

ARTÍCULOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROMOTOR POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS

JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARÉS

*Profesor asociado de la Universidad de Barcelona.
Abogado (*)*

1 · INTRODUCCIÓN

El principio tradicional de nuestro Derecho en materia de daños es el de la responsabilidad por culpa o negligencia. Sin embargo, se aprecia una evolución en el criterio de imputación de la responsabilidad: la doctrina y jurisprudencia más recientes apuestan claramente por una responsabilidad objetiva cuando se trata de actividades que entrañan riesgo.

De hecho, el principio de la responsabilidad objetiva se ha ido imponiendo paulatinamente en diferentes textos legislativos recientes, tales como: (i) la Ley de Ordenación de la Edificación¹ («LOE») (en lo que se refiere específicamente al promotor inmobiliario² respecto a los daños materiales causados

en el edificio), (ii) la Ley de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos³ («LPD») (respecto al fabricante y el importador de tales productos); y (iii) la Ley de Residuos⁴ (respecto al contaminador, el poseedor y el propietario de suelos contaminados).

Las previsiones sobre responsabilidad contenidas en las tres normas citadas son susceptibles de afectar al promotor inmobiliario. Ahora bien, las reclamaciones contra los promotores relativas a cuestiones constructivas pueden basarse asimismo en las disposiciones generales del Código Civil («CC») (responsabilidad por vicios ocultos⁵ y/o por incumplimiento de contrato⁶), en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁷ («LGDCU») y/o en el régimen general de responsabilidad extracontractual⁸.

Al tratar el tema de la responsabilidad civil, partiremos del análisis del concepto de «promotor» en nuestro Derecho y ofreceremos una visión general, además del conocido régimen de la LOE, de los demás regímenes de responsabilidad civil a los que pueden recurrir los propietarios o compradores insatisfechos para intentar fundamentar sus reclamaciones contra el promotor motivadas por defectos constructivos, que siguen vigentes y sin embar-

(*) Del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona). El autor agradece a Juan Cadarso Palau y a Emilio Díaz Ruiz sus aportaciones a este trabajo. Cualquier error o imprecisión es de exclusiva responsabilidad del autor.

1 Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE de 6-11-1999).

2 Nos referimos específicamente a la responsabilidad del promotor, respecto al cual los propietarios perjudicados no están obligados a probar la negligencia del promotor ni el nexo causal entre la acción (u omisión) del promotor y el daño, bastando por tanto la prueba de haberse producido el daño (art. 17.3 de la LOE).

3 Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (BOE de 7-7-1994).

4 Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (BOE de 22-4-1998).

5 Arts. 1484 a 1499 CC.

6 Art. 1124 CC.

7 Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE de 24-7-1984).

8 Arts. 1902 a 1910 CC.

go a menudo pasan desapercibidos a raíz de la entrada en vigor de la LOE⁹.

2 · ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «PROMOTOR» A EFECTOS DE RESPONSABILIDAD?

La mayoría de los regímenes de responsabilidad derivados de las leyes citadas y de las disposiciones de carácter general aplicables no afectan únicamente a los promotores, sino que son también aplicables a vendedores, fabricantes, propietarios y, en general, a cualquier otra persona física o jurídica. Sin embargo, ciertos regímenes privilegiados de responsabilidad (y, en particular, el derivado de la LOE) se aplican específicamente a la figura del promotor. En consecuencia, conviene detenerse en concretar qué se entiende por «promotor» a los efectos de determinar su responsabilidad en Derecho español.

2.1 · El concepto de «promotor»

En un intento de englobar los diferentes tipos de actividad de promoción y las diferentes entidades promotoras imaginables, el legislador ha acogido en el artículo 9.1 de la LOE un concepto amplio de «promotor», al definirlo como «cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título»¹⁰. A la vista de esta definición:

(i) La persona física o jurídica que encuentra una oportunidad de promoción y promueve el proyecto, aporta financiación (con sus propios recursos o mediante financiación bancaria) y se

limita a contratar las obras con un contratista general o «llave en mano» (que es quien, a su vez, contrata con subcontratistas, proyectistas, dirección facultativa, etc.) tiene la consideración de promotor. La persona física o jurídica que, por el contrario, contrata directamente el proyecto con los diferentes contratistas y técnicos involucrados (como acontece en el esquema del contrato de obras «tradicional») tiene asimismo la consideración de promotor.

(ii) El promotor a menudo no contrata las obras con terceros (el llamado «promotor-comitente»), sino que él mismo (o alguna de sus divisiones o compañías de su grupo) se halla también implicado en la construcción (el llamado «promotor-constructor»); y, en ocasiones, incluso está involucrado en las actividades de marketing y ventas. Sin embargo, ninguno de estos elementos (implicación en la construcción, marketing o ventas) es necesario para recibir la calificación de promotor a los efectos de la LOE.

(iii) El promotor es a menudo un profesional o un empresario. Sin embargo, conforme a la LOE (a diferencia del criterio acogido por la jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 1591 CC¹¹), ni el carácter profesional ni el ánimo de lucro son elementos necesarios para ser considerado promotor. Una persona física o jurídica tiene la consideración de promotor a efectos de la LOE (y se halla, por tanto, sujeto a las responsabilidades que dicha ley le atribuye) incluso si está implicada en un solo proyecto y éste no se lleva a cabo en el marco de una actividad empresarial ni está dirigido a la venta a terceros. Así, reciben la calidad de promotores a efectos de responsabilidad personas o entidades tales como:

- el minifundista que promueve una vivienda en una finca de su propiedad para su propio uso (el denominado «autopromotor»),
- la cooperativa de viviendas que se constituye a los solos efectos de promover la cons-

⁹ No analizaremos la posible responsabilidad del promotor en el ámbito de la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación ni en el ámbito de la comercialización. Tampoco se va a abordar la responsabilidad administrativa ni la responsabilidad penal del promotor. Sobre el régimen de responsabilidad penal derivada de la siniestralidad laboral en la ejecución de obras civiles, vid. el trabajo publicado por Óscar Morales García bajo este título en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12, 2005, págs. 31-45.

¹⁰ Este precepto tiene su antecedente legislativo en el art. 3 de la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda (BOE de 18-2-1992; DOGC de 15-1-1992), que define al promotor de viviendas a los efectos de dicha ley como «la persona física o jurídica que decide, programa e impulsa su construcción o rehabilitación, las suministra, siquiera ocasionalmente, al mercado inmobiliario y transmite su titularidad dominical o la adjudica o cede mediante cualquier título».

¹¹ La jurisprudencia recaída en aplicación del art. 1591 CC expresamente requiere la calidad de profesional o empresario y ánimo de lucro para que una persona o entidad pueda ser considerada «promotor»: «es la persona física o jurídica que, organizado empresarialmente, desarrolla una actividad dirigida a propiciar la construcción de edificios con la finalidad de obtener un beneficio económico» (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1996, RJ 3775/1996). Estos requisitos han desaparecido del concepto legal de promotor acogido por la LOE.

trucción de un edificio destinado al uso de sus propios miembros, o

- la comunidad de propietarios que promueve, contrata y sufraga la rehabilitación de la cubierta de un edificio en régimen de propiedad horizontal que supone una alteración de su configuración arquitectónica.

(iv) Incluso las Administraciones públicas (ya se trate de administraciones territoriales, patronatos públicos, universidades o empresas públicas¹²), cuando actúan como promotores de procesos edificatorios relativos a edificaciones que no consistan en obras públicas o infraestructuras¹³ (por ejemplo, viviendas sociales de promoción pública), reciben la calidad de promotores a efectos de responsabilidad, en la medida en que promueven y financian el proyecto y contratan las obras¹⁴.

Por último, conviene destacar que tener título de propiedad sobre el suelo (o cualquier otro derecho real sobre él) no es requisito necesario para recibir la calidad de promotor¹⁵. Según el artículo 9.2.a) de la LOE, es obligación de promotor «ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él»¹⁶.

Asimilar esta obligación a la exigencia de tener título de propiedad o un derecho real sobre el solar o a su inscripción registral para ser considerado promotor nos parece excesivo, pudiendo (a nuestro entender) el promotor actuar en tanto que tal en virtud de una mera habilitación contractual. Este es

típicamente el caso en las operaciones de *forward funding* (compraventa de futuro edificio comercializado y arrendado con financiación progresiva a cargo del comprador) cuando se articulan como un contrato complejo o mixto, en las que el vendedor suele recibir la consideración de promotor durante todo el proceso de construcción y comercialización por acuerdos contractuales, por mucho que el comprador (inversor) que aporta la financiación necesaria para desarrollar el proyecto adquiera título de propiedad sobre el suelo desde el inicio del proceso constructivo¹⁷.

2.2 · Las denominadas «figuras análogas»

Cuando el propietario del solar no es un promotor profesional y desea sin embargo involucrarse en una promoción inmobiliaria, habitualmente acude a un gestor o empresa profesionalizada que lleva a cabo las tareas propias de la promoción (tales como el desarrollo urbanístico, la gestión de permisos y licencias o las gestiones con la Administración). Entre los propietarios que recurren a los servicios de profesionales de la promoción se cuentan, entre otros, los fondos de inversión inmobiliaria que (de conformidad con su normativa reguladora) a menudo tienen vedado involucrarse en actividades de promoción, los propietarios de suelo rústico sin experiencia en las actividades de promoción inmobiliaria y las cooperativas de viviendas que se constituyen para promover la construcción de un edificio destinado al uso de sus propios miembros.

Las empresas profesionalizadas a que recurren los propietarios (no profesionales) en este contexto no reciben la calidad de «promotor». Sin embargo, en la medida en que «a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción actúen como promotores»¹⁸, tendrán la consideración de «figura análoga» a los efectos de la LOE y, en consecuencia, se hallarán sujetos a las mismas responsabilidades que el promotor¹⁹.

Frente al criterio tradicional de la jurisprudencia, que anudaba esta extensión de responsabilidad al ánimo de lucro (entendido como la asunción de

12 Tales como SEPES (Entidad Pública Empresarial del Suelo), Arpegio, Incasòl (Institut Català del Sòl) o EMVS (Empresa Municipal de la Vivienda y el Suelo de Madrid).

13 De conformidad con el artículo 2 LOE, quedan excluidas del concepto de edificación sujeta al régimen de la LOE cualquier edificación con carácter no permanente, así como: (i) las construcciones de escasa entidad constructiva; (ii) las obras públicas e infraestructuras; y (iii) las obras (de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación) que no alteren la configuración arquitectónica de los edificios.

14 De conformidad con el art 1.3 de la LOE, cuando las Administraciones públicas (y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas) actúan como agentes del proceso de la edificación, se rigen por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas; y, en lo no contemplado en dicha legislación, se rigen por las disposiciones de la LOE, a excepción de lo dispuesto en dicha ley sobre garantías de suscripción obligatoria.

15 Art. 9.2 LOE.

16 Conviene destacar que la LOE configura la titularidad de este derecho, no como un requisito conceptual para tener la condición de «promotor», sino como una mera obligación del promotor.

17 Para una reflexión sobre las cuestiones que plantean este tipo de contratos en nuestro Derecho, véase Pérez Rivarés, Juan Antonio: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del contrato de forward funding», *Revista de Derecho Mercantil*, 259, 2006, págs. 237-253.

18 Bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras.

19 Art. 17.4 LOE.

parte del riesgo empresarial de la promoción y la participación en el beneficio de la promoción)²⁰, la LOE acoge el criterio según el cual lo determinante a efectos de esta equiparación es que la empresa profesionalizada tenga una intervención decisoria en la promoción.

Esta equiparación de las «figuras análogas» al promotor a efectos de responsabilidad tiende a evitar los abusos detectados de quienes aparecían como mandatarios o administradores de cooperativas o comunidades para encubrir su actividad promotora y eludir así sus responsabilidades de promotor. El «verdadero gestor» (que no tiene intervención decisoria) se limita a desarrollar las tareas de organización y mediación a favor de un propietario que es quien «decide e impulsa» las obras, no recibe la calidad de «figura análoga» y, por tanto, no debería verse afectado por esta equiparación a la figura del promotor a efectos de responsabilidad.

El supuesto típico de «figura análoga» que se presenta en el tráfico jurídico-inmobiliario de nuestros días es el del «promotor delegado», que se produce, por ejemplo, cuando una sociedad inversora desea trasladar las actividades y el riesgo propios del promotor a una sociedad promotora por vía contractual (pudiendo ambas sociedades tener unos mismos socios y/o pertenecer a un mismo grupo de sociedades) o cuando el vendedor actúa en tanto que «promotor delegado» en el ámbito de las operaciones de *forward funding* (venta de futuro edificio construido y comercializado con financiación progresiva a cargo del comprador) cuando se estructuran, no mediante un solo contrato complejo o mixto, sino mediante la combinación de dos contratos coligados²¹.

²⁰ Véase las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2001 (RJ 5074/2001) y de 20 de noviembre de 1998 (RJ 8413/1998).

²¹ Efectivamente, las operaciones de *forward funding* pueden estructurarse mediante la combinación de dos contratos coligados: (i) un contrato de compraventa mediante el que el vendedor transmite el solar al comprador-inversor en un primer estadio del proyecto; y (ii) un contrato de «promoción delegada» en virtud del cual es el vendedor (que ya ha transmitido el solar) quien se compromete a promover (concebir, construir y arrendar) el proyecto en suelo ajeno (ya adquirido por el comprador) con la financiación que va proporcionándole progresivamente el comprador-inversor; de manera que el comprador-inversor va haciendo suyas las obras, por accesión, a medida que avanzan; y se remunera al vendedor con el pago de un precio complementario anudado al éxito de la comercialización (nivel de ocupación y nivel de rentas), mediante el cual el «promotor delegado» participa en el beneficio de la promoción.

3 · RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA NORMATIVA EDIFICATORIA

Conviven en la actualidad el régimen de responsabilidad de la LOE y el régimen derivado del artículo 1591 CC: el primero es de aplicación con relación a edificaciones para las que la licencia de obras fue solicitada con posterioridad al 6 de mayo de 2000, mientras que el segundo lo es con relación a edificaciones para las que la licencia se solicitó antes de dicha fecha. Dados los amplios plazos de garantía y prescripción del artículo 1591 CC, es previsible un largo periodo de convivencia de ambos regímenes.

3.1 · Responsabilidad del promotor *ex* LOE

Como regla general, el promotor responde por los defectos en la construcción en los términos de la LOE, que regula la responsabilidad de los llamados «agentes de la edificación» (incluidos, entre otros, el promotor, el proyectista, el constructor, el director de obra, el director de ejecución de la obra, las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación y los suministradores de productos) específicamente por «daños materiales ocasionados en el edificio» por vicios o defectos constructivos²².

La LOE define cada uno de estos «agentes de la edificación», al tiempo que enumera sus obligaciones²³ y regula sus respectivas responsabilidades por daños materiales en la edificación²⁴. Son responsables como promotor, en los términos de la LOE, cualquier clase de «promotor» en los términos amplios expuestos en el apartado 2.1 anterior (todos los cuales se hallan comprendidos en el concepto legal de promotor, que plasma e incluso amplía el concepto de promotor configurado por la jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 1591 CC) y las denominadas «figuras análogas» analizadas en el apartado 2.2 anterior, que se equiparan al promotor a efectos de responsabilidad.

La responsabilidad que impone la LOE al promotor (con independencia de que sea o no profesional o empresario) es solidaria con las responsabilidades que impone a los demás «agentes de la edificación». Por tanto, aun cuando el promotor cumpla escru-

²² Con relación al régimen de responsabilidad de la LOE centrado en la figura del constructor, vid. Cadarso Palau, Juan: «La responsabilidad de los constructores en la Ley de Ordenación de la Edificación: una aproximación a la nueva disciplina», *El Consultor Inmobiliario*, 7, 2000, págs. 3-10.

²³ Arts. 9 a 15 LOE.

²⁴ Art. 17 LOE.

pulosamente con las obligaciones que le atribuye la LOE²⁵, no queda liberado de su responsabilidad en virtud de dicho cuerpo legal. Es más, conforme a lo anterior, el promotor puede verse obligado a responder por los daños materiales ocasionados en el edificio atribuibles a la acción (u omisión) de cualquiera de los demás «agentes de la edificación».

A diferencia de lo que acontece con los demás «agentes de la edificación», la responsabilidad del promotor *ex LOE* no está vinculada al incumplimiento de sus obligaciones. En otros términos, el promotor (a diferencia de los demás «agentes de la edificación») no tiene un ámbito de riesgo propio. Huelga decir que, si el promotor actúa asimismo como constructor, será además potencialmente responsable por los defectos en la construcción correspondientes al ámbito de riesgo que la LOE atribuye específicamente al constructor²⁶.

Por tanto, por mucho que la LOE lo cuente formalmente entre los «agentes de la edificación», lo cierto es que al promotor se le considera *de facto*, a la luz de los preceptos de la LOE, como un fiador. La razón subyacente es que el legislador contempla al promotor como una suerte de «fabricante» o artífice de todo el proceso constructivo.

Según la LOE, los agentes de la edificación (incluido el promotor) son responsables frente a los propietarios y frente a los terceros adquirentes de los edificios (o parte de ellos) por daños materiales ocasionados en el edificio²⁷, por un plazo que depende de la entidad de los defectos (diez años para defectos estructurales y tres años para defectos de habitabilidad). El plazo de garantía de un año que la LOE establece para defectos de terminación y acabado en principio sólo se atribuye al contratista; sin embargo, es claro que esta responsabilidad anual puede afectar asimismo al promotor en su calidad de responsable solidario.

Estos plazos de garantía se computan a partir de la fecha de suscripción del acta de recepción o del momento en que la recepción se entienda tácitamente producida²⁸ (lo que tiene lugar cuando,

transcurridos treinta días desde la fecha indicada para proceder a la recepción, el promotor no haya puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito)²⁹. Al no acoger la LOE la tradicional distinción entre «recepción provisional» y la «recepción definitiva», el cómputo de los plazos de garantía tiene como *dies a quo* la fecha de la única «recepción» a que se refiere la LOE. El plazo de prescripción de la acción para exigir responsabilidad por daños materiales es de dos años a contar desde que se produzcan los daños³⁰.

Específicamente, con relación al promotor, la LOE establece que «*en todo caso*, el promotor responderá *solidariamente* con los demás agentes intervinientes ante los *posibles adquirentes* de los *daños materiales en el edificio* ocasionados por vicios o defectos de construcción»³¹.

(i) El promotor es responsable *ad extra*, no sólo frente al primer adquirente, sino también frente a segundos y sucesivos adquirentes, dentro de los plazos legales de aplicación; ello con independencia de que el promotor se halle legitimado, a su vez, para reclamar dichos daños al «agente de la edificación» (constructor, proyectista, director de la obra, etc.) cuya acción (u omisión) esté en el origen de los daños reclamados³². Por razones prácticas, el promotor que sea demandado por el propietario de un edificio (o parte de él) está facultado para llamar al proceso al «agente de la edificación» que estime originariamente responsable de los daños, para que se vea involucrado en un mismo procedimiento judicial, y evitar así las resoluciones judiciales contradictorias que podrían recaer en caso de ventilarse la responsabilidad del promotor y la del agente originariamente responsable en distintos procedimientos³³.

(ii) Según establece la LOE³⁴, el promotor es responsable «en todo caso». ¿Qué significa «en todo caso» en este contexto? El criterio de imputación es objetivo, de suerte que los propietarios de edificios (o de parte de ellos) no

25 Las obligaciones del promotor aparecen enumeradas en el artículo 9.2 LOE. Esta enumeración ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales, entre otros motivos porque omite obligaciones tan evidentes como las relativas a control de calidad y a seguridad y salud en el trabajo.

26 El art. 11 LOE enumera las obligaciones del constructor.

27 Art 17.1 LOE.

28 Art. 6.5 LOE.

29 Art. 6.4 LOE.

30 Art. 18.1 LOE.

31 Art. 17.3 LOE.

32 El plazo de la acción de repetición del promotor contra los demás agentes de la edificación es también de dos años, que en este caso se computa desde la resolución judicial condenatoria o pago extrajudicial (art. 18.2 de la LOE).

33 Disposición Adicional Séptima de la LOE.

34 Art. 17.3 LOE.

están obligados a demostrar la negligencia del promotor ni el incumplimiento de sus obligaciones. Existe una presunción de nexo causal, por lo que tampoco necesitan probar que el daño se derive de la acción (u omisión) del promotor. La prueba de haberse producido el daño es suficiente para declarar la responsabilidad del promotor, con independencia de que éste haya cumplido sus obligaciones o de que se halle o no involucrado en la producción de tales daños.

(iii) Al margen del derecho del promotor a llamar al proceso a cualquier otro agente de la edificación para que participe en el procedimiento, y de la necesaria suscripción por su parte de una póliza de seguro que cubra la responsabilidad de diez años por daños estructurales y la responsabilidad de tres años por defectos de habitabilidad³⁵, la única defensa del promotor frente a la reclamación por daños materiales en el edificio basada en la LOE cuando el demandante demuestre la existencia de defectos consiste en probar que los daños se han ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor, por intervención de terceros o por el propio demandante³⁶.

(iv) La LOE sólo regula la responsabilidad por «daños materiales en el edificio». No es de aplicación a la responsabilidad derivada de daños morales, lucro cesante (por ejemplo, pérdida de rentas), daños corporales o daños materiales en cosas distintas del propio edificio (tales como edificios colindantes o equipos informáticos del mismo edificio).

(v) Los plazos legales de garantía y de prescripción *ex* LOE son claramente inferiores de los que son de aplicación a las reclamaciones de responsabilidad contra el promotor basadas en el artículo 1591 CC, tal y como se analizará en el apartado 3.2 siguiente.

La LOE alude expresamente a que la responsabilidad del promotor conforme a dicha ley no excluye la responsabilidad contractual³⁷ ni la responsabilidad por vicios ocultos en los términos del CC³⁸. La LOE no

menciona, sin embargo, los demás regímenes legales analizados en este artículo, a los que, individual o conjuntamente, pueden recurrir los propietarios insatisfechos en sus reclamaciones contra el promotor.

3.2 · Responsabilidad del promotor *ex* artículo 1591 CC

El promotor puede resultar asimismo responsable por defectos en la construcción conforme al artículo 1591 CC³⁹. Se trata de una previsión decimonónica que, de conformidad con la economía de la época, fue concebida originariamente para el supuesto en que el propietario del suelo contrataba a un arquitecto y a un constructor que se hacían cargo de la concepción y construcción de una vivienda para su propio uso. Ello explica que sólo aluda a la responsabilidad de arquitectos y constructores para el caso de que el edificio devenga ruinoso, si la ruina tiene lugar dentro de los diez años siguientes a la finalización de la construcción y es debida a un defecto de proyecto o de construcción.

En este caso, en contraposición con el plazo de prescripción de dos años establecido por la LOE, la acción prescribe a los quince años⁴⁰, contados desde la fecha en que la ruina devenga aparente⁴¹; excepto en Cataluña, donde el plazo es de diez años⁴², contados desde la fecha en que el propietario conozca la ruina o pueda conocerla razonablemente⁴³.

La jurisprudencia ha interpretado ampliamente el ámbito de aplicación de este precepto, a fin de adaptarlo a la realidad actual:

(i) Nuestros tribunales han aplicado el artículo 1591 CC, no sólo respecto al constructor, sino también (en un primer momento) respecto al «promotor-constructor»⁴⁴, y (en última instancia) han acabado aplicándolo a cualquier tipo de promotor⁴⁵, aunque no actúe como constructor.

35 La suscripción de estos seguros se exige al promotor el art. 19 de la LOE; si bien el «autopromotor» ha quedado eximido de dicha obligación a raíz de la polémica notarial y registral que había generado la exigencia de dicha obligación al autopromotor por el tenor originario de la LOE.

36 Art. 17.8 LOE.

37 Véase el primer inciso del art. 17.1 de la LOE: «*sin perjuicio de la responsabilidad contractual [...]*».

38 Art. 17.9 LOE.

39 Cadarso Palau, Juan: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid: Montecorvo, 1976 (1.ª reedición).

40 Art. 1964 CC.

41 Art. 1969 CC.

42 Art. 121-20 del Código Civil de Cataluña, cuyo Libro Primero fue aprobado por Ley autonómica 29/2002, de 30 de diciembre (DOG de 13-1-2003) («CCCat»).

43 Art. 121-23 CCCat.

44 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004 (RJ 6641/2004), 31 de marzo 2000 (RJ 2493/2000) y 21 de febrero 2000 (RJ752/2000).

45 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2007 (RJ 301/2007), 16 de diciembre de 2004 (RJ 272/2005), 9 de enero de 2004 (RJ 97510/2004) y 12 de febrero 2000 (RJ821/2000).

(ii) El concepto de «edificio» no se halla sujeto a las limitaciones contenidas en la LOE: en este caso nuestros tribunales han acogido una concepción amplia, que no sólo incluye el edificio propiamente dicho, sino cualquier construcción, incluyendo obras mayores y menores, así como obras de reparación de un edificio o construcción.

(iii) A partir de la amplia fórmula ofrecida por el artículo 1591 CC, que señala que los sujetos responsables de la ruina responden de los daños y perjuicios que la misma ocasione, la jurisprudencia afirma que, mediante dicho precepto, se podrán reclamar cualesquiera quebrantos patrimoniales o, incluso, morales, que la ruina hubiese producido (a diferencia del régimen de la LOE, que sólo permite reclamar daños materiales ocasionados en el edificio). Así, al amparo del artículo 1591 CC se podrá reclamar el importe de los *daños emergentes* debidamente probados (gastos de reparación, daños en muebles o mercancías, gastos de traslado, mudanza, alquiler, etc.), el *lucro cesante* debidamente acreditado (paralización de la actividad profesional o comercial, pérdida de alquileres y rentas) e, incluso, los *daños corporales y morales* producidos (muerte, lesiones físicas o sufrimiento psicológico por el abandono precipitado de la vivienda)⁴⁶.

(iv) El concepto de «ruina» ha sido interpretado por los tribunales muy ampliamente: no se halla restringido a la destrucción o derrumbamiento de la obra (como parece desprenderse de la dicción literal del precepto), sino que incluye la ruina parcial⁴⁷ (que sólo afecta a parte del edificio), la ruina funcional⁴⁸ (edificio no susceptible de utilización para su uso previsto) y la ruina potencial⁴⁹ (amenaza de derrumbamiento del edificio). En definitiva, cualquier defecto constructivo que excede de las «imperfecciones corrientes»⁵⁰ constituye un defecto

grave incluido en el concepto de «ruina» a efectos de desencadenar la responsabilidad del promotor derivada del artículo 1591 CC. Entre tales defectos se incluyen, por ejemplo, las humedades en algunas zonas del edificio⁵¹, filtraciones⁵², goteras⁵³, la caída de placas o lose-tas de la fachada o desconchados de ella⁵⁴, rotura de elementos constructivos⁵⁵, defectuosa estructura del edificio⁵⁶, grietas y fisuras⁵⁷, pendientes mal realizadas⁵⁸, desperfectos en

de 1995 (RJ 4090/1995), 19 de abril de 1995 (RJ 3428/1995), 7 de febrero de 1995 (RJ 3130/1995), 31 de diciembre de 1992 (RJ 10423/1992), 23 de diciembre de 1991 (RJ 9477/1991) y 22 de julio de 1991 (RJ 5407/1991).

51 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2004 (RJ 7867/2004), 6 de mayo de 2004 (RJ 2696/2004), 31 de octubre de 2002 (RJ 9736/2002), 27 de junio de 2002 (RJ 5505/2002), 20 de noviembre de 1998 (RJ 8413/1998), 26 de junio 1997 (RJ 5395/1997), 4 de octubre de 1996 (RJ 7035/1996), 31 de marzo de 1992 (RJ 2311/1992) y 5 de marzo de 1984 (RJ 1200/1984).

52 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2003 (RJ 3001/2003), 31 de diciembre de 2002 (RJ 337/2003), 21 de marzo de 2002 (RJ 2853/2002), 28 de mayo de 2001 (RJ 3437/2001), 25 de julio de 2000 (RJ 6475/2000), 9 de marzo de 2000 (RJ 1515/2000), 21 de marzo de 1996 (RJ 2233/1996), 14 de julio de 1988 (RJ 5691/1988), 21 de marzo de 1988 (RJ 5993/1988), 28 de marzo de 1985 (RJ 1220/1985) y 29 de marzo de 1983 (RJ 1650/1983).

53 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (RJ 2100/2002), 20 de septiembre de 1985 (RJ 4281/1985), 11 de febrero de 1985 (RJ 545/1985) y 25 de enero de 1982 (RJ 307/1982).

54 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004 (RJ 6654/2004), 6 de junio de 2002 (RJ 5254/2002), 13 de noviembre de 1999 (RJ 8288/1999), 2 de diciembre de 1994 (RJ 9394/1994), 10 de octubre de 1994 (RJ 7474/1994), 30 de julio de 1991 (RJ 5424/1991), 14 de febrero de 1991 (RJ 1267/1991), 17 de julio de 1989 (RJ 5623/1989) y 5 de diciembre de 1986 (RJ 8132/1986).

55 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003 (RJ 8296/2003), 24 de enero de 2001 (RJ 999/2001), 12 de febrero de 2000 (RJ 821/2000) y 28 de julio de 1994 (RJ 6930/1994).

56 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2004 (RJ 6179/2004), 8 de noviembre de 2002 (RJ 9833/2002) y 18 de diciembre de 1999 (RJ 8233/1999).

57 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2004 (RJ 2696/2004), 12 de noviembre de 2003 (RJ 8296/2003), 21 de febrero de 2003 (RJ 2135/2003), 4 de noviembre de 2002 (RJ 9630/2002), 25 de junio de 1999 (RJ 4560/1999), 6 de marzo de 1999 (RJ 1367/1999), 31 de enero de 1998 (RJ 355/1998), 18 de octubre de 1996 (RJ 7162/1996), 3 de mayo de 1996 (RJ 3755/1996), 22 de marzo de 1991 (RJ 2427/1991), 19 de diciembre de 1989 (RJ 8843/1989), 17 de junio de 1985 (RJ 3276/1985), 13 de junio de 1984 (RJ 3236/1984) y 11 de noviembre de 1982 (RJ 6538/1982).

58 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004 (RJ 6654/2004), 28 de noviembre de 2002 (RJ 10282/2002), 25 de enero de 2000 (RJ 118/2000), 29 de diciembre de 1998 (RJ 10140/1998) y 21 de marzo de 1996 (RJ 2233/1996).

46 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8097) y de 26 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9524).

47 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero 2006 (RJ 545/2006) y 5 de diciembre de 1998 (RJ 9618/1998).

48 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre 2006 (RJ 8821/2006) y 20 de diciembre 2004 (RJ 8133/2004).

49 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 29 marzo 2005 (RJ 124894/2005).

50 Véanse las sentencias de 30 de enero de 1997 (RJ 845/1997), 21 de marzo de 1996 (RJ 2233/1996), 22 de mayo

elementos técnicos del edificio⁵⁹, ausencia de elementos constructivos necesarios⁶⁰, desprendimientos de azulejos u otros elementos constructivos⁶¹, desplazamiento del pavimento⁶², mala ejecución de algunos elementos constructivos⁶³ o ruidos y vibraciones⁶⁴.

Este concepto amplio de «ruina» ha determinado la aplicación del régimen de responsabilidad decenal *ex* artículo 1591 CC a muchos supuestos que (en terminología de la LOE) constituyen defectos de habitabilidad o de acabado. A raíz de la entrada en vigor de la LOE —respecto a las edificaciones a las que su régimen de responsabilidad resulta de aplicación—, tales supuestos han dejado de estar amparados por el plazo de diez años de garantía (y del plazo de prescripción de quince —o diez— años), y han pasado a estar garantizados por un plazo de tres o un año, según tengan la consideración de defectos de habitabilidad o de defectos de acabado (con un plazo de prescripción de dos años).

En virtud del artículo 1591 CC, a diferencia del régimen de la LOE, el promotor no es responsable solidario de los daños con los demás agentes de la edificación «en todo caso», sino únicamente si no es

posible identificar al causante de la acción (u omisión) que haya generado los daños⁶⁵.

3.3 · La cuestión de la derogación del artículo 1591 CC por la LOE

Con relación a la pervivencia o derogación del artículo 1591 CC (con relación a proyectos con licencia de obras solicitada tras el 6 de mayo de 2000) como consecuencia de la entrada en vigor de la LOE, existen posturas doctrinales antitéticas. Frente a las sentencias de audiencias que abogan por su derogación⁶⁶, la interpretación que consideramos más razonable es la de los sectores doctrinales que sostienen que, tras la entrada en vigor de la LOE, cabe todavía acudir a la vía del artículo 1591 CC para exigir responsabilidad por daños no incluidos en el ámbito objetivo de aplicación de la LOE (esto es, por daños distintos a los «daños materiales en el edificio»), pero que se hallan amparados por la jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 1591 CC, tales como los daños materiales causados por el edificio a inmuebles contiguos y a bienes muebles situados en el edificio, lucro cesante, daños corporales o daños morales⁶⁷; si bien hay quien piensa que tales supuestos deberían subsumirse en el régimen de responsabilidad extracontractual *ex* artículos 1902 a 1910 CC⁶⁸.

4 · LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR EN CALIDAD DE VENDEDOR

4.1 · Reclamaciones de los compradores por vicios ocultos

El promotor, en calidad de vendedor, puede asimismo verse obligado a hacer frente a reclamaciones del comprador como consecuencia de la existencia

⁵⁹ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004 (RJ 6654/2004), 23 de diciembre de 1999 (RJ 9142/1999) y 31 de marzo de 1992 (RJ 2316/1992).

⁶⁰ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003 (RJ 8296/2003), 16 de noviembre de 2001 (RJ 9459/2001), 5 de octubre de 1999 (RJ 7014/1999), 29 de diciembre de 1998 (RJ 10140/1998), 4 de noviembre de 1992 (RJ 9193/1992) y 8 de octubre de 1990 (RJ 7585/1990).

⁶¹ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2003 (RJ 2515/2003), 16 de abril de 2001 (RJ 5278/2001), 16 de noviembre de 1996 (RJ 8262/1996), 3 de octubre de 1996 (RJ 7006/1996), 11 de marzo de 1996 (RJ 2416/1996), 3 de marzo de 1995 (RJ 1777/1995), 23 de julio de 1994 (RJ 6585/1994), 12 de diciembre de 1990 (RJ 9999/1990) y 12 de diciembre de 1985 (RJ 6525/1985).

⁶² Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004 (RJ 6629/2004), 30 de enero de 1996 (RJ 740/1996), 3 de abril de 1995 (RJ 2930/1995), 7 de julio de 1990 (RJ 5783/1990) y 24 de enero de 1989 (RJ 120/1989).

⁶³ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2002 (RJ 337/2003), 17 de junio de 2002 (RJ 4903/2002), 14 de mayo de 2002 (RJ 4443/2002), 10 de julio de 2000 (RJ 4668/2000), 31 de mayo de 1995 (RJ 4103/1995), 8 de mayo de 1995 (RJ 3942/1995), 7 de febrero de 1995 (RJ 3130/1995), 29 de septiembre de 1994 (RJ 6659/1993), 23 de enero de 1991 (RJ 310/1991), 6 de marzo de 1990 (RJ 1673/1990) y 24 de noviembre de 1988 (RJ 9040/1988).

⁶⁴ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004 (RJ 6654/2004), 16 de noviembre de 2001 (RJ 9459/2001) y 10 de marzo de 1993 (RJ 1829/1993).

⁶⁵ Véase la sentencia de Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1988 (RJ 7640/1988).

⁶⁶ Véanse las sentencias de la AP Asturias de 7 de julio de 2006 (JUR 216368/2006), de la AP Santander de 4 de octubre de 2005 (JUR 240688/2005), de la AP Santander de 8 de junio de 2005 (JUR 265284/2005) y de la AP Barcelona de 29 de marzo de 2005 (JUR 124894/2005).

⁶⁷ En este sentido, Cadarso Palau, Juan: «La responsabilidad de los constructores en la Ley de Ordenación de la Edificación: una aproximación a la nueva disciplina», *El Consultor Inmobiliario*, 7, 2000. Asimismo, Sifré Puig, Ricardo Francisco: «Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en relación con la constitución de las garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 669, 2002, págs. 97-189.

⁶⁸ Estruch Estruch, Jesús: *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Cizur Menor. Thompson Civitas, 2005 (2.ª ed.), págs. 534-538.

de vicios o defectos ocultos, aunque los ignorase, salvo que contractualmente se haya estipulado lo contrario y el vendedor ignorara tales vicios o defectos⁶⁹. En caso de que existan defectos ocultos, preexistentes y graves en el edificio adquirido (o parte de él) adquirido, se entenderá que tales defectos lo hacen impropio para su uso, o que disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no lo habría adquirido o habría convenido un menor precio⁷⁰. En tal supuesto, en principio el comprador estará legitimado para reclamar a su vendedor una *rebaja en el precio* o incluso para *resolver* el contrato de compraventa⁷¹. No obstante, el último inciso del artículo 1484 CC, según el cual el vendedor «no será responsable de los defectos [...] si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos», genera ciertas dudas en su aplicación cuando el comprador es un inversor inmobiliario profesionalizado⁷².

Las principales diferencias de este régimen respecto al de las acciones *ex LOE* (analizado en el apartado 3.1 anterior) son las siguientes:

(i) Cualquier comprador de un edificio o parte de él está legitimado para interponer una acción por vicios ocultos frente a su vendedor. Por tanto, sólo está facultado para interponerla contra el promotor quien compró directamente del promotor (no cualquier propietario por el mero hecho de serlo, ni el donatario). También puede interponerla cualquier otro comprador ulterior, pero no frente al promotor como tal que no fue su vendedor (como permitiría el régimen de la LOE), sino únicamente frente a su propio vendedor. Por tanto, esta acción sólo puede ser interpuesta contra el promotor por el comprador inicial que adquirió su edificio (o parte de

él) directamente del promotor, pero no por compradores ulteriores.

(ii) El plazo legal para reclamar por vicios ocultos es seis meses contados desde la entrega del edificio (o parte de él) por el vendedor (sea éste el promotor o ulterior vendedor) al comprador que interpone la acción. La brevedad del plazo responde a que la configuración del régimen de vicios ocultos contenida en el CC (que fue creada en consideración del contrato de venta en la economía del siglo XIX) no obedece al establecimiento de una garantía de «idoneidad para su uso» relativa al inmueble a cargo del vendedor, sino a la intención de evitar una situación de incertidumbre prolongada. Teniendo en cuenta la brevedad del plazo, la protección otorgada por el régimen de vicios ocultos se considera inadecuada en materia de defectos constructivos.

Entendemos que el comprador de un edificio (o parte de él) no está facultado para, con fundamento en la existencia de un mismo defecto constructivo, reclamar contra el promotor simultáneamente responsabilidad conforme a la LOE o el artículo 1591 CC y una reducción del precio por la existencia de vicios ocultos; y ello en aplicación del principio que veta el enriquecimiento injusto⁷³.

4.2 · Responsabilidad por incumplimiento del contrato

El promotor, en tanto que vendedor, puede ser declarado responsable frente al comprador por incumplimiento del contrato de compraventa. En caso de incumplimiento del contrato de compraventa por el promotor (por ejemplo, por no cumplir la edificación entregada las calidades pactadas en un contrato de compraventa «sobre plano» o de *forward purchase*, o por no entregar la edificación dentro del plazo de entrega contractualmente pactado), el vendedor estará obligado a resarcir al comprador de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya irrogado, incluyendo el *daño emergente* y el *lucro cesante*⁷⁴.

69 Art. 1485 CC.

70 Art. 1484 CC.

71 Art. 1486 CC. Téngase en cuenta que el régimen de vicios ocultos es también de aplicación a las aportaciones de edificios a una sociedad (art. 39 de la Ley de Sociedades Anónimas y 20.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), a la donación onerosa (según Lacruz Berdejo, José Luis: *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, volumen tercero, Barcelona: Bosch, 1986, 2.ª ed., p. 162) y al arrendamiento (art. 1553 CC).

72 El supuesto puede suscitar ciertas dudas, por cuanto que un inversor inmobiliario no tiene por qué ser un experto en promoción o en construcción; si bien no es menos cierto que en la práctica un inversor profesionalizado generalmente realizará un ejercicio de revisión o *due diligence* mediante expertos como paso previo a la compra.

73 Roca, Encarna: «Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño», en González Porras, J. M. y Méndez González, F. P. (coords.): *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 4251-4277.

74 Arts. 1101 y 1124 CC.

La acción prescribe a los quince años⁷⁵ contados desde la fecha en que el incumplimiento haya tenido lugar⁷⁶; excepto en Cataluña, donde prescribe a los diez años⁷⁷ contados desde la fecha en que el propietario conozca o pueda conocer razonablemente el incumplimiento⁷⁸.

¿Se halla legitimado el comprador de un edificio (o parte de él) para exigir la reparación de daños materiales causados por defectos constructivos (que, como es sabido, se hallan incluidos en el ámbito de aplicación de la LOE) alegando incumplimiento del contrato y, por tanto, beneficiarse del mayor plazo de prescripción de las acciones derivadas de incumplimiento contractual (quince o diez años), una vez expirado el breve plazo de prescripción (de dos años) estipulado por la LOE?

Parece fuera de duda que el comprador de un edificio (o parte de él) está facultado para exigir responsabilidad al promotor-vendedor por daños derivados del incumplimiento del contrato si consigue acreditar que, además de la existencia de daños materiales, el promotor-vendedor le ha irrogado daños como consecuencia de la inexactitud de una manifestación (*misrepresentation*) contenida en el contrato relativa al edificio construido objeto de compraventa (por ejemplo, respecto a las calidades, descripción o potencialidades del edificio) o el incumplimiento de un compromiso contenido en un contrato de compraventa «sobre plano» o de *forward purchase* relativo a las características (calidades) de la construcción a entregar o relativo a la entrega del edificio (o parte de él) de conformidad con los planos y especificaciones convenidos.

Según la doctrina mayoritaria, si no existen daños derivados de la inexactitud de manifestaciones contractuales o de la no adecuación del edificio entregado a las características, calidades, planos y especificaciones convenidos, en principio el comprador no debería estar legitimado para reclamar por daños materiales en el edificio alegando incumplimiento contractual. Los argumentos favorables a este planteamiento son de diversa índole: la entrega de una cosa «defectuosa» no constituye *per se* un incumplimiento; si los vicios son ocultos el comprador goza de la acción por vicios ocultos, mientras que si los

vicios son visibles pero han sido contractualmente aceptados (*as is where is*, en terminología contractual anglosajona) no cabe alegar incumplimiento, etc.⁷⁹.

5 · RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMIDORES Y SOBRE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

5.1 · Responsabilidad *ex* LGDCU y *ex* Ley 23/2003, de 10 julio⁸⁰ («Ley 23/2003»)

Los promotores profesionales pueden asimismo hacer frente a reclamaciones fundamentadas en la LGDCU en los supuestos en que el comprador de una edificación (o parte de ella) sea un consumidor final⁸¹.

(i) De conformidad con el artículo 11.3.a) LGDCU, que contempla la denominada garantía legal por prestación inidónea, los consumidores están legitimados para «exigir la reparación totalmente gratuita de los defectos originarios y de los *daños y perjuicios* por ellos ocasionados», y ello durante el plazo de vigencia de la garantía a formalizar por escrito por el productor o suministrador de bienes de naturaleza duradera⁸².

Esta amplia dicción legal en lo que respecta al concepto de daños y perjuicios parece dar cabida al lucro cesante y a los daños consecuenciales tales como las rentas dejadas de percibir mientras dura la reparación.

⁷⁹ En caso de no aceptarse el planteamiento de la doctrina mayoritaria, el comprador originario (que compró su casa del promotor y después la revendió a un segundo comprador) podría verse abocado a una situación paradójica en que fuera declarado responsable por daños materiales frente al segundo comprador (incluso si su contrato de venta no preveía ningún tipo de manifestación respecto a calidades y no incluía planos o especificaciones como acordados) por incumplimiento de contrato, pero no estuviera facultado para reclamar tales daños al promotor por haber expirado los plazos de la LOE. Como parece evidente, el segundo comprador (quien, en tanto que propietario, está asimismo legitimado para accionar directamente contra el promotor con fundamento en la LOE) no debería gozar de una mejor posición que el comprador original, que compró directamente su edificación del promotor.

⁸⁰ BOE de 11-7-2003.

⁸¹ Art. 1.2 LGDCU: «A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes [...] inmuebles, [...] cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».

⁸² De conformidad con el art. 11.2 LGDCU.

⁷⁵ Art. 1964 CC.

⁷⁶ Art. 1969 CC.

⁷⁷ Art. 121-20 CCCat.

⁷⁸ Art. 121-23 CCCat.

Dicha garantía legal ha sido complementada por la Ley 23/2003, que ha creado un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo celebrados entre los consumidores y los vendedores profesionales: dota al consumidor, en caso de falta de conformidad del bien entregado con el contrato de compraventa, de las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa. Dichas acciones sustituyen (en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo) a las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos referidas en el apartado 4.1 anterior⁸³.

(ii) De conformidad con el artículo 25 LGDCU, «(e)l consumidor y el usuario [comprador y/o sucesivos adquirentes de un edificio o parte del mismo si el vendedor es profesional] tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos [el edificio o parte del mismo] [...] les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente.»

Los términos empleados por este precepto parecen dar cabida a reclamaciones por daños causados por el *producto* (edificio o parte de él) en bienes distintos del propio *producto* y en las personas (daños corporales), e incluso —ha llegado a sostenerse— por daños causados en el edificio (o parte de él) que devengan aparentes como consecuencia de defectos originarios.

El comprador que funda su reclamación por daños en el artículo 25 LGDCU tiene la ventaja de que los plazos legales de prescripción aplicables (de quince años en el régimen general del CC⁸⁴ y de diez años en Cataluña⁸⁵) son claramente superiores a las aplicables en el régimen de la LOE, en particular cuando la reclamación se funda en defectos de habitabilidad o acabado⁸⁶. En consecuencia, esta disposición legal podría convertirse en una herramienta valiosa en manos de los con-

sumidores cuando los períodos de responsabilidad *ex LOE* hayan expirado⁸⁷.

A nuestro entender, más allá de una cuestión de plazos, cabría plantearse si el régimen de la LOE, en tanto que ley sectorial y posterior, ha sustituido en este ámbito el régimen general en materia de consumidores contenido en el artículo 25 LGDCU. Se trata de una cuestión abierta. Una vez más, la polémica está servida⁸⁸.

5.2 · Responsabilidad *ex LPD*

De conformidad con el artículo 2 LPD, la responsabilidad derivada de dicha ley solamente entra en juego cuando se producen daños causados por defectos en «productos», que el propio texto legal define como «todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble». Siendo esto así, ¿es planteable que un promotor inmobiliario haga frente a una reclamación fundada en un régimen de responsabilidad como el de la LPD, específicamente concebido para bienes muebles? Como es evidente, el suelo sobre el que se asienta la construcción y la propia edificación son bienes inmuebles. Sin embargo, todos los elementos que se incorporan al suelo durante el proceso constructivo (lo que los anglosajones gráficamente llaman «ladrillos y mortero») son originariamente bienes muebles.

Tampoco existe respuesta unánime a esta pregunta. Los partidarios de una interpretación amplia del término «producto» contenido en el artículo 2 LPD sostienen que constituyen productos todos los elementos empleados en la construcción que han pasado a incorporarse al edificio, sean o no apreciables físicamente (ladrillos, cemento, vigas, etc.). La interpretación que nos parece más razonable es la de quienes sostienen que constituyen productos las

⁸³ Arts. 4 y ss. de la Ley 23/2003.

⁸⁴ Art. 1964 CC.

⁸⁵ Art. 121.20 CCCat.

⁸⁶ Moreno-Torres Herrera, María Luisa: «Panorama general de las acciones utilizables por los sujetos afectados por vicios o defectos constructivos», en Ruiz-Rico Ruiz, José María y Moreno-Torres Herrera, María Luisa (coord.): *La responsabilidad civil en la Ley de ordenación de la edificación*. Editorial Comares. Granada, 2002, 1.ª ed., págs. 330-333.

⁸⁷ Hay quien sostiene, sin embargo, que los breves plazos de responsabilidad impuestos por la LOE (en tanto que ley sectorial y posterior, que data 1999) deberían ser asimismo de aplicación a las reclamaciones que se funden en el art. 25 LGDCU (que data de 1984), con relación a las cuales no procede ya (tras la promulgación de la LOE) recurrir a la legislación civil general (CC o CCCat) para determinar el plazo aplicable.

⁸⁸ Lógicamente, los consumidores sostienen que la LOE no ha limitado temporalmente la responsabilidad del promotor *ex LGDCU* ni ha sustituido dicho régimen en el ámbito que nos ocupa, sino que se ha limitado a establecer unos plazos más cortos que sólo se justifican por el particular régimen probatorio de aplicación a las reclamaciones fundadas en la LOE. En favor de la tesis de la aplicabilidad del artículo 25 LGDCU en este ámbito, vid. Moreno-Torres Herrera, María Luisa: «Panorama general de las acciones utilizables por los sujetos afectados por vicios o defectos constructivos», en Ruiz-Rico Ruiz, José María y Moreno-Torres Herrera, María Luisa (coord.), *op. cit.*, págs. 323 y ss.

partes diferenciables del resto, e incluso materialmente separables, pero destinadas o puestas al servicio del edificio (ascensores, calderas, estatuas, etc.).

Bajo el régimen de responsabilidad establecido por la LPD, está legitimado para reclamar contra el fabricante de un «producto» defectuoso integrado en el edificio cualquier perjudicado (con independencia de que sea propietario o comprador del edificio o parte de él, y de que esté contractualmente vinculado con el promotor), incluyendo arrendatarios, poseedores y transeúntes, por los daños irrogados a su persona («lesiones corporales», en terminología de la LPD, pero excluidos los daños morales, que se rigen por la legislación civil general⁸⁹) o a su patrimonio («daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso»⁹⁰) por elementos unidos o incorporados al inmueble que tengan consideración de «productos»; y ello por cuanto que tales daños no se hallan cubiertos por el ámbito de aplicación objetivo del régimen de la LOE⁹¹.

El régimen de responsabilidad de la LPD ofrece a los perjudicados la ventaja de plazos muy amplios: los derechos reconocidos al perjudicado en la LPD se extinguen transcurridos diez años a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño (a menos que, durante ese periodo, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial)⁹²; y la acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en la LPD prescribe a los tres años a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, siempre que conozca al responsable de dicho perjuicio⁹³.

5.3 · La Ley 44/2006, de 29 de diciembre⁹⁴ («Ley 44/2006»)

La reciente Ley 44/2006⁹⁵ (dictada para dar cumplimiento a una reciente sentencia del Tribunal de

Justicia de las Comunidades Europeas⁹⁶ y para incorporar una serie de mejoras a la protección de los consumidores) habilita al Gobierno para refundir en un único texto la LGDCU y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en la LGDCU (entre las que se incluyen la Ley 23/2003 y la LPD), regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que deban ser refundidos⁹⁷. En este ejercicio de refundición, el Gobierno deberá estar atento a la orientación⁹⁸ que siga la revisión del acervo comunitario en materia de consumo puesta en marcha a raíz de la reciente presentación del Libro Verde por la Comisión Europea⁹⁹. «Cerrado este artículo y corregidas las pruebas de edición, tenemos noticia de que el Gobierno acaba de aprobar dicho texto refundido el 16 de noviembre de 2007, si bien no hemos tenido ocasión de analizarlo por no haber sido publicado en el Boletín Oficial del Estado todavía.»

6 · RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Tras la entrada en vigor de la LOE, ¿puede acudir el perjudicado (incluido el propietario) al régimen de responsabilidad extracontractual (artículos 1902 a 1910 CC) para obtener reparación del promotor en caso de defectos constructivos? Hay quien sostiene que la respuesta es positiva, aunque de modo limitado para los supuestos en que las demás normas analizadas con anterioridad no proporcionen protección al perjudicado; de suerte que constituye un residual, únicamente aplicable en tales supuestos.

⁸⁹ Art. 10.1 y 10.2 LPD.

⁹⁰ Art. 10.1 LPD.

⁹¹ Artículo 4.1 LPD: «1. A los efectos de esta Ley, se entiende por fabricante: a) El de un producto terminado. b) El de cualquier elemento integrado en un producto terminado. c) El que produce una materia prima. d) Cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación».

⁹² Art. 13 LPD.

⁹³ Art. 12.1 LPD.

⁹⁴ Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Protección de los Consumidores y Usuarios (BOE de 30-12-2006).

⁹⁵ La Ley 44/2006, al tiempo que modifica varias leyes (incluida la LGDCU), establece la necesidad de que la información

precontractual obligatoria se facilite al consumidor de forma gratuita y refuerza la protección del consumidor adquirente de vivienda al precisar el carácter abusivo de las cláusulas que les trasladen gastos que corresponden al vendedor (tales como los impuestos de los que es sujeto pasivo el vendedor o los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda).

⁹⁶ Sentencia de 9 de septiembre de 2004 (TJCE 2004, 227), en el Asunto C-70/2003, mediante la que el Tribunal de Justicia declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LCEur 1993, 1071).

⁹⁷ Disposición Final quinta de la Ley 44/2006.

⁹⁸ Enfoque vertical (que consista en la modificación de las directivas vigentes por separado) o enfoque mixto (que combine la adopción de un instrumento global en el que se aborden las cuestiones horizontales importantes para todos los contratos en materia de consumo con la revisión, en su caso, de las directivas sectoriales vigentes).

⁹⁹ Bruselas, 8 de diciembre de 2007, COM(2006) 744 final.

Este sería el caso, por ejemplo, cuando el perjudicado no es un consumidor final a los efectos de la LGDCU (por ejemplo, inmobiliaria que compra del promotor un edificio o parte de él para su reventa) y, por tanto, no puede beneficiarse del cauce del artículo 25 LGDCU, y descubra daños en el edificio con posterioridad a la expiración de los plazos de garantía previstos en la LOE.

Así, el régimen de responsabilidad extracontractual permitiría al adquirente accionar por defectos una vez expirados los plazos de garantía de la LOE (quizá exista un defecto grave y el propietario no lo conozca dentro del plazo de garantía). La ventaja para el perjudicado es que el plazo para exigir responsabilidad extracontractual de un año se computa desde que el propietario tenga conocimiento del daño¹⁰⁰; salvo en Cataluña, donde el plazo de prescripción para pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual¹⁰¹ (que es de tres años) se computa desde que el propietario conozca o haya podido razonablemente conocer el daño¹⁰². La desventaja de este régimen para el adquirente (respecto al régimen privilegiado de la LOE) sería que el perjudicado tiene la carga de probar que los daños sufridos provienen de defectos originarios de fabricación.

Aunque la cuestión suscita algunas dudas, partiendo de la naturaleza extracontractual del régimen de responsabilidad del promotor *ex* artículo 17 de la LOE, cabe sostener que dicho precepto constituye una norma especial en materia de responsabilidad extracontractual, en cuyo ámbito de aplicación ha sustituido al régimen general contenido en los artículos 1902 a 1910 CC¹⁰³.

7 · ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

7.1 · Relevancia de la entidad y subsistencia de la sociedad promotora

Como es sabido, los grupos promotores tienden a canalizar sus promociones mediante diferentes sociedades vehículo, por motivos de diversa índole. Dado que los supuestos de levantamiento del

velo se configuran como excepcionales en nuestro Derecho, resulta recomendable para el comprador (sea consumidor final o inversor) analizar la solvencia de la concreta sociedad que desarrolla promoción en cuestión, por ser su patrimonio el único que responde de las responsabilidades analizadas.

Por otra parte, los diferentes regímenes de responsabilidad analizados únicamente tendrán virtualidad práctica en la medida en que la concreta sociedad que desarrolle la promoción no se disuelva¹⁰⁴ durante los períodos legales de garantía (si bien es cierto que el propietario gozará de la protección del seguro decenal y trienal exigido por la LOE, y dispondrá de acción directa contra los demás agentes de la edificación por los defectos que les sean imputables)¹⁰⁵.

7.2 · Incidencia de los regímenes de responsabilidad en la contratación inmobiliaria

La doctrina ha analizado con profusión la incidencia de los regímenes legales de responsabilidad en la contratación inmobiliaria con consumidores¹⁰⁶. Queremos cerrar estas líneas con algunas consideraciones prácticas en torno a la incidencia de los regímenes de responsabilidad analizados (y, en particular, del derivado de la LOE) en la contratación inmobiliaria relativa a proyectos comerciales e industriales. Sobre el particular, se observan en la práctica las siguientes tendencias:

- (i) *Contratos de obra «llave en mano»*: En los contratos de obra «llave en mano», en los que el contratista general asume la responsabilidad global de la concepción del proyecto y ejecución de las obras y, por tanto, subcontrata al proyectista,

¹⁰⁰ Art. 1968.2 CC.

¹⁰¹ Art. 121-21 CCCat.

¹⁰² Art. 121-23 CCCat.

¹⁰³ En sentido contrario se pronuncian autores como Ruiz-Rico Ruiz, José María: «La LOE y el Código Civil», en Ruiz-Rico Ruiz, José María y Moreno Torres Heredia, María Luisa: *La responsabilidad civil en la Ley de ordenación de la edificación*, *op. cit.*, págs. 285 y 297 y ss.

¹⁰⁴ A no ser que la disolución se produzca con motivo de su absorción como consecuencia de una fusión, en cuyo caso la sociedad absorbente asume *ope legis* las responsabilidades *ex* LOE de la sociedad promotora absorbida.

¹⁰⁵ En proyectos residenciales, el comprador raramente tendrá capacidad de negociación para plantear fórmulas tendentes a mitigar el riesgo de disolución de la sociedad promotora durante los períodos legales de garantía. Sin embargo, en proyectos comerciales (relativos a centros comerciales, hoteles, edificios de oficinas, parques empresariales, etc.), el comprador deberá emplear su poder negociador para asegurarse contractualmente el establecimiento de fórmulas tendentes a mitigar dicho riesgo (cartas de patrocinio, fianzas solidarias de la sociedad matriz, avales bancarios, etc.).

¹⁰⁶ En contratos con consumidores, nuestros tribunales tienden a interpretar las cláusulas de limitación de responsabilidad en favor del comprador si, a la vista de las circunstancias, cabe concluir que éste no tenía poder de negociación.

director de obra, director de ejecución de la obra y demás agentes intervinientes, es importante para el promotor tener identificados en todo momento a tales agentes de la edificación (no sólo a quienes inicialmente ocupen dichos cargos, sino también a quienes puedan sustituirles a lo largo del proceso constructivo), al objeto de no verse abocado a una situación en la que, habiéndose disuelto la sociedad promotora, no pueda reclamar directamente contra tales agentes de la edificación *ex LOE* por no tenerlos identificados.

(ii) *Contratos de promoción delegada*: A menudo el promotor no se limita a contratar el proyecto con un contratista general mediante un contrato de obras «llave en mano», sino que celebra un contrato de promoción delegada con un tercero (el «promotor delegado»), al objeto de que éste asuma por vía contractual las obligaciones y responsabilidades que nuestro Derecho atribuye al promotor. Sin embargo, las responsabilidades que la *LOE* impone al promotor frente a los propietarios no son disponibles por vía contractual. Por tanto, el contrato por el que el «promotor delegado» asume tales responsabilidades será válido entre las partes de dicho contrato (entre el promotor y el promotor delegado), pero no será oponible a los terceros (propietarios), que como consecuencia de dicho contrato (al que son ajenos) no podrán verse privados de sus acciones *ex LOE* frente al promotor. Siendo esto así, es recomendable para el promotor incluir en los contratos de promoción delegada un compromiso de indemnización a cargo del promotor delegado, en virtud del cual éste último deba mantener indemne al promotor frente a las reclamaciones *ex LOE* que le planteen propietarios de la edificación en su calidad de promotor.

(iii) *Contratos de forward funding*: En los contratos de *forward funding*, precisamente al objeto de evitar que pueda argumentarse que el comprador-inversor es promotor (y que, por tanto, se halla sujeto a las obligaciones que la *LOE* le atribuye) en la medida en que actúa como «delegante» en el contrato de «promoción delegada», se aprecia en la práctica un fenómeno¹⁰⁷ como

«huída de la promoción delegada») consistente en la tendencia del comprador-inversor a configurar la operación de *forward funding*, no como dos contratos coligados (uno de compraventa y otro de promoción delegada), sino como un solo contrato mixto o complejo mediante el que el vendedor-promotor se compromete a entregar al comprador inversor unos edificios terminados y arrendados con determinadas características.

(iv) *Contratos de venta de acciones*: En los supuestos en que la compra de un edificio construido se instrumenta mediante la adquisición de las acciones o participaciones de la sociedad promotora del proyecto, el comprador no goza, frente al vendedor de las acciones, de la protección que la *LOE* ofrece al propietario frente al promotor; y ello en la medida en que la propia sociedad promotora es objeto de compra. En este contexto, el comprador pretenderá que el vendedor de las acciones asuma contractualmente las responsabilidades que la *LOE* impone al promotor frente al propietario (para gozar así de la misma protección que le hubiera amparado en caso de haber comprado el activo en lugar de las acciones). El vendedor de las acciones generalmente se opondrá a esta pretensión, argumentando que, en caso de asumir la responsabilidad del promotor contractualmente, podría verse abocado a una situación de indefensión por no estar en su haber (sino en el de la sociedad transmitida) las acciones legales y contractuales que asisten al promotor contra los demás agentes intervinientes en la edificación. Las soluciones contractuales que ofrece la práctica son de diversa índole: obligación de colaboración del vendedor en las reclamaciones contra los agentes de la edificación, obligación de reparación a cargo del vendedor en la medida en que no respondan los agentes de la edificación, etc. El comprador deberá buscar protección en el conjunto de las estipulaciones contractuales (obligaciones de indemnización a cargo del vendedor u otras).

(v) *Contratos de venta de edificios*: En sede de contratos de venta de edificios (o de parte de ellos), el promotor tenderá a asegurarse de que las responsabilidades y períodos de garantía que asuma frente a los compradores no sean superiores a los que tenga contratados con los demás agentes de la edificación que intervengan en el proyecto (*mirroring* o *back-to-back*, en terminología contractual anglosajona).

¹⁰⁷ En conferencia pronunciada en Barcelona el 20 de septiembre de 2006 bajo el título «Responsabilidad del promotor y figuras afines o análogas (promotor delegado). La Administración como promotor», en las jornadas organizadas por Recoletos Conferencias sobre Responsabilidad civil en la construcción.

(vi) *Cómputo de los plazos de garantía*: Como ha quedado expuesto en el apartado 2.1, los plazos de garantía *ex LOE* se computan desde la recepción del edificio por el promotor del constructor. Se ha apreciado la práctica de algunos promotores de poner el producto en el mercado tras la expiración de los plazos de garantía trienal o anual, lo que en la práctica implica que en principio no deberían hacer frente a responsabilidades por defectos de habitabilidad o defectos de acabado *ex LOE*. Para evitar este tipo de

situaciones, el comprador deberá intentar conseguir protección contractual adicional, si es que tiene poder negocial suficiente a tal efecto (lo cual generalmente no será el caso cuando sea un consumidor).

Los contratos deben redactarse de manera tal que se establezca una clara delimitación de responsabilidades y riesgos entre las partes, al objeto de minimizar la posibilidad de pleitos en un futuro.