

El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE PROMOTOR INMOBILIARIO.—III. NATURALEZA DE SU PRESTACIÓN.—IV. CLASES Y FIGURAS ANÁLOGAS. LA INTERVENCIÓN DECISORIA COMO CRITERIO DE DISTINCIÓN: a) CLASES: PROMOTOR Y AUTOPROMOTOR; b) FIGURAS ANÁLOGAS. CRITERIOS DE DISTINCIÓN. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL PROCESO EDIFICATORIO.—V. RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL COMPRADOR Y SUCEIVOS ADQUIRENTES: a) EL INCUMPLIMIENTO SIN CULPA; b) LA RESPONSABILIDAD CUASI-OBJETIVA Y SOLIDARIA «EN TODO CASO»; c) EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD. LA DELIMITACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES Y SUS PLAZOS DE GARANTÍA; d) EL INICIO DEL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA COMO EFECTO PRINCIPAL DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA. CLASES DE RECEPCIÓN; e) PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS: EL «DIES A QUO»; f) BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DE COMUNIDADES O COOPERATIVAS Y AL AUTOPROMOTOR.—**VI. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR: LA SUSCRIPCIÓN DE GARANTÍAS: LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL ARTÍCULO 19. CUESTIONES AL RESPECTO.—VII CONCLUSIONES.**

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE de 6 de noviembre de 1999, en adelante LOE) es una de las normas de mayor trascendencia social de los últimos años. Una norma que viene a completar lo que algún autor, acertadamente, ha denominado como el Nuevo Derecho Inmobiliario (1). La Ley modifica elementos esenciales para todos

(1) YANNONE, F., «Guía práctica de la nueva Ley de Propiedad Horizontal», Ed. Especial, *Diario Expansión*, Madrid, 1999, Tomo II, pág. 17. El propio autor considera a la Ley de Ordenación de la Edificación como integrante de este «Nuevo Derecho» destinado a dotar de una mayor transparencia y seguridad al mercado inmobiliario.

los intervinientes del sector inmobiliario y su publicación ha sido precedida, ya desde muchos años atrás, de innumerables borradores (2). La necesidad de la Ley era reconocida unánimemente y debía atender a una demanda social cada vez más importante: la calidad en el proceso edificatorio (3).

Desde el punto de vista social, las cuestiones más debatidas son las relativas a su repercusión en el precio de la vivienda y a su eficacia en la mejora de la calidad (4); pero también desde el punto de vista jurídico ofrece importantes interrogantes. Dadas las características de este trabajo, **nuestro estudio se va a ceñir, únicamente, en la repercusión y en alguno de los interrogantes que se ciernen sobre el promotor inmobiliario, principalmente, sobre sus responsabilidades y garantías.** Previo a ello, abordaremos el estudio de la figura partiendo de su concepto, la naturaleza de su prestación y su tipología.

(2) En el debate parlamentario del Proyecto de Ley en el Congreso, el diputado del Grupo Popular, señor Ortiz González, manifestó su participación en algunos proyectos de la LOE desde el año 1973. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, núm. 235, pág. 12584.

La D. F. 1.^ª3 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre Regulación de las Atribuciones Profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos ordenaba al Gobierno la remisión en el plazo de un año a las Cortes Generales de un proyecto de ley de ordenación de la edificación en la que se regularan las intervenciones profesionales del proceso edificatorio. Fruto de ello, existieron diversos borradores y hasta un Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995. Previa a la tramitación del Proyecto de la presente Ley, nos consta que también se han manejado varios borradores de anteproyecto como el de 11 de junio de 1998, 11 de septiembre de 1998 y 21 de septiembre de 1998.

(3) La demanda social era indiscutible debido al alto porcentaje de reclamaciones que los compradores efectuaban a las organizaciones de consumidores y usuarios. Por ejemplo, en 1998, el 30 por 100 de las consultas y reclamaciones recibidas por la Unión de Consumidores de España (UCE) eran derivadas de la mala calidad de los edificios [cfr. *El País (Suplemento Negocios)*, 3 de octubre de 1999, pág. 34]. Similar tendencia se ha dado en el año 1999, cfr. *ABC Madrid*, 15 de enero de 2000. Este sentir ya se había hecho presente entre alguna de las principales asociaciones de agentes de la edificación, formalizando el 14 de mayo de 1997, a instancia de la UCE, un pacto por la calidad en la vivienda. *Inédito*.

(4) En la semana en que se aprobaba el texto legal por el Congreso fueron varios los diarios que dedicaron al menos una página a la inminente Ley, con titulares como: «Los daños en las nuevas viviendas estarán cubiertos hasta diez años por un seguro»; «La Ley de Edificación, aprobada ayer, encarecerá hasta un 0,8 por 100 el precio de los pisos» (cfr. *Diario El País*, viernes 22 de octubre de 1999, pág. 34); «La demanda y el precio de la vivienda siguen al alza» (cfr. *Diario Expansión* de 20 de octubre de 1999, pág. Especial núm. VIII).

II. CONCEPTO DE PROMOTOR INMOBILIARIO

Sin pronunciarnos rigurosamente sobre su origen, la figura del promotor pudo fraguarse inicialmente en las asociaciones constituidas exclusivamente para procurar viviendas a sus miembros, siendo positivizadas por la legislación cooperativa y administrativa (5).

El concepto genérico del promotor ha sido recogido primeramente por la jurisprudencia y por la legislación autonómica (6). El artículo 9 de la LOE culmina este propósito en una de las definiciones que mejor engloban las distintas manifestaciones del promotor:

«Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.»

Consideramos que la definición es brillante porque no acentúa la caracterización del promotor en la cualidad personal del sujeto ni en la finalidad de su actividad, sino en su grado de participación en el proceso edificatorio (*«decide, impulsa, programa y financia»*). Por ello, bajo nuestra opinión, podría concluirse que **será promotor quien decide los elementos esenciales del proceso edificatorio**. Otra cuestión será determinar qué se entiende por elementos esenciales, pero esto lo trataremos más adelante [v. *infra*, epígrafe cuarto, apartado b)].

(5) Se considera la existencia, ya a finales del siglo xix, de cooperativas de viviendas acogidas a la Ley de Asociaciones de 1887. En 1917 existían cooperativas de viviendas que posteriormente, gracias a la promulgación de la Ley de Casas Baratas y Económicas de 1920 y años siguientes, fueron incentivadas (cfr. «Breve historia del cooperativismo de Viviendas en España I» de la Revista de la Confederación de Cooperativas de Viviendas, *Viviendas Cooperativas*, núm. 36, IV Etapa, septiembre/octubre de 1997, pág. 17).

La regulación de estas cooperativas tuvo mayor singularización en las leyes cooperativas posteriores de 1931 y 1942. La presencia de sociedades inmobiliarias con ánimo de lucro —ya denominadas como promotores— está recogida en el artículo 5 de la Ley de 15 de julio de 1954, sobre Viviendas Protegidas. En general, la normativa administrativa, más que pronunciarse sobre una definición genérica del promotor, se ha limitado a enunciar su tipología (por ejemplo: art. 22 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2114/1968).

(6) La STS de 11 de octubre de 1974 (CDO 2.º, RAJ 3.798/1974) fue la primera en definir la figura del promotor inmobiliario a la hora de englobarlo en el artículo 1.591 del Código Civil. También lo define el artículo 3.1 de la Ley Autonómica de Cataluña 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda (Llei de L'Habitatge), y el artículo 15 de la Ley Autonómica de Madrid 2/1999, de 17 de marzo, de medidas para la calidad de la edificación.

Más difícil que definir a este agente es identificarlo en la práctica, por lo que para diferenciarlo debemos considerar la naturaleza de su prestación.

III. LA NATURALEZA DE SU PRESTACIÓN

La prestación del promotor, es decir, su conducta debida, consiste en la entrega de la edificación.

Considerando la prestación como objeto de toda obligación y aceptando la clasificación que la doctrina ha efectuado entre obligaciones de resultado y de medios (7), podemos afirmar que **la obligación del promotor es claramente una obligación de resultado**. Esto se infiere, por un lado, del artículo 2 de la LOE, que define al proceso de la edificación como la acción y el «resultado» de construir un edificio y, por otro lado, del artículo 9, que considera la entrega de la edificación como el objetivo principal del promotor (8).

Aunque nos cuestionemos si el promotor está obligado a un simple dar o a un hacer, en ambos casos, nos encontramos ante una obligación de resultado (9). El promotor debe satisfacer el interés del comprador mediante la entrega de la edificación, esto es, la obtención de un resultado.

(7) Siguiendo literalmente los comentarios de LOBATO GÓMEZ, J. M., «esta clasificación no puede, obviamente, ser considerada la nueva *summa divissio* de las obligaciones (...) pero lejos de ser una pura vanidad escolástica, sirve para justificar el empleo de dos sistemas diferentes en la determinación del objeto de la obligación (...) y de la prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual y su respectivo ámbito de aplicación (...)» (cfr. «Contribución al estudio entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVI, 1992, pág. 671).

(8) La consideración de obligación de resultado del promotor ya había sido observada por la doctrina científica, entre otros, por IGLESIAS REDONDO, J. I., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 31 de octubre de 1995», en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1996, págs. 762 y 763; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», en *Anuario de Derecho Civil*, 1992-1, pág. 234; LOBATO GÓMEZ, J. M., «Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción», en *Colección Jurisprudencial Práctica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 21.

(9) El profesor CABANILLAS SÁNCHEZ, A. defiende la posible distinción entre las ventas de edificación terminada (obligación de dar) y las hechas sobre plano (obligación de hacer) a los efectos de la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil (cfr. «La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos». Comentario a la sentencia del TS de 9 de marzo de 1981, en *ADC*, 1982-11, pág. 925). Aún en el supuesto de considerar la venta sobre plano como un negocio mixto entre la compraventa y el arrendamiento de obra, nos encontraríamos ante una obligación de resultado, ya que también el arrendamiento de obra ha sido considerado como tal. En este sentido (en sede de prestación de servicios médicos) ver, entre otras, las SSTs de 25 de abril de 1994, *La Ley* 1994, 9007; de 11 de febrero de 1997, *La Ley* 1997, 3248; y de 13 de diciembre de 1998, *La Ley* 1998, 1471.

IV. CLASES Y FIGURAS ANÁLOGAS. LA INTERVENCIÓN DECISORIA COMO CRITERIO DE DISTINCIÓN

a) CLASES: PROMOTOR Y AUTOPROMOTOR

Dependiendo del criterio que utilicemos, podemos efectuar distintas clasificaciones de promotores: públicos o privados, con o sin ánimo de lucro, etc., si bien aquí nos interesa únicamente destacar una tipología, aquella determinada por el destinatario final de la prestación. El propio concepto legal, al referirse al destino de la edificación, alberga dos posibles manifestaciones:

1.^a La del autopromotor considerada como la persona o personas que destinan la edificación para uso propio.

2.^a La del promotor, propiamente dicho, que destina la edificación a terceros.

La figura del autopromotor, de igual forma que pasara con la del promotor, ha sido tenida en cuenta primero por las normas administrativas (10).

La autopromoción supone reunir en la misma persona a quien determina los elementos esenciales de la promoción (promotor) con quien será el futuro usuario de la edificación. La autopromoción puede realizarse individual o colectivamente; la forma colectiva se lleva a cabo mediante la constitución de empresas o asociaciones de corte mutualista (11) cuyos máximos exponentes son **las cooperativas** y **las comunidades de propietarios** (12). Aunque no sean objeto de este estudio, es necesario al menos

(10) La más reciente es el artículo 13.2 del Plan de Vivienda 1998-2001 (Real Decreto 1186/1998, 12 de junio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo) que dice: «Las referencias que en este Real Decreto se efectúan a los promotores para uso propio se aplicarán, exclusivamente, a las personas físicas individualmente consideradas o agrupadas en cooperativas o en comunidades de propietarios». Antes también fue el artículo 9.2 del Plan de Vivienda 1996-1999 (Real Decreto 2190/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda y suelo).

(11) Estas agrupaciones operan bajo el principio mutualista de doble cualidad: socio y usuario; en este caso, promotor-usuario. Para ello, nos basamos en la concepción de «empresa mutualística» aportada por VICENT CHULIÀ, F., «Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el Ordenamiento español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 512, 1976, pág. 76.

(12) La expresión «comunidad de propietarios» que también utiliza la LOE (E. de M. Apdo. 4 y 7, art. 17.4 y D. Ad. 1.^a) se refiere a las comunidades de promoción o construcción cuyo régimen jurídico está determinado por la voluntad de sus integrantes y subsidiariamente por lo regulado en el Código Civil en materia de comunidad de bienes (v. art. 392 y sigs.).

saber que estas agrupaciones vienen a ser promotores-mediadores en cuanto que **actúan en nombre propio pero por cuenta del cooperativista o comunero** (13). La condición de promotor realmente reside en el socio o comunero y no tanto en la agrupación, por ser principalmente aquél y no ésta quien arriesga su patrimonio personal. Excepcionalmente puede ser la agrupación quien, en beneficio de todos sus miembros, actúe por cuenta propia —como un promotor convencional— entregando edificaciones a terceros (14).

Desgraciadamente la LOE, siguiendo la tónica general de nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario, se olvida de las peculiaridades de los autopromotores, siendo especialmente criticable su silencio en el régimen de responsabilidades y garantías (15) [*v. infra*, epígrafe quinto, apartado f) y epígrafe sexto, cuestión tercera].

Sobre este tipo de comunidades ver, entre otros: MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1987, pág. 145 y sigs.; MANRIQUE PLAZA, J., «Construcción en Comunidad». Conferencias en homenaje a don Ángel Olavarría Téllez. *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo VI, Ed. Edersa, 1992, pág. 112 y sigs.; TRUILLLO CALZADO, M. I., *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 117; LOBO DE DIOS, F. y otros, en *Memento Inmobiliario 2000-2001*, Ed. Francis Lefebvre, pág. 187.

(13) La calificación de promotor-mediador fue considerada por nuestro Alto Tribunal para las cooperativas de viviendas en las SSTs de 8 de junio de 1992 (*La Ley* 1992/8373) y 1 de octubre de 1991 (*La Ley* 1992/2602). También han sido considerados como mediadores los patronatos de casas para determinados colectivos como funcionarios, militares, etc.. (cfr. A.P. de Madrid, sentencia de 18 de julio de 1997, 2.597 EdD).

Para un estudio sobre la naturaleza jurídica de las cooperativas y su relación con los socios, ver, entre otros: MANRIQUE ROMERO, F. y RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, «La cooperativa: Garantías formales para su eficacia en el tráfico», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 109-110, Madrid, julio-diciembre 1980, págs. 62 y 133; AGUILAR GARCÍA, M., «Las cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas», en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1972, págs. 49 y 50; MANRIQUE PLAZA, J., «Construcción en...», *ob. cit.*, pág. 126; FAJARDO GARCÍA, I.-G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, 1.^a ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 100.

Bajo nuestra opinión, también las Juntas de Compensación deberían ser consideradas como autopromotores de la urbanización, pues operan igualmente bajo el principio mutualista, con un funcionamiento similar al que efectúan las cooperativas o comunidades pero desarrollando su actividad en el ámbito de la ejecución del planeamiento urbanístico. Prueba de ello es su actuación en nombre propio pero por cuenta de los intereses de sus integrantes, como nos recuerda la STSJ de Baleares de 20 de diciembre de 1991 (*La Ley* 1992-2, 226).

(14) Es el supuesto de enajenación de locales comerciales a terceros no socios que tradicionalmente ha permitido la legislación cooperativa (*v. art. 89.4 de la Ley* 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas).

(15) Excluyendo las menciones a los gestores de cooperativas o de comunidades, la LOE únicamente tiene presente la autopromoción al definir al promotor (*v. art. 9*) y al extender el ámbito de la Ley 57/1968, a las promociones en régimen de comunidad o cooperativa (E. de M. Apdo. 7 y Disp. Ad. 1.^a).

b) FIGURAS ANÁLOGAS. CRITERIOS DE DISTINCIÓN. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL PROCESO EDIFICATORIO

Consideramos *figuras análogas* aquellas que, no siendo promotores, pueden asimilarse tal condición, en tanto en cuanto tengan una intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción. Esto puede suceder en las personas o empresas que prestan servicios de asesoramiento a los promotores. En la práctica, las más frecuentes son las sociedades gestoras de cooperativas o comunidades, siendo recogidas expresamente en la LOE (cfr. E. de M. Apdo. 4 *in fine*; art. 17.4 y Disp. Ad. 1.^a) (16). Dada su importancia, destacamos el artículo 17.4 que textualmente dice:

«(...) la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas».

La LOE no ha hecho más que hacerse eco de la corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo por la que se considera aplicable el 1.591 del Código Civil a personas que han ejercido una influencia decisiva en la promoción; es decir, lo que la Ley ha denominado como *figuras análogas* (17). También ha podido influir en esta regulación lo cuestionado que está el sector de la gestión de cooperativas por la opinión pública (18).

(16) No debemos limitarnos a los gestores, también existen figuras como el *Project Manager* u otras sociedades de asesoramiento y gestión inmobiliaria que, en principio, no son agentes con intervención decisoria en el hacer edificatorio.

(17) Cfr. SSTs de 6 de marzo de 1990 (FJ 2.º, RJA 1.673), 3 de octubre de 1996 (FJ 3.º, *La Ley* 1996/10776) y de 26 de junio de 1997 (FJ 3.º, RJA 1997/5149). En la primera, una empresa consultora se encargaba de la Dirección Facultativa y Financiera de la Obra e incluso realizaba labores de coordinación ante los subcontratistas. En la segunda, una sociedad de gestión inmobiliaria estaba apoderada irrevocablemente por los comuneros y antes de su adhesión ya tenía contratados a los arquitectos, el proyecto, la compra del solar y el estudio económico. Incluso, en la publicidad se reflejaba como promotor. En la tercera, un agente de la propiedad inmobiliaria y un abogado no ejerciente se encargaron de contratar con la constructora y también tenían definido el proyecto y el presupuesto así como adquirido el solar antes de la venta de las edificaciones. En todas ellas, el Tribunal Supremo no consideró infringido el artículo 1.591 del Código Civil, dada su intervención decisoria y, por tanto, eran responsables del proceso constructivo.

En sede de jurisprudencia menor también hemos localizado algunos pronunciamientos sobre *figuras análogas* en los que se cuestionaba (en función de su intervención decisoria) la condición de promotor al permutante de un solar por viviendas futuras (cfr. SAP de Tarragona de 10 de septiembre de 1997, *RJC* núm. 47/1997 y 4 de julio de 1997, *RJC* núm. 181/1997).

(18) Alguna vez, las gestoras han sido calificadas como «fraude» y como «comisa».

La naturaleza jurídica y funcionamiento de la figura del gestor, también denominado promotor de comunidades o cooperativas (por ser quien tomaba la iniciativa de constituir las), todavía no ha sido estudiada con la debida profundidad por nuestra doctrina científica, siendo escasos los comentarios al respecto (19). Únicamente nos interesa destacar en este trabajo que **la naturaleza de la prestación del gestor (o de sus figuras análogas)** no debiera ser la de una **obligación de resultado** (como la del promotor) sino de **medios o de actividad**, como la de los asesores de cualquier sociedad. El gestor de cooperativas y de comunidades nace para cubrir la ausencia de profesionalidad en la administración de dichas agrupaciones (20); su prestación está dirigida a desplegar una actividad de apoyo y asesoramiento a los promotores-usuarios, respetando sus principios de funcionamiento (21).

La Ley peca de escueta en el tratamiento de estas figuras (22) y, además, es imperfecta por no existir concordancia entre la Exposición de Motivos (Apdo. 4 *in fine*) y el artículo 17.4, pues la primera **equipara al gestor con el promotor**, y el segundo, **sin embargo, condiciona dicha equiparación al tenor del contrato y a la intervención decisoria en la promoción**. Debemos

rios políticos de las constructoras» por los medios de comunicación (cfr. *Revista Tribuna de Actualidad* de 1 de marzo de 1999, Secc. Tribuna de la Economía, pág. 39).

(19) MUÑOZ DE DIOS, G., refiriéndose al promotor de comunidades, textualmente dice: «La naturaleza de esta figura es complejísima. Nace por la libertad de pacto del artículo 1.255 del Código Civil, y dentro del contrato las relaciones son muy variadas, participando de las prestaciones propias del mandato, contrato de mediación, e incluso creemos que serán aplicables las normas de los cuasi contratos de gestión de negocios ajenos» (cfr. «Aportación de solar y construcción en...», *ob. cit.*, pág. 149).

(20) Para VÁZQUEZ FRAILE, A., Presidente de la Confederación de Cooperativas de Viviendas (CONCOVI): «hoy es impensable la promoción de viviendas cooperativas sin una organización gerencial, bien incorporada a la estructura de la Cooperativa, o convenida con una gestora externa» (cfr. INFES, *Revista de Economía Social*, diciembre 1996, núm. 14, pág. 16).

(21) En sede de cooperativas, son destacables el segundo y tercer principio cooperativo de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI): 2.° *Principio: Gestión democrática por parte de los socios*: Las Cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. 3.° *Principio: Participación económica de los socios*: Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus Cooperativas y lo gestionan de forma democrática (cfr. PAZ CANALEJO, N., «Principios cooperativos y prácticas societarias de la cooperación», *REVESCO*, núm. 61, 1995, pág. 19 y sigs.). De estos principios se deduce con claridad que el protagonista de la promoción cooperativa debiera ser el socio y no la gestora.

(22) Su excesiva brevedad fue ya denunciada por el Consejo Económico Social: «El CES considera que no es suficientemente adecuado el tratamiento que el Proyecto de Ley da a la figura de gestor de cooperativas o gestor de comunidades (...) dichas figuras se deberían definir específicamente en el articulado, estableciendo sus obligaciones y responsabilidad en el proceso de edificación (...)» (cfr. Dictamen núm. 5 sobre el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, Sesión extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999, pág. 11).

acogemos a lo establecido en el artículo 17.4, puesto que promotor y gestor tienen prestaciones de distinta naturaleza y porque una equivalencia de ambas figuras conllevaría negar prácticamente la actuación independiente y democrática de los autopromotores que, por otro lado, algunos tienen reconocida por ley (23). **La Ley ha establecido unos criterios de distinción** que nos recuerdan a los criterios que ha utilizado nuestra doctrina para distinguir entre obligaciones de medios y de resultado (24).

El primer criterio de distinción es **el tenor del contrato**. Este criterio no ofrece dificultades, puesto que lo pactado, si es claro, puede consistir en la promoción de la edificación por parte del gestor, asumiendo el autopromotor labores de simple dueño de la obra. Es el típico supuesto de gestor de comunidades que opera con un mandato irrevocable de los comuneros para efectuar las labores de gestión, administración y promoción. **El segundo criterio**, la intervención decisoria, será de aplicación a aquellos gestores que bajo la apariencia de un arrendamiento de servicios con la cooperativa o la comunidad determinan las características de la promoción. Por ello, **la intervención decisoria** obedece a la definición de promotor antes citada: la persona que «*decide, impulsa, programa y financia*» o **determina los elementos esenciales de la promoción**.

Del estudio de la jurisprudencia citada anteriormente en la nota 17, nuestro Alto Tribunal consideró promotores a quienes ofrecían edificaciones con los siguientes elementos ya determinados:

- a) Los terrenos objeto de la promoción.
- b) La Dirección Facultativa (arquitectos y aparejadores).
- c) La Empresa Constructora.
- d) El Estudio Económico Financiero.

Bajo nuestro parecer, puede haber otros factores con carácter decisivo, por ejemplo (25):

(23) En sede de cooperativas, v. artículo 1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

(24) Los criterios destacados son: Primero, la distinción por parte de una norma; segundo, la posición de las partes (determinación de su voluntad, la naturaleza de la obligación: aleatoria, pasiva o activa, precisa o imprecisa), y tercero, las consideraciones de equidad respecto a la dependencia que el deudor tiene del acreedor. LOBATO GÓMEZ, J. M., «Contribución al estudio de...», *ob. cit.*, pág. 671 y sigs.

Efectivamente la pasividad en la participación del autopromotor en el proceso edificatorio y su condición de consumidor son presupuestos que pueden hacer de él un comprador, y del gestor un verdadero promotor.

(25) Vuelve a ser el derecho administrativo quien nos da la pista de lo que puede ser lo más importante en una promoción, pues el artículo 1.b) del Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la finan-

- a) La elección de la entidad bancaria que financie la promoción.
- b) La recepción de las obras de edificación.
- c) La elección de la empresa gestora.

Para discernir si el gestor es o no promotor será importante considerar el censo social del autopromotor en el momento de adoptar decisiones sobre elementos esenciales y si para tales se barajaron otras alternativas. Evidentemente no puede considerarse a una comunidad de propietarios como autopromotora de cien viviendas cuando a la hora de determinar la contratación de la empresa constructora, dirección facultativa, etc., contaba tan sólo con diez comuneros y la sociedad gestora. De forma paralela, tampoco puede reputarse promotor al gestor que únicamente ha promovido los trámites necesarios para la constitución y agrupación del colectivo o su licitación a un concurso de suelo (26).

En resumen, será el juzgador quien, a raíz de la prueba examinada en cada caso, deba conjugar si la elección de los elementos esenciales de la promoción fue realmente democrática y autodecidida. **Por lo que, con la LOE, el gestor y el resto de Figuras análogas no son promotores inmobiliarios, salvo pacto o resolución firme que así lo declare** (27).

V. RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL COMPRADOR Y SUCESIVOS ADQUIRENTES

La responsabilidad que la LOE exige a todos los agentes intervinientes posiblemente abra el mismo debate que suscitó la responsabilidad derivada del 1.591.1 del Código Civil: ¿naturaleza contractual, extracontractual o legal? Además existirá una nueva polémica sobre la derogación tácita del viejo precepto (28). Desgraciadamente un trabajo de estas características no es el

ciación cualificada estatal de viviendas de protección oficial exige la ratificación por asamblea de los contratos con la gestora, la adquisición del suelo, el encargo y aprobación del proyecto de obras, la elección de la constructora, la aprobación del contrato de ejecución de obras y la recepción de las obras.

(26) Esta es también la opinión que tiene LOBO DE DIOS, F. y otros, en *Memento Inmobiliario 2000-2001...*, ob. cit., pág. 218.

(27) De hecho hemos encontrado algunos pronunciamientos judiciales que no han considerado promotores a sociedades gestoras [cfr. A.P. de Cuenca, sentencia de 12 de abril de 1996 (FJ 6.º, 1.532 EdD), y A.P. de Cádiz, sentencia de 25 de julio de 1996 (FJ 2.º, 2311 EdD)].

(28) De hecho y antes de entrar en vigor la norma, ya existieron discrepancias entre los juristas asistentes a las Jornadas Profesionales sobre «Responsabilidades en la Construcción», organizada por *La Ley* el día 20 de enero de 2000 (cfr. *Diario de Noticias La Ley* de 7 de febrero de 2000, pág. 7).

foro idóneo para estudiar tales interrogantes pero —en un primer análisis— parece que la vigencia del 1.591.1 sería artificiosa dado el amplísimo ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley.

Dejamos también al margen la responsabilidad extracontractual que el promotor puede tener frente a terceros (ni compradores ni sucesivos adquirentes; por ejemplo: transeúntes) en aplicación del artículo 1.909 del Código Civil, cuya anterior concordancia con el artículo 1.591.1 también se ve comprometida a resultas del estudio de la vigencia de este último precepto (29).

En lo referente al objeto de estudio, hay que decir que la consideración como responsable del promotor frente al comprador y sucesivos adquirentes fue iniciativa de la jurisprudencia, principalmente por razones de protección a los compradores (30). La LOE ha materializado esta jurisprudencia desde el ámbito civil, dejando acertadamente al margen otro tipo de responsabilidades como la administrativa (31) o la penal.

a) EL INCUMPLIMIENTO SIN CULPA

Para que nazca la responsabilidad del promotor debe producirse el incumplimiento de su prestación. Dado el carácter de obligación de resultado, no es necesario analizar si existió o no culpa en la actuación del promotor, basta que el acreedor (usuario de la edificación), de conformidad con el artículo 1.157 del Código Civil, acredite:

La polémica también se extenderá al párrafo segundo del artículo 1.591 si nos acogemos a algún pronunciamiento jurisprudencial que consideraba dicho plazo como de garantía (por ejemplo: STS de 17 de septiembre de 1996, *La Ley* 1996/9113). Si consideramos dicho plazo como de prescripción, el 1.591.2 estaría dentro de la órbita estrictamente contractual del artículo 1.101 del Código Civil y, por tanto, la LOE no le afectaría.

(29) La referencia que hace el artículo 1.909 del Código Civil al «tiempo legal» tiene distinta duración si lo concordamos con el artículo 1.591 (10 años) que si lo hacemos con el artículo 17.1 de la LOE (1, 3 ó 10 años).

(30) Las razones por las que se equiparó al promotor con el término «contratista» del 1.591 del Código Civil fueron: A) Que la obra se realiza en su beneficio; B) Que su labor se encamina al tráfico de la venta a terceros; C) Que los terceros adquirentes se han confiado en su prestigio comercial; D) Que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; E) Que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción (cfr. FJ 2.º, STS de 1 de octubre de 1991, *RJA* 7255 —y las sentencias citadas en este fundamento— y STS de 28 de enero de 1994, *RJA* 575).

(31) La responsabilidad administrativa por infringir las obligaciones del promotor ya tiene un marco jurídico suficiente en el ámbito del derecho autonómico, dado el gran número de Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de urbanismo, vivienda, vigilancia y protección de edificios, protección y defensa de los consumidores (Madrid, Cataluña, Extremadura, Galicia, etc.).

1. La existencia de la obligación (por ejemplo: contrato privado o condición de propietario).

2.a) Para el caso del comprador, la contravención de lo pactado.

2.b) Para el caso del comprador o sucesivos adquirentes, la irrogación de daños o perjuicios por una defectuosa prestación [sobre la concepción de los daños o perjuicios, v. *infra* en este epígrafe, apartado c)].

La ausencia del elemento culpabilístico (y por ende, de la presunción de culpabilidad e inversión de la carga de la prueba) va a ser uno de los fundamentos de la responsabilidad cuasi-objetiva del promotor.

b) RESPONSABILIDAD CUASI-OBJETIVA y SOLIDARIA «EN TODO CASO»

La Ley, en beneficio de los adquirentes, ha consagrado la objetivación y solidaridad de la responsabilidad del promotor.

Con ambos caracteres, el adquirente consigue dos ventajas procesales muy importantes:

- a) Su prueba debe ceñirse simplemente a demostrar la condición de comprador y, en su caso, la existencia de daños sin la concurrencia de las circunstancias del artículo 17.8 (caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o acto del propio perjudicado).
- b) Su acción puede dirigirse exclusivamente al promotor, pues éste responde solidariamente en todo caso.

Creemos que la técnica legislativa utilizada en el artículo 17 no ha sido clara a la hora de proclamar dichos caracteres, pero existen argumentos fundados que afirman su existencia.

La objetivación de la responsabilidad del promotor se basa en dos razones:

1.^a El promotor es garante de la edificación, puesto que:

- a) A su costa y bajo su decisión pone en el mercado un producto: la edificación. El promotor tiene una responsabilidad por el riesgo que ha creado mediante la construcción de una edificación, no es un mero vendedor. Debe estar en primera línea frente al usuario o terceros perjudicados (32). De hecho, el comprador únicamente está vincula-

(32) Seguimos las conclusiones de MUÑOZ JIMÉNEZ, según lo cita CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La configuración jurisprudencial...», *ob. cit.*, pág. 233.

do contractualmente con el promotor y no con los otros agentes intervinientes.

- b) Su configuración como garante ha sido reconocida jurisprudencial y doctrinalmente (33).

2.^a **El promotor responde sin culpa** porque su prestación frente al adquirente es una obligación de resultado en la que no interviene el elemento culpabilístico. El grado de negligencia puede influir en la cuantía indemnizatoria pero no en determinar el incumplimiento (34). En cualquier caso, no es una responsabilidad sin culpa absoluta, puesto que podrá exonerarse por las causas previstas en el artículo 17.8.

En el ámbito de las promociones de viviendas la objetivación de esta responsabilidad sería indiscutible ya que le es de aplicación el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU). Este artículo recoge un régimen de responsabilidad objetiva para bienes que incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de seguridad y supongan controles profesionales de calidad (35).

Por otro lado, **la LOE consagra la pacífica y reiterada jurisprudencia del 1.591, consistente en la individualización de la responsabilidad de los agentes intervinientes**. La solidaridad es aplicable sólo en el caso de no poder individualizarse o cuantificarse las responsabilidades (E. de M. Apdo. 4, párrafo primero, y arts. 17.2 y 17.3). Esto es lo que ha venido denominándose *solidaridad impropia*. **Sin embargo, este no es el caso del promotor, desaparece para él la solidaridad impropia del 1.591.1 del Código Civil**, puesto que el párrafo final del 17.3, dice:

«En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes de los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por los vicios o defectos de la construcción» (el subrayado es nuestro).

(33) La STS 20 de junio de 1985, la de 29 de junio de 1987 y autores como MORALES y MUÑOZ JIMÉNEZ, según nos cita CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La configuración jurisprudencial...», *ob. cit.*, pág. 231 y sigs. También apoya la configuración como garante IGLESIAS REDONDO, J. I., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 31 de octubre de 1995», *ob. cit.*, pág. 769.

(34) Según comenta LOBATO GÓMEZ, J. M. (cfr. «Contribución al estudio de...», *ob. cit.*, pág. 716), la irrelevancia de la culpa en las obligaciones de resultado ha sido defendida por autorizada doctrina (LACRUZ, J. L.; DÍEZ-PICAZO, MORENO QUESADA, B.) si bien la presencia de la culpa no es indiferente a la hora de imputar el contenido de la responsabilidad.

(35) Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad del artículo 28, cfr. FRIGOLA RIERA, A., «El tratamiento de la responsabilidad objetiva en el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Diario La Ley*, núms. 4551 y 4552 de 28 y 29 de mayo de 1998.

Aparte de la literalidad de las palabras «En todo caso» —que incluimos en el rótulo de este apartado— son varias las razones que justifican una **verdadera solidaridad del promotor**:

1.^a La posición de garante que le haría concurrir siempre frente al adquirente, incluso en el caso de existir un único y claro responsable (36).

2.^a La tramitación parlamentaria del Proyecto evidenció que las palabras «En todo caso» estaban destinadas a dar una mayor garantía al adquirente. Este fue, al menos, el argumento utilizado en dos ocasiones por los diputados del Grupo Popular para contrarrestar la crítica del Grupo Socialista relativa a la infragarantía que suponía la LOE para el consumidor (37).

3.^a La incorporación en el Senado de la Disposición Adicional 7.^a, mediante la enmienda número 79 de Convergència i Unió (CiU). Con ella la Ley ha facilitado al promotor (principal destinatario de las reclamaciones, al ser responsable solidario), la «llamada en garantía» que permite traer al proceso a otros agentes intervinientes, y así, minorar las contradicciones que suponía la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario cuando, habiendo individualización de culpas, no se había llamado al proceso a los responsables (38).

(36) Con la actual redacción del artículo 17.3 no pueden tener cabida algunos pronunciamientos jurisprudenciales que, aplicando el principio de individualización de la responsabilidad, exculpaban al promotor por ser el arquitecto el único responsable, ya que los daños se debían a vicios de suelo o dirección (por ejemplo: SSTs de 31 de marzo de 1992, de 2 de diciembre de 1994 y de 28 de enero de 1994. Citadas por MARTÍNEZ MÁS, F., *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la doctrina del TS*, Ed. Dickinson 1997, págs. 40, 49 y 51).

(37) Sesión del Pleno del Senado de 29 de septiembre de 1999 (*Diario de Sesiones*, núm. 140, pág. 6662). La senadora del Grupo Socialista, Francisca Pleguezuelos Aguilar, dice en su interlocución: «...se han aflojado las responsabilidades para quienes construyen y no se han apretado las garantías de los usuarios». En turno en contra, el senador del Grupo Popular Bris Gallego, dice: «el consumidor no puede verse indefenso en una ley que, ante un daño en su vivienda, puede reclamar al promotor, que es el que vende y que responde solidariamente frente al resto de los agentes, según establece el artículo 17.3...».

En similar sentido, ver también lo dicho por el Diputado de Convergencia y Unió, Recordé i Miralles, en el Pleno del Congreso el día 21 de octubre de 1999 (*Diario de Sesiones* núm. 266, pág. 14.193): «Quisiera destacar también la enmienda incorporada en el Senado que introduce un cierto equilibrio con ese gran pero complejo debate que se produjo sobre si la responsabilidad del promotor era solidaria o mancomunada, que resolvemos dando un paso en el sentido de mantener el carácter solidario de la responsabilidad...».

La enmienda se refería a la D.A. 7.^a que establecía la «llamada en garantía», de tal forma que al promotor se le permitía solicitar la presencia de otros intervinientes en el proceso.

(38) RAYÓN BALLESTEROS, M.^a C., *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción*, Madrid, 1998, Ed. UCM, pág. 182. La autora

4.^a En caso de que concurren varias personas en la producción del daño la responsabilidad, se considerará solidaria según el artículo 27.2 de la LGDCU.

No creemos que pueda limitarse la responsabilidad solidaria a vicios o defectos de la construcción, excluyendo los vicios de suelo o proyecto, puesto que la propia LOE da un talante globalizador a la expresión «vicios o defectos en la construcción» (v. el rótulo del art. 19: «Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción»). Tampoco creemos que quede desvirtuada esta solidaridad por la responsabilidad directa del constructor que tanto menciona el artículo 17.6 en distintos supuestos, pues éste no dudará en ampararse en la Disposición Adicional 7.^a para traer al proceso a otros responsables «directos».

c) EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD. LA DELIMITACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES Y SUS PLAZOS DE GARANTÍA

El ámbito de la responsabilidad nos viene dado por el contenido del incumplimiento que, como vimos, podría ser:

a) La contravención de lo pactado entre el promotor y el comprador.

Este incumplimiento genera una responsabilidad estrictamente contractual. La LOE ha querido mantenerse al margen de esta responsabilidad, tal y como expresamente lo recoge el primer renglón del artículo 17.1 en concordancia con el artículo 18.1 *in fine*.

Aunque cualquier daño podría considerarse como un incumplimiento contractual, no todos los incumplimientos contractuales son daños (39). El su-

concluye en su capítulo dedicado a la Cuestión del Litisconsorcio Pasivo Necesario diciendo que en el caso de que la responsabilidad sea mancomunada «es preciso que el actor interponga contra todos los supuestos responsables, dado que de lo contrario, la relación jurídico-procesal se encontraría mal constituida y sería admisible la excepción formal de falta de litis consorcio pasivo necesario, ya que nadie puede ser condenado sin darle oportunidad de defenderse».

(39) Consecuencia de este razonamiento es la pacífica jurisprudencia que reconoce la compatibilidad de las acciones contractuales basadas en el artículo 1.101 y las decenales basadas en el artículo 1.591 del Código Civil.

Esta compatibilidad es innecesaria cuando se pretende reparar un daño considerado como ruinógeno. En este sentido, el FJ 1.º de la STS de 21 de enero de 1999 (*La Ley* 1999/1593) que textualmente dice: «En principio, las dos acciones dimanantes de los artículos 1.101 y 1.591 del Código Civil son compatibles y, por tanto, acumulables en su ejercicio. Pero cuando la acción apoyada en el cumplimiento defectuoso de la prestación del promotor se ejercita con la del referido artículo 1.591 contra el mismo, ésta inutiliza necesariamente a la primera, pues no puede imaginarse mayor cumplimiento defectuoso

puesto más común sería la discordancia entre las calidades pactadas y las finalmente ejecutadas (hay incumplimiento aunque no existan desperfectos).

Esta responsabilidad tiene su fundamento jurídico en los artículos 1.091 y 1.101 del Código Civil.

b) La irrogación de daños y perjuicios por una prestación defectuosa.

Este incumplimiento genera la responsabilidad, en principio, prevista en el artículo 17 de la LOE. Sin embargo, **la Ley ha recogido únicamente los daños materiales (v. art. 17.1 y art. 17.3) silenciando otros daños:** corporales, patrimoniales (lucro cesante o pérdida económica), morales, etc.. Es comprensible **la exclusión de este tipo de daños** en el ámbito de las garantías para reducir su coste (v. art. 19), pero **es del todo incomprensible en materia de responsabilidad**. Surge así la duda de saber si los daños no materiales entran dentro del régimen jurídico de la LOE.

E. ÁNGULO RODRÍGUEZ advierte que este tipo de daños no están expresamente excluidos de la Ley y que, por tanto, serían reclamables, pero considera dudoso su régimen jurídico: ¿la LOE o el 1.591. del Código Civil? (40). El tema tiene mucha trascendencia, pues si consideramos aplicable a los daños no materiales el artículo 1.591, éstos gozarían de un período de garantía superior al marcado para los daños materiales del artículo 11.1.b).

Bajo nuestra modesta opinión, **cualquier comprador y sucesivos adquirentes tengan la condición de consumidores, el régimen jurídico aplicable para los daños no materiales es el establecido en la LOE**, ya que esta norma es una aportación más a LGDCU (E. de M. 4.º párrafo de la LOE) y no tiene sentido una interpretación restrictiva (excluyendo daños no materiales). Además, debemos recordar que la LGDCU en su artículo 2.1.c) proclama como derecho básico del consumidor la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (sin distinción de daños).

Fuera del ámbito del Derecho de Consumo, la concepción de «daños y perjuicios», recogida en nuestro Código Civil (v. art. 1.106 y sigs.), legitimaría al acreedor la reclamación de daños no materiales; por ejemplo, el promotor que reclama sus pérdidas económicas al constructor por tener una vivienda sin poder venderla durante más de dos años por culpa de vicios o defectos de construcción. En el ejemplo, el promotor podría ejercer contra el

que la entrega del inmueble con vicios ruínógenos. Carece de sentido que, entonces, pueda mantenerse la autonomía de las dos acciones para obtener un mismo resultado: la reparación del daño».

(40) «Ponencia sobre obligaciones y responsabilidades del promotor inmobiliario en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación», pág. 13 y 14, *Inédita*. El ponente, a los efectos de legitimar las reclamaciones por daños no materiales, considera ilustrativa la exclusión de los mismos que realiza el artículo 19.9 de la LOE (Jornadas Informativas organizadas por ASPRIMA y CAJA MADRID sobre «El cumplimiento del nuevo seguro decenal obligatorio para el promotor inmobiliario», Hotel Ritz, Madrid, 18 de noviembre de 1999).

constructor las acciones estrictamente contractuales para resarcirse y, en caso de que quisiese beneficiarse de algún plazo de garantía, le sería también aplicable el régimen jurídico de la LOE dado el carácter accesorio que revisiten los daños no materiales respecto a los daños materiales. No parece viable, por tanto, que el promotor, al amparo del 1.591.1, pudiera beneficiarse de un plazo de garantía superior al aplicable para los consumidores y usuarios.

También ofrece problemas **la delimitación de los propios daños materiales**. Cuestión clave, puesto que la norma **ha determinado distintos plazos de garantía según su naturaleza**:

- a) Un año para los «daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras» (v. art. 17.1, *in fine*).
- b) Tres años para los «daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3» [art. 11.1.b)].
- c) Diez años para los «daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio» [art. 17.1.a)].

Respecto a los daños del artículo 17.1, *in fine*, cabe destacar que la cita al constructor como responsable de estos daños, aunque novedosa, no excluye la solidaridad en todo caso del promotor, ni supone una excepción del principio de individualización de la responsabilidad puesto que, junto con el constructor, pueden concurrir otros agentes, como el aparejador (41).

Anteriormente, este tipo de daños no estaba dentro del concepto jurisprudencial de *ruina*, por lo que los compradores o sucesivos adquirentes únicamente podían ejercitar contra el promotor las acciones estrictamente contractuales (vicios aparentes no causantes de ruina) o las acciones del artículo 1.484 y sigs. del Código Civil (vicios ocultos no causantes de ruina). Es plausible la nueva vía que la LOE abre a los adquirentes para reclamar contra el constructor u otros responsables, pero dicha responsabilidad ofrece bastantes dudas en cuanto a su garantía (v. *infra*, epígrafe sexto, inicio).

La novedad más importante la encontramos en la reducción del plazo de garantía para daños sobre elementos constructivos o de las instalaciones que atenten contra los requisitos de habitabilidad. Bajo el 1.591.1 del Código

(41) En este tipo de desperfectos también puede ser responsable el aparejador por no efectuar una inspección de los materiales a emplear ni sus controles de calidad.

Civil cualquiera de estos daños hubiese sido calificado como ruinógeno, pudiendo manifestarse a lo largo del período decenal. Ahora, únicamente, gozan de un plazo trienal.

Para J. MORERA I PÉREZ, esta novedad, frente al régimen anterior de garantías, es claramente regresiva y falta de toda lógica. **No podemos compartir esta opinión; la amplia y vaga concepción de vicios ruinógenos y el largo plazo decenal hacían que la materia fuera prácticamente inasegurable por la difícil concreción del riesgo y su alto coste.**

Como dice I. ELENA MOLINA (43), «la jurisprudencia ha ampliado demasiado el ámbito de dicho precepto a través del alcance atribuido a ciertos términos, tales como ruina, defectos de construcción, vicios graves (...). Tal circunstancia impide que dichas coberturas aseguradoras pueden extenderse hasta el punto de poder reflejar el actual ensanchamiento jurisprudencial debido a que sería necesaria una mayor concreción al respecto para poder abordarla como riesgo asegurable. La demarcación de tales límites constituye un objetivo primordial cuyo logro se alcanzaría —en opinión de los Aseguradores— mediante algunos ajustes indispensables del sistema legal vigente, que bien han sabido recoger los proyectos normativos» (refiriéndose, entre otros, al Proyecto de la LOE de 25 de diciembre de 1995).

Bajo nuestra opinión, **el hecho de reducir el plazo de garantía de los requisitos de habitabilidad tiene como contrapartida la posible existencia de un seguro de daños materiales (v. Disp. Ad. 2.^a); situación que consideramos más beneficiosa para el consumidor, si bien debemos aceptar la regresión, respecto a la normativa anterior, si finalmente este seguro no se implanta en el mercado, ya sea de forma obligatoria o voluntaria** (44).

Una consecuencia negativa de la anterior novedad es la importancia que adquiere el componente pericial para delimitar los daños materiales. Cualquier reclamación deberá apoyarse desde su inicio con un informe técnico que atribuya los daños correctamente a las categorías de los supuestos del 17.1.a) y 17.1.b) y 17.1 *in fine*, so pena de que se tenga por intempestiva. Esta labor

(42) El autor textualmente dice: «Me parece falto de toda lógica el establecimiento del plazo de garantía en función de la naturaleza de los vicios o defectos causantes de los daños (...); por ello, no se justifica que el plazo de garantía para el primero sea de diez años y para el segundo de tres». «La Responsabilidad Civil Decenal en el Anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación», *Diario La Ley*, núm. 4.825 de 24 de junio de 1999, pág. 2.

(43) ELENA MOLINA, I., *Ruina y Seguro de Responsabilidad Decenal*, Ed. Comares, Granada, 1998, Coordinado por Davies Arnold Cooper, págs. 432 y 433.

(44) La futura obligatoriedad del seguro es muy dudosa pero sí parece que pueda implantarse de forma voluntaria. De hecho algunos aseguradores están incluyendo en sus pólizas decenales coberturas complementarias de suscripción voluntaria para estanqueidad de cubiertas y fachadas. Por ejemplo: Póliza de ASEFA, Grupo SMABTP (en Internet <http://www.asefa.com/productos.htm>, consulta efectuada el día 6 de marzo de 2000).

técnica se adivina compleja sin Código Técnico de la Edificación, dado que es cuestionable que las normas reseñadas en la Disposición Final Segunda sirvan de complemento a una Ley posterior.

- d) EL INICIO DEL CÁMPUTO DE LOS PLAZOS DE RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA
COMO EFECTO PRINCIPAL DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA. CLASES DE RECEPCIÓN

Sin el debido detenimiento que exige el estudio de la figura de la recepción (45), debemos analizar sus caracteres esenciales para entender el efecto principal que le otorga la LOE en su artículo 6.5:

«El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciarán a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida (...)».

Se pone Un a la controversia jurisprudencial y doctrinal que había nacido por la difícil interpretación del cómputo del plazo decenal del 1.591.1: «desde que concluyó la construcción» (46). Con la LOE, el cómputo se inicia desde la recepción (ya sea expresa o tácita); si atendemos a la definición que la Ley nos da (v. art. 6.1.), ésta se produce por la entrega de la edificación al promotor y su aceptación.

Previamente a la entrega y la aceptación existen otros momentos:

1.º **La conclusión material de la edificación:** se produce con **la extensión del certificado final de obra competencia del director de la obra y del director de su ejecución** (v. art. 6.4). En caso de negativa injustificada (por impago de honorarios, por ejemplo) o imposibilidad manifiesta, corresponderá a cualquiera de los técnicos competentes mencionados en el artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (...) (en adelante Real Decreto 1093/1997). Parece que tampoco la ausencia de visado colegial puede desvirtuar la validez de la certificación. La Ley no menciona la necesidad del visado colegial ni tampoco lo exige el Real Decreto 1093/1997 (47).

(45) Para un estudio más detallado, cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La recepción de la obra», en ADC, 1978, pág. 287 y sigs.

(46) Una brillante recopilación de esta controversia la hace RAYÓN BALLESTEROS, M.^a C., «Régimen Jurídico Procesal de la Responsabilidad Decenal...», *ob. cit.*, págs. 243 y sigs.

(47) Considera innecesario el visado la STS de 14 de octubre de 1998 {La Ley 1998/10485, FJ 4.º}. En contra, es decir, como requisito imprescindible, BELTRÁN AGUIRRE, J. L.,

La conclusión de la edificación debe ser notificada por escrito al promotor (v. art. 6.4), lo cual ya era práctica habitual en el sector y es aconsejable que pueda acreditarse fehacientemente, pues dicha notificación supone el inicio del plazo para la recepción.

2.º La verificación del dueño de la obra: Como nos recuerda A. CABANILLAS SÁNCHEZ (48), **la verificación es facultad del comitente** (normalmente el dueño de la obra o promotor), y consiste en el conjunto de operaciones que tienen por objeto comprobar si la obra es conforme a las reglas del arte de la construcción y a lo estipulado en el contrato. Para dicha verificación puede valerse de los asesoramientos que estime oportunos. Este examen debe realizarse desde la notificación de la conclusión y antes del plazo que hayan pactado las partes para la recepción.

3.º La aprobación y la entrega: clases de recepción: La aprobación y entrega son los elementos esenciales de la recepción, de hecho la Ley los utiliza para definirla (v. art. 6.1.), y normalmente existirán ambos para entenderse la obra como recibida.

La LOE expresamente recoge tres manifestaciones de recepción: expresa o tácita; total o por fases, y con o sin reservas. Desaparecen las recepciones provisional y definitiva debido, posiblemente, a las siguientes razones:

- a) Unificar el mismo sistema que ya se había instaurado en el artículo 147 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (49).
- b) Innecesariedad del lapso entre recepción provisional y definitiva al existir ya un plazo de garantía de un año para vicios o defectos que afecten a elementos de terminación o acabado. Esta era la tipología de vicios o defectos por excelencia que en la práctica se reseñaban en las actas de recepción provisional.
- c) La dificultad de acordar en debida forma la Recepción Definitiva. Dificultad, por otro lado, lógica debido a que, transcurrido un año, era muy difícil discernir qué vicios o defectos se debían a una mala ejecución y qué otros se debían a un uso o mantenimiento incorrecto. También fomentaba esta dificultad la baja actividad de los agentes

Comentarios a la Ley sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 409.

(48) «La recepción de la...», *ob. cit.*, pág. 290.

(49) «La eliminación de la dualidad de recepciones debe entenderse acertado, pues el Consejo de Estado ya había llamado la atención sobre el carácter equívoco de las llamadas recepción y liquidación provisionales, que pese a ese calificativo, eran en realidad actos definitivos de conclusión de la relación contractual» (cfr. LEGUINA VILLA, J., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 696).

intervinientes respecto a la edificación terminada, dando lugar a la frecuente figura de la Recepción Definitiva Tácita (50).

- d) Ajustarse al régimen del artículo 1.592 del Código Civil de recepción única.

Respecto a **la recepción tácita** hay que decir que la Ley la regula satisfactoriamente, considerándola producida transcurridos treinta días (incluidos los inhábiles por aplicación del art. 5.2 del Código Civil) desde que se produjo la notificación de la conclusión sin reservas o rechazo motivado por escrito (v. art. 6.4 *in fine*). Este plazo fue cuestionado en el trámite parlamentario por pecar de breve (51). Consideramos que el plazo puede ser breve (sobre todo para supuestos de autopromoción como cooperativas o comunidades donde es un colectivo de adquirentes quienes pueden supervisar su vivienda), sin embargo el propio Texto da prioridad a lo pactado por las partes, teniendo un carácter subsidiario (v. art. 6.4, primer renglón).

Respecto a **la recepción parcial o por fases**, entendemos que ésta no estará supeditada únicamente al pacto de las partes (v. art. 6.1 *in fine*) sino también a su viabilidad técnica y urbanística. Dadas estas premisas consideramos que no debe ser problemática su aplicación.

Las anteriores manifestaciones de recepción tampoco ofrecen problemas a efectos del cómputo del plazo de garantías y responsabilidades; sin embargo arroja bastante oscuridad **la recepción con o sin reservas**. Bajo nuestra opinión, **la recepción con reservas no es una recepción condicionada**. De igual modo que para la perfección de un contrato no entendemos como aceptación aquella que sea de naturaleza condicional (52), no podemos considerar recepción aquella que se condiciona a la subsanación de vicios o defectos. **Tampoco parece una recepción parcial**, puesto que no se está aceptando ninguna fase susceptible de aprovechamiento independiente sin perjuicio del resto de la edificación.

Para entender esta especial recepción es necesario precisar en qué consiste una reserva. En principio, **las reservas sólo deberían ceñirse a vicios o defectos en la terminación o acabado, puesto que si se basaran en defec-**

(50) Reconocida jurisprudencialmente, entre otras, por la STS de 15 de marzo de 1999 (*La Ley*, 1999/3615), y la STS de 26 de abril de 1985 (*RAJ* 1985, 2238).

(51) En efecto, el artículo 6.4 *in fine* fue objeto de dos enmiendas por parte del Grupo Parlamentario Nacionalista Vasco en el Congreso (núm. 24) y en el Senado (núm. 23) [cfr. *BOCG* de 21 de mayo de 1999, Serie A, núm. 163-9, pág. 33, y *BOCG* de 21 de septiembre de 1999, núm. 148 (d), pág. 29]; en ellas, se pretendía una duración de sesenta días para la recepción tácita y se rehusaba el plazo de treinta días análogo al de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(52) PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Bosch, Madrid, 1987, vol. II, pág. 215.

tos graves que pudieran comprometer los requisitos de habitabilidad o estabilidad del edificio, **el promotor debería acogerse al rechazo justificado de la obra** fundamentándose en el artículo 6.3. Por ello, **los defectos que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en los artículos 17.IM) y b) de la Ley son motivo de rechazo y los defectos de terminación o acabado que ocasionen daños materiales son objeto simplemente de reserva (53). La recepción con reservas**, a efectos de cómputo de plazos de responsabilidad, **es una recepción compleja con dos momentos: el primero, de recepción, y el segundo, de subsanación.** Estos dos momentos suponen una **duplicidad de cálculos.** Duplicidad que en la práctica se puede presentar muy tormentosa, ya que las reservas estarán excluidas de garantía y su subsanación puede ser muy costosa en casos de vicios o defectos graves en edificaciones terminadas.

La duplicidad de cálculos la podemos concluir del propio articulado de la LOE: El artículo 17.1 *in fine* establece:

«las personas (...) que intervienen en el proceso de edificación responderán (...) de los (...) daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas» (el subrayado es nuestro).

La «o» subrayada no debe interpretarse como una conjunción disyuntiva sino copulativa («y»).

Así también, el artículo 6.2.d):

«Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción».

La Ley recoge la figura del *acta aparte* como documento agregado al acta de recepción, lo cual confirma la inexistencia de una recepción condicionada y se constituye como el documento acreditativo de la subsanación.

Lo correcto para facilitar la mecánica de las recepciones hubiese sido determinar *ex lege* que las reservas sólo podían basarse en los vicios o

(53) Este razonamiento no deja de ser una aplicación analógica de lo que nuestro ordenamiento prevé para la compraventa (v. art. 1.484 y sgs. del Código Civil). El comprador está legitimado para resolver el contrato en caso de vicio grave en la cosa (vicio que la haga impropia para el uso a que se destina o que disminuye de tal modo su uso que, de haberlo conocido, no lo hubiere adquirido o habría dado menos precio). Consideramos que un defecto en la terminación no puede legitimar el rechazo de la recepción, puesto que dada la escasa magnitud del daño se sobreentiende que podrá subsanarse en el período de garantía anual.

defectos del artículo 17.1 *in fine*. También habría ayudado determinar cuáles eran los motivos de rechazo (54).

Por último, decir que **han existido críticas por establecer la recepción como momento inicial de los plazos de responsabilidad y garantía**, basándose en provocar posibles huecos de desprotección jurídica respecto al consumidor final de viviendas cuando éstas hayan permanecido invendibles en el patrimonio del promotor durante varios años (55). **No compartimos estas críticas, ya que se estaría alargando indefinidamente la responsabilidad de los agentes intervinientes** y porque el consumidor, que compra sobre plano, es lógico que merezca más garantías que el que compra examinando la edificación terminada como cuerpo cierto.

e) PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS: EL «DIES A QUO»

Existiendo incumplimiento dentro de los plazos de garantía y nacida la responsabilidad del promotor con las características comentadas, el perjudicado puede ejercitar las acciones indemnizatorias en el plazo de prescripción de dos años (v. art. 18.1).

La reducción que ha supuesto este plazo respecto del quincenal, anteriormente vigente al amparo del artículo 1.964 del Código Civil, ha podido ser motivada por la necesaria reducción de cobertura aseguradora en aras de un abaratamiento en las primas; de igual modo que lo comentado respecto al plazo de garantía trienal [v. *supra*, epígrafe quinto, apartado c)]. También ha podido influir su adecuación al plazo de prescripción de acciones relativas a seguros de daños (v. art. 23 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro). Aunque la mencionada reducción es y será foco de críticas por atentar contra el espíritu garantista de la Ley, mayor polémica ha recibido el inicio del cómputo del plazo prescriptivo del artículo 18.1:

«Las acciones para exigir la responsabilidad (...) prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños (...)» (el subrayado es nuestro).

(54) Este era el espíritu de la enmienda núm. 100 presentada al artículo 6 por el Grupo Socialista en el Congreso que textualmente decía: «3. El promotor podrá rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecúa a las condiciones contractuales. También podrá rechazar la obra por falta o inadecuación de los sistemas técnicos instalados y/o planteados para efectuar en las debidas condiciones de seguridad los trabajos de reparación, conservación, mantenimiento y, en su caso, demolición del edificio» (cfr. *BOCG* de 21 de mayo de 1999, Serie A, núm. 163-9, pág. 53).

(55) Crítica al artículo 6 del Consejo Económico Social (cfr. Dictamen núm. 5 sobre el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, Sesión extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999, pág. 9).

La producción del daño es un hecho complejo que puede pasar desapercibido para el promotor o usuario de la edificación. Algunas opiniones ya se han vertido sobre la dificultad que entraña saber cuándo puede conocerse un daño latente y han considerado este precepto como una novedad que relega la aplicación general del artículo 1.969 del Código Civil (56):

«El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

No compartimos estas opiniones puesto que, a pesar de la desafortunada redacción, pensamos que **no se está modificando el régimen del artículo 1969 del Código Civil**. Nuestra opinión se basa en las siguientes razones:

1.^a Aunque el término «produzcan» es equívoco, uno de sus significados gramaticales es *exhibir o manifestar uno a la vista y examen aquellas (...) pruebas que pueden apoyar su justicia (...)* (57). De este significado podríamos deducir que el daño latente no inicia el cómputo de la prescripción, puesto que no se ha manifestado o presentado a la vista del usuario para apoyar su pretensión.

2.^a Durante la tramitación parlamentaria, tanto en el Congreso como en el Senado quedó patente que el significado que el Grupo Popular daba al término «se produzcan» era equivalente al de «se manifiestan», considerándose una cuestión de redacción (58).

(56) LACABA SÁNCHEZ, F., califica como «novedoso y perturbador» el nacimiento de la prescripción de esos dos años en el momento de la producción de los daños (cfr. «Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1.591», en *Diario La Ley*, de 20 de enero de 2000, pág. 3. También MORERA I PÉREZ, J. considera «incomprensible» que el breve plazo de prescripción tenga como *dies a quo* aquél en el que se produzcan los daños y no aquél en el que el perjudicado tenga conocimiento del daño causado (cfr. «La Responsabilidad Civil Decenal...», ob. cit., en *Diario La Ley*, núm. 4.825, de 24 de junio de 1999, pág. 3).

(57) Cfr. 6.º significado del *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, Ed. 21.^a, Espasa, Madrid, 1992, pág. 1672.

(58) El Grupo Socialista presentó las enmiendas núm. 122 y núm. 61 en el Congreso de los Diputados y en el Senado, respectivamente, para perfeccionar este *dies a quo*, refiriéndolo al momento en que los daños fuesen conocidos por el afectado (cfr. *BOCG* de 21 de mayo de 1999, Serie A, núm. 163-9, pág. 60, y *BOCG* de 21 de septiembre de 1999, Serie II, núm. 148, pág. 42). Este criterio no era aceptado por el Grupo Popular, dada la carga subjetiva que implicaba saber cuándo el afectado había conocido los daños. En este sentido, el Grupo Popular propuso una enmienda transaccional por la que se sustituía la palabra «se produzcan» por «se manifiesten». Finalmente, no se aprobó la enmienda del Grupo Socialista ni tampoco se aceptó la transaccional ofrecida por el Grupo Popular quedando las cosas como estaban (cfr. *Diario de Sesiones del Congreso*, de 15 de junio de 1999, núm. 709, intervenciones de los señores Diputados Morán García y Ortiz González).

Bajo nuestra modesta opinión, si el daño se manifiesta o se pone a la vista del usuario, puede ser conocido y por tanto, puede ejercitarse la acción; independientemente de si el usuario lo ignore por circunstancias personales, por ejemplo: ausencias prolongadas. Luego **el artículo 18.1 de la LOE, a pesar de su defectuosa redacción, no supone una modificación a la regla general del 1.969 del Código Civil para el cómputo de la prescripción de acciones, que era la aplicable con el artículo 1.591 del Código Civil.** Dar una interpretación en sentido contrario, vulneraría el derecho básico del consumidor a la protección jurídica y prioritaria que la LGDCU, en su artículo 2, exige a los poderes públicos.

f) BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DE COMUNIDADES O COOPERATIVAS Y AL AUTOPROMOTOR

La responsabilidad del gestor o de las figuras análogas que menciona el artículo 17.4 difiere de la del promotor por tener una prestación distinta a la de éste [ver *supra* epígrafe cuarto, apartado b)]. **Los autopromotores o los consumidores que pretendan la imputación de responsabilidades al gestor conforme a la LOE deberán, además de probar los daños, acreditar la intervención decisoria del gestor. En otro caso, su fundamento sólo podrá descansar en una responsabilidad contractual o extracontractual donde el elemento culpabilístico tendrá que probarse.**

Respecto a **los propios autopromotores** y atendiendo a su naturaleza jurídica (promotor-mediador) **no tiene sentido autoexigirles responsabilidad civil por daños en la edificación por cuanto estarían yendo contra sus propios actos y contra su propio patrimonio.** Esta ausencia de responsabilidad debería haberse consagrado en el articulado para evitar reclamaciones al amparo de una equívoca interpretación del artículo 17.4.

VI. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR: LA SUSCRIPCIÓN DE GARANTÍAS

A pesar de que el nuevo régimen jurídico del promotor establece nuevas obligaciones y garantías para fomentar la calidad en la edificación, **brilla por su ausencia la obligación de ostentar la titulación académica o profesional** que acredite su competencia. Sin duda, la falta de formación profesional

El Grupo Popular consideraba el asunto como una cuestión de criterios de redacción sin que supusieran merma en el espíritu garantista de la Ley (cfr. *Diario de Sesiones del Senado* de 29 de septiembre de 1999, núm. 140, pág. 6674).

también es uno de los factores que influyen en la baja calidad de las viviendas (59). Además, creemos que es a los propios promotores a quienes les interesa este tipo de obligaciones con el fin de poder evitar el intrusismo. La LOE, a todos los agentes principales de la edificación, lo primero que les exige es la titulación o capacitación profesional [al proyectista, art. 10.2.a); al constructor 11.2.b); al director de la obra, art. 12.3.a); al director de la ejecución de la obra, art. 13.2.a) y a las entidades y los laboratorios de control de calidad de edificación, art. 14.3.b)] pero, incomprensiblemente, se omite este requisito para los promotores cuya intervención en el proceso es decisoria. Únicamente puede mitigar esta carencia la creación de registros administrativos por parte de las Comunidades Autónomas en los que se establezcan requisitos objetivos de cualificación para el ejercicio de la profesión.

Por razones de brevedad, de entre todas las obligaciones destacaremos únicamente la más importante: la suscripción de los seguros previstos en el artículo 19; quedando al margen, para otro estudio, la suscripción del seguro de caución reflejado en la Disposición Adicional primera y la entrega a los adquirentes del Libro del Edificio [cfr. art. 9.2.d)].

LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL ARTÍCULO 19. CUESTIONES AL RESPECTO

A diferencia de lo que se barajó en algunos anteproyectos (60), al final, el prelegislador optó acertadamente por la fórmula del seguro de daños. En este sentido, compartimos la opinión de I. ELENA MOLINA (61) sobre los seguros de daños como «la mejor alternativa para garantizar a la propiedad la rápida reparación de los daños sufridos, habida cuenta de que en los seguros de responsabilidad civil es necesario depurar las culpas profesionales de los intervinientes para que nazca el derecho a la indemnización». Igual opinión tiene A. ARIZA ARCA, quien considera que «la solución aseguradora, a través del seguro de daños, parece la más rápida y eficaz para el adquirente de las viviendas, configurándose así como una póliza de prefinanciación del daño y trasladando al asegurador la búsqueda de las responsabilidades a que haya lugar de los agentes intervinientes, una vez indemnizado el propietario» (62).

(59) La industria de la construcción en Europa dedica a formación el 10 por 100 de la media de lo que destina la industria en general, y en España estamos por debajo (cfr., *El País Negocios*, domingo 3 de octubre de 1999: «Pisos sin grietas ni goteras», pág. 34).

(60) El artículo 22 del Anteproyecto de 11 de junio de 1998 exigía la constitución de seguros de responsabilidad civil a los agentes intervinientes en lugar de seguros de daños.

(61) «Ruina y Seguro...», *ob. cit.*, pág. 397.

(62) Ponencia en la Jornada Informativa organizada por ASPRIMA y CAJA MADRID de 13 de mayo de 1999, sobre «El nuevo marco legislativo técnico de la edificación», pág. 28, *Inédita*.

Sin embargo, **se echa de menos la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil para los gestores de cooperativas o comunidades u otras figuras análogas, quienes para la Ley, *a priori*, no son promotores.** La responsabilidad de una negligente gestión inmobiliaria puede tener magnitudes económicas muy superiores a los daños materiales sobre la edificación.

También creemos desacertada la alternativa del seguro de caución, tal y como lo configura el artículo 19.3 (a primer requerimiento y sin posibilidad de oposición al asegurado de las excepciones que pudieran tener el asegurador contra el tomador). Estas características hacen del seguro una garantía autónoma e independiente del hecho edificatorio y posibilitan al consumidor casi un poder omnímodo en su ejecución. Su consideración como alternativa y sus características harán que, **en la práctica, el seguro de caución no se utilice para cubrir las responsabilidades edificatorias.**

Tampoco prosperará el seguro de daños de vigencia anual (ni voluntaria ni obligatoriamente) previsto en el art. 19.1.a) **puesto que la Ley ha permitido la opción de la retención** por el promotor del 5 por 100 del importe de la ejecución de la obra. Esta retención es usual en los contratos de obra con los constructores, pero ofrece varias dudas sobre su eficaz aplicación en beneficio de los compradores y sucesivos adquirentes:

- a) La instrumentalización de la retención es compleja, puesto que debe permitir que los adquirentes y sucesivos compradores puedan tener poder de disposición sobre ella. Esta instrumentalización normalmente se produce en los contratos de obra, foro inadecuado, por la ausencia de las compañías aseguradoras, que puede ocasionar desprotección en los futuros adquirentes.
- b) En caso de no practicarse la retención es muy habitual sustituirla por avales bancarios o seguros de caución de dudosa legalidad al amparo del artículo 19.3, puesto que el promotor sería beneficiario o asegurado, pero el consumidor no.

Estas dudas no creemos que puedan ser resueltas ni tan siquiera con el incierto y futuro Real Decreto que anuncia la Disposición Adicional 2.^a, apartado 2, por lo que hubiese sido mejor que la Ley no hubiere acogido la alternativa de la retención y hubiere exigido el seguro de daños de vigencia anual.

La suscripción de los seguros de daños del artículo 19.1 plantea numerosas cuestiones, entre las que destacamos las siguientes:

- 1.^a *Obligados y excluidos de suscribir las garantías*

La obligación de suscribir las garantías no es exigible a todos los promotores. Sorprendentemente, el artículo 1.3 *in fine* de la Ley ha eximi-

do de dicha obligación a las administraciones públicas y los órganos o entidades sujetas a la legislación de contratos con las administraciones públicas. La única razón que alcanzamos a esgrimir es la indudable solvencia económica que frente al adquirente ofrecen las administraciones. Quizá también pueda influir la legislación administrativa que desde antaño viene liberando de esta obligación al promotor público (63). Sin embargo, **la solvencia económica de la Administración no justifica la exención en la suscripción de las garantías** por las siguientes razones:

- a) Sin la figura del asegurador se pierde la prefinanciación del daño y la agilidad en la indemnización al afectado.
- b) La ausencia de seguro redundaría en perjuicio de un grupo de afectados que, en su mayoría, serán destinatarios de viviendas protegidas y, por tanto, tendrán una condición económica menos favorecida.
- c) El volumen de actividad de la promoción pública en España justificaba también la obligatoriedad del seguro (64).
- d) La responsabilidad que se reconoce a las administraciones cuando se comporten como promotores (65).

También han sido excluidos de esta exigencia aquellos promotores de edificios cuyo destino principal no sea el de vivienda (v. Disp. Ad. 2.^a). Surge la duda de **qué se debe considerar destino principal**. Compartimos la opinión de E. ÁNGULO RODRÍGUEZ, quien mantiene que **para determinar el carácter principal es necesario remitirse a las normas urbanísticas del municipio** (66). Así, por ejemplo, el PGOU de Madrid para clasificar los diferentes usos, según su incidencia en la caracterización de un edificio, artículo 7.2.6, considera uso principal aquél cuya superficie útil represente el mayor porcentaje respecto a la superficie útil total de los usos del edificio. **Si la superficie útil de uso residencial es superior al resto de usos compati-**

(63) El artículo 111 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (Decreto 2114/1968, de 24 de julio) exoneraba a los promotores con carácter oficial de suscribir un seguro para garantizar los vicios o defectos de la construcción durante cinco años. Este seguro quinquenal ha sido prácticamente inexistente e inexigido en la práctica.

(64) La Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS) lleva a cabo la promoción de más de 25.000 viviendas al año en nuestro país, cifra que consideramos relevante a efectos de excluir la obligatoriedad del seguro (cfr. *Revista Metros Cuadrados*, septiembre de 1999, pág. 54).

(65) La STS 3.^a de 25 de enero de 1984, reconoce la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil al Instituto Nacional de la Vivienda. Dicha sentencia la cita y comenta J. I. RUBIO SAN ROMÁN, quien defiende la responsabilidad de los organismos oficiales y los colegios de arquitectos en «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1991», en *Revista Poder Judicial*, núm. 26, junio de 1992, pág. 201 y sigs.

(66) «Ponencia sobre Obligaciones y Responsabilidades del Promotor Inmobiliario en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación», pág. 22, nota 6. *Inédita*.

bles podremos concluir que la edificación tiene como destino principal la vivienda.

Más dudas nos suscita **el promotor de derechos de aprovechamiento por turno o el promotor de viviendas para su arrendamiento.** La LOE no ha excluido expresamente a las viviendas no habituales o de temporada [es más, creemos que están dentro del ámbito de aplicación en virtud del art. 2A.a) cuando dice «residencial en todas sus formas»] ni tampoco ha determinado con claridad el derecho real o personal por el que el asegurado disfrute de la vivienda (por ejemplo: arrendamiento, usufructo, etc.), sin embargo, podría considerárseles excluidos porque, al regular la responsabilidad y las garantías, parece que la condición de asegurados descansa sólo en los adquirentes o en adjudicatarios, en caso de autopromotores [la Ley menciona la palabra «adquirente» en el art. 17.1, 17.3, 19.2.a) y 19.3.a)].

Este argumento es muy frágil puesto que, como ha dicho M.^a C. RAYÓN BALLESTEROS, al amparo del artículo 1.º2 de la LGDCU, son consumidores las personas físicas y jurídicas que adquieren, utilizan o disfruten como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles (67); por ello, volviendo de nuevo a la consideración de la LOE como una aportación más a la LGDCU, **tendríamos que considerar legitimados y, quizá, asegurados a los titulares de derechos distintos del de propiedad (por ejemplo, el titular de un derecho de aprovechamiento por turnos).** En cualquier caso, ante la poca claridad de la Ley, **tenemos serias dudas de que en la praxis se aplique a estos promotores,** en especial, al de derechos de aprovechamiento por turno, la suscripción del seguro decenal.

2.^a Coberturas

La Ley debería mantener una lógica concordancia entre el ámbito de las responsabilidades y sus garantías. Así ocurre entre el artículo 17.1 *in fine* [«(...) por vicios o defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año»] y el art. 19.1.a) [«(...) por vicios o defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado de las obras (...)»]; igual sucede entre el artículo *n.l.b)* y el artículo *19.1.b)*. **Esta concordancia descansa en el principio de accesoriedad que debe tener toda garantía respecto a su obligación principal. Carece de sentido garantizar algo de lo que un sujeto no es responsable.**

Desgraciadamente, por la mala técnica legislativa que preside la LOE, esta concordancia no existe en el caso más importante: la responsabilidad

(67) Cfr. «Régimen Jurídico Procesal...», *ob. cit.*, pág. 72.

decenal y su garantía. Así el artículo 17.1.a) dice: «por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes (...), y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio». Por el contrario, el artículo 19.1.c) dice: «por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes (...), y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio».

Algún autor ya ha planteado la posibilidad de una responsabilidad decenal no garantizada por el seguro decenal, ya que éste no cubriría los vicios o defectos que afectando a la estructura no tengan su origen en ella (68).

No compartimos tal interpretación, excesivamente literalista, debido a tres razones:

- a) Creemos que ésta es una de las numerosas discordancias y ambigüedades del articulado de la Ley [por ejemplo, de las examinadas en este estudio destacan: la discordancia de la E. de M. Apdo. 4 *in fine* con el art. 17.4; la ambigüedad del término «produzcan» (v. art. 18.1) para determinar el *dies a quo* del cómputo de la prescripción de las acciones indemnizatorias; la errónea conjunción disyuntiva del art. 17.1 *in fine*, etc.).
- b) El «compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios» (E. de M. párrafo 4.º) repugna con el vacío provocado por la discordancia citada.
- c) La expresión «tengan su origen (en)» puede entenderse equivalente a «afecten a», puesto que no puede exigirse responsabilidad a los agentes intervinientes por vicios o defectos que afectando a la edificación sean debidos por actos de terceros (responsabilidad extracontractual) o de los propios perjudicados, fuerza mayor y caso fortuito.

3.^a *La posición del autopromotor y del gestor frente a las garantías*

El autopromotor, como futuro usuario, se beneficia de la suscripción del seguro de daños, ya que existe un tercer patrimonio (el del asegurador) que garantiza la edificación, donde no sólo ha participado el autopromotor sino que han concurrido numerosos agentes intervinientes. Es **necesario saber que el asegurador no podrá ejercer la acción subrogatoria prevista en el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro contra el autopromotor, dado el carácter mutualista de este último.** Esto es, el asegurador que exige responsabilidades a una cooperativa subrogándose

(68) LACABA SÁNCHEZ, F. considera que esta responsabilidad no cubierta alimenta la tesis de la vigencia del artículo 1.591 del Código Civil (cfr. «Ley de Ordenación de la Edificación...», *ob. cit.*, pág. 3).

en las acciones de su asegurado, le está causando un perjuicio al propio asegurado puesto que la cooperativa podría exigirle al damnificado su derrama en virtud de su responsabilidad ilimitada en los resultados ordinarios (69). La acción subrogatoria sólo podría ejercerse ante terceros no socios.

Distinta es la situación del gestor de cooperativas que, *a priori*, no es promotor, por lo que su condición como tomador o asegurado no parece adecuada; sin embargo, consideramos conveniente que las compañías aseguradoras exijan la suscripción de un seguro de responsabilidad civil decenal por cada edificación gestionada y su colaboración activa en todas aquellas tareas necesarias entre el autopromotor y el asegurador. Sí debería considerarse como tomador o asegurado el gestor de comunidades que opera con un mandato irrevocable de los comuneros para efectuar las labores de gestión, administración y promoción; los comuneros son simples dueños de la obra que han delegado las facultades esenciales inherentes al promotor.

4.^a Exclusiones: Recepción con reservas

Las reservas efectuadas en la recepción suponen una exclusión de la cobertura para el comprador o sucesivos adquirentes. Como vimos [*supra* epígrafe quinto, apartado d)], las reservas deberían obedecer a los vicios o defectos en la terminación o acabado, pero **en el supuesto** de que existan observaciones de las oficinas técnicas de control que pudieran ser constitutivas de **reservas respecto a los requisitos de habitabilidad o seguridad** [art. 17.1.aj y ll.l.b)], **consideramos que estaríamos ante una agravación del riesgo del artículo 11 de la Ley de Contrato de Seguro (70)**. Esto supone que el promotor, una vez conozca la existencia de esta circunstancia, debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 11 y 12 de la Ley de Contrato de Seguro, es decir, provocar del asegurador su pronunciamiento al respecto de la observación de la oficina de control, ya sea modificando el contrato de seguro o incluso resolviéndolo.

Con la aplicación de estos preceptos se consiguen actos concluyentes (ya sea expresos o tácitos) del asegurador, evitando que dichas observaciones se traduzcan en reservas postreras cuya subsanación puede tener un coste elevadísimo.

(69) Dicha responsabilidad se puede deducir, entre otros preceptos, del sistema de imputación de pérdidas regulado en el artículo 59.3 *in fine* de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

(70) El artículo 11 de la Ley de Contrato de Seguro, dice: «El tomador del seguro o el asegurado deberán, durante el curso del contrato, comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas».

5.^a *La formalización de las garantías y su testimonio*

El artículo 20.1 de la Ley establece:

«No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías (...)».

Continuando su mala técnica legislativa, la LOE vuelve a sembrar dudas al promotor a la hora de saber cuándo deben constituirse las garantías. Nosotros consideramos que existen dos momentos necesarios en la constitución de las garantías:

1.º Su formalización

Deberá efectuarse antes del inicio de la edificación puesto que así permite al asegurador examinar los medios técnicos y humanos de los que dispone el promotor (elección de la Oficina Técnica de Control, Arquitectos, Constructor, etc.), establecer una serie de obligaciones entre tomador y asegurador, necesarias para la viabilidad del seguro y, en definitiva, realizar una adecuada valoración del riesgo.

Entendemos que la ausencia de riesgo en esta fase no puede ser motivo de nulidad al amparo del artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro puesto que, siguiendo a nuestra más autorizada doctrina (71): «las partes pueden fijar una delimitación temporal del riesgo, que se inicie con posterioridad a la conclusión del contrato». Esto es, el contrato se formaliza antes de la realización del estudio geotécnico, pero el riesgo y por tanto, su cobertura nacen desde la recepción de la edificación. Sólo en el caso de que ésta no llegara a recibirse no existiría contrato.

2.º El testimonio de su formalización

La redacción del mencionado artículo 20.1 deja abierta dos posibilidades:

- a) Que el testimonio se efectúe en el momento de la escritura pública de obra nueva declarada en construcción (cfr. arts. 45 y 46 del Real Decreto 1093/1997).

(71) SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 117.

- b) Que el testimonio se efectúe en el momento del acta notarial declarando finalizada la construcción (cfr. art. 47 del Real Decreto 1093/1997).

Consideramos que el testimonio debe llevarse a cabo en la escritura de obra nueva en construcción, debido a que el propio artículo 20.1 habla de inscripción de escritura pública y no de anotación marginal de actas notariales. Otra razón la deducimos del espíritu del precepto: la no autorización de transmisiones ni adjudicaciones *inter vivos* a los adquirentes (72). El cumplimiento de este espíritu sólo se logra mediante el testimonio en la autorización de la escritura pública de obra nueva en construcción, ya que al ser constitutiva de inscripción (no de nota marginal) exige que se respete el principio de tracto sucesivo registral impidiendo la transmisión de las edificaciones en caso de inexistencia de la garantía (73).

6.^a Consecuencias de su no suscripción

Según el artículo 19.7:

«El incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías».

Vuelve la LOE a hacer gala de su poco rigor, exigiendo una responsabilidad personal a quien ya estaba obligado personalmente a suscribir las garantías: el promotor [art. 19.2.a) en relación con Disp. Ad. 2.^a 1]. Creemos que la finalidad perseguida era la exigencia de responsabilidades personales a los representantes legales de las sociedades obligadas, pero desgraciadamente en la tramitación parlamentaria en el Congreso no fueron tenidas en cuenta dos enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista en este sentido (74).

(72) El espíritu del precepto estaba mejor recogido en el Proyecto de Ley que prohibía la autorización o inscripción de escrituras públicas de primera transmisión inter vivos o adjudicación voluntaria de edificaciones (cfr. *BOCG* de 15 de marzo de 1999, Serie A, núm. 163-1, art. 20).

(73) Para ARNAIZ EGUREN, según nos cita F. J. GARCÍA MÁS, la aplicación del principio de tracto sucesivo sólo procede en las escrituras públicas de declaración de obra nueva en construcción por ser un negocio jurídico; en cambio no es así para la declaración de terminación, puesto que simplemente trata de acreditar registralmente un hecho (cfr. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril de 1998, núm. 645, pág. 331). Esto supone, a nuestro juicio, que también tengan distinto tratamiento registral: inscripción y nota marginal.

(74) Nos referimos a las enmiendas presentadas en el Congreso núm. 31 y núm. 129. Esta última decía: «El incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de sus-

Los supuestos de inexistencia de seguro serán muy escasos, dada la prohibición de inscripción de la obra nueva sin testimonio de la póliza; distinto es el caso de las reservas efectuadas en la recepción de las viviendas que, aun referidas a la seguridad o estabilidad del edificio, el filtro registral no podrá excluir. Tampoco creemos que queden excluidas las pólizas que vulneren las normas del artículo 19.2. Entendemos que estos últimos supuestos serían sancionables administrativamente.

VII CONCLUSIONES

La LOE, con una deficiente técnica legislativa, define un nuevo régimen jurídico del promotor caracterizado por la interpretación jurisprudencial preexistente (su definición, su prestación, su tipología, etc.), y por un espíritu garantista que se traduce en una mayor responsabilidad y nuevas obligaciones (responsabilidad solidaria, distintos plazos de garantía, la suscripción de un seguro obligatorio, etc.). En este trabajo hemos apuntado algunas conclusiones de las que destacamos las diez siguientes:

1.^a Más allá de la definición legal y conforme a la jurisprudencia estudiada, consideramos **promotor a aquel interviniente que decide los elementos esenciales del proceso edificatorio** como, por ejemplo, la elección del resto de agentes intervinientes (dirección facultativa, constructora, entidad financiera, etc.), la adquisición de los terrenos objeto de la promoción o la recepción de la edificación.

2.^a La **prestación del promotor** al adquirente es una **obligación de resultado**: la entrega de la edificación.

3.^a La figura del autopromotor (cooperativas y comunidades), una de las tipologías más importantes del promotor está apenas esbozada en el texto legal. La Ley únicamente ha prestado atención a las gestoras y figuras análogas que nacen vinculadas a la autopromoción. Aunque la prestación de estos agentes es una obligación de medios o de actividad (distinta de la del promotor), cautelarmente, la Ley ha establecido dos criterios para diferenciarlos del promotor: el tenor del contrato que les vincule con el autopromotor y la intervención decisoria en el desarrollo de la promoción.

Por ello, **las gestoras y las figuras análogas no tienen la condición de promotores**, salvo pacto o resolución firme que, guiada por los anteriores criterios, les considere como verdaderos promotores.

cripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente y solidariamente al obligado a suscribir las garantías. Tanto el empresario individual como los administradores y apoderados y los que hubiesen sido cuatro años antes» (cfr. *BOCG* de 21 de mayo de 1999, Serie A, núm. 163-9, pág. 62).

4.^a A pesar de que la LOE consagra los principios jurisprudenciales de la individualización de la responsabilidad de los agentes intervinientes y la solidaridad impropia, estos principios no son aplicables al promotor. **La responsabilidad del promotor es solidaria en todo caso y cuasi-objetiva.**

5.^a El texto pone fin a la controversia nacida con el 1.591 del Código Civil respecto al inicio del cómputo del plazo de garantía decenal. **Todos los plazos de garantía que recoge la Norma se computan desde la única recepción de la obra.** Desaparece la recepción provisional y definitiva y se introduce como novedad la recepción con o sin reservas.

La recepción con reservas no es una recepción condicionada sino una recepción compleja que conlleva dos momentos: el inicial de recepción y el final de subsanación. **Estos dos momentos suponen una duplicidad de cálculos en los plazos de garantía** cuya aplicación puede ser muy delicada ante vicios o defectos de importancia. Para evitar esta situación lo ideal es que únicamente sean objeto de reserva los vicios o defectos en la terminación o acabado; el resto deberían ser objeto de rechazo.

6.^a Entendemos que **el *dies a quo* del cómputo para la prescripción de las acciones indemnizatorias sigue las pautas generales del 1.969 del Código Civil** (desde el día en que pudieron ejercitarse las acciones). La falta de rigor técnico de la Ley, su talante garantista y su tramitación parlamentaria son las razones de tal argumentación.

7.^a **La Ley ha acertado con el tipo de seguro escogido para garantizar las responsabilidades edificatorias: el seguro de daños.** Sin embargo, **nacen muertas las alternativas del seguro de caución y del seguro de daños anual.** En el caso del seguro de caución, entendemos que los aseguradores rehusarán esta fórmula, dado el poder omnímodo que conceden a su beneficiario (consumidor o promotor). El seguro anual no se utilizará por existir una alternativa cuya aplicación está ya muy extendida: la retención en metálico. Esta retención ofrece pocas garantías en favor del comprador y sucesivos adquirentes.

8.^a **No se justifica la exclusión de la suscripción de garantías a los promotores públicos,** dada su importancia en el sector residencial y consideramos que **debió exigirse un seguro de responsabilidad civil decenal a las gestoras y otras figuras análogas** porque su papel en la promoción, fuere o no decisivo, entraña una elevada responsabilidad.

9.^a **Las reservas que efectúen las oficina de control relativas a los requisitos de habitabilidad o seguridad** durante la construcción de la edificación **son supuestos de agravación del riesgo** que deberán ser comunicadas por el promotor al asegurador con el fin de conseguir su posición al respecto y evitar subsanaciones de un coste elevadísimo. El régimen jurídico de estas comunicaciones es el establecido en el artículo 11 y 12 de la Ley de Contrato de Seguro.

10.^a Las garantías deberían formalizarse antes del inicio de la edificación para que la propia entidad aseguradora examine la elección y participación del resto de agentes intervinientes (dirección facultativa, oficinas técnicas de control, constructor, etc.). Dicha formalización consideramos que **debe testimoniarse en la escritura de obra nueva en construcción** puesto que así se obliga a respetar el principio de tracto sucesivo registral impidiendo posteriores inscripciones de transmisión.

RAFAEL GONZÁLEZ TAUSZ
Abogado, LEGSE Abogados