, las funciones de cualquier otro de los agentes de la edificación susceptible de ser responsable por vicios constructivos. Por su parte, tampoco podría repetir por el todo aquel promotor que, sin intervenir necesariamente como constructor o como otro agente de la edificación, tome decisiones que afectasen al resultado dañoso como, por ejemplo, la imposición de materiales inadecuados, o la negación de una modificación del proyecto para ahorrar costes (LÓPEZ RICHART, 2003, 182 y sigs.).

²⁴ Sobre el derecho de repetición puede leerse en la doctrina científica (ESTRUCH ESTRUCH, 2006, 155, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1993) que no existe cosa juzgada entre ambos procesos, pues los litigantes no actúan en

el segundo pleito con la misma calidad que lo hicieron en el primero y, además, este segundo proceso no tiene idéntico objeto que el anterior. Así, se explica que en el segundo pleito la pluralidad de sujetos intervenientes en la construcción podrán concretar y depurar sus responsabilidades entre sí, tanto cualitativa como cuantitativamente, incluso podrán discutir sobre su exención de responsabilidad. A este último respecto, no obstante, existen autores (GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, 2011, 10-11) que parecen mantener una postura de signo contrario al indicar que en aquellos casos en los que se ha permitido que la acción de repetición no tenga solo por objeto delimitar la concreta cuota de responsabilidad que corresponde a los condenados solidariamente en un proceso anterior, sino que se interesa la exención de responsabilidad del actor ya condenado por una Sentencia firme, en cierto modo, al resolver sobre la acción de repetición se vulnera la cosa juzgada derivada de la primera Sentencia.

²⁵ Me permite calificarla así por haber dado lugar al voto particular disidente del magistrado Exmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER, y por haber sido objeto de una razonable crítica por parte de la doctrina científica (GÓMEZ LIGÜERRE, 2007, 7-14).

²⁶ El supuesto de hecho de aquella Sentencia versó sobre la acción de regreso entablada por la sociedad, que satisfizo el pago a los acreedores comunes (trabajadores despedidos), frente a otra sociedad que había sido declarada judicialmente en un primer pleito como codeudora solidaria en el marco de una sucesión de empresa. A pesar de tratarse de un supuesto de hecho ajeno al ámbito de la edificación, la propia Sentencia reconoce que la solidaridad derivada del proceso constructivo es aplicable a este supuesto (*vid.*, Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 30). No en vano, la Sentencia que es objeto de comentario, de 28 de noviembre de 2016, cita expresamente esta Sentencia de 21 de septiembre de 2010 en apoyo de sus razonamientos, y en detrimento de la anterior de la misma Sala, de 13 de marzo de 2007.

²⁷ En el primer pleito se juzga la responsabilidad y en el segundo la distribución de esa responsabilidad en la relación interna (GÓMEZ LIGÜERRE, 2007, 14). Así, se explica que la solidaridad impuesta en el primer proceso no sea más que el punto de partida de la controversia del segundo, que no es ni la responsabilidad de los agentes ni la conveniencia de la solidaridad, sino su eficacia en la relación interna entre corresponsables. Por ello, no se aprecia riesgo de que la Sentencia del segundo proceso contradiga la recaída en el anterior.