

Pedro Pérez-Caballero Abad

La responsabilidad por hecho ajeno en la Ley de Ordenación de la Edificación

Director/es

Parra Lucán, María Ángeles

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO EN LA
LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

Autor

Pedro Pérez-Caballero Abad

Director/es

Parra Lucán, María Ángeles

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

Programa de Doctorado en Derecho

2019



Universidad
Zaragoza



La responsabilidad por hecho ajeno en la Ley de Ordenación de la Edificación

Tesis Doctoral
Programa de Doctorado en Derecho

Pedro Pérez-Caballero Abad

Directora de tesis: Dra. M^a Ángeles Parra Lucán

Universidad de Zaragoza
Diciembre 2018

Índice

ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	11
1. LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y SU CONFIGURACIÓN EN LA LOE	15
1.1. Aproximación al concepto de responsabilidad por hecho ajeno en nuestro ordenamiento	15
1.2. Los modelos de responsabilidad del principal por los hechos de terceros dependientes o auxiliares	19
1.2.1. El modelo de responsabilidad vicaria	20
1.2.2. El modelo de responsabilidad del principal por culpa presunta de los artículos 1903 IV y VI, y 1904 Cciv	29
1.2.3. El modelo de responsabilidad del deudor por sus auxiliares en el cumplimiento	34
1.2.4. El modelo de responsabilidad por riesgo de empresa	39
1.3. La configuración de la responsabilidad por hecho ajeno en la LOE	44
1.3.1. Aspectos generales: los presupuestos de la responsabilidad en la LOE	45
1.3.1.1. <i>Delimitación del ámbito objetivo: los daños materiales causados en el edificio por vicios de construcción, que afloren y se reclamen en unos determinados plazos</i>	45
1.3.1.2. <i>Delimitación del ámbito subjetivo: quién puede reclamar frente a quién</i>	52
1.3.1.3. <i>Delimitación del ámbito temporal: la sustitución del régimen contemplado en el artículo 1591 Cciv</i>	55
1.3.2. El principio de responsabilidad individualizada y su coordinación con el mecanismo de la responsabilidad por hecho ajeno	60
1.3.3. El sistema de responsabilidad legal establecido en la LOE y la superación de los tradicionales planteamientos basados en una concepción contractual o extracontractual	67
1.3.4. La configuración de un sistema objetivo de responsabilidad en la relación externa	72
1.3.5. Mecanismos procesales al servicio del responsable por hecho ajeno conforme a la LOE	75
1.3.5.1. <i>La llamada en garantía de la disposición adicional 7ª LOE</i>	76
1.3.5.2. <i>La vía de regreso</i>	81
1.3.6. Identificación de los grupos de casos de responsabilidad por hecho ajeno en la LOE	85

2. LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR POR LOS HECHOS DE TERCEROS INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN	89
2.1. La evolución de la figura del promotor inmobiliario	89
2.1.1. La caracterización del promotor en la jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 Cciv	90
2.1.2. La ampliación del concepto legal de promotor en la LOE	99
2.1.3. Tipología de promotores inmobiliarios	107
2.1.3.1. <i>El promotor profesional</i>	107
2.1.3.2. <i>El autopromotor individual y colectivo</i>	110
2.1.3.3. <i>Las cooperativas de viviendas</i>	115
2.1.4. Promoción inmobiliaria en la post crisis. Los contratos de promoción delegada	117
2.2. El promotor como garante del buen resultado final del edificio en la relación externa	125
2.3. Los criterios de atribución de responsabilidad al promotor por razón de su grado de contribución causal al daño	133
2.3.1. La imputación de responsabilidad al promotor por actos u omisiones propias	133
2.3.2. La imputación de responsabilidad al promotor por actos u omisiones de terceros	136
2.3.3. La imputación de responsabilidad al promotor por daños con origen indeterminado	139
2.4. El promotor en la vía de regreso	141
2.4.1. La garantía provisional del promotor	142
2.4.2. La acción de regreso del promotor frente a los agentes materialmente causantes del daño	143
2.4.3. Corolario: la indemnidad del promotor sólo es factible en los casos en que haya respondido frente al propietario por hecho ajeno	153
2.5. Conclusiones	154
3. LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR POR LOS HECHOS DE TERCEROS INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN	157
3.1. La figura del constructor	157
3.2. La responsabilidad del constructor por los daños causados por el jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan (artículo 17.6 I LOE)	161
3.2.1. El fundamento de la responsabilidad del constructor por el jefe de obra y por las demás personas dependientes	161

3.2.2. La configuración del supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno y la imprevisión de una acción de repetición específica en la ley	167
3.2.2.1 <i>La responsabilidad del constructor por el jefe de obra</i>	170
3.2.2.2 <i>La responsabilidad del constructor por las personas jurídicas y físicas externas que colaboran en situación de dependencia</i>	172
3.2.2.3 <i>La responsabilidad del constructor por sus empleados. El caso de los técnicos que actúan en relación de dependencia laboral</i>	174
3.2.2.4 <i>La responsabilidad del constructor por defectos de acabado y la posibilidad de repetir</i>	179
3.3. La responsabilidad del constructor por los daños causados por sus subcontratistas (artículo 17.6 II LOE)	182
3.3.1. El fundamento de la responsabilidad del constructor por sus subcontratistas	183
3.3.2. La configuración del supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno	188
3.3.2.1 <i>El subcontratista como agente de la edificación</i>	188
3.3.2.2 <i>La acción de repetición del constructor frente al subcontratista</i>	195
3.4. La responsabilidad del constructor por los daños debidos a las deficiencias de productos de la construcción adquiridos o aceptados por él (artículo 17.6 III LOE)	199
3.4.1. El fundamento de la responsabilidad del constructor por los productos de construcción defectuosos	200
3.4.2. La configuración del supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno	203
3.4.2.1 <i>El suministrador de productos como agente de la edificación</i>	203
3.4.2.2 <i>La acción de repetición del constructor frente al suministrador de productos defectuosos</i>	207
3.5. La responsabilidad del constructor por no advertir de las consecuencias perjudiciales derivadas de los errores de proyecto y de las instrucciones inadecuadas de la dirección facultativa	209
3.5.1. La responsabilidad del constructor por no advertir de los errores de los técnicos en la práctica de los tribunales	210
3.5.2. Los criterios de imputación de responsabilidad al constructor y la configuración del supuesto como un caso de responsabilidad por hecho propio	215
3.5.3. Algunos aspectos problemáticos que presenta esta doctrina	218
3.5.3.1 <i>El riesgo de distorsión del principio de individualización de la responsabilidad</i>	218
3.5.3.2 <i>La indeterminación del alcance de la lex artis del constructor</i>	221
3.5.3.3 <i>La dificultad práctica de que el constructor pueda salvar su responsabilidad advirtiendo de las eventuales consecuencias perjudiciales derivadas de los errores de los técnicos</i>	224
3.6. Conclusiones	226

4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS TÉCNICOS POR LOS HECHOS DE TERCEROS INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN	233
4.1. La figura del técnico en la edificación	233
4.2. La responsabilidad del proyectista que contrata los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales por su insuficiencia, incorrección o inexactitud (artículo 17.5 II LOE)	239
4.2.1. La configuración del supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno	241
4.2.2. El problema de los datos técnicos erróneos que son proporcionados por el promotor al proyectista	249
4.2.3. La responsabilidad del proyectista cuando no existe un estudio geotécnico	263
4.2.4. Conclusiones	267
4.3. La responsabilidad del director de obra por las omisiones, deficiencias e imperfecciones del proyecto que no ha elaborado él mismo (artículo 17.7 II LOE)	268
4.3.1. Hacia la superación de la doctrina que consideraba al arquitecto como “supremo responsable” de la obra	269
4.3.2. La configuración del supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno	277
4.3.3. Conclusiones	285
4.4. La responsabilidad de la dirección facultativa por la veracidad y exactitud del certificado final de obra (artículo 17.7 I LOE)	286
4.4.1. Antecedentes jurisprudenciales: la suscripción del certificado final como criterio de imputación frente al técnico director	287
4.4.2. El alcance de la responsabilidad por la suscripción del certificado final conforme a la LOE	291
4.4.3. Conclusiones	299
4.5. Otros supuestos de responsabilidad de los técnicos en los que interfiere la actuación de terceros	300
4.5.1. La intervención de más de un proyectista en una misma obra	300
4.5.1.1. <i>Responsabilidad de los proyectistas en los casos de contratación conjunta</i>	301
4.5.1.2. <i>Responsabilidad de los proyectistas en los supuestos de colaboraciones parciales</i>	303
4.5.1.3. <i>Responsabilidad de los proyectistas que actúan al servicio de una sociedad profesional</i>	306
4.5.2. La intervención de más de un técnico director en una misma obra	309
4.5.3. Supuestos de superposición de actuaciones entre el director de ejecución de la obra y otros agentes de la edificación	314

4.5.3.1	<i>Interferencias en la responsabilidad del director de ejecución de obra por las labores de supervisión y control de la propia ejecución</i>	315
4.5.3.2	<i>Interferencias en la responsabilidad del director de ejecución de obra por las labores de supervisión y control de los materiales</i>	320
4.5.3.3	<i>Conclusiones</i>	324
4.5.4	La responsabilidad de la dirección de obra por defectos que tienen su origen en atribuciones al director de ejecución de la obra, cuando éste no ha intervenido	325
4.5.5	La responsabilidad por hecho ajeno de otros técnicos que intervienen en el proceso de la edificación	328
4.5.5.1.	<i>Responsabilidad por hecho ajeno de los suministradores de producto</i>	329
4.5.5.2.	<i>Responsabilidad por hecho ajeno de los laboratorios y entidades de control de calidad de la edificación</i>	331
4.5.5.3.	<i>La responsabilidad subsidiaria de los colegios profesionales por sus funciones de visado</i>	332
	CONCLUSIONES GENERALES	335
	TABLA DE JURISPRUDENCIA	345
	BIBLIOGRAFÍA	353

Abreviaturas

Ac	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi Civil
AC	<i>Appeal Cases</i>
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
B.L.R.	<i>Building Law Reports</i>
CBNS	<i>Common Bench Reports, New Series</i>
Cciv	Código civil
Ccom	Código de comercio
Con. L.R.	<i>Construction Law Reports</i>
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
Cpen	Código penal
CTE	Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo
Dir.	Director
Dirs.	Directores
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
Ed.	Editor
FIDIC	<i>Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils</i>
JCT	<i>Joint Contracts Tribunal</i>
JUR	Repertorio de doctrina judicial Aranzadi
Lloyd's Rep.	<i>Lloyd's Law Reports</i>
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LSP	Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales
NEC	<i>New Engineering Contracts</i>
Núm.	Número

NSWSC	<i>New South Wales Supreme Court</i>
M&W	<i>Meeson and Welsby's Exchequer Reports</i>
Pág.	Página
Págs.	Páginas
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i>
QCA	<i>Queensland Court of Appeal</i>
RJ	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
SSAP	Sentencias de Audiencias Provinciales
SSTL	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TLR	<i>Times Law Reports</i>
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords decisions</i>
VVAA	Varios autores

Introducción

Esta memoria refleja el resultado de la investigación que he llevado a cabo para aspirar a la obtención del grado de doctor en el marco del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Zaragoza, con adscripción al área de derecho privado.

La tesis doctoral se disciplina en el ámbito de la responsabilidad civil especial que afecta a los agentes de la edificación. Su principal finalidad consiste en identificar y determinar la verdadera naturaleza jurídica de aquellos grupos de casos en los que un agente debe responder ante el propietario o ulterior adquirente por aquellos daños materiales por vicios constructivos que no ha provocado él mismo en el edificio, sino que han sido directamente ocasionados por otro sujeto que también interviene en el proceso de la edificación.

El motivo que me condujo a seleccionar este tema de investigación guarda relación con mi dedicación profesional al ejercicio de la abogacía, con especial orientación a los litigios en materia inmobiliaria y de la construcción.

Desde mi experiencia práctica previa pude comprobar cómo los procedimientos judiciales en los que se dirime la responsabilidad de los agentes por vicios de la construcción dan lugar a escenarios particularmente complejos en materia de legitimación pasiva, y cómo las respuestas judiciales no siempre son unívocas en el tratamiento de los casos de responsabilidad por hecho ajeno, a pesar de que la antigüedad de la LOE podría hacer pensar ya en la existencia de pautas más asentadas.

Más allá de lo jurídico, también pude advertir cómo la exposición a ser condenado por hecho ajeno provoca un cierto desasosiego que es común a todos los operadores del sector que reciben una demanda de responsabilidad por vicios constructivos, con independencia de su rol en el proceso, lo que obedece probablemente a la circunstancia de que nuestro acervo cultural todavía encuentra un fuerte arraigo en el paradigma clásico de la responsabilidad individual por culpa.

Lo anterior explica que, en esta tesis, se haga visible la atención hacia la dimensión práctica del objeto investigado, con interés por analizar los criterios que ofrecen los tribunales de justicia para resolver los problemas que se plantean en nuestros días.

La tesis limita su estudio al ámbito de la responsabilidad civil por hecho ajeno de los agentes de la edificación conforme a la LOE. Por tanto, no he pretendido realizar un estudio exhaustivo sobre las responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación, ni sobre las responsabilidades penales, administrativas o civiles de otra naturaleza que pudieran serles exigidas a tales agentes conforme a otras normas diferentes de la LOE, ni tampoco la responsabilidad que alcanza a las compañías de seguros derivadas del hecho constructivo.

Desde una perspectiva sistemática, la exposición de los resultados de la investigación se estructura en cuatro títulos. El primero de ellos aborda, por un lado, el tratamiento de los modelos básicos de responsabilidad por hecho ajeno que, estando presentes en mayor o menor medida en nuestro ordenamiento, resultan más próximos al sector de la edificación, concebido en nuestros días como una industria compleja y organizada; y, por otro lado, este título también afronta las cuestiones generales atinentes a la configuración de la responsabilidad por hecho ajeno en el ámbito específico de la LOE.

Los tres restantes títulos, por su parte, concentran el núcleo de la investigación en lo que concierne a los diferentes grupos de casos de responsabilidad por hecho ajeno conforme a la LOE, y su exposición se ordena de forma autónoma desde la perspectiva subjetiva de los agentes que intervienen en el proceso: el promotor, el constructor y los técnicos.

A efectos de enriquecer el análisis jurídico sobre estos grupos de casos, he considerado oportuno introducir referencias comparadas al derecho inglés. Dicho ordenamiento jurídico ya ha recibido la atención de quienes han estudiado el fenómeno de la responsabilidad por hecho ajeno en general, especialmente en lo que concierne al modelo de responsabilidad vicaria cuyo origen se encuentra entre los países del *common law*.

Sin embargo, no puede decirse que la doctrina haya recurrido tradicionalmente al estudio comparado del derecho inglés para analizar las concretas responsabilidades de los agentes de la edificación, sino que la generalidad de los autores ha optado por estudiar en su lugar otros ordenamientos más próximos como, singularmente, el francés.

La introducción de referencias a este sistema permitirá profundizar metodológicamente en nuestro ámbito de estudio, observar desde diversos enfoques sus eventuales virtudes, carencias y contrapuntos, e incluso advertir cómo, en ocasiones, el derecho comparado permite alcanzar soluciones similares a pesar de la distancia que separa a dos ordenamientos de tan distinta tradición.

Finalmente, es preciso hacer notar que el desarrollo de la investigación y la presentación de estos resultados tiene lugar en el contexto posterior a la crisis económica mundial de 2008, cuyo impacto se ha hecho notar de forma especialmente virulenta en el mercado inmobiliario español de la última década. Ello ha provocado alteraciones que van desde el redimensionamiento del sector y la entrada de nuevos operadores hasta un profundo cambio en la sensibilidad colectiva que alcanza, incluso, a la forma de entender el rol social que cumplen algunos de los agentes de la edificación.

De ahí que, en el curso de esta memoria, pueda advertirse el interés por determinar si ciertos conceptos legales o doctrinales, que son propios de la etapa previa a la crisis, continúan siendo válidos en la actualidad para ofrecer respuestas adecuadas en el ámbito de la responsabilidad por vicios de la construcción.

Zaragoza, diciembre de 2018

1. LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y SU CONFIGURACIÓN EN LA LOE

1.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO EN NUESTRO ORDENAMIENTO

La responsabilidad civil por hecho ajeno es un concepto de construcción doctrinal que se refiere a aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico hace responsable a una persona por los hechos dañosos cometidos por otra persona distinta con la que se encuentra relacionada mediante un vínculo relevante en derecho.

Lo peculiar en este tipo de responsabilidad es la separación subjetiva entre la persona que causa el daño y la persona que responde por él, cuyas posiciones son distintas con independencia de que entre ambos preexista ese vínculo o relación. Se conjugan así dos planos diferentes desde el punto de vista de los sujetos que se colocan frente al perjudicado: el plano de la imputación causal del daño y el plano de la imputación jurídica de ese daño¹.

Esta disociación subjetiva, que es característica en el mecanismo de la responsabilidad por hecho ajeno, contrasta con el paradigma clásico de la responsabilidad individual en nuestro derecho de daños² conforme al cual la persona responsable

¹ Puede consultarse una didáctica exposición general sobre el mecanismo de funcionamiento de esta responsabilidad indirecta o por hecho ajeno en JORDANO FRAGA (1994, 26-34). Según expone este autor, tal responsabilidad puede funcionar de dos maneras: la primera, haciendo responder al responsable indirecto “*junto con*” el causante material del daño (solidariamente), de forma que la responsabilidad atribuida a éste no se desvincula del mismo pero se “*extiende*” también al principal; y, la segunda, haciendo responder al responsable indirecto “*en lugar*” del causante material del daño, de manera que éste queda liberado frente al perjudicado de la responsabilidad, que se “*transmite*” o “*traslada*” al principal.

La responsabilidad por hecho ajeno no es incompatible, por tanto, con los supuestos de solidaridad pasiva. Según señala GÓMEZ CALLE (2017, 92-93), la solidaridad puede darse entre el causante directo de un daño y quien responde por él, como así tiene reconocido la jurisprudencia.

² Señaladamente, el artículo 1902 Cciv en materia de responsabilidad civil extracontractual.

(imputación jurídica) coincide con la persona que ha causado materialmente el daño (imputación causal).

Aunque los planteamientos modernos de una parte de la doctrina europea tienden hacia la construcción de un sistema en el que la responsabilidad por hecho ajeno opera como un título de imputación autónomo, los fundamentos positivos actuales en nuestro ordenamiento mantienen la atribución de responsabilidad al principal bien con arreglo a un criterio subjetivo, basado en su propia culpa, o bien con fundamento en un criterio objetivo desvinculado de toda idea de culpa³.

El primero de los casos presupone que el responsable por hecho ajeno ha incurrido, cuando menos en parte, en responsabilidad personal. Su conducta es relevante y se evalúa con arreglo a un determinado estándar de diligencia cuya transgresión merece reprobación jurídica, con independencia de la responsabilidad, también personal, en la que haya podido incurrir el causante material y directo del daño.

El segundo de los casos, en cambio, se fundamenta con abstracción de la conducta del responsable por hecho ajeno en relación con el origen del daño, que es irrelevante a los efectos de imputarle jurídicamente tal responsabilidad⁴.

³ Véanse en esta línea las reflexiones de REGLERO CAMPOS (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, Cap. II, 1) quien, con referencia a los trabajos desarrollados en el marco de los PETL, a los que nos referiremos más adelante, explica que el sistema de responsabilidad por hecho ajeno opera en este modelo como un título de imputación independiente de los títulos de imputación objetivo y subjetivo. El propio autor reconoce que este sistema todavía carece de arraigo suficiente y no resulta fácil de defender a la luz del derecho positivo español actual.

⁴ La genuina responsabilidad por hecho ajeno suele ser la que opera en los regímenes de responsabilidad objetiva, en los que normalmente el responsable indirecto tendrá la posibilidad de resarcirse íntegramente frente al causante en la vía de regreso. Los regímenes de responsabilidad subjetiva presentan mayores problemas de interpretación y de distribución de las cuotas de responsabilidad en la relación interna, puesto que existe una mayor dificultad para considerar que el acontecimiento generador del daño es *netamente* ajeno desde la perspectiva del responsable indirecto. Esta reflexión es la que conduce a JORDANO FRAGA (1994, 28-29) a afirmar que los supuestos basados en un título de atribución subjetiva serían casos de responsabilidad indirecta desde la perspectiva de la causalidad del daño, pero no desde la perspectiva de la imputación jurídica de ese daño; mientras que los supuestos basados

El sistema de responsabilidad por hecho ajeno no se configura como un régimen excepcional⁵ respecto del sistema básico de responsabilidad individual en el cual el causante y el responsable del daño es la misma persona. Más bien al contrario.

Así, nuestro ordenamiento no sólo no otorga preferencia al sistema de la responsabilidad individual en detrimento del sistema de responsabilidad por hecho ajeno sino que, además, este último sistema ha ido adquiriendo una dimensión práctica más notable en la sociedad actual como medio de superación de las limitaciones que ofrece el sistema elemental de la responsabilidad individual. De esta forma, la razón de ser de los sistemas de responsabilidad por hecho ajeno se explica por la necesidad social de asegurar que el perjudicado obtenga el resarcimiento del daño sufrido, lo que se consigue, en este caso, mediante la ampliación del círculo de responsables⁶.

en un título de atribución objetiva serían casos de responsabilidad por hecho de otro, tanto desde la perspectiva de la causalidad del daño como desde la perspectiva de su imputación jurídica.

⁵ CAVANILLAS MÚGICA (1987, 148 y ss.) y JORDANO FRAGA (1994, 20-29) coinciden al afirmar que las normas de nuestro ordenamiento que establecen formas de responsabilidad objetiva no son excepcionales y, por ello, consideran que son susceptibles de aplicación analógica. Profundizando en esta idea, el último autor citado expone que la responsabilidad civil indirecta no sólo no es una forma de responsabilidad anómala o excepcional, sino que además goza de una extraordinaria importancia cuantitativa y estadística en la práctica, tanto en el ámbito contractual como en el ámbito extracontractual. En un sentido parecido, SALVADOR CODERCH y otros (2002, 3-4) consideran que la responsabilidad por hecho ajeno debería ser el punto de partida del derecho de daños moderno porque, con diferencias de matiz, es común a todos los sistemas legales contemporáneos y, en la práctica legal de todos ellos, existen muchos más casos de este tipo de responsabilidad que de responsabilidad por hecho propio.

⁶ El principio general de la responsabilidad individual resulta impracticable en la mayor parte de las ocasiones debido a la solvencia limitada del causante del daño, tal y como exponen SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE (2002, 3-5). Los mismos autores consideran que el sistema de responsabilidad por hecho ajeno, igual que ocurre con el régimen de la responsabilidad solidaria, opera como un mecanismo para superar esas limitaciones mediante la ampliación del círculo de responsables, de manera que, cuantas más personas deban responder del daño, mayores probabilidades tendrá la víctima de cobrar una indemnización. Existen otros mecanismos apuntados por los autores para superar ese principio de responsabilidad individual y el riesgo de insolvencia como, por ejemplo, el seguro o la limitación de la responsabilidad.

Por otro lado, nuestro sistema legal tampoco provee un régimen unitario de responsabilidad por hecho ajeno, sino que pueden apreciarse distintos modelos en un entorno más o menos amplio de dispersión normativa⁷.

El modelo dominante en nuestro sistema y más habitualmente estudiado dentro de la categoría doctrinal de la responsabilidad por hecho ajeno es el del artículo 1903 Cciv que, con carácter general, establece la responsabilidad civil extracontractual de padres, tutores, empresarios y centros docentes respecto de los hechos dañosos cometidos, respectivamente, por sus hijos, pupilos, dependientes o profesores. Sin embargo, como tendremos ocasión de exponer, esta categoría ha sido objeto de revisión en el ámbito civil dándose lugar a la consideración, por parte de un sector doctrinal, de que la responsabilidad del artículo 1903 Cciv no es, en puridad, una responsabilidad por hecho ajeno, sino por hecho propio⁸.

Otras sedes tradicionales de estudio de la responsabilidad por hecho ajeno son la del artículo 120 Cpen, que regula determinados casos en los que los padres, tutores o empresarios deben responder civilmente por los ilícitos penales cometidos, respectivamente, por sus hijos o dependientes y empleados, entre otros, o la del actual artículo 36 LRJSP, que prescribe la responsabilidad de las administraciones públicas por los hechos dañosos cometidos por sus funcionarios.

Los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno en nuestro derecho no se agotan con los casos mencionados, que por su carácter general han merecido la mayor parte de la atención doctrinal, sino que también están presentes en otras normas especiales, como ocurre en el ámbito de la edificación que es objeto de este estudio.

⁷ CAVANILLAS MÚGICA (2004, 104-105) pone de manifiesto la falta de unidad que existe en cuanto a la responsabilidad por hechos ajenos en nuestro derecho. Indica el autor que *“las hay de toda clase y condición y casi podemos decir que no hay una igual a otra”*.

⁸ Véase la exposición realizada en el apartado 1.2.2.

Y, en lo que atañe a este concreto ámbito de la edificación, la responsabilidad civil ha adquirido, ya de forma indiscutible, una dimensión empresarial en casi todas sus manifestaciones. Las relaciones en las que se desenvuelve hoy el sector de la construcción se contextualizan en el entorno de una industria compleja que involucra a sociedades especializadas y a operadores profesionales cuya responsabilidad sólo se comprende si se interpreta en clave empresarial⁹.

Por ello, en los siguientes apartados de este capítulo no pretendo realizar un análisis exhaustivo sobre las múltiples manifestaciones de la responsabilidad por hecho ajeno que existen en nuestro ordenamiento, lo cual me apartaría del objeto de esta tesis, sino que lo que me propongo es realizar una aproximación a aquellos modelos básicos de responsabilidad por hecho ajeno que resultan más cercanos a la realidad sectorial que es objeto de estudio como, por ejemplo, los supuestos de responsabilidad indirecta en el entorno empresarial, para facilitar así el posterior examen de los supuestos particulares contemplados en la LOE.

1.2. LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR LOS HECHOS DE TERCEROS DEPENDIENTES O AUXILIARES

La responsabilidad por hecho ajeno es una categoría difusa cuyo contenido puede concretarse con arreglo a diferentes modelos que, en mayor o menor medida, se encuentran presentes en nuestro ordenamiento.

A continuación me voy a referir a algunos de los modelos que mayor interés tienen para la finalidad de nuestro estudio y a los que, con carácter general, pueden reconducirse la práctica totalidad de los supuestos concretos de responsabilidad indirecta.

⁹ Algunos autores, como SALVADOR CODERCH (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, comentario del artículo 1596 Cciv, epígrafe I.1), han apuntado que el contrato de arrendamiento de obra es hoy un contrato típico de empresa; de forma parecida, otros autores, como ESTRUCH ESTRUCH (2011, 710-711) o GÓMEZ DE LA ESCALERA (1994, 218-219), señalan que las edificaciones se ejecutan hoy por empresas constructoras con una organización más o menos compleja.

1.2.1. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD VICARIA

La responsabilidad “*vicaria*”, terminológicamente hablando, no se encuentra definida entre las normas positivas que, con carácter general, disciplinan la responsabilidad civil en nuestro derecho¹⁰. La expresión proviene de la traducción del término inglés “*vicarious liability*”, en cuyo sistema este modelo tiene su origen y es el preponderante en materia de responsabilidad por hecho ajeno¹¹.

La doctrina científica con tradición en el *common law* define la responsabilidad vicaria como aquella que se produce cuando la ley retiene a una persona como responsable por la falta cometida por otra, aunque él mismo esté libre de culpa personal o reproche¹².

La manifestación más habitual de la responsabilidad vicaria, y la que merece interés para nuestro ámbito de estudio, es la que se produce en el ámbito de las relaciones empresariales y, particularmente, la que hace responsable al empresario por los hechos dañosos cometidos por sus empleados, dependientes o auxiliares. Con carácter general, el modelo es de aplicación al ámbito de la responsabilidad extracontractual

¹⁰ Según la definición contenida en la 23ª edición de la DRAE para la voz “*vicario, ria*”, primera acepción, se entiende por tal a aquel “*que tiene las veces, poder y facultades de otra persona o la sustituye*”. Cuando hablamos de responsabilidad vicaria, por tanto, nuestra representación mental conduce a pensar en una responsabilidad por *sustitución* de uno en el lugar de otro. No en balde, en nuestra doctrina, CAVANILLAS MÚGICA (1987, 86-88) hace referencia indistinta a la expresión responsabilidad *vicaria* y a la expresión responsabilidad *de sustitución* al explicar el fundamento del modelo.

¹¹ CAVANILLAS MÚGICA (1987, 86-88) indica que la primera manifestación moderna de la responsabilidad vicaria se encuentra en el derecho inglés y BELUCHE RINCÓN (2010, 210-211) asocia igualmente su origen a los países del *common law*. Por su parte, SOLÉ FELIU (2012, 31-33) señala que el modelo de responsabilidad vicaria es el actualmente vigente en el derecho inglés.

¹² Esta definición fue acuñada por FLEMING (1987, 339). En el texto original dice: “*We speak of vicarious liability when the law holds one person responsible for the misconduct of another, although he is himself free from personal blameworthiness or fault*”. Aunque el ejemplar consultado de la obra del autor ha sido el que corresponde a la edición de 1987, reimpresa en 1990, la primera edición publicada data de 1957.

aunque también resultaría válido para explicar la atribución de responsabilidad en el ámbito contractual¹³.

En el ordenamiento inglés, donde el sistema es característico, es un presupuesto necesario de la responsabilidad vicaria que el hecho dañoso sea causado por una persona en situación de dependencia laboral respecto del empresario. Para dilucidar si existe esa relación se recurre a un análisis sobre el grado de control que ejercita el empresario sobre su empleado.

Tal y como ponen de manifiesto los autores que han profundizado en la cuestión¹⁴, este proceso de análisis ha evolucionado para adaptarse a la realidad del tráfico moderno, de forma que, para afirmar que existía tal relación laboral, inicialmente se examinaba si el empresario controlaba no sólo *qué* hacía su empleado sino también *cómo* lo hacía (este es el tradicionalmente denominado como “*control test*”), mientras que, en la actualidad, especialmente como consecuencia de la tendencia hacia la especialización profesional de los empleados dentro de las organizaciones, lo que se

¹³ ROGERS (2003, 63-67) explica que, en el derecho inglés, el concepto es especialmente prominente en el derecho de los “*torts*” (el cual se identifica con la responsabilidad civil extracontractual de nuestro ordenamiento, con determinados matices), sin embargo, admite que puede encontrarse en otras ramas del derecho. También STEELE (2010, 572-573), más recientemente, indica que la responsabilidad vicaria no queda confinada al ámbito de la negligencia, sino que tiene un alcance general tal y como pone de manifiesto la reciente jurisprudencia inglesa.

En nuestra doctrina, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2003, 247-248) señalan que la regla de responsabilidad por el empleado que se contiene en el artículo 1903 Cciv –a la que nos referiremos con mayor detalle en el siguiente apartado– está sistemáticamente ubicada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y no en sede contractual; sin embargo, indican los autores que, para resolver los problemas cotidianos, tanto la doctrina como la jurisprudencia considera que la responsabilidad contractual por los empleados es un principio general. Algunos exponentes de esta doctrina han sido JORDANO FRAGA (1994, 488-498) o BARCELÓ DOMENECH (1995, 18-19).

¹⁴ ATIYAH (1967, 45-49), TYAS (1982, 121-122), FLEMING (1987, 343-345) o ROGERS (2003, 68-75), quienes se apoyan –los dos últimos– en el caso *Stevenson v Macdonald* [1952] 1 TRL 101-111, para explicar la evolución en el criterio interpretativo sobre el grado de control del empresario sobre el empleado. Por su parte, STEELE (2010, 577) apunta que, en realidad, no existe un único test para dilucidar la existencia de una relación laboral e indica que el denominado “*integration test*” no desplaza al “*control test*”, sino que convive con él.

examina es si el pretendido empleado forma parte de esa organización de su empleador o si su trabajo está sujeto a un control coordinado por éste en aspectos relacionados con *dónde* y *cuándo* desempeña su labor (este método de evaluación es denominado indistintamente por diversos autores como “*organization test*”, “*enterprise test*” o “*integration test*”).

El otro presupuesto necesario de la responsabilidad vicaria conforme al derecho inglés consiste en que el daño provocado por el empleado haya sido causado en el desempeño de sus funciones¹⁵, es decir, dentro del ámbito de los trabajos que le hayan sido encomendados sin extenderse a situaciones más allá de las propiamente laborales.

A diferencia de lo que ocurre en los casos de dependencia laboral, el empresario no responde por los actos dañosos cometidos por un contratante independiente, salvo en supuestos excepcionales normalmente regulados por leyes positivas (“*statutes*”) o por vía jurisprudencial conforme a una variada casuística¹⁶.

En este ámbito, la responsabilidad vicaria se ha justificado a menudo recurriendo a la teoría del deber no delegable (“*non-delegable duty*”), con arreglo a la cual se considera que el principal debe responder cuando el contratante independiente ha

¹⁵ FLEMING (1987, 349-357) explica que la responsabilidad vicaria del empresario no se extiende a las veinticuatro horas del día, sino sólo a los incidentes ocurridos en el curso de trabajo de su empleado (“*course of employment*”). En la misma línea, ROGERS (2003, 68-70) y, también con referencia al caso inglés, BARCELÓ DOMENECH (1995, 130) o SOLÉ FELIU (2012, 33). En los últimos años, tal y como precisa STEELE (2010, 572 y 584 y ss.), los tribunales de justicia ingleses han redefinido este requisito de manera que ahora se interpreta que concurre cuando tiene lugar una situación de conexión cercana (“*close connection*”) con la relación de trabajo, generalmente en relación con casos de responsabilidad civil derivada de ilícitos penales cometidos por los empleados.

¹⁶ La excepcionalidad de la responsabilidad del principal por un contratante independiente es una constante en los textos de otros autores como ATIYAH (1967, 3), TYAS (1982, 123-126), FLEMING (1987, 360), ROGERS (1994, 34-35 y 2003, 63-67 y 75-77) o STEELE (2010, 572).

causado un daño a un tercero en el desempeño de una función que no podía ser delegada por aquél¹⁷.

Como puede apreciarse, el modelo de responsabilidad vicaria está configurado como un sistema objetivo desde el punto de vista del principal, quien deviene responsable sin posibilidad de probar su ausencia de culpa ni su máxima diligencia para evitar el daño, y tiene el deber de indemnizar por el solo hecho de que su empleado, dependiente o auxiliar haya cometido un acto por el cual sea personalmente responsable frente al perjudicado¹⁸.

¹⁷ ATIYAH (1967, 327-336) realiza una ilustrativa exposición sobre la evolución de la jurisprudencia inglesa que ha desembocado en la doctrina que responsabiliza al principal por los daños de un contratante independiente, cometidos en los supuestos en los que ha tenido lugar una delegación de un deber considerado no delegable (“*non-delegable duty*”). Así, explica las razones que han llevado a distinguir la figura del empleado (“*servant*”) de la figura del contratante independiente (“*independent contractor*”) a efectos de la responsabilidad vicaria de su empleador (“*master*”), y da cuenta de cómo a mediados del siglo XIX se creó la línea jurisprudencial que establecía la responsabilidad por el empleado como norma general, pero no por el contratante independiente –caso *Quarman v Burnett* (1840), 6 M&W, 499–; y cómo, casi al mismo tiempo, se creó otra línea jurisprudencial que comenzó a introducir excepciones a esa norma general –caso *Pickard v Smith* (1861), 10 CBNS 470–, que evolucionó progresivamente desde los postulados de la doctrina que obligaba a observar un cuidado razonable (“*duty to take reasonable care*”) hacia la ya comentada doctrina sobre los deberes no delegables (“*non-delegable duty*”).

Este planteamiento ha sido merecedor de crítica doctrinal en el sentido de considerarse que la responsabilidad vicaria del contratante independiente no es en realidad un verdadero supuesto de responsabilidad vicaria sino, más bien, un caso de responsabilidad personal del empresario por incumplimiento de sus propios deberes. En esta línea, ATIYAH (1967, 336), ROGERS (1994, 34-35), STEELE (2010, 572 y 597-600) y, también con referencia al derecho inglés, BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 130).

¹⁸ FLEMING (1987, 339) afirma que la responsabilidad vicaria se configura como un supuesto de responsabilidad objetiva, sin culpa (en el texto original, indica: “*It is therefore an instance of strict (no-fault) liability*”). En la misma línea, ROGERS (1994, 31) también sostiene que la responsabilidad vicaria es objetiva y no requiere la culpa del principal, e indica que este principal se coloca “*en el lugar del*” causante del ilícito (en el original, indica: “*The central feature of vicarious liability in its developed form is that it is strict and requires no fault on the part of the employer. It is truly vicarious, that is to say, the employer stands “in place of” the actual wrongdoer*”). El mismo ROGERS (2003, 63-67) incide en estas ideas en su obra más reciente.

En la doctrina española también es pacífica la asunción de que, en el modelo de responsabilidad vicaria, la del principal es objetiva. Así, CAVANILLAS MÚGICA (1987, 86-88) explica que lo característico del

Aunque se trata de un sistema de responsabilidad objetiva, por tanto, no se aparta por completo de la culpa ya que es precisa su existencia en la conducta del agente causante del daño¹⁹.

Así, el principal responde frente al perjudicado como una suerte de garante²⁰ que se coloca como responsable de una deuda ajena y originada por un acto también ajeno. Desde esta perspectiva, el modelo de responsabilidad vicaria representa la más genuina modalidad de responsabilidad por hecho ajeno²¹ y su fundamento se encuentra,

sistema es que la afirmación de responsabilidad del empresario no puede ser evitada por éste mediante la prueba de su diligencia. También ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 75-78) detalla cómo en este modelo la responsabilidad del empleado o auxiliar se traslada “*también y además*” al empresario, que carece de la posibilidad de probar la ausencia de culpa personal. En el mismo sentido, señalan que la responsabilidad del principal es objetiva en el modelo de responsabilidad vicaria ROCA TRÍAS (1998, 20-25), BELUCHE RINCÓN (2010, 210-211) o SOLÉ FELIU (2012, 21-22 y 31-32).

¹⁹ Dice ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 80) que la responsabilidad vicaria, que es una de las formas de responsabilidad sin culpa en el moderno derecho de daños, se diferencia de las demás formas de responsabilidad objetiva en que ésta exige, al menos en teoría, una culpa o negligencia por parte del agente directo del daño. Por su parte, BELUCHE RINCÓN (2010, 210-211) apunta que, en este modelo, el empresario sólo respondería cuando respondiese su dependiente, como requisito *sine qua non*. Y también SOLÉ FELIU (2012, 31-32) indica que, siendo un sistema objetivo, éste no se desvincula totalmente de la culpa en la medida en que la responsabilidad del principal depende de la prueba de la conducta culpable de sus auxiliares.

Aunque es preciso que medie culpa del agente causante del daño, ROGERS (2003, 70) recuerda que no es preciso identificar al empleado ni demandarle, sino que es suficiente con probar que éste actuaba bajo un contrato de trabajo y que el daño se cometió en el curso del mismo.

²⁰ Para ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 75-76) la responsabilidad del empresario es considerada en este sistema como una garantía respecto del tercero perjudicado, de forma que el empresario actúa como un verdadero “*fiador solidario*”. También BELUCHE RINCÓN (2010, 210-211) indica que esta construcción se fundamenta en la idea de que el ejercicio de la actividad atribuye al empresario una función de garantía frente a terceros por la responsabilidad de sus empleados.

²¹ ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 78) indica que estos casos representan una “*auténtica y verdadera*” responsabilidad por el hecho ajeno, mientras que, parecidamente, SOLÉ FELIU (2012, 21-22) se refiere a este como un “*régimen puro*” de responsabilidad por hecho de otro.

precisamente, en la mayor garantía de resarcimiento que supone para la víctima del daño la extensión de la responsabilidad al principal²².

En el sistema de responsabilidad vicaria, el principal, que actúa como garante de una deuda ajena, dispone de una acción de regreso frente al agente causante del daño mediante la cual tendrá la posibilidad de resarcirse del importe que hubiera tenido que soportar en la relación externa²³.

En derecho español, la norma general en materia de responsabilidad por hecho ajeno no está basada en el modelo original de responsabilidad vicaria que se sigue en el caso inglés, aunque sí que existen supuestos concretos en los que nuestro sistema ordena la responsabilidad del principal siguiendo este modelo²⁴.

²² La doctrina es constante al indicar que el fundamento de esta responsabilidad se encuentra en garantizar y facilitar a la víctima el cobro de una indemnización. En esta línea ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 75-76) o SALVADOR CODERCH y otros (2002, 6); estos últimos ofrecen la explicación sobre la razón de ser del sistema que, ante la alternativa de que una persona inocente, el empresario o la víctima, haya de soportar la pérdida, se prefiere que sea el empresario quien lo haga porque éste se beneficia del trabajo de su empleado y su responsabilidad es eficiente, en el sentido de que está en disposición de internalizar los riesgos y sus costes como parte de su actividad organizada.

Ésta misma justificación de la responsabilidad vicaria con fundamento en la redistribución de las pérdidas en el seno de la empresa es la que ya se consideraba como la más razonable por autores clásicos como ATIYAH (1967, 27-28) o ROGERS (1994, 30-31). Por su parte, FLEMING (1987, 340) apuntaba hacia la justificación de que la persona que emplea a otra y obtiene un beneficio económico debe colocarse, en justicia, en una situación correlativa de responsabilidad por las pérdidas causadas en el curso de esa empresa.

²³ En el ordenamiento inglés el derecho de repetición está contemplado en la *Civil Liability (Contribution) Act, 1978*, que permite al principal recuperar del agente causante del daño lo que satisfizo al tercero en pago de su indemnización. Se refiere esta ley TYAS (1982, 131), quien explica que la vigente norma reproduce las provisiones de la *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act, 1935* o, más recientemente, ROGERS (2003, 71-72). BARCELÓ DOMENECH (1995, 132) indica que, con anterioridad a la referida ley de 1978, la Cámara de los Lores ya había reconocido el derecho de repetición en el caso *Lister v Ranford Lee and Cold Storage Co.* [1957] 2 Weekly Law Report, 158.

²⁴ MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2003, 231-236) afirman que la legislación española no reconoce el modelo de responsabilidad vicaria salvo en contadas ocasiones como, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad de los padres por sus hijos menores como consecuencia de la comisión de un delito con

Como podrá comprobarse a lo largo de esta tesis, algunos de estos supuestos se encuentran precisamente entre los casos de responsabilidad por hecho ajeno que contempla la LOE, fundamentalmente para aquellas situaciones ante las cuales el principal responde como garante de las actuaciones de otras personas por las que debe responder²⁵.

A pesar de que el ordenamiento español no está basado con carácter general en este sistema, la tendencia en nuestro entorno, sin embargo, sí está orientada hacia este modelo de responsabilidad vicaria tanto en materia de derecho comparado²⁶ como en lo que concierne a la proyección de normas dentro algunos grupos científicos de trabajo en Europa.

arreglo al artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Para algunos autores como ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 140), CAVANILLAS MÚGICA (2004, 106) o ROCA TRÍAS (1998, 20-25), el esquema de la responsabilidad vicaria es apreciable en el sistema penal de responsabilidad subsidiaria que contempla el actual artículo 120 Cpen. Además, esta última autora expone interesantes argumentos para sostener que la responsabilidad del empresario conforme a los artículos 1903 y 1904 Cciv es también vicaria, siguiendo la tendencia a la objetivación desarrollada en la jurisprudencia española. Parecidamente, YZQUIERDO TOLSADA (2001, 301).

Por su parte, SALVADOR CODERCH y otros (2002, 11-14) han considerado que el paradigma de la responsabilidad vicaria en el derecho español es la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por las actuaciones de sus funcionarios en la prestación de los servicios públicos, hoy regulado en el artículo 36 LRJSP.

²⁵ El caso más reconocible es el del promotor inmobiliario conforme al artículo 17.3 LOE. Como oportunamente expondremos, su posición como garante del buen resultado final de la edificación configura este supuesto como un caso de responsabilidad vicaria o, cuando menos, se aproxima mucho a ello.

²⁶ Hemos expuesto que el modelo de responsabilidad vicaria es el seguido en los países con tradición en el *common law*. Pero, además, tal y como apunta SOLÉ FELIU (2012, 31-33), este modelo no es sólo el vigente en ordenamientos como el inglés, sino también el dominante en el contexto europeo actual.

Este último es el caso de los PETL desarrollados por el *European Group on Tort Law*²⁷, cuya denominada “*norma fundamental*” (artículo 1:101) establece que la persona a quien se pueda imputar jurídicamente un daño deberá responder, no sólo cuando haya sido causado por su propia conducta culposa (artículo 1:101, 2 a), sino también en los casos en que éste se haya producido por una actividad anormalmente peligrosa (artículo 1:101, 2 b) o haya sido cometido por un auxiliar en el ejercicio de sus funciones (artículo 1:101, 2 c).

En su capítulo 6 (título III) se regula la “*responsabilidad por otros*” y, particularmente, en el primer inciso de su artículo 6:102 se prescribe la responsabilidad por los auxiliares con el siguiente tenor: “*Una persona responde por el daño causado por sus auxiliares²⁸ en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible*”.

La norma establece una responsabilidad objetiva desde el punto de vista del principal²⁹, sin que las causas de exoneración contempladas en el título IV le permitan oponer en su descargo la prueba de su diligencia ante estos supuestos, todo lo cual aproxima el sistema de responsabilidad por hecho de tercero hacia un modelo genuino de responsabilidad vicaria.

²⁷ El *European Group on Tort Law* es un grupo académico de trabajo que busca contribuir a la mejora y uniformidad del derecho en materia de responsabilidad civil (en el ámbito de los “*torts*”) a través del marco provisto por sus *Principles of European Tort Law* (PETL), así como profundizar en la investigación relacionada con ello para proporcionar una racionalización e innovación del sistema a nivel nacional y de la Unión Europea. La publicación original y comentada de los PETL se presentó en el año 2005 y, posteriormente, el grupo se reunió de nuevo en 2009 para ampliar su alcance, actualizar y perfeccionar su contenido, con la idea de poner al día sus trabajos y ampliarlos en lo necesario durante los años sucesivos.

²⁸ El segundo inciso del precepto señala que el “*independent contractor*” no se considera auxiliar a los efectos del artículo, en sintonía con el modelo original de la responsabilidad vicaria en el sistema inglés.

²⁹ Expone MORÉTEAU (2008, 162) que la responsabilidad aquí tratada no se basa en la culpa del principal, sino que puede ser descrita como una responsabilidad sin culpa por su parte y con poca o ninguna posibilidad de exoneración. En este sentido lo interpreta también BELUCHE RINCÓN (2010, 212-213).

En España, también resulta interesante observar cómo las tendencias más recientes en los grupos académicos de trabajo son favorables a la construcción de un modelo cercano al de la responsabilidad vicaria. En el libro V de la Propuesta de Código Civil³⁰, que está siendo elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, se regula la responsabilidad por dependientes y auxiliares en su título XIX, capítulo V. Y, en lo que concierne a la responsabilidad del empresario, el artículo 5195-5 establece que *“los empresarios son responsables de los daños imputables a sus dependientes y auxiliares en el ejercicio de sus funciones”*.

Nuevamente nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva desde la perspectiva del principal en el que el empresario no tendrá posibilidad de exonerarse probando su ausencia personal de culpa en la generación del daño, la cual no se encuentra contemplada entre las causas de justificación o exoneración previstas en el capítulo III del mismo título XIX.

El modelo de responsabilidad vicaria se acomoda mejor a la realidad del tráfico que el modelo de responsabilidad basado en la culpa presunta del principal, que es el régimen que, con carácter general, sigue nuestro vigente texto codificado. El modelo de responsabilidad vicaria ofrece una respuesta más natural, en la que resulta innecesario recurrir a la ficción de que el principal ha incurrido en culpa propia para poder imputarle responsabilidad.

Por ello, no resulta extraño que las tendencias actuales y comparadas sean proclives a favorecer un modelo objetivo de responsabilidad por hecho ajeno ni que, de hecho, la jurisprudencia española de las últimas décadas haya desarrollado una amplia doctrina orientada hacia la objetivación de la responsabilidad del principal, que

³⁰ La Propuesta de Código Civil es una obra colectiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que acordó acometer este proyecto en la asamblea celebrada en Valladolid en abril de 2014, con ocasión de las jornadas de estudio que organiza periódicamente. La versión consultada del título XIX del libro V es la que corresponde a 2018.

contrasta con el fundamento positivo de nuestro modelo general, como seguidamente pasaré a exponer.

1.2.2. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR CULPA PRESUNTA DE LOS ARTÍCULOS 1903 IV Y VI, Y 1904 CCIV

En el ordenamiento español, los artículos 1903 IV y VI, y 1904 Cciv, contemplan el sistema de responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes en el ámbito extracontractual³¹.

A tenor de lo establecido en estos preceptos, el empresario deberá responder por los actos u omisiones dañosos que hubieran cometido sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones, salvo que dicho empresario fuera capaz de probar que empleó toda la diligencia del buen padre de familia para prevenir el daño, en cuyo caso “*cesará*” tal responsabilidad y dispondrá de una acción de repetición para resarcirse frente a éstos por el pago satisfecho a la víctima.

El fundamento positivo de este sistema difiere del modelo objetivo de la responsabilidad vicaria, básicamente, porque nuestro régimen general hace descansar la responsabilidad del principal en un mecanismo subjetivo que utiliza como criterio de imputación el de la culpa presunta del propio empresario, tradicionalmente vinculada a la infracción de sus propios deberes en la elección (*in eligendo*) o en la supervisión (*in vigilando*) de su subordinado³².

³¹ Téngase en cuenta que, tal y como apuntan MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2003, 247-248), en la práctica, la diferencia en materia de responsabilidad por hecho ajeno contractual o extracontractual es tan irrelevante que los tribunales a veces aplican el artículo 1903 IV Cciv para casos que corresponden claramente al ámbito de la responsabilidad contractual del empresario. Esta misma práctica jurisprudencial había sido advertida ya por BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 28). No obstante, los fundamentos del modelo basado en la responsabilidad contractual del principal por hecho ajeno serán examinadas en el siguiente apartado.

³² Con carácter general, la doctrina considera que el fundamento positivo del modelo, en su origen, parte de la culpa presunta del empresario, o de la culpa con inversión de la carga de la prueba. En este

Además de su propia culpa, los presupuestos necesarios para que nazca la responsabilidad del empresario conforme al artículo 1903 Cciv son, en primer lugar, la existencia de una relación de dependencia entre éste y su empleado³³; en segundo

sentido lo indican BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 163 y 180), ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 190), SANTOS BRIZ (1997, 340-341), CAVANILLAS MÚGICA (2004, 105-108), LACRUZ BERDEJO (2005, 495-496), GÓMEZ LIGÜERRE (2007-b, 280), PARRA LUCÁN (2011, 3930 y 2016, 449-450), AMAT LLOMBART (2011, 357), GÓMEZ CALLE (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, capítulo V, 1.2), GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2015, 2344) o BELUCHE RINCÓN y MARTÍN SALAMANCA (2016, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2), por citar algunos ejemplos.

Para otros autores, como JORDANO FRAGA (1994, 468 y ss.), nuestro ordenamiento consagra un fundamento objetivo en la responsabilidad extracontractual indirecta del empresario, como resultaría de la acción de repetición que concede el artículo 1904 Cciv y de la regulación de la responsabilidad civil objetiva del empresario en el artículo 22 del antiguo Cpen (hoy, artículo 120 Cpen) que, en opinión de dicho autor (1994, 476), es una norma que “*sirve para reinterpretar*” el artículo 1903 Cciv en el sentido más conforme a las exigencias de la realidad social de nuestro tiempo conforme al artículo 3.1 Cciv. Parecidamente, YZQUIERDO TOLSADA (2001, 301) considera que el precepto, en su interpretación conjunta con el artículo 1904 Cciv, sólo se entiende prescindiendo de toda idea de culpa, por muy presunta que sea, e interpreta que se trata de una manifestación de la teoría del riesgo empresarial y de la responsabilidad vicaria o de sustitución (indica el autor que “*la empresa responde porque es empresa, incluso aunque no haya mediado culpa por parte de su titular*”).

En la actualidad la jurisprudencia considera que el modelo no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio de culpa, que únicamente desaparece si el principal acredita que empleó toda la diligencia que le era exigible. En esta línea, véanse las SSTS de 16 de octubre de 2007 [RJ 2007, 7102], de 6 de febrero de 2009 [RJ 2009, 1369] o de 14 de mayo de 2010 [RJ 2010, 3494]. No obstante, a pesar de que la jurisprudencia considera hoy que el fundamento de la responsabilidad es subjetivo, en su aplicación práctica continúa resolviéndose como si se tratara de un régimen objetivo, lo que denota una contradicción tal y como señala GÓMEZ CALLE (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, capítulo V., 1.2.).

³³ Esta relación de dependencia suele identificarse con las relaciones de carácter laboral, aunque su interpretación no es estricta tal y como se pone de manifiesto en la jurisprudencia y la doctrina –así, STS de 14 de mayo de 2010 [RJ 2010, 3494] y SOLÉ FELIU (2012, 58)–. Tampoco se exige que se produzca un control técnico del empleado, tal y como apunta GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2015, 2347).

lugar, que el daño se produzca con ocasión de las labores encomendadas por el empresario al dependiente³⁴; y, en tercer lugar, que en la conducta del dependiente haya mediado culpa³⁵.

La responsabilidad del empresario es directa y no subsidiaria respecto de su dependiente y se configura de forma autónoma, por lo que el perjudicado puede optar por dirigirse únicamente frente a éste o, si lo prefiere, sólo frente al dependiente o frente a ambos a la vez³⁶.

A pesar de que el precepto contempla la posibilidad de exoneración del empresario mediante la prueba de la diligencia debida, la realidad es que la jurisprudencia ha extremado en tal medida el rigor para su apreciación que, de hecho, el sistema se

³⁴ Este presupuesto de la responsabilidad del empresario también se interpreta de modo flexible, tal y como apunta SOLÉ FELIU (2012, 99), o incluso amplio, llegándose a convertir casi en presunción como señala GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2015, 2353).

³⁵ Este último presupuesto, igual que los demás, también ha sido interpretado de forma flexible en el sentido de que no es preciso identificar al concreto dependiente que causó el daño con su negligencia, sino que es suficiente con acreditar que ha mediado culpa en algún sujeto indeterminado de la estructura empresarial. En este sentido se pronuncian las SSTs de 9 de junio de 1998 [RJ 1998, 3717] o de 11 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9640].

Ello ha sido interpretado por diversos autores como una manifestación del fenómeno de la objetivación de la responsabilidad del empresario –ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 648-649)–, e incluso como el previsible inicio de una evolución hacia la futura supresión de la culpa como requisito de la responsabilidad del empresario –BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 307-308)–.

³⁶ En este sentido, BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 335 y ss.), PARRA LUCÁN (2011, 3932-3937 y 2016, 451), SOLÉ FELIU (2012, 136-141), GÓMEZ CALLE (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, cap. V, 1.2.) o GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2015, 2354). Para ATAZ LÓPEZ (2002, 137) y para GÓMEZ LIGÜERRE (2007-b, 291-292), una cosa es que la responsabilidad sea directa y no subsidiaria y otra distinta que la responsabilidad sea solidaria, con cuya consideración se muestran críticos.

Esta responsabilidad del empresario en el régimen del artículo 1903 Cciv contrasta con la responsabilidad por hecho ajeno del empresario conforme al artículo 120 Cpen, que es subsidiaria y objetiva. En este sentido, SALVADOR CODERCH (2002, 7-9) o GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2015, 2355).

asemeja en su aplicación práctica al modelo de responsabilidad vicaria que hace responder de forma objetiva al principal.

Esta tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad del principal en la práctica de los tribunales no es una cuestión nueva³⁷, ni mucho menos, sino que ha sido ampliamente tratada en nuestra doctrina³⁸ y puede afirmarse que ya ha arraigado en nuestro sistema hasta el punto de haberse convertido en la respuesta jurídica normalizada.

La paradójica situación creada en nuestro sistema pone de manifiesto cómo el modelo subjetivo de responsabilidad del principal por culpa presunta no se termina de amoldar a la realidad del tráfico en la sociedad y ofrece una respuesta poco natural, pues no cabe dar otra explicación al hecho de que la jurisprudencia haya tenido que vaciar de contenido práctico el párrafo VI del artículo 1903 Cciv para evitar la desprotección de la víctima.

³⁷ LACRUZ BERDEJO (2005, 495-496) sitúa el origen de esta jurisprudencia en la década de 1970. Pueden apreciarse ejemplos posteriores en las SSTS de 17 de noviembre de 1980 [RJ 1980, 4206], de 16 de abril de 1993 [RJ 1993, 2886], de 3 de julio de 1998 [RJ 1998, 5411], de 9 de octubre de 2000 [RJ 2000, 9184], de 11 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9640] o de 12 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10978].

³⁸ CAVANILLAS MÚGICA (1987, 20-34), en la que probablemente es la obra de referencia en esta materia, expone cuáles son los argumentos jurisprudenciales de la objetivación, entre los cuales se encuentra el principio *pro damnato*, la interpretación de los hechos al amparo del artículo 3.1 Cciv y la nueva realidad social o la teoría del riesgo, entre otros. El mismo autor (1987, 86) expone cómo la jurisprudencia ha realizado una labor de “*expansión de la culpa*” que aproxima el sistema hacia el ámbito de la responsabilidad por riesgo. De forma parecida, ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 182 y ss.) ha explicado cómo una expresa o formal responsabilidad por culpa presunta “*esconde*” una tácita o real responsabilidad vicaria con cierta tendencia hacia una responsabilidad por riesgo de empresa.

Con carácter general, esta tendencia hacia la objetivación y el elevado rigor en la prueba de exoneración del empresario en la jurisprudencia ha sido expuesta por numerosos autores, como BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 164 y 181-184), GÓMEZ POMAR (2004, 8), PARRA LUCÁN (2011, 3931 y 2016, 450), AMAT LLOMBART (2011, 357), SOLÉ FELIU (2012, 30-31), GÓMEZ CALLE (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, capítulo V., 1.2.), GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2015, 2344), o BELUCHE RINCÓN y MARTÍN SALAMANCA (2016, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2).

Por su parte, la otra paradoja innegable del modelo ha quedado patente con la revisión doctrinal de esta categoría en la obra de diversos autores, quienes consideran que el artículo 1903 Cciv no establece un verdadero sistema de responsabilidad por hecho ajeno a pesar de su apariencia, sino por hecho propio³⁹, esto es, por infracción de los propios deberes de conducta que corresponderían, en este caso, al empresario.

Este planteamiento tiene sentido. Si hacemos abstracción de que la jurisprudencia ha erradicado el párrafo VI del artículo 1903 Cciv y atendemos a su tenor, que sigue vigente en nuestro derecho positivo, la realidad es que el empresario nunca respondería frente al perjudicado si lograra acreditar su diligencia en el caso concreto. Luego, siempre que el empresario responda, lo hará porque no habrá sido capaz de acreditar su diligencia, esto es, responderá conforme a un criterio de imputación que desvalora su conducta personal y culpable.

Ahora bien, en mi opinión, el hecho de que el principal responda por culpa conforme al mecanismo del artículo 1903 Cciv no impide que el modelo pueda seguir concibiéndose como un sistema de responsabilidad por hecho ajeno, puesto que de otro modo carecería de sentido la regulación de la específica acción de repetición que contempla el artículo 1904 Cciv.

³⁹ GÓMEZ CALLE (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, capítulo V., 1.2.) sostiene que la denominada responsabilidad por hecho ajeno, aunque resulte gráfica, no es del todo correcta para explicar el mecanismo del artículo 1903 Cciv. En este sentido, considera la autora que la razón por la que las personas referidas en el precepto deben responder se encuentra en su propia conducta culposa, aunque de forma indirecta o mediata. De ahí que los supuestos del artículo 1903 Cciv sean, siguiendo a esta autora, de responsabilidad por hechos o actos propios aunque vinculados a los de otra persona de manera peculiar. Con cita de esta autora, véase también BELUCHE RINCÓN y MARTÍN SALAMANCA (2016, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 1). También SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE (2002, 20) reflexionan en la misma dirección cuando exponen sus conclusiones acerca del tránsito hacia la responsabilidad de la organización. Así, para estos autores, en el sistema español de responsabilidad por hecho de otro el responsable no es ajeno a la generación del daño, sino que se produce una responsabilidad por hecho propio o, más bien, una responsabilidad de la organización de la que se es titular.

La adecuada coordinación de los artículos 1903 y 1904 Cciv conduce a que el principal responda frente al perjudicado por un acontecimiento dañoso en cuyo origen no sólo habrá intervenido su propia culpa personal, normalmente mediata, sino también la actuación culposa inmediata de su dependiente, frente a quien tendrá la posibilidad teórica⁴⁰ de resarcirse. Dicho de otro modo, el modelo está basado en un sistema combinado en el que el principal retiene una parte de responsabilidad (por hecho propio) y puede repetir por otra parte⁴¹ cuyo origen causal resulta imputable a su dependiente (por hecho ajeno).

Este modelo, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de responsabilidad vicaria, se enfrenta a la limitación de que el principal nunca podrá repetir por el todo contra su dependiente negligente y, en consecuencia, el sistema no está diseñado para permitir, en ningún caso, la total indemnidad del empresario.

1.2.3. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SUS AUXILIARES EN EL CUMPLIMIENTO

Hemos visto cómo en el derecho español de daños existe una norma general, expresamente recogida en el artículo 1903 IV Cciv, que establece la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes en el ámbito extracontractual.

⁴⁰ Las razones expuestas han provocado que la acción de repetición del artículo 1904 Cciv tenga nula aplicación práctica, tal como observan BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 355) o ROCA TRÍAS (1998, 7).

⁴¹ Hay que convenir con BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 350 y 356-357) que la acción de regreso que concede el artículo 1904 Cciv al empresario es sólo parcial, ya que el artículo 1903 Cciv funda su responsabilidad en culpa propia. En sentido parecido, SOLÉ FELIU (2012, 150-154) considera que la repetición por la totalidad no puede ser automática, sino que deberán establecerse las cuotas de responsabilidad en la relación interna en función del grado de culpa de auxiliar y principal. Para ROCA TRÍAS (1998, 25) sí sería factible que la acción de repetición contemplase la totalidad de lo satisfecho, en línea con sus postulados sobre la concepción del sistema conforme a un régimen de responsabilidad vicaria.

Aunque nuestro ordenamiento no contempla una norma positiva semejante para el ámbito contractual, es aceptada la existencia de un principio general de responsabilidad del deudor por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento de la prestación, que no se apoya en la idea de culpa sino, más bien, en la de riesgo⁴².

En ausencia de ese apoyo normativo expreso, la fundamentación general de este modelo se ha construido recurriendo a la integración analógica por vía del artículo 4.1 Cciv con otros preceptos de nuestro ordenamiento en los que se ha observado identidad sustancial de razón.

Entre estos, se encuentran los preceptos diseminados en nuestras leyes que, con carácter particular para determinadas situaciones, establecen reglas de responsabilidad contractual objetiva del deudor por sus auxiliares como, por ejemplo, el artículo 1596 Cciv, que prescribe la responsabilidad del contratista frente al comitente por el trabajo realizado por las personas que ocupare en la obra⁴³.

También se ha apreciado una semejanza susceptible de aplicación analógica entre el supuesto de responsabilidad contractual del principal por sus auxiliares en el cumplimiento y la responsabilidad extracontractual indirecta del empresario por sus dependientes prescrita en el artículo 1903 IV Cciv, o la contemplada en el artículo 120

⁴² La fundamentación del principio general conforme a nuestro derecho vigente ha sido bien expuesta por JORDANO FRAGA (1994, 488 y ss.) y por BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 18-19).

⁴³ Este supuesto reviste un interés especial para nuestro ámbito de estudio, aunque existen otros casos particulares de responsabilidad contractual objetiva del deudor por sus auxiliares como el que contempla el artículo 1784 Cciv respecto de la responsabilidad de un mesonero o fondista por los daños causados a los efectos de un viajero por su criado o dependiente, o en el artículo 1601 Cciv respecto a los conductores de efectos por tierra o agua por los daños causados en las cosas que se les confían. En lo que concierne a la fundamentación del argumento basado en la analogía véanse, en especial, los razonamientos de JORDANO FRAGA (1994, 488-498).

Cpen, en la medida en que estas normas revelan una imputación del riesgo al principal que se beneficia del trabajo de su auxiliar, consiguiendo así ampliar su ámbito de actuación y sus posibilidades de ganancia⁴⁴.

En relación con esta cuestión, aunque parece forzado apreciar un fundamento analógico entre una responsabilidad objetiva del empresario en sede contractual y la responsabilidad extracontractual del empresario del artículo 1903 Cciv, que está basada en un criterio de culpa, la realidad es que la tendencia jurisprudencial hacia la objetivación en este ámbito ha llevado al Tribunal Supremo a aplicar en ocasiones este precepto para situaciones claramente contractuales⁴⁵.

Las SSTs de 22 de junio de 1989 [RJ 1989, 4776] y de 1 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1656] enlazan todos estos razonamientos en sus respectivos fundamentos de derecho

⁴⁴ Desarrolla el argumento JORDANO FRAGA (1994, 488-498) quien, además, de forma perspicaz, hace notar que, de no establecerse el paralelismo entre las dos formas de responsabilidad indirecta, contractual y extracontractual, se llegaría al absurdo de que el principal respondería extracontractualmente por los hechos de su empleado frente a un tercero respecto del que no está obligado y, sin embargo, se le exoneraría de responsabilidad contractual si su empleado provoca el daño a un acreedor, respecto del cual está específicamente obligado y cuya relación merece una protección más intensa.

Estos planteamientos objetivistas ya eran apreciables a principios de los años 70 del pasado siglo en los textos de autores como TORRALBA SORIANO (1971, 1144), quien advertía la existencia de una basculación doctrinal desde las posiciones subjetivistas hacia la admisión de la responsabilidad objetiva del deudor por culpa de sus auxiliares.

Para CRISTÓBAL MONTES (1989, 8), el fundamento de la responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento no puede encontrarse en la culpa, aunque sea leve, puesto que ello no resulta adecuado para una economía estructurada a partir de grandes empresas, respecto de las cuales el empresario-deudor no tiene influencia directa en la realización del trabajo. Para este autor (1989, 13), el principal argumento a favor de la responsabilidad del deudor al margen de su culpa se encuentra en el hecho de que la actuación de los dependientes no podrá calificarse como fortuita al tiempo de contemplar la globalidad del incumplimiento de la relación obligatoria.

Más recientemente, también se aprecian razonamientos de naturaleza objetiva, basados en el binomio riesgo-beneficio, en BELUCHE RINCÓN (2010, 209, nota al pie 8).

⁴⁵ Lo advierte BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 28 y 43) con referencia, como caso ilustrativo, a la STS de 17 de noviembre de 1980 [RJ 1980, 4206], y también MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2003, 247-248).

segundo y quinto. Puede apreciarse en el siguiente extracto, correspondiente a la última de las sentencias citadas, cómo la inexistencia de una norma expresa en nuestro ordenamiento se salva mediante la aplicación analógica de otras normas de responsabilidad objetiva en sede contractual o, indistintamente, mediante la aplicación analógica del sistema de responsabilidad indirecta que contempla el artículo 1903 IV Cciv:

“La responsabilidad del principal por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento, declarada como norma general en algún Código Civil, como el alemán (párrafo 278), que establece la responsabilidad del deudor por la culpa de las personas de que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, no encuentra norma análoga en nuestro ordenamiento civil, pero sí casos particulares, como los de los arts. 292 del Código de Comercio, y 1592 del Código Civil, en la esfera contractual, y en la extracontractual el art. 1903, p. 4 y el 1904 del mismo Código Civil; de modo que aun sin forma expresa genérica en cuanto a efectos de los contratos, cabe deducir por analogía la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares y empleados, ya por culpa «in eligendo» o «in vigilando», ya en virtud del principio «cuius est commodum eius est periculum». Consecuencia obligada, pues el tercero confía en la formalidad y en la reputación negocial de aquél con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares. De ahí la obligación de garantía que ha de asumir el principal, al menos el deudor contractual, por la conducta regular de sus empleados, encargado por él de la preparación y ejecución de la prestación debida (...)”

En este modelo de responsabilidad del principal por los hechos de otro, por tanto, el principal se convierte objetivamente en responsable por la conducta del tercero que le auxilia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Desde esta forma, la responsabilidad del principal conforme a este modelo sería vicaria en el sentido expuesto más arriba, toda vez que esa responsabilidad quedaría activada de forma objetiva y con independencia de su actuación negligente.

Antes nos hemos referido al artículo 6:102 de los PETL, que regula un supuesto de responsabilidad vicaria del principal por sus auxiliares en el cumplimiento. No obstante, en el ordenamiento español, el concepto de auxiliar y el modelo de responsabilidad tiene determinadas connotaciones que justifican este tratamiento separado.

Así, se reputa auxiliar en nuestro ordenamiento a cualquier tercero que interviene por iniciativa del deudor en el programa de cumplimiento de una prestación debida por éste frente a su acreedor. Esto es, son presupuestos necesarios para ostentar la consideración de auxiliar, conforme a este modelo, tanto su intervención por voluntad del deudor en el cumplimiento de una prestación⁴⁶ como su condición de tercero ajeno al propio deudor⁴⁷, sin importar, en cuanto a esto último, su grado de dependencia respecto del principal⁴⁸.

⁴⁶ La intervención del auxiliar por iniciativa o voluntad del principal es una nota caracterizadora esencial en el modelo. Precisamente esta introducción voluntaria del auxiliar a instancias del deudor en su programa de cumplimiento es lo que justifica que éste deba responder de lo actuado por aquél. Para TORRALBA SORIANO (1971, 1156-1158) se requiere un movimiento inicial, voluntario y libre en virtud del cual el tercero se incorpore a la actividad de cumplimiento de la obligación. En el mismo sentido, JORDANO FRAGA (1994, 45-50).

⁴⁷ La condición de tercero es también presupuesto necesario para reunir la condición de auxiliar, tal y como apuntan TORRALBA SORIANO (1971, 1157-1158) y JORDANO FRAGA (1994, 45-50). Este último precisa que esa condición de tercero que ostenta el auxiliar lo es respecto de la relación que media entre acreedor y deudor principal, donde tal auxiliar no interviene en ningún momento como parte.

⁴⁸ Existe aquí una diferencia entre nuestro ordenamiento y el sistema de los PETL. En éste sistema, el artículo 6:101 (2) excluye del concepto de auxiliar al contratante independiente. En nuestro ordenamiento, en cambio, existen dos tipos de auxiliares en función del mayor o menor grado de dependencia respecto del principal: el auxiliar en sentido estricto, que estaría vinculado con el deudor por un lazo de dependencia de cierta entidad, y el sustituto, quien tendría una mayor autonomía funcional. Se aprecia esta distinción en los textos de TORRALBA SORIANO (1971, 1157-1158), JORDANO FRAGA (1994, 45-50) y CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 458).

Por demás, la disquisición no tiene mayor trascendencia práctica en lo que concierne a la responsabilidad del principal por su auxiliar en el cumplimiento, aunque pone de manifiesto una diferencia visible y contraria al argumento analógico, antes aludido, entre este modelo y el sistema de responsabilidad del artículo 1903 IV Cciv, en el que sí es relevante la relación de subordinación o dependencia.

Ese principal, que responde objetivamente frente al acreedor con independencia de su culpa personal y como consecuencia de una actuación imputable causalmente al auxiliar, tendrá conforme a este modelo una acción de repetición para resarcirse de lo pagado. En ocasiones esa acción de repetición la provee la propia norma en el caso particular, como ocurre en el supuesto del artículo 1596 Cciv, y en otras ocasiones la acción de repetición se admite conforme al mismo fundamento analógico antes mencionado y también con arreglo al principio de proscripción del enriquecimiento injusto⁴⁹.

En lo que respecta a nuestro ámbito de estudio, observaremos cómo existen diversos supuestos en la LOE que son cercanos a este modelo, de manera que existe una imputación de responsabilidad a un concreto agente de la edificación por los daños cometidos por otro sujeto que ha sido colocado para desarrollar un determinado tramo del proceso edificatorio por su voluntad o iniciativa⁵⁰.

1.2.4. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD POR RIESGO DE EMPRESA

La responsabilidad por riesgo de empresa⁵¹, en puridad, no representa un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno sino por hecho propio, aunque, ciertamente, el acontecimiento causal desencadenante del daño no tiene su origen en la conducta del empresario sino en la actuación de algún miembro de su organización.

⁴⁹ TORRALBA SORIANO (1971, 1164) y JORDANO FRAGA (1994, 40 y ss.).

⁵⁰ Por avanzar algún ejemplo, éste sería el caso de la responsabilidad del proyectista que contrata los cálculos o estudios erróneos a un tercero conforme al artículo 17.5 LOE, o el caso de la responsabilidad del constructor por los daños causados por su subcontratista conforme al artículo 17.6 LOE.

⁵¹ CAVANILLAS MÚGICA (1987, 120-123) indicaba que el Tribunal Supremo se refería a esta responsabilidad por riesgo en diversas ocasiones como si se tratara de un tipo especial de responsabilidad y, en esta línea, ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 107-109) también identificaba la responsabilidad por riesgo de empresa como una tercera forma de concebir la responsabilidad del empresario por los actos de su dependiente, separada de las otras dos formas de responsabilidad aquiliana apuntadas en su trabajo, esto es, la responsabilidad vicaria y la responsabilidad directa.

El rasgo peculiar de este modelo consiste en que la responsabilidad del empresario ya no se hace depender tanto de su culpa personal en ninguna de sus tradicionales formas (*in eligendo, in vigilando, in operando*), ni tampoco de la culpa personal de los empleados o auxiliares por los que debe responder, sino que su responsabilidad civil nace por el mero hecho de que el daño ha tenido lugar en el ejercicio o con ocasión de su actividad empresarial.

Consecuentemente, la imputación de responsabilidad a la empresa es asumida por ésta ante la mera eventualidad de que en el ejercicio de su actividad se materialice un daño posible⁵², sin importar qué concreto miembro de su estructura lo generó ni si medió una conducta negligente por su parte⁵³.

El sistema es una respuesta a las limitaciones de los modelos basados en la culpa, no sólo en lo que concierne a la dificultad de identificar al sujeto causante del daño en una organización compleja⁵⁴, sino también, y especialmente, en lo que concierne a la

⁵² La configuración de una responsabilidad estricta vinculada a la potencial peligrosidad de ciertas cosas y desvinculada de la idea de culpa no es algo extraño. Se trata de un tipo de responsabilidad asentada en otros países de nuestro entorno, como el inglés, cuando menos desde la segunda mitad del siglo XIX a partir del paradigmático caso *Rylands v Fletcher* (1868) UKHL 1, de frecuente cita en la doctrina inglesa –así, TYAS (1982, 124-126) o ROGERS (1994, 124 y 2003, 77-75)– y también entre la doctrina española que mejor ha estudiado el tema –por ejemplo, en CAVANILLAS MÚGICA (1987, 120-123)–.

⁵³ ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 134-135 y 205 y ss.) utiliza un concepto sugerente, el de “*culpa anónima*”, para referirse a esta situación. Según este autor, en este sistema ya no es relevante la posible negligencia de un concreto dependiente al resultar imposible determinar con certeza quién incurrió personalmente en ella, o incluso si el daño fue provocado por alguna culpa en particular o más bien por una actividad industrial que genera estadísticamente un número determinado de daños. Así, la figura del dependiente tiende a desaparecer por cuanto se le considera como una pieza más en el engranaje de toda una organización productiva de bienes y servicios.

De forma similar, BELUCHE RINCÓN (2010, 210-211) alude a la responsabilidad por riesgo de la empresa como un supuesto en el que no sería preciso que el concreto dependiente respondiera para que el empresario tuviera el deber de responder, bastando con que su hecho dañoso perteneciera a la esfera de riesgos típicos de la actividad empresarial.

⁵⁴ Diversos autores postulan la necesidad de transitar desde una responsabilidad por hecho ajeno hacia una responsabilidad de la empresa por riesgo en aquellas situaciones en las que, por la complejidad de

insuficiencia del citado principio de culpa para asegurar la reparación ante determinadas actividades potencialmente peligrosas o susceptibles de generar un determinado volumen de daños en términos estadísticos.

Debido a que no resulta imaginable ni realista pretender reducir a cero la probabilidad del daño que se genera en el ejercicio de las actividades empresariales, existen diversos motivos que justifican que sea el empresario quien cargue con la responsabilidad ante la materialización de esa contingencia.

Entre estos motivos se encuentra la idea de que el empresario, de la misma manera que obtiene las consecuencias positivas del beneficio que le reporta su actividad, también debe soportar las consecuencias negativas que le puede generar la realización del riesgo derivado de esa misma actividad.

Igualmente, otro de los motivos tradicionalmente aducidos para justificar este sistema de responsabilidad se explica desde una perspectiva de economía social, atendiendo a la posición que ocupa el empresario, de forma que se considera que éste está en las mejores condiciones para controlar y mitigar los riesgos creados con su propia actividad, así como para redistribuir el coste eventualmente soportado mediante el sistema de precios de los productos que hace circular en el mercado⁵⁵.

su estructura, resulta difícil o imposible identificar al dependiente que causó materialmente el daño. En esta línea, ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 134-135), SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE (2002, 20), AMAT LLOMBART (2011, 359), BELUCHE RINCÓN y MARTÍN SALAMANCA (2016, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 3.4).

⁵⁵ Esta idea de anudar la responsabilidad por el riesgo creado al beneficio, y de colocar al empresario como responsable por su capacidad para controlar el riesgo y redistribuir los costes, ya se encuentra presente en la obra de TRIMARCHI (1961, 11-14 y 34-38). La afirmación definitiva de estos postulados, desde la teoría económica del derecho, la protagonizan los autores norteamericanos de la *New Law & Economics* durante las décadas de 1960 y 1970, a la que se refieren CAVANILLAS MÚGICA (1987, 31) y PAZ-ARES RODRÍGUEZ (1981, 614). Este último autor (1981, 616-617) hace notar que el análisis económico del derecho llevado a cabo por estos autores no constituye, a pesar de todo, un fenómeno literario homogéneo, sino que presenta fracturas en el plano ideológico y metodológico que permiten discernir entre dos tendencias, la liberal-reformista de la Escuela de Yale, que considera la intervención pública como posible alternativa del mercado en la tarea de la distribución social de los recursos; y la

En nuestro ordenamiento no existe una norma general que ampare este modelo, pero a la responsabilidad por riesgo de empresa se ha llegado en diversas ocasiones mediante leyes sectoriales y también por vía jurisprudencial a través de una interpretación extensa del artículo 1903 IV Cciv⁵⁶.

Entre las sentencias más representativas que reconocen la existencia de una responsabilidad por riesgo como categoría autónoma, destaca la STS de 30 de diciembre de 1980 [RJ 1980, 4815], en cuyo considerando segundo se afirma lo siguiente:

“es cierto que nuestro Código Civil, al igual que otros extranjeros, distingue entre daños derivados de incumplimiento de contrato (arts. 1101 y siguientes) y, daños derivados de culpa extracontractual (arts. 1902 y siguientes), según que la indemnización de daños exija una conducta antijurídica causante de los daños por infringir lo acordado en un contrato o por infringir el principio general «alterum non laedere», y pudiendo situarse modernamente al lado de esas dos fuentes de responsabilidad la derivada de riesgo creado por ciertas actividades peligrosas, que no es necesario que vaya precedida de un obrar contrario a derecho, y, a veces, ni siquiera de un obrar”

liberal-radical de la Escuela de Chicago, que concibe la utilización del mercado como mecanismo preferible para la distribución de los recursos.

En la doctrina española, encontramos una didáctica exposición sobre estos fundamentos en ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 107-109 y 134-135) y en SALVADOR CODERCH y otros (2002, 6-11).

⁵⁶ En este sentido, CAVANILLAS MÚGICA (1987, 93) apunta que en el derecho español de daños no existe una norma genérica para la responsabilidad por riesgo, aunque indica que la vía de entrada hacia el modelo se ha encontrado en la jurisprudencia tendente a la objetivación recaída en interpretación del artículo 1903 Cciv, sin perjuicio de las leyes especiales en materia de protección a los consumidores, o de productos y servicios defectuosos. El mismo autor (1987, 20-34) expone cómo la jurisprudencia española ha ocupado una posición de vanguardia en relación con la jurisprudencia comparada al haber sido capaz de acuñar un término y un argumento, el del riesgo, que sirve tanto para dar unidad a una serie de supuestos aparentemente heterogéneos, como para invitar al desdoblamiento del riesgo y de la culpa como fuentes diversas de responsabilidad.

La llegada a la responsabilidad por riesgo de empresa a través de la jurisprudencia española que interpreta el artículo 1903 Cciv también ha sido advertida por otros autores, como ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 205 y ss.) o PARRA LUCÁN (2011, 3931 y 2016, 450).

Y, entre las sentencias que interpretan el artículo 1903 Cciv en clave de responsabilidad por riesgo de empresa, resulta diáfana la STS de 16 de abril de 1993 [RJ 1993, 2886]. En su fundamento de derecho segundo puede apreciarse cómo, a pesar de aludirse formalmente al criterio de culpa, se razona que ésta aparece difusa en el caso concreto por no quedar identificado el concreto agente causante, todo lo cual no supone óbice ninguno para reconducir la responsabilidad a la empresa en cuya organización tuvo lugar el origen del daño por vía del artículo 1903 Cciv. Dice así:

“Se trata en este caso de un supuesto de falta de diligencia, que si bien clara y patente por concurrir en su producción de los clásicos requisitos que para ello establece la jurisprudencia, aparece en este caso como subjetivamente difusa o personalmente indeterminada, bien que claramente ínsita en el marco operativo de la organización a cuyo cargo y explotación se encontraba el tendido de energía eléctrica en que el accidente se produjo y, concretamente, a los actos que en general causaron el resultado producido, en este caso la reanudación de la corriente sin aviso previo, conjunto de hechos, operaciones y sistema que están insertos en el ámbito empresarial de «Iberduero SA», lo que la hacen responsable del evento producido por aplicación de lo dispuesto en el art. 1903 CC”.

En este sistema de responsabilidad, aun cuando el acontecimiento generador del daño pueda anudarse causalmente a la conducta de un miembro indeterminado de una organización empresarial, ésta no dispone de una acción de repetición frente a ese eventual causante. Y ello no tanto por la dificultad o imposibilidad de identificar al miembro de la organización que causó el daño, sino por la inexistencia de un fundamento subjetivo para repercutirle el coste.

Así, este sistema no se concibe conforme a los esquemas de la responsabilidad por hecho ajeno, sino que el riesgo es un factor que opera como criterio suficiente de imputación y justifica la asunción de una responsabilidad propia, a cargo de la empresa en cuyo ámbito de actuación se causó el daño.

1.3. LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO EN LA LOE

Expuestos los modelos básicos de responsabilidad por hecho ajeno presentes en nuestro ordenamiento, resulta oportuno introducirnos ahora en las cuestiones generales que disciplinan la responsabilidad civil por hecho ajeno en el ámbito de la LOE, como prelude obligado antes de profundizar en el examen de los casos concretos.

El artículo 17.2 LOE dispone que la responsabilidad civil de los agentes de la edificación será exigible de forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a dicha ley, se deba responder.

Con ello se consagra un criterio de imputación de responsabilidad por hecho ajeno a determinados agentes de la edificación por la conducta dañosa causalmente imputable a un tercero, cuyos supuestos específicos hay que encontrarlos por remisión a otras disposiciones de la misma ley.

Los casos particulares de responsabilidad por hecho ajeno regulados en la LOE no siguen todos ellos un mismo modelo de responsabilidad indirecta en los términos esbozados más arriba, ni tampoco se amoldan siempre a uno u otro modelo básico, sino que, en ocasiones, se asemejan a ellos o incorporan determinados elementos que permiten explicar su dinámica y razón de ser.

En los apartados que siguen, y antes de adentrarme en el estudio de los distintos grupos de casos, expondré cómo el sistema de responsabilidad de la LOE está basado en un régimen legal de responsabilidad preferentemente individual y objetiva en la relación externa que no prejuzga la culpa del principal ni le impide resarcirse, como regla general, en el marco de las ulteriores relaciones internas.

1.3.1. ASPECTOS GENERALES: LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD EN LA LOE

Los presupuestos de la responsabilidad en la LOE representan aspectos generales, ampliamente desarrollados en numerosas obras, que revisten interés para nuestro específico ámbito de estudio.

El objetivo que me propongo en este apartado no es el de abundar de forma superflua sobre estas cuestiones generales, que ya han recibido suficiente atención, sino limitarme a introducir en su adecuado contexto el tratamiento de los grupos de casos que ocuparán la parte nuclear de esta tesis.

Por ello, con el alcance propio de un apartado introductorio, resulta obligado apuntar someramente las líneas básicas que dibujan la responsabilidad de los agentes de la edificación en el sistema de la LOE y tomar partido, cuando sea preciso, por las posiciones doctrinales que considero más adecuadas en cuanto a estos aspectos de carácter general, algunos de los cuales todavía siguen siendo hoy objeto de debate.

1.3.1.1. *Delimitación del ámbito objetivo: los daños materiales causados en el edificio por vicios de construcción, que afloren y se reclamen en unos determinados plazos*

La responsabilidad exigible a los agentes de la edificación conforme a la LOE se contrae únicamente al resarcimiento de determinados daños materiales causados al propio edificio –y sólo al propio edificio⁵⁷– que se manifiesten dentro de unos determinados plazos, concretados en función de la naturaleza del vicio o defecto constructivo que los originó.

⁵⁷ Esta es una diferencia importante en comparación con el ámbito de protección contemplado en el artículo 1591 Cciv, a cuya relación con el régimen de la LOE nos referiremos después en epígrafe separado. Como apunta YZQUIERDO TOLSADA (2006, 641), mientras el artículo 1591 Cciv amparaba la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la ruina del edificio, el artículo 17 LOE solo alcanza a los daños materiales que se causan en el propio edificio. La misma idea la apuntan otros autores, como CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 417), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 95) y MILÁ RAFEL (2014-a, 50).

En cuanto al concepto de *edificio*, la LOE no ofrece una definición pero sí algunos rasgos caracterizadores entre los cuales destaca la nota de permanencia, de modo que puede considerarse como tal a las construcciones estables realizadas con materiales resistentes y destinadas al uso residencial o a los demás usos a los que se hace referencia en el precepto⁵⁸.

Dentro del este concepto de edificio, a nuestros efectos, también se considera incluida una parte del mismo cuando sea objeto de división (artículo 2 en relación con el artículo 17.1 LOE) y sus instalaciones fijas, su equipamiento propio y los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al mismo (artículo 2.3 LOE), pero no aquellas obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan carácter residencial ni público y que se desarrollen en una sola planta (artículo 2.2, *a* LOE).

En cuanto a los referidos plazos, que la jurisprudencia interpreta inequívocamente como periodos de garantía⁵⁹, serán de diez años para el caso de los daños materiales

⁵⁸ Resulta válida la definición proporcionada por el DRAE, 23ª edición, para la voz “edificio”, primera acepción, que lo define como “*construcción estable, hecha con materiales resistentes, para ser habitada o para otros usos*”. Entre esos usos, el artículo 2 LOE cita el residencial, administrativo, religioso, docente, cultural, aeronáutico, agropecuario, de la energía, de la hidráulica, minero, de telecomunicaciones, del transporte, forestal, industrial o naval, entre otros tantos, sin carácter limitativo.

Para CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 432) no debe mantenerse una noción estricta de edificio, sino que ha de interpretarse aludiendo al género al que pertenece, en cuanto obra de construcción inmobiliaria, y para MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 96), en realidad, resulta indiferente el uso al que se destine puesto que la enumeración realizada en el artículo 2.1 c LOE es abierta y se establece sólo para la delimitación competencial entre los profesionales que intervienen en el proceso constructivo.

En relación con la nota de permanencia, como apunta ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.1), debe entenderse en sentido literal y no en sentido urbanístico, de manera que un edificio no perdería su consideración por el hecho de que su licencia fuera revocada.

⁵⁹ Tienen declarado las SSTS de 1 de julio de 2016 [RJ 2016, 3160] y de 18 de febrero de 2016 [RJ 2016, 577], ambas con cita de la STS de 19 de julio de 2010 [RJ 2010, 6559], que “*la garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado de los daños causados por una mala construcción (tres plazos en la LOE). Si el daño surge dentro de*

causados sobre elementos de la estructura del edificio⁶⁰; de tres años para los daños causados por vicios que afecten a la habitabilidad⁶¹, y de un año para los daños que afecten a elementos de acabado⁶².

este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, como señala reiterada jurisprudencia en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad ex lege es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas”.

⁶⁰ El ámbito de esta responsabilidad decenal se contempla en el artículo 17.1, a LOE, que hace referencia a los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales, entre los que cita la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados o los muros de carga. Además, de acuerdo con el propio inciso, es preciso que esos daños comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

⁶¹ El ámbito de la responsabilidad trienal aparece regulado en el artículo 17.1 b LOE, que se refiere a los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento requisitos de habitabilidad, con remisión al artículo 3.1 c LOE. La coordinación de estos preceptos da lugar a que se entiendan incluidos en este ámbito de responsabilidad los aspectos funcionales que permitan un uso satisfactorio del edificio. La doctrina científica ha señalado que es precisamente a este ámbito al que quedan reconducidos los daños por “*ruina funcional*” a los que recurrentemente se refería la jurisprudencia en interpretación del artículo 1591 Cciv, como así puede apreciarse en CADARSO PALAU (2000, 5), CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 491-496), CARRASCO PERERA (2002, 31), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 421) u ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.1).

⁶² De estos defectos de acabado se hace responder privativamente al constructor por vía del artículo 17.1 *in fine* LOE y también al promotor con arreglo al artículo 17.3 I LOE. Se trata de vicios menores, de poco calado. Tal y como indica CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 491-496), son defectos que tienen escasa relevancia, tales como defectos de pintura o baldosas desportilladas. Para CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 422) estos vicios no son ruinógenos, sino incidencias en remates puntuales fácilmente reparables. En la misma línea, ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.1.) los refiere como defectos de escasísima entidad constructiva económica y funcional, rayanos en lo tolerable.

En todos los casos, los plazos de garantía comenzarán a computar en el momento en que se produzca la recepción de obra, que es el acontecimiento trascendente del proceso edificatorio al que se anuda la activación de todo el sistema de responsabilidades que contempla esta ley⁶³.

Para que el daño material causado en el edificio sea resarcible conforme a la LOE no basta con que éste aflore dentro del periodo de garantía. Además, es preciso que sea reclamado dentro del periodo de prescripción de dos años, contados desde que el momento en el que el daño sea perceptible⁶⁴.

En mi opinión, transcurridos estos plazos la norma ya no dispensa protección al perjudicado, quien sólo podrá acudir, en su caso, al amparo de las normas generales que le ofrece nuestro ordenamiento.

Esta postura no siempre ha sido pacíficamente admitida por la doctrina, normalmente por considerar objetable que los agentes de la edificación sólo vengan

⁶³ El artículo 6 LOE define la recepción de obra como “*el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste*”. En su quinto inciso, el precepto establece el efecto iniciador del cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía desde la recepción expresa o tácita, en sintonía con el artículo 17.1 LOE, que precisa que ese efecto puede postergarse hasta el momento de la subsanación de las eventuales reservas que se hubieran efectuado. La jurisprudencia ha declarado que el régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE no resulta aplicable a las obras en construcción, sino a obras construidas y recibidas –así, SSTS 24 de abril de 2012 [RJ 2012, 6096] y de 19 enero 2015 [RJ 2015, 1029]–, quedando aquellas obras en fase de evolución sujetas al régimen de las acciones generales en materia de incumplimiento contractual –así, ÁLVAREZ OLALLA (2002, 49-52)–.

⁶⁴ En su literalidad, el artículo 18.1 LOE dispone que las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo 17 LOE prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que “*se produzcan*” dichos daños, expresión que debe necesariamente interpretarse en el sentido de que “*se manifiesten*” o “*sean perceptibles*”, puesto que la producción del daño es un fenómeno que no puede ser reclamado si no es cognoscible. En esta línea, YZQUIERDO TOLSADA (2006, 648), CORDERO LOBATO (2011, 563), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 453) y ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.1).

obligados a levantar edificios que se mantengan en pie durante diez años, por referencia al plazo de responsabilidad decenal, no respondiendo de la ruina producida después⁶⁵.

Sin embargo, no es que los agentes de la edificación vengan obligados a levantar edificios que se mantengan en pie sólo diez años, sino que la razón de ciencia que subyace tras ese plazo legal permite considerar que, si un edificio se mantiene en pie durante tal periodo, será improbable que se vea afectado por un daño estructural que amenace su ruina con posterioridad. Dicho de otro modo, la norma considera que el plazo de diez años es aquel en el que razonablemente puede aflorar un defecto estructural en caso de existir, de la misma manera que considera razonables y suficientes los periodos trienal y anual a los que se anuda la responsabilidad por los restantes tipos de defectos.

Pienso, además, que esta interpretación es la que mejor se acomoda a la correcta ponderación de los intereses en juego, puesto que, si bien es cierto que la norma persigue proteger los intereses del propietario perjudicado y la adecuada calidad en la edificación, también es verdad que la ley quiere delimitar el ámbito y alcance de las responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. Y, en este punto, el sistema de responsabilidad objetivo que establece la LOE, al que nos referiremos con mayor detalle después, representa una onerosa carga para los agentes de la edificación que sólo puede verse equilibrada con la seguridad jurídica que confiere el *dies ad quem* de los plazos de garantía, esto es, con la seguridad de que no van a quedar expuestos a esa responsabilidad por tiempo indefinido.

⁶⁵ El argumento lo defiende CADARSO PALAU (1976, 108) con referencia al plazo decenal del Cciv, quien interpreta que ese plazo tiene el sentido de hacer presumir la culpabilidad si la ruina se produce dentro de los diez años, pero no puede significar una presunción absoluta de caso fortuito si la ruina se produce después. Siguen este mismo argumento otros autores como YZQUIERDO TOLSADA (2006, 637-638) o MONSERRAT VALERO (2008, 35 y ss.). Por el contrario, han defendido que transcurridos estos plazos ya no hay acción tanto CORDERO LOBATO (2011, 599) como MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 141).

Se ha planteado también el alcance de la prestación resarcitoria y, en particular, la cuestión de si la reparación del daño debe realizarse en forma específica con carácter principal o cabe la pretensión principal de su cumplimiento por equivalente⁶⁶. Aunque este aspecto no está claramente definido en la LOE, la jurisprudencia ha afirmado el carácter no subsidiario del cumplimiento por equivalente⁶⁷ y, en consecuencia, la posibilidad de optar con carácter principal por la reclamación dineraria.

Este sistema de protección concuerda con el objeto de la norma, que persigue garantizar la debida calidad de lo construido mediante el cumplimiento de los requisitos

⁶⁶ Puede consultarse el planteamiento del problema, los criterios jurisprudenciales de decisión y determinados criterios de solución en CARRASCO PERERA (2006, 1-27).

⁶⁷ Esta es la línea seguida por las SSTS de 11 de octubre de 2012 [RJ 2013, 2270] y de 10 de octubre de 2012 [RJ 2013, 1537]. Esta última, con cita de las SSTS de 10 de marzo de 2004 [RJ 2004, 898], de 20 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 8131] y de 13 julio 2005 [RJ 2005, 5098], razona en su fundamento de derecho tercero lo siguiente en relación con el artículo 1591 Cciv, que sería igualmente admisible para el caso del artículo 17 LOE: “*en la actualidad la interpretación del artículo 1591 del Código Civil no comporta la preferencia de la condena a la reparación "in natura", pues el tenor resarcitorio que informa al precepto no puede reconducirse a su mera caracterización subsidiaria y no principal, de forma que la satisfacción del derecho a la reparación que ostenta el dueño de la obra puede realizarse, a su elección, mediante las siguientes vías de reclamación: obras de subsanación -y reparación "in natura", reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas y, como ocurre en el presente caso, mediante la reclamación de una cantidad, determinada documentalmente en la demanda, para afrontar y atender el propietario de la vivienda el coste de los trabajos de reparación del daño ocasionado sin que obste para ello, dada la constatación del daño indemnizable, que se aporte el dictamen pericial.*”

básicos de la edificación⁶⁸, otorgando así tanto una protección individual al propietario del edificio como una protección colectiva, al conjunto de la sociedad, al asegurar esos requisitos de calidad que son considerados como un bien jurídico común⁶⁹.

Quedan fuera del ámbito de protección de esta norma, por tanto, las reclamaciones que pudieran proceder por incumplimiento de contrato⁷⁰, así como las reclamaciones en materia de daños distintos a los contemplados, como pudieran ser, por ejemplo, los daños morales, los daños causados a las personas o los daños causados a los edificios colindantes, al mobiliario o a otros bienes distintos del propio edificio⁷¹.

⁶⁸ Lo establece así el artículo 1.1 en relación con el artículo 3 LOE y se desprende también de diversos pasajes de su exposición de motivos. Su apartado 1 indica que *“el objetivo prioritario es regular el proceso de la edificación actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías a los usuarios, en base a una definición de los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios”*.

⁶⁹ La exposición de motivos de la LOE comienza diciendo que el sector de la edificación es uno de los principales sectores con evidentes repercusiones en el conjunto de la sociedad y en los valores culturales que entraña el patrimonio arquitectónico. También afirma que el proceso de la edificación tiene relevancia desde el punto de vista del interés general y que la norma persigue como una de sus finalidades la de fomentar la calidad de los edificios.

Con anterioridad a la publicación de la LOE, HERRERA CATENA (1983, 21-22) ya destacaba el orden público como la motivación subyacente en la responsabilidad decenal, con interesante cita del apartado quinto del preámbulo de la derogada Ley de 12 de mayo de 1956 (BOE núm. 135, de 14 de mayo de 1956), donde se dice que *“la vinculación de los edificios a la ciudad es tan íntima que al construir los edificios no cabe olvidar que se está construyendo al mismo tiempo a la ciudad”*.

Para MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 82 y ss.), esta perspectiva del interés general en la calidad de los edificios supone el carácter imperativo de los artículos 17 y 18 LOE, de manera que no puede limitarse la responsabilidad de los propios agentes involucrados.

⁷⁰ El artículo 17.1 LOE deja a salvo las acciones en materia de responsabilidad contractual (*“sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales”*), comienza diciendo el precepto, *“las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos...”*).

⁷¹ La reclamación de este tipo de daños tendrá su cauce contractual o extracontractual con arreglo a las normas generales contempladas, de ordinario, en los artículos 1101, 1124, 1902, 1903, 1907 o 1909 Cciv.

1.3.1.2. Delimitación del ámbito subjetivo: quién puede reclamar frente a quién

En coherencia con el ámbito de protección objetivo, que se contrae a los daños materiales causados en el propio edificio por vicios o defectos constructivos, la norma otorga legitimación activa para reclamar a quien ostenta la condición de propietario de ese edificio.

En particular, está legitimado para reclamar a tenor del artículo 17.1 LOE tanto el propietario perjudicado actual como el subadquirente posterior del edificio o parte del mismo en caso de que sea objeto de división, siempre que lo haga dentro de los plazos de garantía que establece la norma y que, como hemos expuesto, se configuran como un presupuesto de la responsabilidad de los agentes de la edificación.

No tienen acción, sin embargo, quienes carecen de esa condición de propietarios, como podrían serlo los terceros ajenos al edificio⁷², viandantes, colindantes o quienes, detentando su posesión, lo hagan a título de arrendatarios, comodatarios, precaristas o, con carácter general, mediante cualquier otro título posesorio diferente del de propiedad.

La jurisprudencia de los últimos años ha resuelto algunos casos en el sentido de reservar la legitimación activa sólo a quien es propietario, negándosela, por ejemplo, a quien es titular de un derecho de servidumbre⁷³ o, en casos más dudosos, a quien detenta la posesión como titular de una concesión de larga duración⁷⁴.

⁷² CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 444-446) indica que la tutela apropiada para los terceros perjudicados que no ostentan la condición de sucesivos adquirentes sería la aquiliana de los artículos 1902 y 1909 Cciv. En cuanto a las compañías de seguros, tal como expone ÁLVAREZ OLALLA (2002, 82), su legitimación activa quedaría circunscrita a la vía de regreso.

⁷³ La STS de 18 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7906] niega la legitimación activa a una comunidad de propietarios que ostentaba la titularidad de un derecho de servidumbre de paso sobre una rampa y unos garajes que habían resultado dañados.

⁷⁴ STS de 14 de marzo de 2018 [RJ 2018, 980], fundamento de derecho octavo.

No obstante, esta línea admite una excepción en el caso de que el perjudicado sea un arrendatario financiero. Para este caso, el Tribunal Supremo ha reconocido su legitimación activa al considerar que éste goza de facultades para promover la edificación y usar y explotar lo construido durante un tiempo significativo con vocación, además, de llegar a adquirir la propiedad del inmueble⁷⁵.

En lo que concierne a la legitimación pasiva, el debate tradicionalmente suscitado guarda relación con la mayor o menor amplitud del círculo de responsables frente a los cuales puede dirigirse el propietario perjudicado.

Una primera interpretación consiste en considerar como legitimados pasivos únicamente a los agentes de la edificación nominados como tales en el capítulo III de la LOE⁷⁶ y cuya responsabilidad directa frente al propietario se extrae de su artículo 17. Es decir, básicamente, el promotor, el constructor, el proyectista, el director de obra o el director de ejecución de obra, y no así otros intervinientes en el proceso de la edificación, como el subcontratista o el suministrador de determinados datos o cálculos⁷⁷, cuya responsabilidad sólo podría accionarse por vía de repetición por parte del agente directamente responsable frente al perjudicado y primeramente condenado.

⁷⁵ Véase la STS de 27 de diciembre de 2013 [RJ 2014, 1021], fundamento de derecho noveno, que indica: *“La legitimación activa corresponde al propietario o dueño de la obra, que ordinariamente coincidirá con el propietario del inmueble, pero que en ocasiones puede corresponder con quien goza de facultades para promover la edificación y usar o explotar lo construido durante un tiempo significativo, con vocación además de llegar a adquirir la propiedad del inmueble, como es el caso del arrendatario financiero”*.

⁷⁶ Son partidarios de esta tesis restrictiva autores como SEIJAS QUINTANA (2000, 107-109) o SANTOS MORÓN (2001, 343), para quienes el subcontratista estaría excluido del círculo de responsables, y GONZÁLEZ POVEDA (2008, 365), para quien, a pesar de la fórmula genérica que emplea el artículo 17.1 LOE, sólo responden el constructor, el promotor, el proyectista, el director de obra y el director de ejecución.

⁷⁷ El subcontratista figura mencionado en el artículo 17.6 II LOE y el suministrador de datos o cálculos en el artículo 17.5 II LOE. Ambos incisos convierten al agente que los contrata en responsable directo del daño provocado por aquéllos frente al propietario perjudicado.

Una segunda interpretación, que considero mayoritaria en la doctrina científica⁷⁸, consiste en entender como legitimados pasivos frente al perjudicado a todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación, tal y como literalmente se desprende de los artículos 8 y 17.1 LOE, con independencia de que estén o no expresamente identificados como tales agentes de la edificación en el catálogo del capítulo III, que operaría como una lista no exhaustiva de *numerus apertus*.

Aunque la doctrina de las audiencias provinciales se ha mantenido vacilante durante los últimos años, dando lugar a resoluciones dispares entre sí, la reciente jurisprudencia⁷⁹ es favorable a la primera interpretación apuntada y, por ello, es ésta la que presumiblemente terminará por imponerse en la práctica de los tribunales que está por venir.

A pesar de ello, en mi opinión, es la segunda interpretación la que mejor se acomoda tanto a la exégesis literal de la norma como a su verdadera finalidad, además de que es ésta la que resulta más eficiente en términos de economía procesal.

Así, más allá de que la literalidad de los artículos 8 y 17.1 LOE resulta clara en lo que atañe a la identificación genérica de los agentes de la edificación y su responsabilidad frente a los perjudicados, debe considerarse que esta segunda tesis se aproxima más

⁷⁸ Tanto en términos cuantitativos como especialmente en términos cualitativos, son numerosas las voces autorizadas que se han pronunciado a favor de no restringir el círculo de responsables a los agentes indicados en el capítulo III, normalmente con específica referencia al caso del subcontratista. Tal es el caso de CASTRO BOBILLO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe IV), ÁLVAREZ OLALLA (2002, 105), CADARSO PALAU (2003, 1531), LÓPEZ RICHART (2003, 73), GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 3 y 7-9), CORDERO LOBATO (2011, 533) y, conjuntamente, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 426 y 433 y ss.), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 210) o MONSERRAT VALERO (2008, 168-171 y 258-261).

⁷⁹ SSTS de 14 de marzo de 2018 [RJ 2018, 980] y de 19 de enero de 2015 [RJ 2015, 1029], con referencia al caso del subcontratista.

al propósito tuitivo de la ley, sin que se aprecien razones de suficiente peso para limitar al perjudicado las posibilidades de reclamar frente a quien, a la postre, podrá resultar considerado como el responsable último y definitivamente condenado por el acontecimiento dañoso.

Tal y como ha observado la doctrina con acierto⁸⁰, y como tendremos ocasión de exponer cuando abordemos el tratamiento de los distintos grupos de casos que se analizarán en esta tesis, la responsabilidad directa de un agente por los hechos causalmente imputables a otro se concibe como un refuerzo de la solvencia de la parte deudora en favor de la perjudicada por el daño, y no como una causa de exoneración para el causante material del mismo. Prueba evidente de ello es que la propia ley, en sus artículos 17 y 18, contempla la posibilidad de que el agente directamente responsable pueda ejercitar una acción de repetición frente al causante material del daño.

Por demás, no parece procesalmente lógico parapetar la posibilidad de reclamar desde un inicio frente a quien puede ser el responsable último del daño, cuando precisamente la LOE articula mecanismos como el previsto en su disposición adicional 7^a. El propósito de esta norma es el de simplificar las reclamaciones ante escenarios complejos de legitimación pasiva y permitir el enjuiciamiento unitario de unos mismos hechos que, de otro modo, quedarían sometidos a distintos procedimientos sucesivos en el tiempo y darían lugar a una carga innecesaria para la administración de justicia, a una dilación evitable y a un cierto riesgo de resoluciones no siempre coordinadas de forma satisfactoria.

1.3.1.3. Delimitación del ámbito temporal: la sustitución del régimen contemplado en el artículo 1591 Cciv

La LOE resulta de aplicación temporal a las obras de nueva construcción y a las obras en edificios existentes para cuyos proyectos se hubiese solicitado licencia de edificación a partir de la fecha de su entrada en vigor, el día 6 de mayo de 2000⁸¹.

⁸⁰ GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 7).

⁸¹ La disposición final 4^a LOE establece que su entrada en vigor tendrá lugar a los seis meses de su publicación en el BOE, que se produjo el día 6 de noviembre de 1999, con excepción de determinadas

Desde entonces, en lo que concierne a la responsabilidad de los agentes de la edificación por daños materiales causados en el edificio a consecuencia de vicios o defectos constructivos, han subsistido en nuestro ordenamiento dos regímenes en función de cuándo se hubiera solicitado esa licencia de edificación. Así, si esa solicitud fue anterior al día 6 de mayo de 2000, resulta de aplicación el régimen jurídico del artículo 1591 Cciv, mientras que si la solicitud es posterior, el régimen jurídico aplicable es el de la LOE.

La STS de 4 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7054] explica en su fundamento de derecho segundo esta dualidad temporal de regímenes y también expone cómo el nuevo régimen no trasladó de forma automática el sistema anterior ni, especialmente, la jurisprudencia que lo interpretaba, sino que vino a establecer una configuración legal específica para el sector en determinadas materias que resultan críticas por su importancia. Dice así:

“la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1.999, de 5 de Noviembre, que publica el B.O.E. del día 6 de Noviembre de 1.999, para su entrada en vigor seis meses después, conforme señala la Disposición Transitoria Primera, es una Ley de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se hubiera solicitado la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor. Es una ley que no traslada de forma automática todo el régimen normativo anterior, contenido en el artículo 1591 del CC , y muy especialmente en la jurisprudencia que lo interpreta, sino que dota al sector de la construcción de una configuración legal específica, tanto respecto a la identificación, obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el mismo, como de las garantías para proteger al usuario a partir, no solo de unos plazos distintos de garantía y de prescripción, sino de una distinción, hasta ahora inexistente, entre obras mayores y menores; de unos criterios también distintos de

disposiciones adicionales, transitorias y finales, cuya entrada en vigor tuvo lugar al día siguiente de dicha publicación.

imputación, con responsabilidad exigible exclusivamente por vicios o defectos como causa de daños materiales y que es, en principio, y como regla general, individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a la Ley, se deba responder, en armonía con la culpa propia de cada uno de los Agentes en el cumplimiento de la respectiva función que desarrollan en la construcción del edificio, salvo en aquellos supuestos muy concretos que la propia Ley tiene en cuenta para configurar una solidaridad expresa, propia o impropia o especial, según se trate del promotor y de los demás agentes. (...)

Este particular régimen transitorio de la LOE, ha hecho que en la actualidad subsistan dos regímenes diferenciados de responsabilidad: el que se establece a partir de la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil, para las obras cuyos proyectos se había solicitado licencia de edificación con anterioridad al día 5 de mayo de 2000, y el posterior a esta fecha. El primero regido por el artículo 1591 del CC. El segundo por el artículo 17 de la LOE”

Esta coincidencia de regímenes, en lo que concierne al ámbito objetivo en el que resultan coincidentes ambas normas –esto es, la responsabilidad de los agentes de la edificación por daños materiales causados en el propio edificio, por vicios constructivos–, ha de tender necesariamente a la desaparición, proyectándose únicamente hacia el futuro el régimen establecido en la LOE.

Al no haberse derogado expresamente el artículo 1591 Cciv por la LOE, se ha discutido ampliamente en la doctrina científica acerca de la supervivencia del precepto a partir de la entrada en vigor de la ley especial.

Algunos autores han interpretado que el artículo 1591 Cciv ha sido tácitamente derogado por la LOE con fundamento en la regla de que la ley posterior deroga a la

anterior conforme se establece en el artículo 2.2 Cciv⁸², o bien han considerado que el precepto ha quedado desplazado por el principio de especialidad⁸³.

Otros autores han enfatizado la vigencia del precepto, cuando menos parcial, en lo que concierne a aquellos aspectos que estaban protegidos por éste y, sin embargo, no entran dentro del ámbito objetivo de la LOE. Particularmente, se ha defendido la vigencia del precepto para aquellos daños provocados por la ruina del edificio distintos de los materialmente causados al propio edificio⁸⁴, o para los daños causados en obras que no tienen la consideración de edificio⁸⁵ a los efectos de la LOE.

⁸² Entre ellos, CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 406-408), FEMENÍA LÓPEZ (2000, 15-16), VICENTE DOMINGO (2000, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 3), DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 525), TORRES MATEOS (2007, 10), ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.3.1) o MILÁ RAFEL (2014-a, 48-50). Esta última autora también considera que no subsiste la jurisprudencia recaída en interpretación del artículo 1591 Cciv sobre materias como el tipo de vicios y defectos –señala que la LOE añade los defectos de acabado–, el plazo de garantía –el plazo de garantía decenal del artículo 1591 Cciv se segmenta ahora en los plazos de garantía decenal, trienal y anual–, el plazo de prescripción de la acción –que pasa de quince a dos años–, el concepto de edificio –que se restringe con la LOE a lo que determina su artículo 2.2.– o el daño indemnizable –que antes eran todos y ahora sólo los daños materiales causados en el edificio–.

⁸³ MARTÍ FERRER (2000, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2), considera que el artículo 1591 Cciv no ha sido derogado pero habrá que esta al principio de especialidad en cuanto a las obras no excluidas. Por su parte, SALINERO ROMÁN (2004, 197) también hace referencia al principio de especialidad y, otros autores como LACRUZ BERDERJO (2005, 190) o AMAT LLOMBART (2011, 398), hablan de “*desplazamiento*” parcial para hacer referencia al efecto que ha tenido la LOE sobre el artículo 1591 Cciv.

⁸⁴ Para DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2000, 13-15), CADARSO PALAU (2000, 10) y LACRUZ BERDERJO (2005, 190) existe una parcial supervivencia del artículo 1591 Cciv para los daños distintos de los materialmente causados en el edificio a los que se contrae el artículo 17 LOE. En esta misma línea, PANTALEÓN PRIETO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3) se muestra escéptico ante la tesis de la derogación del artículo 1591 Cciv al plantearse que el promotor no puede dejar de responder frente a un subadquirente de los daños corporales, o de los daños al mobiliario, causados por la ruina del edificio.

⁸⁵ ARNAU MOYA (2004, 192) e YZQUIERDO TOLSADA (2006, 649) consideran que el artículo 1591 Cciv subsiste para obras mayores no contempladas en el artículo 2 LOE, como podrían serlo un dique,

Otro sector doctrinal incide en la idea de que el debate relevante no es tanto si el artículo 1591 Cciv ha quedado derogado, cuanto si la jurisprudencia recaída en interpretación de aquel precepto continúa estando legitimada para interpretar el artículo 17 LOE⁸⁶.

En la jurisprudencia más reciente sobre esta materia existen pronunciamientos favorables a la tesis de la derogación tácita del artículo 1591 Cciv, al menos para aquellos aspectos específicamente regulados por la LOE. Son ejemplos de esta tendencia la STS de 4 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7054], extractada más arriba, o la STS de 27 de diciembre de 2013 [RJ 2014, 1021], en cuyo fundamento de derecho décimo séptimo declara que el artículo 17 LOE no se superpone, sino que “*sustituye*” al régimen del artículo 1591 Cciv. Así:

una presa o una muralla. Para MARTÍ FERRER (2000, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2) el artículo 1591 Cciv también continúa vigente para las obras de escasa entidad constructiva excluidas de la LOE. Sin embargo, esta posición ha sido criticada por ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.3.1), quien entiende absurdo que a las obras complejas se le apliquen los plazos decenal, trienal y anual y, sin embargo, a las obras menores se les aplique un plazo uniforme de diez años para todo defecto.

⁸⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 400-402) entienden que es irrelevante el debate sobre la derogación sobre el artículo 1591 Cciv porque su tenor es congruente con el de la LOE. Cuestión diferente es que no resulte posible aplicar la jurisprudencia anterior a la LOE en aspectos como los plazos de garantía o prescripción. En la misma línea, JIMÉNEZ MORAGO (2001, consultado en versión electrónica, sin números de página, epígrafe V).

También MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 352-354) considera que las discrepancias entre el régimen de responsabilidad de la LOE y del artículo 1591 Cciv deben resolverse a favor de una rectificación de la jurisprudencia sobre la responsabilidad decenal, de forma que ello no supondría una derogación tácita del artículo 1591 Cciv sino que lo que quedaría en entredicho sería el desarrollo de la jurisprudencia relacionada con aquel precepto.

Otros autores que sí se han pronunciado a favor de la tesis de la derogación, como ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.3.1) o MILÁ RAFEL (2014-a, 48-50), también razonan sobre la deslegitimación de esta jurisprudencia.

“Como el régimen de responsabilidad propio del art. 17 LOE se establece sin perjuicio de las responsabilidades contractuales, y la demanda ejercita las acciones de responsabilidad contractual, cabía entrar a analizarlas. El problema radica en que la audiencia no analiza propiamente la responsabilidad contractual, sino la responsabilidad por ruina prevista en el art. 1591 CC, de acuerdo con la jurisprudencia que lo interpretó, tal y como resultaba de aplicación para los casos en que todavía no era de aplicación la LOE. Esta norma no ha venido a superponer al régimen anterior de responsabilidad por ruina del art. 1591 CC, el previsto en el art. 17 LOE para los llamados agentes de la edificación, sino a sustituirlo, sin perjuicio de la subsistencia de las acciones de responsabilidad civil contractual”

Con todo, el debate suscitado no puede tener mayor protagonismo del que merece en nuestro ámbito de estudio. Esta tesis tiene por objeto abordar las cuestiones que afectan a la responsabilidad por hecho ajeno de los agentes de la edificación en el régimen concreto de la LOE y, por ello, resultaría ocioso detenerme aquí en los pormenores del régimen específico del artículo 1591 Cciv cuya perspectiva práctica, en mi opinión, está indiscutiblemente encaminada hacia la extinción en lo que concierne a la responsabilidad por daños materiales causados en el edificio derivada de vicios constructivos, todo ello al margen de que se trata de un precepto ya estudiado en una amplia literatura de alcance secular.

Sin perjuicio de ello, como es natural, a lo largo de esta tesis se harán referencias a este precepto y a la jurisprudencia que lo ha interpretado por su evidente importancia como antecedente de la ley especial que abordamos y porque la jurisprudencia recaída en interpretación de aquél todavía sigue siendo válida y extrapolable al ámbito de la LOE para diversas cuestiones.

1.3.2. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUALIZADA Y SU COORDINACIÓN CON EL MECANISMO DE RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

La responsabilidad exigible a los agentes que intervienen en el proceso de la edificación parte de una norma general basada en el criterio de individualización que es

sensible al ideal de justicia conforme al cual cada uno debe cargar únicamente con su propia falta⁸⁷.

Este principio de la responsabilidad individualizada en la LOE, como contrapunto del régimen excepcional de la responsabilidad solidaria, sintoniza con la regla también general de presunción de mancomunidad en las obligaciones con pluralidad de deudores en el régimen de los artículos 1137 y 1138 Cciv⁸⁸.

Sin embargo, a pesar de que la responsabilidad individualizada es una norma general que encuentra en la LOE un apoyo normativo expreso, los tribunales de justicia son muchas veces proclives a sentenciar en la práctica imponiendo condenas solidarias a la pluralidad de agentes codemandados⁸⁹, lo que se explica normalmente por la especial dificultad probatoria y la elevada naturaleza técnica de los hechos que se someten a enjuiciamiento.

⁸⁷ Así lo interpreta CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 456).

⁸⁸ LÓPEZ RICHART (2003, 25 y ss.) expone cómo se ha producido una progresiva generalización de la responsabilidad pasiva en las obligaciones con pluralidad de deudores a pesar de que la regla general positiva es la presunción de mancomunidad. La *ratio* de esta presunción, tal y como apunta el autor, guarda relación con el principio del *favor debitoris* y con el criterio de menor onerosidad para el deudor, de forma que se presume que éste quiso obligarse a lo menos oneroso.

⁸⁹ Diversos autores critican la tendencia a convertir la regla general en excepción, y viceversa. En este sentido, LÓPEZ RICHART (2003, 63 y ss.) dice que el principio general de la responsabilidad individualizada es más teórico que práctico, ya que en los tribunales existe la tendencia a condenar solidariamente. También FEMENÍA LÓPEZ (2004, 223-224) critica que, a pesar de la claridad de la ley en la definición del criterio general de responsabilidad individualizada, no abundan los supuestos en la práctica donde pueda determinarse claramente la imputación individual de un daño, pudiendo convertirse la regla general en la excepción. Para MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 175-176) la regla debe entenderse más que como una realidad práctica, como reflejo únicamente de la tendencia que debe seguirse al exigir responsabilidad a los agentes de la edificación. Y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA (2011, 8) señala, en el mismo sentido que los anteriores, que en la práctica forense no abundan los supuestos de imputación individual del daño convirtiéndose la regla general en excepción.

La tendencia jurisprudencial hacia la conversión de la solidaridad en regla general no es apreciable sólo en el ámbito de la LOE, sino que ya lo era con anterioridad en el régimen del artículo 1591 Cciv, tal y como apunta CADARSO PALAU (2003, 1534). También se aprecia la tendencia fuera del ámbito de la

La referida regla sobre la individualización de la responsabilidad se contiene en el artículo 17.2 LOE⁹⁰, que es la que informa el sistema, mientras que el artículo 17.3 I LOE establece los supuestos excepcionales⁹¹ que limitan esa regla general y que se concretan en aquellos casos en los que, o bien no puede *determinarse* la causa de los daños materiales⁹², o bien queda debidamente probada la concurrencia de *causas* sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido⁹³.

edificación, con carácter general en nuestro ordenamiento. Así, CAFFARENA LAPORTA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, comentario del artículo 1137, epígrafe III.2), indica que, en la práctica, no resulta exagerado afirmar que se sigue un principio de presunción de solidaridad. En la misma línea lo indica SEOANE SPIEGELBERG (2018, 188), para quien, con la alteración de la regla general, la jurisprudencia hace prevalecer el principio del *favor creditoris* sobre su antagónico *favor debitoris*.

⁹⁰ Comienza el precepto estableciendo la regla en términos imperativos: la responsabilidad civil “*será exigible*” en forma personal e individualizada. Esta regla general de la responsabilidad individualizada se elevó a norma con rango de ley en este artículo, si bien ya se venía proclamando en la jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 Cciv, tal y como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 269 y ss.). También ESTRUCH ESTRUCH (2006, 162-164) indica que la regulación establecida por la LOE en este punto es la misma que la establecida con anterioridad, puesto que el Cciv también parte del principio de individualización.

⁹¹ Su tratamiento como tales excepciones se infiere de la expresión “*no obstante*” con el que comienza el artículo 17.3 I LOE, y que precede a la concreción de los supuestos en los que resulta de aplicación el régimen excepcional.

⁹² El artículo 17.3 I LOE, en su literalidad, contempla como supuesto excepcional de responsabilidad solidaria el caso de que no pueda “*individualizarse*” la causa del daño (“*cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales*”, dice el precepto). El término “*individualizarse*” debe entenderse en este contexto como “*determinarse*”, tal y como sostiene FEMENÍA LÓPEZ (2004, 232-234).

⁹³ Aquí el precepto contempla como supuesto excepcional de responsabilidad solidaria la concurrencia de “*culpas*” (en su dicción, el inciso se refiere a cuando “*quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido*”). A este respecto, tal como indican FEMENÍA LÓPEZ (2004, 232-237), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 269 y ss.) y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA (2011, 8), debe entenderse que la concurrencia no es de

Ambos supuestos indicados justificarían la imposición de una condena solidaria a los agentes de la edificación por la imposibilidad de aplicar la regla general de individualización. Y en ambos casos se trataría de una solidaridad impropia, nacida de la sentencia que la reconoce, por oposición al régimen de solidaridad en sentido propio que nace de una norma legal (*ex lege*) o por vínculo convencional (*ex voluntate*).

La LOE también contempla entre sus disposiciones diversos supuestos de responsabilidad solidaria en sentido propio o *ex lege*, como ocurre en el caso del promotor inmobiliario en su condición de garante⁹⁴ o en los supuestos de actuación conjunta de determinados agentes⁹⁵. Sin embargo, estos casos de responsabilidad solidaria en sentido propio presentan matices diferentes que hacen que su régimen no se pueda identificar plenamente con los casos de solidaridad impropia.

Así, la STS de 20 de mayo de 2015 [RJ 2015, 2256] vino a establecer como doctrina casacional que los casos de responsabilidad solidaria impropia del artículo 17.3 I LOE

culpas sino de “*causas*”, lo que permite interpretar mejor el precepto en el contexto de responsabilidad objetiva que instaura la LOE. Parecidamente, CORDERO LOBATO (2011, 536) entiende que cuando el artículo habla de concurrencia de culpas, debe interpretarse en el sentido de “*imputabilidad del daño a varios copartícipes*”.

⁹⁴ El artículo 17.3 II LOE establece que el promotor inmobiliario responderá solidariamente con los demás agentes de la edificación “*en todo caso*”. El promotor responde solidariamente y *ab initio*, no ya porque no resulte posible identificar el origen causal del daño o el grado de intervención de los agentes, sino porque la LOE le reserva un estatuto peculiar que le coloca como un garante incondicional del buen resultado final del edificio, sin perjuicio de la posibilidad de repetir.

⁹⁵ Los casos se contemplan en el artículo 17.5 I LOE para el caso de los proyectistas contratados conjuntamente para un mismo proyecto y en el artículo 17.7 III LOE para el caso de los directores de obra contratados de manera conjunta para esa intervención. Aunque nada se indica en la ley, nada obstaría a que esta misma regla fuera extrapolable a la intervención de otros técnicos, como a los directores de ejecución de la obra, según indican FEMENÍA LÓPEZ (2004, 244) y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 284-285), o incluso a varios contratistas, como sostiene CORDERO LOBATO (2011, 536).

no pueden identificarse plenamente con el vínculo obligacional solidario que contempla el artículo 1137 Cciv⁹⁶. Lo expresa de la siguiente manera:

“Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en los daños comprendidos en la LOE, cuando no se pueda individualizar la causa de los mismos, o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pueda precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la exigencia de la responsabilidad solidaria que se derive, aunque de naturaleza legal, no puede identificarse, plenamente, con el vínculo obligacional solidario que regula el Código Civil, en los términos del artículo 1137, por tratarse de una responsabilidad que viene determinada por la sentencia judicial que la declara. De forma, que la reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes”

Un importante efecto práctico se aprecia con nitidez al final del extracto. Cuando el perjudicado se limite a dirigir una reclamación frente al promotor inmobiliario no estará interrumpiendo la prescripción frente a los demás agentes de la edificación. Sin embargo, al contrario, cuando dirija su reclamación frente a cualquier otro agente de la edificación, sí producirá el efecto de interrumpir la prescripción frente al promotor, cuya responsabilidad solidaria se impone por ministerio de la ley y desde un inicio⁹⁷.

⁹⁶ Previamente se había expuesto esta doctrina en la STS de 16 de enero de 2015 [RJ 2015, 277] y, con posterioridad, se aprecia en las SSTS de 17 de septiembre de 2015 [RJ 2015, 4006], de 1 de julio de 2016 [RJ 2016, 3160], de 27 de junio de 2017 [RJ 2017, 3197] y de 15 de febrero de 2018 [RJ 2018, 570].

⁹⁷ Para ÁLVAREZ OLALLA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3.1) esta conclusión no se limita a la situación del promotor inmobiliario, sino que es extrapolable a todos los casos en los que la LOE establece una responsabilidad por hecho de otro, en calidad de garante, de manera que la interrupción de la prescripción con respecto al autor material del daño también interrumpe la prescripción con respecto al garante, pero no a la inversa.

Parecidamente lo expone MILÁ RAFEL (2016, 115-116) cuando expone la naturaleza de la responsabilidad solidaria propia e impropia.

En lo que respecta a la relación entre el principio de responsabilidad individualizada y el mecanismo de responsabilidad por hecho ajeno, debe observarse lo dispuesto en el artículo 17.2 LOE. Dicho precepto conecta ambas cuestiones cuando establece que *“la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder”*.

De su tenor se colige que el principio de individualización de la responsabilidad es compatible tanto con el mecanismo de la responsabilidad por hecho propio (*“actos u omisiones propios”*) como con el mecanismo de la responsabilidad por hecho ajeno (*“actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder”*).

La lectura apresurada del artículo 17.2 LOE podría conducir a interpretar que quien responde por hecho ajeno lo hace con arreglo a un criterio de imputación subjetiva, al hacer referencia la norma a su responsabilidad *“personal”*. Mas no debe confundirse el hecho de que la responsabilidad individualizada se exija en *“forma personal”* con la eventualidad de que proceda de una *conducta* personal.

Tal y como expondré después, el sistema de responsabilidad en la LOE se configura como objetiva en la relación externa frente al propietario perjudicado, sin que la conducta personal del agente o la prueba de la diligencia debida sean causas de exoneración a tenor de lo que dispone el artículo 17.8 LOE.

La jurisprudencia relativa a la responsabilidad de los agentes por ruina conforme al artículo 1591 Cciv, basada en una interpretación subjetivista con inversión de la carga de la prueba o culpa presunta, no es probablemente la mejor doctrina para sacar conclusiones acerca de la relación que actualmente existe entre el principio de responsabilidad individualizada, que ya venía proclamando desde antiguo en esa jurisprudencia, con el mecanismo de la responsabilidad por hecho ajeno que introduce positivamente la LOE.

En algunos pronunciamientos, como el del fundamento de derecho quinto de la STS de 29 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 9183] o el del fundamento de derecho tercero de la STS de 22 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2191], el Tribunal Supremo interpretaba el principio de responsabilidad individualizada en conexión directa con el principio de responsabilidad por culpa:

“la responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo por causa de los vicios ruínógenos de que adolezca la obra edificada (art. 1591 del Código Civil) es, en principio y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el proceso edificativo”

Sin embargo, en la jurisprudencia más reciente se observa cómo, justo a continuación de la misma cita literal extractada, se añade una apostilla para hacer constar que el principio de responsabilidad individualizada también es armónico con la “*actividad*” de los agentes en el resultado, en la medida en que sus “*atribuciones*” vienen “*reglamentariamente impuestas*”.

Es decir, la jurisprudencia más reciente ya no identifica la responsabilidad individualizada sólo con la responsabilidad por culpa, sino que, mediante este tipo de expresiones, la relaciona también con la responsabilidad objetiva que instaura la LOE para, a renglón seguido, razonar cómo esa responsabilidad individualizada no pugna con el sistema de responsabilidad por hecho ajeno. Puede apreciarse esta evolución en la STS de 24 de mayo de 2007 [RJ 2007, 3124], fundamento de derecho quinto, en la antes citada STS de 20 de mayo de 2015 [RJ 2015, 2256], fundamento de derecho tercero, o en la más reciente STS de 27 de junio de 2017 [RJ 2017, 3197], fundamento de derecho tercero, que indican:

“La responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo por vicios y defectos de la construcción -STS 17 de mayo 2007- es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la

respectiva función específica que desarrollan en el edificio, o lo que es igual, determinada en función de la distinta actividad de cada uno de los agentes en el resultado final de la obra, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen en el mismo. Cada uno asume el cumplimiento de sus funciones y, en determinadas ocasiones, las ajenas, y solo cuando aquella no puede ser concretada individualmente procede la condena solidaria, por su carácter de sanción y de ventaja para el perjudicado por la posibilidad de dirigirse contra el deudor más solvente entre los responsables del daño, tal y como estableció reiterada jurisprudencia”

La norma opta así por establecer un criterio preferente en favor de la individualización de la responsabilidad, esto es, de su concreción individual –y no plural– con arreglo a los criterios de imputación que establece la ley y que se relacionan con las actividades y atribuciones que quedan reservadas a cada agente que interviene en el proceso constructivo.

Aquel agente de la edificación en quien se hubiera individualizado la responsabilidad frente al perjudicado conforme a un criterio de imputación por hecho ajeno, podrá después repetir frente al causante directo del daño en el marco de sus relaciones internas, como oportunamente veremos.

1.3.3. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD LEGAL ESTABLECIDO EN LA LOE Y LA SUPERACIÓN DE LOS TRADICIONALES PLANTEAMIENTOS BASADOS EN UNA CONCEPCIÓN CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL

Diversas voces en la doctrina científica especialista en el derecho de daños han hecho notar que la distancia que separa la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual es muy corta y que, en el fondo, se trata de dos instituciones que pertenecen a una misma categoría.

Así, se ha considerado que, si se parte de que el objetivo de la responsabilidad es en ambos casos la indemnización del daño, la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual no está justificada, sino que responde más bien a una finalidad dogmática o teorizante que, como mera cuestión de calificación, no altera su unidad⁹⁸.

Las alusiones a esta naturaleza unitaria de la responsabilidad están presentes en resoluciones jurisprudenciales muy antiguas, como puede apreciarse en la STS de 24 de marzo de 1952 [RJ 1952, 1209] o en la STS de 30 diciembre 1980 [RJ 1980, 4815], en cuyo considerando tercero se lee:

“los arts. 1101 y 1902, sancionadores, respectivamente, de la culpa contractual y de la extracontractual en el C. Civ., responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora”

Sin perjuicio de lo expuesto, existen algunos puntos donde la diferenciación entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual cobra una especial relevancia. Entre ellos, destacan los relativos a los diferentes plazos de prescripción de acciones y los que conciernen a las cuestiones sobre legitimación procesal⁹⁹.

⁹⁸ Expone estas ideas REGLERO CAMPOS (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, Cap. I.V, 3). Considera el autor que, producido un daño, quien lo ocasiona debe repararlo siempre que le sea imputable, con independencia de que haya acaecido en el marco una relación contractual o extracontractual. Así, ambos tipos de responsabilidad están pensados para un mismo fenómeno, el resarcimiento del daño, por lo que dicho autor considera absurdo que para pedir la indemnización por unos mismos daños sea diferente el régimen jurídico según se considere que su origen es contractual o extracontractual y critica la inseguridad que produce el hecho de que no exista una línea jurisprudencial homogénea sobre la materia.

Para PARRA LUCÁN (2016, 374) también es apreciable la progresiva difuminación de los criterios de distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, que son tendentes a superar la tradicional dualidad de regímenes de responsabilidad. Desde este punto de vista, a la autora le resulta aceptable hablar de *“responsabilidad civil”*.

⁹⁹ Para REGLERO CAMPOS (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, capítulo I.V,1) las materias que son objeto de diferencia en la práctica se reducen a los problemas sobre prescripción de acciones y sobre constitución de la relación jurídico procesal. A éstos, PARRA LUCÁN (2016, 379) añade los derivados de la determinación de la competencia judicial y la ley aplicable, con

Y son precisamente estas dos concretas cuestiones, esto es, el diferente régimen prescriptivo y la constitución jurídico procesal, las que justificaron un amplio debate sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad por ruina del edificio en el régimen anterior a la vigencia de la LOE¹⁰⁰.

La tendencia dominante resultó favorable a la interpretación contractualista del precepto, que permitió sortear así los problemas que planteaban los perentorios e insuficientes plazos de prescripción anudados a las acciones aquilianas en beneficio del propietario, a quien se consideraba parte débil en el tráfico y a quien no se quería dejar carente de protección.

La tesis contractualista también era la más adecuada para proteger los intereses de los ulteriores adquirentes de los edificios, ya que permitía interpretar que éstos recibían la legitimación activa para exigir la responsabilidad prevista en el artículo 1591 Cciv en su condición de subrogados en la posición del anterior propietario y, por

referencia a los reglamentos comunitarios, así como otros derivados de las coberturas de determinados seguros.

Puede consultarse un pormenorizado estudio sobre las diferencias prácticas que existen entre los regímenes sustantivos de la responsabilidad contractual y extracontractual en CAVANILLAS MÚGICA (1992, 19-57). Dicho autor (1992, 19) expone cómo, en el derecho español, los regímenes de ambas responsabilidades mantienen una igualdad en lo fundamental, aunque existen importantes diferencias prácticas que se deducen del análisis jurisprudencial, sin perjuicio de que la doctrina ha advertido que tales diferencias se interpretan restrictivamente y con tendencia a la unidad. El mismo autor (1992, 50) indica que la cuestión relativa a los plazos de prescripción es “*la más terminante y rotunda diferencia entre los regímenes de los dos tipos de responsabilidad*”.

¹⁰⁰ Se han mostrado partidarios de la teoría contractualista CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 444-445), YZQUIERDO TOLSADA (2001, 317), SANTOS MORÓN (2001, 319-320), FEMENÍA LÓPEZ (2004, 188) o ARNAU MOYA (2004, 28). En el otro extremo, GARCÍA CANTERO (1963, 1053 y ss.) se postuló a favor de la tesis que defendía la naturaleza extracontractual del precepto. Otros autores, como HERRERA CATENA (1983, 184 y ss.), explicaron su naturaleza como la de una responsabilidad *ex lege* y, con algunos matices sobre esta última teoría, GÓMEZ DE LA ESCALERA (1994, 74 y ss.) consideró que se trataba de un supuesto autónomo de responsabilidad civil especial.

tanto, en su condición de cesionarios de las acciones que le correspondían a aquél¹⁰¹. Esta tesis no dejaba de forzar el principio de relatividad de los contratos, pero resultó muy socorrida para vencer los problemas que se planteaban en la práctica¹⁰².

Ya con referencia a la LOE, diversos autores continúan acudiendo a las tesis contractualistas para explicar la naturaleza del régimen previsto en la ley especial, utilizando para ello argumentos que, normalmente, tienen en común el origen contractual de la intervención de los agentes en el proceso de la edificación¹⁰³.

Sin embargo, con la LOE, aquel tradicional debate acerca de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad pierde todo interés. La propia ley se ha ocupado de resolver los problemas interpretativos sobre el régimen prescriptivo estableciendo, con carácter especial en sus artículos 17.1 y 18.2, los plazos de garantía

¹⁰¹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2000, 14) alude a la naturaleza contractual de las acciones de los subadquirentes de edificios frente a los agentes de la edificación, al recibir aquellos una “*especie de cesión*” de las acciones al adquirir por compraventa, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

¹⁰² SEIJAS QUINTANA (2000, 94) explica cómo la práctica judicial relacionada con el artículo 1591 Cciv terminó convirtiéndose en una jurisprudencia de intereses que ha permitido funcionar y superar conceptos en beneficio de la parte más débil, a costa de forzar principios tradicionales en nuestro sistema, como el de seguridad jurídica.

¹⁰³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2000, 13-15) y CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 444-446) fueron algunos de los primeros autores en pronunciarse a favor de la interpretación contractualista de la LOE, de forma casi simultánea a su entrada en vigor. Para este último, el artículo 17 LOE se mueve claramente en el ámbito contractual, lo que entiende confirmado por su referencia a la recepción de la obra, que presupone la existencia de un vínculo contractual. La expresión “*sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*” que se inserta en el precepto, no le parece obstáculo en contra de su naturaleza contractual, sino que sólo quiere decir que habrá que acudir al régimen general también contractual cuando los vicios o defectos originen daños no contemplados en las garantías anual, trienal y decenal de la LOE, o bien cuando haya que dirimir acciones típicas del régimen de responsabilidad contractual como, por ejemplo, la acción resolutoria del artículo 1124 Cciv.

En esta misma línea, FEMENÍA LÓPEZ (2000, 99-100 y 2004, 188) u ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.5).

y prescripción comunes a todos los supuestos, con independencia de que exista o no un contrato entre el perjudicado y el agente demandado.

Igualmente, la ley se ocupa de conceder en su artículo 17.1 una expresa legitimación activa al ulterior adquirente del edificio frente a los distintos agentes, con quienes no les une un contrato, de manera que también queda orillado el clásico problema que condujo a construir, con esfuerzo argumentativo, su legitimación por subrogación.

Por ello, el sistema de responsabilidad que establece la LOE tiene el carácter propio de una ley especial y, por tanto, como acertadamente se ha razonado por parte de un sector doctrinal, no es de suyo contractual ni extracontractual, sino que se acomodará a una u otra clasificación en función de si entre demandante y demandado existe o no un contrato¹⁰⁴.

Refuerza la idea de que la responsabilidad es propiamente legal el hecho de que el mismo artículo 17.1 LOE deje a salvo las acciones de responsabilidad contractual –y también extracontractual, aunque no se refiera a ellas expresamente–, que puedan corresponder al perjudicado más allá de las que, con carácter especial, se regulan en la LOE; es decir, más allá de las previstas para resarcir los daños materiales causados en el edificio que afloran y se reclamen en unos determinados plazos.

¹⁰⁴ Esta es la postura que mantiene CORDERO LOBATO (2008, 91 y 2011, 569), cuya idea se reproduce en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 398-400).

Para RUIZ-RICO RUIZ (2002, 89), también partidario de esta tesis legalista, la responsabilidad contemplada en el artículo 17 LOE se debe catalogar como “*indiferentemente contractual o extracontractual*”, expresión que me parece gráfica y que sintetiza bien el fondo de la cuestión tratada. Parecidamente, MONSERRAT VALERO (2008, 277-279) también alude a la irrelevancia de la distinción en el ámbito de la LOE.

La naturaleza legal de la responsabilidad es asimismo defendida por HERBOSA MARTÍNEZ (2002, 173) y por MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 89), quien sostiene que, aunque es cierto que la responsabilidad deriva de una intervención de los agentes producida en virtud de un contrato, se establece con independencia de lo que en él se determine y prescindiendo de las partes contratantes.

Para ÁLVAREZ OLALLA (2002, 43) tampoco resulta convincente la catalogación de la responsabilidad contemplada en la LOE como contractual ni como extracontractual, y señala que participa de una naturaleza mixta sin terminarse de adaptar a ninguno de los dos moldes en concreto.

Puede afirmarse, por lo expuesto, que el sistema especial de responsabilidad legal que contempla la LOE permite superar los tradicionales planteamientos basados en una concepción contractual o extracontractual de esa responsabilidad de los agentes, sin que el debate tenga ya mayor recorrido práctico.

1.3.4. LA CONFIGURACIÓN DE UN SISTEMA OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD EN LA RELACIÓN EXTERNA

Al referirnos a los modelos básicos de responsabilidad por hecho ajeno veíamos cómo, la del principal, puede estar fundada bien en un sistema objetivo o bien en un sistema subjetivo basado en la culpa.

Veíamos también cómo el criterio de atribución de responsabilidad en el sistema subjetivo o por culpa se caracterizaba por imputar el resultado dañoso a quien había desplegado una conducta reprochable en derecho, mientras que el criterio de atribución de responsabilidad en el sistema objetivo asignaba la responsabilidad por el daño prescindiendo de ese elemento conductual en la intervención del principal¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Explica REGLERO CAMPOS (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, Cap. II,1) que el criterio de imputación subjetivo o por culpa se caracteriza por atribuir el daño al sujeto que se ha comportado de una forma que el derecho reprueba, y que la culpa, como criterio de imputación, persigue la constatación de que el sujeto se ha comportado de forma jurídicamente reprochable. Por el contrario, según expone el autor, los criterios de imputación de carácter objetivo carecen de la unidad sustancial que aporta la culpa a todos los regímenes de responsabilidad subjetiva y, en realidad, la expresión *responsabilidad objetiva* es una denominación genérica para referirse a cualquier régimen de responsabilidad que prescinde de la culpa para imputar o asignar el daño al sujeto responsable, de forma que en estos sistemas la culpa del sujeto no es un elemento relevante para declarar su responsabilidad.

Para SALVADOR CODERCH, GAROUPA y GÓMEZ LIGÜERRE (2005, 3-4), las diferencias prácticas entre la responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva son menores que las definidas tradicionalmente por la doctrina. Exponen los autores cómo los criterios generalmente aceptados para distinguir entre ambos tipos de responsabilidad son la infracción de un deber de precaución o el incremento indebido de un riesgo.

A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de responsabilidad objetiva y de acuerdo con la opinión que he defendido, el sistema de responsabilidad por hecho ajeno basado en la culpa del principal, como lo es el contemplado en el artículo 1903 IV y VI Cciv, no permite la posibilidad de que el principal quede indemne por completo en su patrimonio.

En este sistema, aun si el responsable indirecto lograra ejercitar con éxito una acción de repetición frente al causante material, auxiliar o dependiente, dicho responsable indirecto o principal siempre retendría una parte de la responsabilidad de la que no se podría liberar y, consecuentemente, su plena indemnidad sería jurídicamente inviable.

En cambio, los sistemas de responsabilidad objetiva por hecho ajeno, como ocurre en el ejemplo de la responsabilidad vicaria, sí permiten al principal quedar indemne en su patrimonio al permitirle, aunque sea idealmente, ejercitar una acción de repetición por el todo contra el agente causante del daño.

Por ello, estas apreciaciones revisten especial importancia en lo que atañe a nuestro ámbito de estudio, ya que la diferencia entre clasificar el sistema como de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por culpa llevará aparejadas consecuencias críticas como la posibilidad o imposibilidad de que el agente primeramente declarado responsable pueda luego quedar íntegramente resarcido, en el ámbito de sus relaciones internas con los demás agentes intervinientes.

En relación con la responsabilidad por ruina del artículo 1591 Cciv la doctrina interpretaba, con carácter general, que estaba sujeta a un régimen de responsabilidad por culpa presunta o con inversión de la carga de la prueba, con cierta tendencia hacia la objetivación¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La interpretación del artículo 1591 Cciv como un supuesto de responsabilidad por culpa presunta o culpa con inversión de la carga de la prueba, con tendencia jurisprudencial hacia la objetivación, es expuesta por diversos autores como CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 422), ÁLVAREZ OLALLA (2002, 39), HERBOSA MARTÍNEZ (2002, 147-149), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 265) o MONSERRAT VALERO (2008, 24).

Sin embargo, en relación con la responsabilidad prescrita en el artículo 17 LOE, una parte importante de la doctrina¹⁰⁷, a la cual me adhiero, concluye que está sujeta a un régimen objetivo en el que el elemento de la culpa no resulta relevante para hacer responder al agente por el daño.

Esta línea doctrinal funda el carácter objetivo de la responsabilidad establecida en la LOE en un argumento que no admite un extenso debate y que tiene que ver con las causas de exoneración que resultan oponibles al agente demandado por vía del artículo 17.1 LOE frente al propietario perjudicado. A tenor del artículo 17.8 LOE, el agente de la edificación demandado podrá alegar en su descargo que el daño se produjo por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o causa imputable a la víctima, pero en modo alguno se contempla la exoneración fundada en la prueba de la diligencia debida¹⁰⁸.

¹⁰⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 424), FEMENÍA LÓPEZ (2000, 99-100 y 2004, 201), RUIZ-RICO RUIZ (2002, 104), HERBOSA MARTÍNEZ (2002, 182-183), YZQUIERDO TOLSADA (2006, 648), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 267), VARGAS BENJUMEA (2007, 29), MONSERRAT VALERO (2008, 24) u ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.3. y III.2.6).

¹⁰⁸ A este argumento, que es común a los autores que se manifiestan en favor de la interpretación objetiva de la responsabilidad prevista en el artículo 17.1 LOE, hay autores, como FEMENÍA LÓPEZ (2000, 100) que añaden otras ideas de refuerzo, como la obligatoriedad de la suscripción de un seguro o la desaparición de la referencia a la responsabilidad subjetiva que constaba en los antecedentes parlamentarios. En relación con este punto, aunque el autor se refiere al anteproyecto de 1998, debe observarse que la referencia a la responsabilidad subjetiva, luego suprimida en la versión final del artículo 17.1 LOE, ya se encontraba en el artículo 38.1 del proyecto de ley de 1996 (BOCG de 9 de enero de 1996, serie A, proyectos de ley, núm. 146-1).

Otros autores, como SALINERO ROMÁN (2004, 198) o DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 577) ven precisamente en la posibilidad de exoneración por caso fortuito o por fuerza mayor un argumento para defender que el sistema no es objetivo; sin embargo, tal y como apunta MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 267) no se debe confundir el hecho de que la responsabilidad sea objetiva con el hecho de que la responsabilidad sea “*en todo caso*”. Parecidamente lo apunta HERBOSA MARTÍNEZ (2002, 184).

Para otro sector, entre cuyos autores se encuentra ÁLVAREZ OLALLA (2002, 44-45), GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 38-39) o SEIJAS QUINTANA (2000, 98-99), la responsabilidad prescrita en el artículo 17 LOE sería por culpa presunta, aunque con cierta tendencia objetivadora.

Y, si la prueba de la diligencia debida no resulta válida como causa de exoneración, es claro que el criterio de imputación de la responsabilidad se anuda a elementos extraños a la culpa, como lo es la esfera de riesgo que se atribuye a cada agente y cuyos contornos quedan delimitados con mayor o menor detalle en la propia ley, de manera que será suficiente con que se produzcan daños en el edificio derivados de vicios o defectos constructivos durante los periodos de garantía para que surja la responsabilidad de los agentes intervinientes¹⁰⁹.

1.3.5. MECANISMOS PROCESALES AL SERVICIO DEL RESPONSABLE POR HECHO AJENO CONFORME A LA LOE

La LOE contempla dos mecanismos de naturaleza procesal de los que puede servirse el agente que responde por los hechos de otro. El primero es el de la llamada en garantía, que permite a un agente demandado traer al proceso a otros con los efectos

¹⁰⁹ Así lo explican CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 424) y FEMENÍA LÓPEZ (2000, 99-100 y 2004, 201) para quienes basta con que el daño se produzca dentro del ámbito de aplicación de la norma especial y que exista una relación de causalidad entre el daño cuya reparación se reclama y la actividad de la persona a la que se reclama.

Para MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 267) el criterio de imputación, que es objetivo y distinto de la culpa, se sitúa en el riesgo inherente a la actividad desarrollada o en el beneficio que se obtiene con ella. Por su parte, ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.6), quien es partidario de una tesis contractualista de la LOE pero también de la postura objetivista, cree que la imputación a un agente concreto no proviene de su culpa sino del hecho de que el defecto esté dentro del ámbito de competencias del agente, lo que se relaciona con el reparto contractual de riesgos asumido por cada uno.

La jurisprudencia ha mantenido en sus recientes pronunciamientos el criterio de imputación basado en la culpa que ya venía recogiendo en su interpretación del artículo 1591 Cciv, pero lo ha matizado con referencias implícitas al régimen objetivo. Un ejemplo reciente es el de la STS de 27 de junio de 2017 [RJ 2017, 3197], antes aludida al referirme al principio de individualización de la responsabilidad, en cuyo fundamento de derecho tercero también se exige tal responsabilidad “*en función de la distinta actividad de cada uno de los agentes en el resultado final de la obra, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen en el mismo*”.

procesales que se dirán, y el segundo es el de la vía de regreso, que permite a quien responde por un tercero recuperar de éste en un segundo pleito la cuota que satisfizo por su intervención en el hecho dañoso.

A continuación nos referiremos a las líneas generales relativas a ambas instituciones en la LOE, sin perjuicio de sus matices específicos y las referencias más concretas a las que pueda haber lugar con ocasión del tratamiento de los diferentes grupos de casos de responsabilidad por hecho ajeno en los que centraremos la atención de esta tesis.

1.3.5.1. *La llamada en garantía de la disposición adicional 7ª LOE*

Con el abigarrado título¹¹⁰ “*solicitud de la demanda de notificación a otros agentes*”, la disposición adicional 7ª LOE establece la posibilidad, para quien resulte demandado por ejercitarse frente a él las acciones derivadas de su intervención en el proceso edificatorio previstas en la ley, de solicitar la notificación de la demanda a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en tal edificación.

Este mecanismo procesal, que no resulta extraño en otros ordenamientos¹¹¹, tiene la utilidad fundamental de facilitar la tramitación unitaria de las reclamaciones en materia de vicios constructivos a favor del principio de economía procesal.

¹¹⁰ Critica ESTRUCH ESTRUCH (2006, 187), con toda razón, que la rúbrica es incomprensible y no tiene sentido, y que lo que probablemente se quiso decir es “*solicitud de notificación de la demanda a otros agentes*”. LARROSA AMANTE (2011, 21) también ha criticado la técnica del legislador más allá de su rúbrica al considerar que la norma es “*oscura en alguno de sus aspectos*”. Para este autor, a pesar de la buena intención que subyace en la inclusión de esta disposición, no se han llegado a solucionar todos los problemas de coordinación con el artículo 14 LEC tras su entrada en vigor.

¹¹¹ En el derecho inglés está contemplada la posibilidad de que el agente de la edificación demandado pueda proponer la llamada de un tercer agente a quien considera responsable para unirse al procedimiento, cuestión ésta que quedará resuelta en una vista procesal interlocutoria. Así lo indica MASON (2016, 282).

Desde este punto de vista, según considero, el mecanismo resulta útil tanto para aquel agente que pueda verse afectado por una responsabilidad solidaria como para aquel agente que deba responder por los hechos de otro¹¹², puesto que la función principal de la norma es la de evitar la tramitación de acciones de regreso o repetición¹¹³.

Resulta controvertido el alcance de la norma cuando indica que la notificación de la demanda podrá hacerse a “*otro u otros agentes*” que hayan intervenido en el proceso de la edificación. El debate, en realidad, es el mismo que ya he expuesto más arriba cuando me he referido al círculo de legitimación pasiva, puesto que la discusión doctrinal en cuanto a quién puede ser llamado al proceso es coincidente con la discusión sobre quién tiene la consideración de agente de la edificación en el régimen de la LOE.

¹¹² En muchas ocasiones serán supuestos coincidentes. Veíamos al inicio de esta tesis cómo la responsabilidad por hecho ajeno es perfectamente compatible con la responsabilidad solidaria, toda vez que la solidaridad puede darse entre el causante directo de un daño y quien responde por él –en este sentido, GÓMEZ CALLE (2017, 92-93)–. Profundizando en esta idea, JORDANO FRAGA (1994, 26-34) indicaba cómo la responsabilidad por hecho ajeno puede funcionar de dos maneras: la primera, haciendo responder al responsable indirecto “*junto con*” el causante material del daño (solidariamente), de forma que la responsabilidad atribuida a éste no se desvincula del mismo pero se “*extiende*” también al principal; y, la segunda, haciendo responder al responsable indirecto “*en lugar*” del causante material del daño, de manera que éste queda liberado frente al perjudicado de la responsabilidad, que se “*transmite*” o “*traslada*” al principal.

Pongamos un par de ejemplos para ilustrar la diferencia: el constructor demandado que llama al proceso al director de ejecución de obra, respecto de quien no responde conforme a la LOE, lo hace en virtud de los eventuales lazos de solidaridad impropia a los que pueden quedar afectos en virtud del artículo 17.3 I LOE. En cambio, el director de obra que llama al proyectista, respecto de quien sí responde *ex* artículo 17.7 II LOE, lo hace en virtud de ese lazo de responsabilidad indirecta que les une y que resulta también compatible con una eventual responsabilidad solidaria entre ambos por vía del artículo 17.3 I LOE.

¹¹³ ESTRUCH ESTRUCH (2006, 192-194) ha considerado que la utilidad de la norma reside en la evitación de las acciones de repetición y la existencia de sentencias contradictorias. En la misma línea se manifiesta LARROSA AMANTE (2011, 22-23), quien también hace referencia a la utilidad de la norma para evitar la reiteración de procesos y evitar la posible contradicción entre las resoluciones que ponen fin a los mismos.

En este punto, es patente que la disposición adicional 7ª LOE no permite la llamada al proceso de las compañías de seguros¹¹⁴, quienes claramente no reúnen la condición de agentes de la edificación, pero resulta más discutible en otros casos como el del subcontratista de obra, el geólogo que elabora el informe geotécnico o el ingeniero que provee los cálculos de la estructura, todos ellos sujetos intervinientes en el proceso constructivo y, en mi opinión, auténticos agentes de la edificación a tenor de los artículos 8 y 17.1 LOE, aunque se trate de agentes innominados y sin atribuciones expresamente reguladas en el capítulo III de dicha ley.

Aunque no me parece la opción más convincente, tal y como he expuesto anteriormente, la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo considera que el subcontratista de obra no es un agente de la edificación en el régimen de la LOE y, en consecuencia, excluye la posibilidad de ser llamado al proceso conforme a la disposición adicional 7ª LOE¹¹⁵.

El segundo párrafo de la norma establece que *“la notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos”*.

En este sentido, la disposición final 7ª LOE en relación con el artículo 14.2, 5º LEC ha dado lugar a dos interpretaciones posibles¹¹⁶. Conforme a la primera, el agente de

¹¹⁴ Así, PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2011, 27), GARCÍA-CHAMÓN CERVERA (2011, 13) o MILÁ RAFEL (2016, 113-114).

¹¹⁵ La STS de 19 de enero de 2015 [RJ 2015, 1029] indica en su fundamento de derecho segundo *in fine* que *“esta incorporación de terceros al proceso está prevista en la Disposición Adicional Séptima de la LOE para los agentes mencionados en la Ley, entre los que no se encuentra el subcontratista”*. Más recientemente, la STS de 14 de marzo de 2018 [RJ 2018, 980] también ha negado al subcontratista la condición de agente de la edificación y, en consecuencia, su legitimación pasiva directa frente al perjudicado en el régimen de la LOE.

¹¹⁶ Exponen estas posibles interpretaciones LARROSA AMANTE (2011, 22-23) y MILÁ RAFEL (2014-b, 86-87). El primer autor considera más acertada la primera posición al entender que todos los responsables de unos daños ruínógenos deben ser juzgados de forma conjunta a los efectos de determinar e

la edificación llamado al proceso por este mecanismo siempre adquiere la condición de parte, aun en el supuesto de que el demandante no solicite de forma expresa su condena. Conforme a la segunda, el agente llamado al proceso no adquiere la condición de parte, salvo que el demandante ejercite una pretensión de condena frente a él.

Así, la primera de las interpretaciones parece conceder especial consideración al principio de economía procesal mientras que la segunda está informada por el principio de justicia rogada (artículo 216 LEC) y el principio de congruencia de las sentencias (artículo 218 LEC).

Conforme a la actual jurisprudencia, perceptible en las SSTS de 20 de diciembre de 2011 [RJ 2011, 7329] y de 26 de septiembre de 2012 [RJ 2012, 9337]¹¹⁷, el tercero interviniente sólo adquiere la condición de parte demandada si el actor decide dirigir la demanda frente al mismo.

En cambio, si el actor no dirige expresamente una pretensión contra el tercer llamado no se amplía el efecto pasivo del proceso y la sentencia no podrá contener un pronunciamiento condenatorio ni absolutorio, pero aquél quedará vinculado en un ulterior proceso por la declaración que se haga en la sentencia a propósito de su actuación, sin que pueda oponer después que era ajeno a los hechos.

individualizar la responsabilidad de cada uno, además de que con ello se evita la reiteración de procesos y una posible contradicción entre las resoluciones que ponen fin a la misma.

¹¹⁷ Esta sentencia no ha pasado inadvertida en la doctrina. Se refieren a ella tanto MILÁ RAFEL (2014-b, 86-87) como ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.8), autor este último que considera que la referida resolución zanja la cuestión relativa a si el llamado por vía de la disposición adicional 7ª LOE adquiere o no la condición de parte, indicando que sí la adquiere en caso de que el actor amplíe expresamente la demanda frente a él.

Esta misma línea es la seguida después por la STS de 27 diciembre 2013 [RJ 2014, 1021] que, además, resulta novedosa por ser la primera sentencia¹¹⁸ del Tribunal Supremo que interpreta el régimen de las costas procesales en materia de intervención provocada por vía de la disposición adicional 7ª LOE.

Según se explica en el fundamento vigésimo segundo de esta sentencia, existen dos posibles escenarios en función de si el demandante decide ampliar o no la demanda frente al agente llamado por este cauce. Si decide ampliar la demanda frente a éste, el pronunciamiento en materia de costas deberá regirse por las reglas generales del artículo 394 LEC, con la peculiaridad de que su absolución permitirá imponer las costas a quien provocó la intervención con arreglo al artículo 14.2, 5º LEC.

Si, por el contrario, el demandante decide no ampliar la demanda frente al agente llamado por este cauce, entonces éste no reunirá la condición de parte y, en consecuencia, no podrá ser absuelto ni condenado a realizar ninguna prestación ni, obviamente, tampoco al pago de las costas. No obstante, como resulta claro que incluso en ese caso el llamado habrá incurrido en gastos derivados del litigio, deberá atenderse al criterio de si estuvo justificada la llamada a efectos de la eventual imposición de las costas procesales a quien provocó su intervención, entendiéndose que lo estuvo si el pronunciamiento le resulta oponible en cuanto a lo declarado respecto de su actuación en el proceso constructivo¹¹⁹.

¹¹⁸ La identifica como tal MILÁ RAFEL (2016, 113-114).

¹¹⁹ Aquí el Tribunal Supremo introduce un criterio razonado, pero no exento de cierta indeterminación. En el propio fundamento de derecho vigésimo segundo de la sentencia comentada se procura profundizar algo más en ello para ofrecer cierta claridad. Dice así: *“La llamada al proceso estaría justificada siempre y cuando el pronunciamiento de la sentencia le fuera realmente oponible, conforme al párrafo segundo de la disposición adicional 7ª LOE, por lo que se declara respecto de su actuación en el proceso constructivo. De tal forma que si la sentencia, a pesar de no contener un pronunciamiento de condena respecto de él, reconoce que por su actuación en el proceso constructivo hubiera sido responsable respecto de los vicios o defectos en las que se basa la acción ejercitada, en ese caso se entiende justificada su llamada al proceso y no procede hacer ningún pronunciamiento sobre las costas causadas al tercero interviniente. Pero si de la sentencia no se desprende su responsabilidad, en ese caso no estaría justificada su llamada al proceso y tendría sentido que se impusieran las costas al demandado que hubiera interesado su llamada al proceso”*.

1.3.5.2. *La vía de regreso*

Existen dos situaciones ante las cuales el agente de la edificación que afronta el íntegro resarcimiento del daño frente al perjudicado, puede luego recuperar todo o parte de lo satisfecho dirigiéndose contra otros intervinientes.

La primera situación sería aquella en la que el agente de la edificación hubiera hecho frente al resarcimiento que correspondía conjuntamente a varios intervinientes –esto es, en los casos de responsabilidad solidaria–, y la segunda situación sería aquella en la que el agente en cuestión hubiera hecho frente al resarcimiento a causa de actos u omisiones de las personas por las que debe responder conforme a la ley –esto es, en los casos de responsabilidad por hecho ajeno¹²⁰–.

En ambos casos, el agente de la edificación que responde dispone de una acción que le permite recuperar dentro de la relación interna todo o una parte de lo satisfecho en la relación externa frente al propietario perjudicado.

Es frecuente entre la doctrina la referencia indistinta a los términos “*acción de repetición*” y “*acción de regreso*”, que son utilizados como expresiones equivalentes. En el ámbito de la LOE, pienso que una eventual disquisición sobre la diferencia entre ambos términos tendría un componente más semántico que jurídico por cuanto ambas expresiones se utilizan de forma comúnmente aceptada en este contexto¹²¹, con

¹²⁰ En este sentido, ARNAU MOYA (2004, 289-290), CORDERO LOBATO (2011, 542) y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.9).

¹²¹ Naturalmente, fuera del ámbito propio de la LOE, no cabrá confundir este tipo de acciones con las acciones de repetición contempladas, por ejemplo, en el artículo 1158 Cciv para los casos de pago por tercero. La acción prevista en este precepto tiene una naturaleza diferente y no exige una especial vinculación entre el deudor y el tercero que paga por él, ni tampoco el tercero se ve compelido por obligación legal a atender la deuda sino que el pago es voluntario (SSTS de 26 de febrero de 2010 [RJ 2010, 1447], de 20 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 9055] o de 4 de noviembre de 2003 [RJ 2003, 8018]).

referencia en ambos casos a la pretensión de obtener en segundo término la recuperación de todo o parte del resarcimiento satisfecho frente al perjudicado, logrando así una reintegración patrimonial a costa de otro u otros agentes involucrados.

La LOE únicamente otorga acciones de repetición, de forma expresa, en cuatro casos concretos de responsabilidad por hecho ajeno. En particular, la concede al proyectista frente a los técnicos que le proveen cálculos o informes erróneos (artículo 17.5 II LOE), al constructor frente al subcontratista (artículo 17.6 II LOE), al constructor frente a otros intervinientes en los casos de daños causados por productos de construcción aceptados o adquiridos por aquél (artículo 17.6 III LOE) y al director de obra frente al proyectista por los errores que éste hubiera cometido en el proyecto (artículo 17.7 II LOE).

Aunque la ley no se refiere expresamente a otros supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, sí resultan igualmente admisibles las acciones de repetición para los restantes casos contemplados en la ley, tanto por vía de una interpretación amplia del artículo 18.2 LOE como por aplicación analógica de otros preceptos¹²² que guardan identidad de razón y cuyo fundamento es el de evitar un enriquecimiento injusto¹²³, tal y como expondremos al abordar los diferentes grupos de casos.

¹²² Por poner ahora un ejemplo, sin perjuicio de su posterior exposición más detallada, el constructor tendrá acción de repetición frente a las personas físicas que de él dependan a pesar de que el artículo 17.6 I LOE no la contempla, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1904 Cciv.

¹²³ El fundamento común a estas acciones de repetición es el de evitar un enriquecimiento injusto. Se hace referencia a este fundamento en las SSTs de 27 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1648] o de 5 de mayo de 2010 [RJ 2010, 5025]. En la doctrina científica lo apunta GARCÍA-CHAMÓN CERVERA (2011, 10-11) y, de forma parecida, TORRALBA SORIANO (1971, 1164) considera procedente la acción de repetición para evitar la injusticia, no ya del enriquecimiento, sino del hecho de que el causante –con referencia en su texto al auxiliar respecto del deudor principal– pueda quedar exento de su propia responsabilidad.

En esta línea, resulta interesante el siguiente pronunciamiento de la SAP Gerona de 26 de noviembre de 2008 [JUR 2009, 144855], contenido en su fundamento de derecho primero, en el que se razona acerca de la amplia virtualidad del artículo 18.2 LOE:

“con todas las disquisiciones que se quiera, quien pretende que otro le pague aquello que él ha sido condenado a abonar, está ejercitando una acción tradicionalmente denominada de repetición (...)

No obstante, el precepto específico que ampara y da cobertura a la reclamación por la empresa constructora frente al arquitecto técnico es el artículo 18.2 de la Ley de ordenación de la edificación (LOE). En él, al regular los plazos de prescripción de las acciones de reclamación por vicios y defectos de las edificaciones, establece de manera expresa la posibilidad de que cualquiera de los intervinientes en el proceso de la edificación repita frente a los demás. Es decir, la única acción de repetición posible conforme a la mencionada ley, no es la prevista en el artículo 17.6, invocada por el apelante; que se refiere a la repetición que puede efectuar el contratista frente a todas las personas que hayan subcontratado para la ejecución de la obra; sino que también cabe la repetición contemplada en el artículo 18.2”.

Por su parte, el agente que afronta el resarcimiento íntegro que corresponde a varios de ellos conjuntamente como responsables solidarios, también tendrá una acción de regreso frente a los demás. Tal acción tampoco aparece contemplada de forma expresa en la LOE, pero se deduce del mismo artículo 18.2 LOE en relación con el artículo 1145 Cciv¹²⁴.

Cuando el deudor solidario paga al perjudicado extingue el crédito, de manera que la acción de regreso no es propiamente una acción de subrogación. Así, el agente *solvens* no se coloca en la posición del acreedor ni le sucede en sus derechos sino que, en

¹²⁴ Así lo consideran DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 558), ARNAU MOYA (2004, 290) y CORDERO LOBATO (2011, 542).

virtud del pago realizado, nace un nuevo derecho de crédito que podrá hacer valer frente al resto de codeudores solidarios en el marco de sus relaciones internas¹²⁵. En tal sentido lo razona la STS de 5 de mayo de 2010 [RJ 2010, 5025], en su fundamento de derecho tercero:

“el deudor solidario que paga o cumple en su totalidad con el acreedor extingue el vínculo obligatorio, adquiriendo por ministerio de la Ley un derecho a repetir en la esfera interna, exclusivamente contra el conjunto de obligados unidos por vínculos de solidaridad, y tan solo lo que pagó más los intereses del anticipo. Es este un crédito ajeno por completo al que ostentaba el acreedor primigenio y desprovisto además de las garantías que tenía el crédito extinguido”

En el procedimiento al que haya lugar en la vía de regreso podrán determinarse las concretas cuotas de responsabilidad de los daños de cada uno de los agentes que intervinieron en el daño y, si no fuera posible determinar la proporción, quedará dividida la deuda entre todos ellos a partes iguales de conformidad con la regla que establece el artículo 1138 Cciv¹²⁶.

La acción de repetición entablada con fundamento en las responsabilidades establecidas en la LOE habrá de sujetarse al plazo de dos años de prescripción que dispone su artículo 18.2, computados desde la firmeza de la resolución judicial que condene

¹²⁵ La jurisprudencia lo ha expuesto en diversas sentencias, como las SSTS de 27 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1648], de 11 de octubre de 2007 [RJ 2007, 6489], de 23 de octubre de 2008 [RJ 2008, 6043] o de 5 de mayo de 2010 [RJ 2010, 5025]. En la doctrina científica, véase CAFFARENA LAPORTA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, comentario del artículo 1145, epígrafe II), CORDERO LOBATO (2011, 542-543), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 442) y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA (2011, 10-11).

¹²⁶ Así, ESTRUCH ESTRUCH (2006, 164-169) y GÓMEZ LIGÜERRE (2007, 4-14), quien critica la solución contraria adoptada por la STS de 13 de marzo de 2007 [RJ 2007, 1787], sentencia que ha resultado expresamente desautorizada por otras resoluciones posteriores como las SSTS de 28 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5740] y de 2 de febrero de 2018 [RJ 2018, 282]. Más recientemente, en la misma línea, SEOANE SPIEGELBERG (2018, 215).

al responsable a indemnizar los daños, o bien a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial¹²⁷.

1.3.6. IDENTIFICACIÓN DE LOS GRUPOS DE CASOS DE RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO EN LA LOE

Los apartados 5, 6 y 7 del artículo 17 LOE contemplan de forma expresa y concreta varios casos de responsabilidad de un agente por actos u omisiones de otro interviniente, del que debe responder. Entre las disposiciones de la LOE existen otros casos como, por ejemplo, el contemplado en el artículo 17.3 II LOE, en los que esa misma responsabilidad por hecho ajeno se prescribe de una forma implícita o no tan aparente.

A efectos de ordenar el análisis de los diversos grupos de casos de responsabilidad por hecho ajeno de los agentes de la edificación en el ámbito de la LOE, creemos oportuno sistematizar su tratamiento desde la perspectiva de cada uno de los agentes a quien se le imputa tal responsabilidad indirecta.

De esta manera, el segundo título de esta tesis se concentrará en el análisis y determinación de la responsabilidad por hecho ajeno del promotor inmobiliario, esencialmente con fundamento en el artículo 17.3 II LOE, precepto que coloca a este agente en el epicentro de las reclamaciones por los hechos causados por el resto de los intervinientes en el hecho constructivo.

¹²⁷ MORENO-TORRES HERRERA (2002, 259) considera que las acciones de regreso no contempladas expresamente en la LOE también quedan sujetas a este plazo de dos años de prescripción. Para MARTÍNEZ ESCRIBANO (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.9.) el plazo de dos años resulta muy reducido para aquellos casos en los que el agente de la edificación deba investigar frente a quién debe dirigir su acción. También critica la autora que la firmeza de la resolución judicial como fecha de inicio del plazo de prescripción implica el nacimiento de tal plazo prescriptivo antes de que nazca el derecho al regreso, lo cual no tendrá lugar hasta que efectúe el pago.

El tercer título de esta tesis abordará los casos de responsabilidad por hecho ajeno desde la perspectiva del constructor de obra. En particular, analizaremos y determinaremos la naturaleza de la responsabilidad de este agente por los hechos del jefe de obra y de las demás personas físicas o jurídicas que de él dependan (artículo 17.6 I LOE), por los hechos del subcontratista de obra (artículo 17.6 II LOE) y por los hechos de terceros intervinientes como consecuencia de los daños provocados por deficiencias en los productos de construcción adquiridos o aceptados por el constructor (artículo 17.6 III LOE).

Igualmente, analizaremos la responsabilidad del constructor por no advertir de los errores cometidos por los técnicos en el desempeño de sus funciones y determinaremos la naturaleza de esta responsabilidad y su encaje entre los supuestos de responsabilidad por hecho propio o ajeno. Este grupo de casos no aparece contemplado expresamente en la LOE, sino que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial con fundamento en alguna de sus disposiciones y en otros preceptos generales.

Finalmente, el cuarto título de esta tesis tratará la responsabilidad por hecho ajeno de los técnicos que intervienen en el proceso de la edificación. En concreto, analizaremos y determinaremos la naturaleza de la responsabilidad del proyectista por la intervención de otros profesionales que le proporcionan cálculos, estudios, dictámenes o informes erróneos (artículo 17.5 II LOE), la responsabilidad del director de obra por los errores del proyecto que no ha elaborado él mismo (artículo 17.7 II LOE) y la responsabilidad de la dirección facultativa por la veracidad y exactitud del certificado final de obra (artículo 17.7 I LOE).

El estudio de los grupos de casos relativos a la responsabilidad de los técnicos se completará con el análisis de otros supuestos en los que resulta relevante la intervención de terceros. En concreto, abordaremos los casos de responsabilidad en supuestos de actuación conjunta de proyectistas y directores de obra; los casos de superposición de actuaciones entre el director de ejecución de obra y otros agentes; la responsabilidad del director de obra por defectos que tienen su origen en atribuciones al director

de ejecución de obra, cuando éste no ha intervenido; y, ya en fin, los casos de responsabilidad por hecho ajeno de otros técnicos que intervienen en el proceso de la edificación como, por ejemplo, los laboratorios y entidades de control de calidad.

Quedarán fuera de nuestro ámbito de estudio la responsabilidad en la que puedan incurrir las compañías de seguros, quienes no tienen la condición de agentes de la edificación ni intervienen en el proceso constructivo, y cuyo sistema de responsabilidad obedece a otros criterios de imputación diferentes de los que son objeto de atención en esta tesis.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR POR LOS HECHOS DE TERCEROS INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

2.1. LA EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DEL PROMOTOR INMOBILIARIO

Durante décadas, la jurisprudencia y la doctrina científica han prestado especial atención a la intervención del promotor inmobiliario en el ámbito de la edificación, dando lugar a una amplísima literatura que quiso colmar la ausencia de respuestas legislativas sobre la caracterización de esta figura.

Puede decirse que la configuración legal del promotor en la LOE no puso fin a esta situación sino que trajo consigo una redefinición del concepto que, lejos de acabar con el debate doctrinal, lo ha mantenido vivo hasta nuestros días.

Casi veinte años después de la promulgación de la norma y con la experiencia vivida de una crisis económica devastadora para el sector inmobiliario, nos planteamos si la vigente definición legal de la figura acoge las situaciones de promoción inmobiliaria que han aflorado en la post crisis, así como si el concepto legal de promotor será permeable a otras situaciones que puedan presentarse en el futuro.

Un escenario particular que analizaremos será el de las entidades bancarias que intervienen en la financiación de promociones inmobiliarias en curso y que, como consecuencia de la insolvencia del promotor financiado y la posterior adjudicación de la obra en evolución, se han visto obligadas por las circunstancias a finalizar tales obras para darles salida en el mercado, generalmente a través de un contrato de promoción delegada suscrito con un profesional especializado en el tráfico inmobiliario.

Justificamos así el contenido de este epígrafe como preludeo necesario para identificar en su adecuado contexto al sujeto pasivo cuya responsabilidad analizamos.

2.1.1. LA CARACTERIZACIÓN DEL PROMOTOR EN LA JURISPRUDENCIA QUE INTERPRETABA EL ARTÍCULO 1591 CCIV

Es sobradamente conocido que el primer concepto de promotor inmobiliario en nuestro ordenamiento fue construido por la jurisprudencia, debido a la laguna provocada por su lógica imprevisión en nuestro texto codificado ante la inexistencia de esta figura en la realidad social de los procesos constructivos decimonónicos.

Existe un alto grado de consenso doctrinal en situar el origen de esta jurisprudencia en la STS de 11 de octubre de 1974 [RJ 1974, 3798]¹²⁸, resolución que marca el inicio¹²⁹

¹²⁸ HERRERA CATENA (1977, 323-325) identifica una sentencia anterior del Tribunal Supremo, dictada el 28 de noviembre de 1970 [RJ 1970, 5249], dentro de los supuestos de responsabilidad del promotor por equiparación. Otras sentencias posteriores del Tribunal Supremo también citan esta misma resolución en idéntica línea, como puede apreciarse en el fundamento de derecho tercero de las STS de 9 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1609], en el fundamento de derecho segundo de la STS de 20 de febrero de 1989 [RJ 1989, 1212] y en el fundamento de derecho tercero de la STS de 19 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8843].

Sin perjuicio de ello, la doctrina que se ha ocupado del estudio de esta cuestión afirma de forma generalizada que el origen se encuentra en la referida STS de 11 de octubre de 1974 [RJ 1974, 3798]. En este sentido lo apuntan GÓMEZ DE LA ESCALERA (1994, 235), CADARSO PALAU, (2000, 6), GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 2693), VICENTE DOMINGO (2000, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 1, c), GONZÁLEZ POVEDA (2001, 278 y, más recientemente, 2008, 372), MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2003, 2443) y MILÁ RAFEL (2014-a, 119-120). También la STS de 13 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 329] identifica el origen de esta jurisprudencia en la STS de 11 de octubre de 1974 [RJ 1974, 3798].

SANTOS MORÓN (2001, 321) y ARNAU MOYA (2004, 160-162) se refieren a esta paradigmática sentencia, aunque sin identificarla expresamente como la primera que dio origen a la inclusión del promotor entre el círculo de responsables del artículo 1591 Cciv.

Por su parte, ABRIL CAMPOY (2003, 1233-1234) hace notar que esta sentencia conceptúa al promotor como aquél que reúne en su persona la triple cualidad de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación, si bien es la jurisprudencia desarrollada con posterioridad la que considera integrado en el concepto a quien, sin ostentar la condición de constructor, impulsa la construcción de una edificación para su posterior venta.

¹²⁹ Con anterioridad no abundan estudios doctrinales en los que se profundice sobre la figura del promotor inmobiliario, entendemos que por las mismas lógicas razones de naturaleza histórica que explican el hecho de que la citada jurisprudencia no aflorase hasta la década de los setenta. Así, por ejemplo, notamos que GARCÍA CANTERO (1963, 1098-1099), quien estudió el alcance del artículo 1591

de una extensa atención hacia la figura del promotor inmobiliario como agente responsable de los daños provocados por la ruina de los edificios.

La doctrina jurisprudencial desarrollada en esta línea consiste en establecer una equiparación entre el *promotor* que actúa en la realidad social del tiempo en que se dictan las sentencias y el *contratista* que contempla el artículo 1591 Cciv.

Esta equiparación, realizada bien conforme a una interpretación contextual o finalista de la norma o bien mediante el recurso a la analogía, ha sustentado su fundamento en diversos criterios que, en suma, tenían por finalidad que el genuino promotor inmobiliario de la época no pudiera sortear su responsabilidad decenal escudándose en su mera condición de vendedor, en detrimento de la protección del propietario¹³⁰.

Es el artículo 3.1 Cciv el que da cobijo tanto a una interpretación contextual de la norma (“*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*”) como a una interpretación teleológica (“*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”), mientras que es el artículo 4.1 Cciv el que posibilita su interpretación analógica. Entre los diversos pronunciamientos que pueden encontrarse en la

Cciv en fechas cercanas al inicio de esta jurisprudencia, no planteaba la inclusión del promotor inmobiliario entre el círculo de potenciales responsables como, sin embargo, sí lo hacía con otras figuras no expresamente contempladas en el tenor de la norma tales como el aparejador, determinados ingenieros o los ayudantes de obras públicas. El autor tampoco planteaba su exclusión de dicho círculo como sí lo hacía, por ejemplo, con los suministradores de materiales o los subcontratistas.

¹³⁰ Destaca esta idea VICENTE DOMINGO (2000, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 1, c). Para la autora, el perfil del promotor inmobiliario fue acuñado íntegramente por la jurisprudencia para evitar que éste, en su condición de agente interviniente en la construcción, pudiera escapar de la acción decenal alegando su única condición de vendedor.

En la misma línea, ABRIL CAMPOY (2003, 1236-1240) indica que los criterios de imputación que se han barajado en las sentencias del Tribunal Supremo han sido dispares, si bien todos ellos se encaminan a la consecución de la protección de los adquirentes.

jurisprudencia¹³¹, puede destacarse el considerando segundo de la STS de 13 de junio de 1984 [RJ 1984, 3236] que, refiriéndose conjuntamente a los tres criterios apuntados, dice:

“a la figura del Promotor-constructor, desconocida a la fecha de la publicación de nuestro Código Civil, era aplicable la normativa que respecto a la responsabilidad del contratista por defectos en la construcción concreta el referido precepto de nuestro ordenamiento legal civil sustantivo, doctrina legal que, habida cuenta de que las normas habrán de interpretarse, según dispone el núm. 1 del art. 3.º de nuestro C. Civ. atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, así como a su espíritu y finalidad, amén de la procedencia de la aplicación analógica cuando el precepto no contempla un supuesto específico, aunque regule otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón -art. 4.º núm. 1 del propio cuerpo legal”.

Un criterio muy recurrente de imputación que justifica la equiparación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es el del beneficio industrial o ánimo de lucro común¹³², criterio que resulta muy próximo al de considerar al promotor como beneficiario económico del negocio jurídico edificatorio y que, en ocasiones, ha recibido un tratamiento separado en la doctrina científica¹³³.

Encontramos ejemplos de esta línea jurisprudencial en las SSTS de 19 de abril de 2012 [RJ 2012, 5908], de 14 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 330], de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743], de 20 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8413], de 3 de mayo

¹³¹ A título de ejemplo, véase el fundamento de derecho tercero de la STS de 9 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1609], el fundamento de derecho segundo de la STS de 29 de junio de 1987 [RJ 1987, 4828] y el considerando tercero de la STS de 20 de junio de 1985 [RJ 1985, 3625].

¹³² ARNAU MOYA (2004, 160-162) considera que éste ha sido el argumento más utilizado por el Tribunal Supremo para fundar la equiparación con el contratista y, con ello, la inclusión del promotor en el círculo de responsables del artículo 1591 Cciv.

¹³³ MILÁ RAFEL (2014-a, 123).

de 1996 [RJ 1996, 3775], de 20 de junio de 1995 [RJ 1995, 4934], de 11 de junio 1994 [RJ 1994, 5227], de 28 de enero de 1994 [RJ 1994, 575], de 4 de junio de 1992 [RJ 1992, 4997], de 8 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7585] y de 20 de febrero de 1989 [RJ 1989, 1212].

Esta línea argumentativa ha sido criticada por considerarse que el ánimo de lucro no puede operar como un criterio de imputación de responsabilidades¹³⁴. También fue criticado que el propio concepto de ánimo de lucro apareciera difuminado en una jurisprudencia vacilante que no contribuye a la seguridad jurídica, al haberse admitido con la STS de 22 de junio de 2001 [RJ 2001, 5074] su extensión a supuestos que no se limitan a la obtención de una contraprestación dineraria, sino también a la obtención de un beneficio en términos de política social¹³⁵. Parecidamente razona alguna sentencia más reciente, como la STS de 21 de octubre de 2013 [RJ 2014, 2493]¹³⁶.

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo también ha tomado en consideración el control que el promotor ejerce sobre la obra, relacionando este argumento con el criterio de imputación de responsabilidad por culpa *in eligendo*¹³⁷ en la selección de los técnicos o intervinientes. Encontramos ejemplos de esta doctrina en las SSTS de 20 de

¹³⁴ Lo apunta CORDERO LOBATO (2011, 386, nota al pie 4), para quien el argumento del Tribunal Supremo es equivocado, con cita de CARRASCO PERERA (2004, consultado por mí en versión electrónica, sin número de página, y por la autora en la versión impresa, página 618).

¹³⁵ ABRIL CAMPOY (2003, 1238-1239, nota al pie 12). El autor añade que el cambio de criterio pudo obedecer quizás a la voluntad de adecuación por parte del Tribunal Supremo al nuevo concepto de promotor del artículo 9 LOE, ya conocido al tiempo de dictarse dicha sentencia aunque no resultara de aplicación al caso.

¹³⁶ Esta resolución plantea el alcance de la nota del ánimo de lucro en el caso de un promotor de naturaleza pública. En su fundamento de derecho segundo, apartado tercero, la sentencia razona que al no haberse cerrado todavía el círculo de la progresiva equiparación entre promotor y contratista, la ausencia de ánimo de lucro no opera como una circunstancia que excepcione la responsabilidad de aquél, máxime teniendo en cuenta la concurrencia de otras circunstancias como su profesionalidad y la garantía que supone su intervención.

¹³⁷ Lo concluye así CORDERO LOBATO (2011, 387, nota al pie 5).

noviembre de 1998 [RJ 1998, 8413], de 20 de junio de 1995 [RJ 1995, 4934], de 28 de enero de 1994 [RJ 1994, 575] y de 29 junio 1987 [RJ 1987, 4828].

Este criterio ha sido igualmente objeto de razonable crítica al considerarse que difícilmente incurre en culpa *in eligendo* quien contrata a profesionales que reúnen los requisitos necesarios para el ejercicio de su profesión y que tienen la titulación adecuada, o con constructoras cuya situación es correcta¹³⁸.

Otros criterios de atribución de responsabilidad al promotor por vía jurisprudencial conforme a la interpretación amplia del artículo 1591 Cciv han sido la obligación de entregar el bien en condiciones idóneas¹³⁹, la responsabilidad por el riesgo creado¹⁴⁰ y el hecho de que, en caso de adoptar un criterio distinto, se limitaría o desampararía a los futuros compradores¹⁴¹.

¹³⁸ Este es el parecer de ABRIL CAMPOY (2003, 1236-1240).

¹³⁹ ABRIL CAMPOY (2003, 1239) indica que, en la jurisprudencia, la obligación de entrega en condiciones idóneas para el uso al que debe ser destinado no encuentra su sustento únicamente en el contrato sino también en las obligaciones legales impuestas por el artículo 1591 Cciv y, en efecto, así lo expresa la STS de 10 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8862] cuando en su fundamento de derecho cuarto indica: “*el promotor del supuesto de autos es también vendedor, y como tal está obligado, en virtud del contrato, a entregar la cosa en condiciones de servir para el uso que se la destina. Si la edificación entregada padece vicios ruinógenos que la hacen inidónea, es responsable de estos vicios frente al comprador. El fundamento de esta doctrina -que conserva su soporte en el artículo 1591- está representada por diversas Sentencias de esta Sala (...)*”. Siguen esta línea las SSTS de 29 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6659] y de 13 de julio de 1987 [RJ 1987, 5461].

Este mismo criterio de imputación también es destacado por ARNAU MOYA (2004, 161).

¹⁴⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2003, 2445) añade este criterio al elenco de los observados en la jurisprudencia, con cita de la STS de 9 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1609].

¹⁴¹ Véase el fundamento de derecho tercero de la STS de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743], el fundamento de derecho segundo de la STS de 20 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8664] y el fundamento de derecho segundo de la STS de 11 de abril de 2012 [RJ 2012, 5746].

No obstante, el argumento que más ha convencido¹⁴² de entre los que se han utilizado por el Tribunal Supremo es el que pone en valor la garantía que representa para los terceros adquirentes la interposición de la imagen y prestigio comercial del promotor en el proceso edificatorio.

En este sentido se pronuncian las SSTS de 14 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 330], 13 de mayo 2002 [RJ 2002, 5705], de 31 de marzo de 2000 [RJ 2000, 2493], de 29 de junio de 1987 [RJ 1987, 4828] y de 20 de junio de 1985 [RJ 1985, 3625], y este es el criterio que, de hecho, ha tenido reflejo en la LOE¹⁴³ al configurar la responsabilidad del promotor como la del garante del buen resultado final del proceso constructivo, en los términos que analizaremos más adelante.

A la luz de los diversos pronunciamientos judiciales apuntados debe reconocerse el mérito del Tribunal Supremo al haber sabido hacer uso de los mecanismos de integración que provee nuestro ordenamiento para conseguir una respuesta razonable a la realidad histórica y social del sector. Parece justificable que, habida cuenta las estrecheces legislativas de aquel tiempo, la construcción de la legitimación pasiva del promotor inmobiliario haya supuesto una manifestación clara de una jurisprudencia

¹⁴² ABRIL CAMPOY (2003, 1240) considera que, de entre todos los analizados, el razonamiento más adecuado desde el punto de vista técnico para imputar responsabilidad al promotor en la jurisprudencia relacionada con el artículo 1591 Cciv es aquel que considera que éste debe responder de los vicios rui-nógenos frente a adquirentes y subadquirentes por cuanto asumen una función de garantes en relación con la construcción, al generar con su actuación de promoción inmobiliaria una confianza en los destinatarios y porque se obliga asimismo a la consecución y entrega de bienes idóneos y aptos para la satisfacción de las necesidades a las que se orientan.

La misma idea subyace en CORDERO LOBATO (2011, 524), para quien éste sería el único argumento todavía utilizable. Indica la autora, además, que este criterio representaría la razón por la cual la denominación de promotor debe reservarse a aquellos casos en que estamos ante un profesional de la construcción.

¹⁴³ En este sentido, ARNAU MOYA (2004, 162, nota al pie 370).

de intereses que perseguía proporcionar una tutela judicial efectiva a la parte más débil en el tráfico, aun a costa de forzar la letra de la ley¹⁴⁴.

Con todo, la inclusión del promotor inmobiliario como responsable a efectos del artículo 1591 Cciv de conformidad con la propia doctrina sentada por el Tribunal Supremo presentaba ciertas complicaciones de naturaleza sustantiva y procesal que pudieron superarse de una manera más convincente con la redefinición del concepto y los mecanismos adjetivos introducidos por la LOE.

Entre los inconvenientes de naturaleza sustantiva destacaron, en especial, la incardinación en el concepto de las cooperativas de viviendas y de las sociedades de gestión inmobiliaria, entre otras figuras quizá algo menos frecuentes en la práctica, como el cedente de solar por edificación futura¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Así lo explica SEIJAS QUINTANA (2000, 94), quien destaca los beneficios de esta línea jurisprudencial para la protección de los propietarios y adquirentes, pero también advierte de que ha supuesto una afección a principios tradicionales de nuestro ordenamiento como el de seguridad jurídica y ha conllevado el sacrificio de determinados intereses profesionales carentes de una regulación normativa distinta de la del contrato de obra.

¹⁴⁵ La STS de 11 de junio de 1994 [RJ 1994, 5227], con cita de la STS de 18 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 10286], niega la legitimación pasiva al cedente del solar con el siguiente razonamiento que se contiene en su fundamento de derecho tercero: *“es también doctrina de esta Sala, contenida en la Sentencia de 18 diciembre 1990, que aquí se ratifica, la de que, dentro de dicha figura del promotor-constructor, no puede considerarse comprendido al propietario del terreno que, mediante un frecuente y atípico contrato «do ut des», se limita simplemente a permutarlo (el terreno) con un constructor, a cambio de una parte (determinado número de pisos o de locales comerciales) de la obra que el constructor edifique sobre dicho terreno”*.

Sin embargo, unos meses antes la STS de 28 de enero de 1994 [RJ 1994, 575] consideró que el cedente de solar sí tenía legitimación en el caso de que la contraprestación hubiera sido una cuota indivisa en el edificio, al entender que en tal caso concurría la nota característica del ánimo de lucro, propia del promotor inmobiliario cuando después vendió a terceros (véase su fundamento de derecho tercero). Para CORDERO LOBATO (2011, 388, nota al pie 14) este criterio diferenciador es muy discutible porque igual beneficio económico puede suponer la atribución de la propiedad sobre la vivienda o local que sobre la cuota indivisa sobre el edificio.

En el caso de las cooperativas de viviendas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo optó por excluirlas del concepto de promotor a efectos de su responsabilidad decenal por no concurrir en ellas la nota característica de operar con ánimo de lucro. Es apreciable este parecer en las SSTs de 13 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 329], de 8 de junio de 1992 [RJ 1992, 5168] y de 24 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6279].

En el caso de las sociedades de gestión inmobiliaria interpuestas en la promoción de edificios, el Tribunal Supremo optó por resolver la situación con arreglo a los principios que proscriben el fraude de ley¹⁴⁶.

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado como un fraude de ley el hecho de preconstituir un mandato irrevocable por parte de la comunidad de propietarios o de la cooperativa de viviendas a favor de una sociedad de gestión inmobiliaria como medio para que ésta se haga pasar por un simple mandatario, enmascarando así su verdadera función de promotor inmobiliario a efectos de evitar una condena a responder por la ruina del edificio.

Como apuntaremos más adelante, estos grupos de casos que planteaban ciertos problemas interpretativos fueron superados con el texto de la LOE que, bien por vía de su expresa inclusión en la definición de promotor (artículo 9) o bien por su asimilación al mismo (artículo 17.4), incluyó ya sin margen a la duda a estos sujetos dentro del círculo de responsables.

¹⁴⁶ La STS de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743] es explícita en su fundamento de derecho tercero cuando recuerda, con cita de otras sentencias anteriores, que “*no es posible admitir que por medio de artificiosidades jurídicas, se pueda eludir la jurisprudencia de esta Sala que extiende al promotor-vendedor las responsabilidades por vicios ruínógenos con la creación de figuras interpuestas, sea en forma de gestoras inmobiliarias u otras semejantes, cuyo propósito, pese a formar parte de una operación diseñada con la finalidad última de vender una casa construida, sea impedir o traspasar aquellas responsabilidades*”.

Profundiza en esta idea GONZÁLEZ POVEDA (2008, 371), ponente de la sentencia transcrita.

Por su parte, entre los inconvenientes de naturaleza procesal destaca el tratamiento dado a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y el obstáculo a la posibilidad de traer al proceso a otros agentes por parte del promotor demandado.

Así, de un lado, el acreedor solidario podía dirigirse en exclusiva frente al promotor sin que éste pudiera oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario¹⁴⁷ por su incompatibilidad con las reglas de la solidaridad pasiva y, de otro lado, el promotor carecía de mecanismos procesales para provocar la intervención¹⁴⁸ de otros agentes involucrados en el proceso constructivo que hubiesen contribuido eventualmente al daño reclamado.

La LOE no vino a modificar la línea seguida por la jurisprudencia anterior en relación con la responsabilidad solidaria del promotor sino que, más bien al contrario, la consolidó en una norma con rango de ley. Sin embargo, lo que sí introdujo fue el mecanismo procesal contemplado en su disposición adicional séptima, cuya utilidad fundamental, según he expuesto más arriba, fue la de facilitar la tramitación unitaria de las reclamaciones en materia de vicios constructivos a favor del principio de economía procesal.

¹⁴⁷ SSTS de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743], de 22 de junio de 1996 [RJ 1996, 6607], de 4 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 9832], de 17 de marzo de 1993 [RJ 1993, 2018] y de 4 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8793].

¹⁴⁸ ABRIL CAMPOY (2003, 1236), con cita de las SSTS de 28 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 10377] y de 28 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7242], indica que el Tribunal Supremo ha negado al promotor la posibilidad de traer al proceso a los demás intervinientes en la edificación para depurar la concreción de las responsabilidades en atención a sus respectivas cuotas. Nótese, no obstante, que las sentencias citadas por el autor se refieren en realidad a la doctrina que proscribía la posibilidad de que un codeemandado ejercite pretensiones condenatorias frente a otro codemandado por vía de recurso, doctrina ésta que es reconocible también en otras resoluciones más recientes, como las SSTS de 14 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7806] o de 27 de marzo de 2013 [RJ 2013, 3154]. En todo caso, debemos convenir con el autor que, efectivamente, el promotor carecía de mecanismos procesales para traer al proceso a los demás intervinientes en el proceso constructivo ante una demanda selectiva por parte del propietario perjudicado.

2.1.2. LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO LEGAL DE PROMOTOR EN LA LOE

La LOE trajo consigo la primera definición legal de promotor inmobiliario con aplicación unitaria en España¹⁴⁹. Su artículo 9.1 identifica como tal a “*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*”.

El concepto legal de promotor, tal y como resulta del extracto transcrito, alcanza una dimensión más amplia¹⁵⁰ que la que tenía reservada en la jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 Cciv, de manera que determinados elementos que antes resultaban indicadores de su condición ahora no parecen relevantes a tenor de la norma.

El caso más visible es el del requisito del ánimo de lucro. Tal y como hemos expuesto más arriba, la jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 Cciv consideró que éste era uno de los rasgos que caracterizaban al promotor inmobiliario y sirvió como criterio para excluir la responsabilidad decenal de determinados operadores como, por

¹⁴⁹ Hasta entonces, las únicas definiciones legales de la figura podían encontrarse en algunas normas autonómicas con alcance limitado como, en el caso de Cataluña, el artículo 3.1 de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda (BOE de 18 de febrero de 1992, núm. 42), que hoy se encuentra derogada por la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda o, en el caso de la Comunidad de Madrid, el artículo 15 de la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación (BOE de 29 de mayo de 1999, núm. 128).

¹⁵⁰ Existe consenso doctrinal en considerar que la LOE amplía el concepto de promotor inmobiliario que había construido la jurisprudencia. Se refieren a ello, por citar algunos ejemplos, JIMÉNEZ MORAGO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.1), ESTRUCH ESTRUCH (2006, 176-179), GONZÁLEZ POVEDA (2008, 368-369) y MILÁ RAFEL (2014-a, 128). También la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce esta mayor amplitud del concepto en la LOE. Véase, como ejemplo, el fundamento de derecho segundo de la STS de 20 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8664].

ejemplo, las cooperativas de viviendas. Sin embargo, a pesar del abundante cuerpo jurisprudencial generado en torno a esta cuestión, en la configuración legal del promotor inmobiliario no existe ninguna referencia a la concurrencia del ánimo de lucro como rasgo diferenciador de la figura¹⁵¹.

Más controvertida resulta la exclusión del requisito de la profesionalidad del promotor en el desempeño de su cometido. Siguiendo el mismo criterio que para el caso del requisito del ánimo de lucro, debería alcanzarse la conclusión de que el legislador ha optado por no incorporar este rasgo en la caracterización del promotor. A ello debe añadirse que la expresión “*para sí*” contenida en la definición de promotor del artículo 9.1 LOE está dando cabida dentro del concepto no sólo a quien promueve para comerciar con terceros en el mercado, sino también para instituirse como destinatario final de la promoción, tal y como ha apuntado un sector de la doctrina¹⁵².

¹⁵¹ ABRIL CAMPOY (2003, 1240-1244) dice que el legislador rechaza la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual el factor desencadenante de la responsabilidad del promotor era la percepción de un beneficio o la obtención de un lucro, lo que suponía la exoneración de los promotores-mediadores.

Incide también en esta cuestión ESTRUCH ESTRUCH (2006, 176-179) y explica que ésta es la razón por la que, desde la entrada en vigor de la LOE, las cooperativas deben considerarse como promotores a todos los efectos. El mismo autor (2011, 769) invoca la STS de 13 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 329] como gráfico ejemplo del contraste entre la concepción anterior y la vigente de promotor inmobiliario. En aquel caso, sometido al artículo 1591 Cciv, el Tribunal Supremo razonó que el concepto jurisprudencial de promotor anterior a la LOE no incluye a una mutualidad porque ésta no actúa con ánimo de lucro, sino con fines estatutarios. Dicha conclusión no habría sido la misma, tal como se indica en el fundamento de derecho quinto de la propia sentencia, si se hubiese aplicado el concepto de promotor que ahora establece la LOE.

También han razonado en esta línea CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 428 y 485), quienes abundan en que ya no es importante que el promotor actúe con ánimo de lucro ni importa quién sea el titular del suelo (argumento basado en el artículo 17.4 LOE). Y, en la misma línea, MILÁ RAFEL (2014-a, 133) también indica que la intención lucrativa como característica indispensable del promotor a efectos de su responsabilidad como agente de la construcción debe entenderse abandonada a partir de la entrada en vigor de la LOE.

¹⁵² MILÁ RAFEL (2014-a, 131-133) considera que con la LOE se ha perdido la nota de la profesionalidad en la caracterización del promotor inmobiliario en la misma línea que otros autores anteriores a los que cita, como LOPEZ RICHART (2003, 170) o ESTRUCH ESTRUCH (2011, 750-754). En la misma línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe

Sin embargo, otros autores han considerado que la nota de la profesionalidad continúa estando presente en el concepto de promotor inmobiliario a pesar de su omisión expresa en el tenor de la norma, puesto que el fundamento último de su responsabilidad reside en la confianza generada en los adquirentes sobre la viabilidad de la edificación. De otro modo, según apunta esta línea doctrinal, no existiría un criterio de imputación válido conforme al artículo 17 LOE¹⁵³.

Aunque esta segunda postura doctrinal está bien razonada, en mi opinión, la primera resulta más convincente si tenemos en cuenta que la supresión del requisito de la profesionalidad no parece fortuita en el texto definitivo de la LOE, sino que en los borradores manejados durante la tramitación parlamentaria¹⁵⁴ se incluía de manera expresa la referencia al “*ejercicio de una actividad empresarial y profesional*” como parte de una definición legal de promotor que, finalmente, nunca vio la luz.

2.6.b.2) rechaza la presencia de la nota de la profesionalidad en el concepto de promotor conforme a la LOE y afirma que cualquier otro aspecto al margen de su intervención decisoria en el proceso de la edificación carece de relevancia para atribuir la condición de promotor a un sujeto.

¹⁵³ Es la postura que defiende CORDERO LOBATO (2011, 393). La autora considera que a pesar de que el artículo 9.1 LOE no incluye ninguna referencia al ejercicio empresarial de la promoción inmobiliaria, son estos profesionales quienes deben ser considerados promotores a los efectos de la LOE, pues únicamente en estos casos existe un criterio que permita imputar la responsabilidad del artículo 17 LOE. La misma idea la encontramos en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 428 y 485).

También RUIZ-RICO RUIZ (2002, 145-157) se muestra partidario de esta postura cuando conceptúa al promotor inmobiliario como un “*profesional de la actividad edificatoria*”, con exclusión del autopromotor y de la cooperativa de viviendas.

¹⁵⁴ El artículo 15 del anteproyecto de LOE de 1996 (BOCG de 9 de enero de 1996, núm. 146-1 –V Legislatura–, Serie A, proyectos de ley) definía al promotor inmobiliario de la siguiente manera: “*A efectos de esta Ley es promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, en el ejercicio de una actividad empresarial y profesional, decide, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación*”.

Además, en efecto, la inclusión del término “*para sí*” en el artículo 9.1 LOE hace difícilmente sostenible en su literalidad la exclusión del promotor no profesional que se instituye en destinatario final. Cuestión diferente es que esta conclusión, obligada por el tenor de la norma, sea criticable en la medida en que se está equiparando la responsabilidad del promotor no profesional con la del promotor profesional que, se supone, es la que colma de sentido el sistema de garantías configurado legalmente.

Por su parte, el artículo 17.4 LOE extiende expresamente la responsabilidad del promotor a determinadas figuras que realizan funciones análogas, como los promotores-gestores, trasladando al texto positivo la equiparación que ya se había establecido por vía jurisprudencial¹⁵⁵ en interpretación del artículo 1591 Cciv. El precepto dice así: “*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*”.

Tal y como gráficamente se ha apuntado a tenor de la interpretación conjunta de los artículos 9.1 y 17.4 LOE, “*la Ley considera promotor a todo aquel que realiza las funciones de promotor, con independencia de su forma, denominación y de cualquier otra consideración*”¹⁵⁶. La cuestión ahora es cómo reconocer al agente que realiza esas “*funciones*”, habida cuenta la amplitud e imprecisión del concepto legal¹⁵⁷ y la irrelevancia actual del ánimo de lucro y la profesionalidad como señas identificadoras de su perfil.

A mi modo de ver, lo que identifica genuinamente al promotor inmobiliario conforme al vigente concepto legal es la adopción de la decisión misma de edificar, así como su

¹⁵⁵ SSTS de 27 de abril de 2009 [RJ 2009, 274], de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743] y de 15 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3194].

¹⁵⁶ CASTRO BOBILLO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe IV).

¹⁵⁷ ABRIL CAMPOY (2003, 1242) considera que el concepto de promotor que utiliza la LOE, al margen de amplio, es “*vago e impreciso*”.

intervención también decisoria sobre los elementos más esenciales, que no necesariamente técnicos, del proceso de la edificación¹⁵⁸.

Profundizando en esta cuestión, debe observarse que no existe una lista tasada de elementos esenciales del proceso constructivo a los que aparejar la conducta típica del promotor inmobiliario. Más bien nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado de perfiles casuísticos que resultarán de las circunstancias de cada supuesto concreto.

La STS de 6 de abril de 2011 [RJ 2011, 3148], recogiendo una doctrina que ya era válida para la interpretación del artículo 1591 Cciv¹⁵⁹, realiza una aproximación al concepto analizado. Su fundamento de derecho segundo dice así:

“el promotor, como agente que también es de la edificación, según el artículo 9 de la LOE, tiene a estos efectos una eficaz y decisiva intervención en el proceso edificativo, intervención que es continuada y parte desde la adquisición del solar y cumplimiento de trámites administrativos y urbanísticos para la

¹⁵⁸ GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 2693) apunta que será promotor quien decida sobre los elementos esenciales del proceso edificatorio.

De forma parecida ABRIL CAMPOY (2003, 1240-1244) señala que, en la LOE, la nota fundamental que define al promotor inmobiliario es la decisión de acometer la edificación y de impulsarla tras su programación y, por tanto, con la perfección de los respectivos contratos con los profesionales liberales y con el constructor, así como la asunción de la financiación de la misma.

CORDERO LOBATO (2011, 393) considera que merece la calificación de promotor quien tiene una intervención decisoria en la edificación como profesional del mercado inmobiliario. Igualmente, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 428 y 485).

MARTÍNEZ ESCRIBANO (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.2) también considera que lo relevante para atribuir la condición de promotor es la intervención decisoria en el proceso de la edificación, pero sin necesidad de que el sujeto sea un profesional o empresario del sector. En esta misma línea lo considera MILÁ RAFEL (2014-a, 131-133), para quien el elemento determinante de la figura del promotor es la intervención decisoria en el proceso de la edificación, entendiéndose por tal la decisión sobre elementos fundamentales del proceso edificatorio.

¹⁵⁹ Se pronunciaban ya en esta línea las SSTS de 13 de marzo de 2008 [RJ 2008, 4050], de 27 de septiembre de 2004 [RJ 2004, 6187] y de 21 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2233].

edificación hasta llegar a presentar en el mercado un producto que debe ser correcto”.

Siguiendo esta misma línea y tras realizar cita textual del extracto anterior en su fundamento de derecho segundo, la STS de 11 de abril de 2012 [RJ 2012, 5746] da cierta concreción a algunas de las actividades en que consiste la intervención decisoria del promotor:

“(...) lo que impone actividades de elección y contratación de técnicos y constructores idóneos, actividades que permiten su inclusión en el artículo 1591, pues los derechos de los adquirentes no decaen ni resultan desamparados por el hecho de no haber contratado con los constructores, o por el hecho de no haber puesto reparos en el momento de la recepción de las viviendas o locales (...)”

Por su parte la STS de 26 de junio de 1997 [RJ 1997, 5149], en su fundamento de derecho tercero, identifica una serie de conductas relativas al proceso edificatorio que le hacen concluir que el agente interviniente merecía la calificación de promotor. Dice así:

“La tesis que se mantiene en el primer motivo respecto a que los recurrentes no actuaron como promotores en la construcción del edificio, sino como meros gestores y administradores de la Comunidad de Propietarios, no puede admitirse (...), toda vez que (...) contrataron a la empresa «Ferte, SL» para que construyera (...) un edificio de viviendas y locales comerciales, en base al proyecto, memoria y presupuesto ya confeccionados por los Arquitectos señores B. y Q., y en 6 de febrero de 1980, aquellos señores adquirieron por permuta de don Juan S. B. el solar sobre el que se construyó el inmueble, y, además, entre la documental aportada se encuentra la escritura de 3 de julio de 1981, que, sobre declaración de obra nueva, constitución en propiedad horizontal y división material, fue otorgada por los repetidos señores, en unión de otros, apareciendo todos ellos como propietarios del edificio dicho, en proporción a sus respectivas cuotas de participación, y expresándose en esa

escritura que las distintas plantas de que se compone, estaban destinadas a ser enajenadas”

En el fundamento de derecho tercero de la STS de 3 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7006] también se indican ciertas decisiones atribuibles a un promotor inmobiliario que actúa como tal. Así:

“A la vista de cuanto antecede es llano que antes de la firma del contrato por cada cliente captado están determinados el solar, proyecto, arquitectos etc..., de manera que se pueden calcular ingresos, gastos y beneficios para la propia «Renosa», que obliga a firmar el contrato de adhesión-tipo, que tiene confeccionado, a quienes quieran formar parte de la Comunidad; y, aunque después figure en los contratos como representante o mandataria de la misma, es lo cierto que todo lo tenía planeado y que ha impuesto su voluntad en todo lo relativo a la edificación y personas físicas o jurídicas en ella intervinientes, lo que la configura como promotora”

Como creemos, el Tribunal Supremo ofrece en estas resoluciones determinadas pautas para interpretar qué debemos entender por elementos esenciales de la edificación, pero no puede afirmarse que los ejemplos relacionados agoten los supuestos en la práctica forense. Es más, observamos que hay determinadas situaciones como ostentar la propiedad sobre el solar donde se va a llevar a cabo la edificación¹⁶⁰ o

¹⁶⁰ Valga como ejemplo el caso enjuiciado por la STS de 27 de diciembre de 2013 [RJ 2014, 1021] donde se reconoce la condición de promotor al arrendatario financiero, si bien razonando en términos de su legitimación activa. Su fundamento de derecho primero, apartado nueve, dice: *“La legitimación activa corresponde al propietario o dueño de la obra, que ordinariamente coincidirá con el propietario del inmueble, pero que en ocasiones puede corresponder con quien goza de facultades para promover la edificación y usar o explotar lo construido durante un tiempo significativo, con vocación además de llegar a adquirir la propiedad del inmueble, como es el caso del arrendatario financiero”*.

determinadas decisiones como la contratación de los arquitectos¹⁶¹, que no siempre serán atribuibles a decisiones del promotor inmobiliario.

Partiendo de los pronunciamientos jurisprudenciales, la doctrina científica también ha realizado aproximaciones casuísticas a los elementos esenciales del proceso edificatorio, identificando dentro de su ámbito las decisiones relativas a la selección de los terrenos donde se desarrollará la promoción, la elección de la dirección facultativa y la empresa constructora, la aprobación de la cesión del contrato de obra a una nueva empresa constructora, el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, la determinación del estudio económico-financiero de la operación, la elección de la entidad bancaria que otorgará la financiación, la elección de la empresa gestora o el otorgamiento del acto de recepción de la obra¹⁶².

Puede decirse, con carácter general, que tendrán la consideración de decisiones que afectan a elementos esenciales del proceso edificatorio aquellas que, no siendo necesariamente de naturaleza técnica, sean inescindibles o vayan íntimamente ligadas a la decisión misma de edificar, así como a su impulso, programación y financiación.

¹⁶¹ Aunque lo normal será que el promotor elija a los técnicos, también podría ocurrir que éstos fueran elegidos por otro agente de la edificación previamente designado por el promotor. Piénsese, por ejemplo, en la diversidad de supuestos que puede plantear a este respecto un contrato de *project management* o piénsese también en hipótesis infrecuentes pero no descartables, como el caso de que constructor designado por el promotor en una edificación sencilla asuma contractualmente la obligación de elegir y contratar a la dirección de obra.

¹⁶² Coinciden en señalar los tres primeros elementos apuntados tanto GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 2697-2700 y 2724) como MILÁ RAFEL (2014-a, 133). El primer autor añade la determinación del estudio económico-financiero de la operación, la elección de la entidad bancaria que otorgará la financiación, la elección de la empresa gestora o el otorgamiento del acto de recepción de la obra, mientras que la segunda hace alusión a la aprobación de la cesión del contrato de obra a una nueva empresa constructora, el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal.

2.1.3. TIPOLOGÍA DE PROMOTORES INMOBILIARIOS

El artículo 9.1 LOE permite realizar una clasificación de los diversos tipos de promotor inmobiliario que, en parte, es deudora de la que ya hiciera la jurisprudencia recaída en interpretación del artículo 1591 Cciv a la que nos hemos referido en los epígrafes precedentes.

A tenor de este precepto se colige que no existen especiales impedimentos por razón de la personalidad para reunir la condición de promotor (*“será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada”*) ni tampoco por razones de singularidad o pluralidad subjetiva (*“que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación”*).

Tampoco resulta relevante, a tenor de la norma, cuál sea el ánimo subjetivo que impulsa al promotor a edificar, al preverse tanto la posibilidad de que se instituya en destinatario final de la misma (*“para sí”*) como la posibilidad de que la transfiera a un tercero bajo cualquier título (*“o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”*).

Los diversos tipos de promotor que tienen cabida en el concepto han sido tradicionalmente aglutinados en determinados grupos para facilitar el estudio de su problemática específica. Así, vamos a referirnos a continuación separadamente a los promotores profesionales, a los promotores no profesionales que actúan individual o colectivamente y, también de forma separada debido a sus peculiaridades, a las cooperativas de viviendas.

2.1.3.1 *El promotor profesional*

Se considera profesional a aquel promotor que desempeña sus funciones orientadas a la enajenación o explotación del edificio en el mercado, obteniendo así un rendimiento como contraprestación a su actividad empresarial. Esto es, se trata del tipo de promotor que destina la edificación para el tráfico económico con terceros.

La distinción que puede establecerse entre los distintos tipos de promotor profesional es muy relevante a efectos de analizar la trascendencia de su intervención en la obra y, en consecuencia, a fin de dilucidar el alcance de su responsabilidad última en la relación interna con los restantes agentes de la edificación en caso de que el propietario perjudicado plantee una reclamación por vicios constructivos.

Un primer grupo de promotores profesionales es el que conocemos como promotores-constructores, esto es, aquellos promotores que, además de realizar las funciones que son inherentes a esta figura, tienen una intervención directa en la edificación al ejecutar materialmente la obra¹⁶³. Se trataría, por tanto, de una figura sometida tanto al régimen de responsabilidad del promotor como al del constructor, debido a que reúnen en una misma persona esa doble condición.

Un segundo grupo de promotores profesionales es el de los promotores-vendedores, es decir, aquellos promotores que intervienen exclusivamente en su condición de tales, orientando sus esfuerzos a obtener un producto en el mercado, el edificio, para la venta a terceros¹⁶⁴. En su caracterización más típica, esta figura no tiene una intervención material y directa en el proceso constructivo sino que son otros agentes los que se ocupan de acometer físicamente la obra.

Un tercer grupo es el de los denominados promotores-gestores cuya condición viene dada por la asimilación a la figura del promotor que establece el artículo 17.4 LOE¹⁶⁵.

¹⁶³ En la jurisprudencia existen innumerables casos en los que interviene esta figura. Sirvan a título ejemplificativo las SSTS de 27 de febrero de 2008 [RJ 2008, 2143], de 22 de diciembre de 2006 [RJ, 2007, 301], de 27 de mayo de 1996 [RJ 1996, 3920] y STS de 1 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7522].

¹⁶⁴ En la jurisprudencia también abundan los casos en los que interviene esta figura. Pueden citarse los ejemplos de las SSTS 27 de junio de 2012 [RJ 2012, 8014], de 11 de febrero de 2008 [RJ 2008, 1697], de 10 de octubre de 1992 [RJ 1992, 7545] y de 30 de julio de 1991 [RJ 1991, 5424].

¹⁶⁵ Apunta GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 427) que, con el artículo 17.4 LOE, quiere evitarse que se excluya la responsabilidad de las personas que, sin calificarse propiamente como promotores, actúen de hecho como tales.

Se trataría de aquel agente que interviene por cuenta de los propietarios con facultades decisorias¹⁶⁶ sobre los elementos esenciales del proceso edificatorio, tal como ocurre con el caso de los gestores de cooperativas o de comunidades, expresamente contemplados en el precepto¹⁶⁷, así como con otras figuras no expresamente contempladas en el mismo, como podría ser el caso del *project manager*¹⁶⁸.

SANTOS MORÓN (2001, 348), en esta línea, dice que el artículo 17.4 LOE parece estar dirigido a evitar un fraude de ley, de manera que se establece que la responsabilidad legal del promotor “*se extenderá*” a estos promotores encubiertos.

Parecidamente, GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 2697) afirma que la norma no ha hecho más que hacerse eco de la corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo por la que se considera aplicable el 1591 Cciv a personas que han ejercido una influencia decisiva en la promoción. En relación con el régimen de la prueba, este mismo autor (2000, 2715) considera que los autopromotores o los consumidores que pretendan la imputación de responsabilidades al gestor conforma 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. Más recientemente el autor (2010, 115) ha explicado que habría sido conveniente establecer una presunción *iuris tantum* para calificar al gestor como promotor, salvo que pruebe la intervención decisiva del cooperativista o comunero en su proyecto.

¹⁶⁶ La STS de 5 de mayo de 2015 [RJ 2015, 1566] recuerda que no concurre la condición de promotor en quien únicamente asesora a la cooperativa para llevar a cabo la promoción, a diferencia de lo que ocurre en la STS de 27 de abril de 2009 [RJ 2009, 2899] referida al caso del promotor de comunidades, quien sí reúne la condición de promotor por cuanto asume y organiza la edificación por cuenta de la comunidad.

¹⁶⁷ Se reconoce a este tipo de promotor en resoluciones como las SSTS de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743], de 25 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1635] o de 15 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3194].

¹⁶⁸ Esta figura, tal y como apunta CADARSO PALAU (2003, 1525), se ha consolidado como agente de la edificación por influencia de prácticas y procedimientos experimentados en otros países, fundamentalmente del mundo anglosajón. A juicio de este autor (2003, 1532-1534), el servicio prestado por el *project manager* implica algo más que específicas funciones de coordinación y control para alcanzar una misión de organización general u “*orquestación*”. Ello hace que, para el autor, no sea dudoso que el artículo 17.4 LOE habilita para considerar a esta figura como análoga a la del promotor a efectos de su legitimación pasiva.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 485-486) también consideran que el *project manager* se incardina dentro del grupo de los promotores-gestores. Observan estos autores que se trata de un agente que, durante el proceso edificatorio, realiza funciones asignadas en la LOE a los agentes de la edificación ya que, en la práctica, se encarga de gestionar la realización de

Este caso del promotor-gestor debe diferenciarse del gestor que opera como mero mandatario, quien no ostenta facultades decisorias en el proceso de la edificación ni tiene, por tanto, la condición de promotor¹⁶⁹.

2.1.3.2 *El autopromotor individual y colectivo*

Se considera autopromotor a quien, de forma individual o colectiva, realiza sus funciones con la finalidad de instituirse en destinatario final del edificio promovido¹⁷⁰. En el marco de la definición proporcionada por el artículo 9.1 LOE sería aquél que decide, impulsa, programa y financia las obras de edificación “*para sí*”.

En la doctrina judicial se ha definido al autopromotor individual como el “*particular no profesional que programa y contrata con los profesionales con el fin de edificar para su propia utilidad y disfrute*”¹⁷¹.

proyectos técnicos y la dirección de obras, lleva a cabo la contratación de profesionales y suministros, así como el control del presupuesto, de la facturación y de los pagos.

En la misma línea explica esta figura MILÁ RAFEL (2014-a, 201) quien, además, explica la diferencia del *project manager* y el gestor de comunidades o cooperativas por razón del tipo de proyecto, de manera que éstos estarían orientados a un ámbito residencial mientras que aquéllos gestionarían proyectos inmobiliarios más complejos por cuenta de un empresario.

¹⁶⁹ Profundizan en la diferenciación de estas figuras ESTRUCH ESTRUCH (2006, 176-179) y MILÁ RAFEL (2014-a, 211-217). También se refiere a ello MONSERRAT VALERO (2008, 173-174).

¹⁷⁰ GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 2695) indica que la autopromoción supone reunir en una misma persona a quien determina los elementos esenciales de la promoción y a quien será el futuro usuario de la promoción.

¹⁷¹ Fundamento de derecho segundo de la SAP Barcelona de 22 de junio de 2009 [Ac 2009, 1720], citada por MILÁ RAFEL (2014-a, 140-141) como apoyo del concepto limitado de autopromotor individual que la autora propone, referido a aquél sujeto que decide los elementos esenciales del proceso de la edificación y actúa en el ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional, puesto que promueve la edificación con el fin de destinarla a su uso propio o al de su unidad familiar.

Más recientemente la SAP Huesca de 15 de febrero de 2012 [JUR 2012, 94192], sin realizar una definición como tal, sí ha precisado alguno de sus perfiles en su fundamento de derecho quinto al indicar que se trata de una figura que “*no actúa con propósito lucrativo o especulativo y no tiene un efectivo poder*

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE el autopromotor individual no era considerado promotor a efectos de su responsabilidad decenal¹⁷², ni tampoco lo fue durante la tramitación parlamentaria de la norma¹⁷³.

Su inclusión dentro del artículo 9.1 LOE ha merecido un rotundo rechazo por parte de la doctrina científica que ha llegado a sugerir interpretaciones correctoras¹⁷⁴ del

de dirección en el desarrollo de las labores de los agentes constructivos, sino que confía en que todos ellos realizarán su trabajo conforme a la lex artis y a las prácticas de una buena construcción”.

¹⁷² GÓMEZ DE LA ESCALERA (1994, 248) explicaba que este promotor debía responder sólo como vendedor, cuando vende, y no como promotor. El autor defendía su posición poniendo el ejemplo de quien construye para sí su casa de vacaciones y luego se ve en la necesidad de venderla debido a dificultades económicas sobrevenidas antes del transcurso del plazo decenal. A su juicio, no parece que este autopromotor deba responder a tenor del artículo 1591 Cciv.

Por su parte, PANTALEÓN PRIETO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.4) recordaba que el autopromotor nunca había sido considerado como promotor ni para el derecho privado ni para la jurisprudencia desarrollada en relación con el artículo 1591 Cciv.

¹⁷³ El artículo 9.1 del proyecto de LOE de 15 de marzo de 1999 (BOCG de 15 de marzo de 1999, núm. 163-1, V Legislatura, Serie A, proyectos de Ley) indicaba que *“cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación será considerada promotor”*. Puede apreciarse, por tanto, que en los últimos trámites parlamentarios previos a la promulgación de la norma no existía la mención *“para sí”* que contiene el artículo 9.1 del texto definitivo y, por tanto, en tales trámites parlamentarios no estaba contemplado que el autopromotor tuviera la condición de promotor. La inclusión de la mención *“para sí”* que ha dado lugar a la inclusión del autopromotor en el concepto obedeció a la aprobación de la enmienda núm. 26 formulada por el Grupo Parlamentario Vasco (BOCG de 21 de mayo de 1999, núm. 163-9, V Legislatura, Serie A, proyectos de ley), tal como consta reflejado en el informe de la ponencia (BOCG de 21 de mayo de 1999, núm. 163-9, V Legislatura, Serie A, proyectos de Ley).

¹⁷⁴ SANTOS MORÓN (2001, 347) afirma que la consideración del autopromotor como promotor resulta *“sumamente criticable”* porque provoca consecuencias desproporcionadas que probablemente no tuvo en cuenta el legislador. La autora propone una interpretación correctora del artículo 9 LOE en el sentido de excluir del concepto de promotor al particular que construye para sí, aunque luego decida enajenar lo construido.

precepto a fin de evitar que el autopromotor deba responder conforme al artículo 17 LOE.

El propio legislador, consciente de que la plena equiparación entre promotor y autopromotor no era adecuada, modificó¹⁷⁵ la disposición adicional 2ª LOE con la finalidad de no obligar a éste a contratar el seguro decenal cuando promueve una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sí estaría obligado a contratarlo en el caso de que transmitiera el inmueble *inter vivos* antes del transcurso del plazo de diez años y durante el periodo que quedase pendiente, salvo pacto en contrario con el adquirente.

Sin perjuicio de lo anterior, tal y como está configurado en la norma, el autopromotor individual tiene la consideración de promotor a los efectos del régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE y, por tanto, responde frente al adquirente por los vicios constructivos de que pudiera adolecer el edificio transmitido conforme a los plazos y reglas previstas en la norma.

En similar sentido, RUIZ-RICO RUIZ (2002, 147) razona que la expresión “*para sí*”, más que en el autopromotor, está pensando en las cooperativas de viviendas cuyos socios cooperativistas acaban atribuyéndose para sí las viviendas o locales construidos y al frente de las cuales es frecuente que se halle un gestor de cooperativas y comunidades quien, según el artículo 17.4 LOE, será el único sujeto a quien podrá imputársele una responsabilidad en concepto de promotor. No obstante, el mismo autor (2000, 151) reconoce que no puede ocultarse que esa exclusión del autopromotor del elenco de agentes de la edificación a todos los efectos, va a plantear dificultades prácticas, singularmente en el caso de que éste cambie de opinión y decida luego vender la vivienda antes de que transcurra el plazo de diez años de garantía para los defectos estructurales.

También es crítico con esta cuestión ESTRUCH ESTRUCH (2006, 176-179 y 2011, 772-773), a quien le parece “*excesiva*” la consideración de los autopromotores como promotores inmobiliarios, y también MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 179), quien considera la equiparación entre promotor y autopromotor como “*uno de los más graves defectos de la LOE*”.

¹⁷⁵ La reforma de la LOE vino dada por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 2002, núm. 313).

Esta es la interpretación sostenida por algunos autores¹⁷⁶, que aquí compartimos por cuanto es la que se impone a tenor de la norma a pesar de los esfuerzos doctrinales por introducir interpretaciones correctoras, por muy criticables que puedan parecer sus consecuencias.

En este sentido, es cierto que resulta criticable la equiparación entre promotor y autopromotor en la medida en que se iguala la responsabilidad de la persona que va a instituirse en destinatario final de la vivienda (autopromotor) y de la persona que debe dispensar, por sus funciones y su rol en la obra, la máxima garantía en el proceso de la edificación (promotor profesional).

Además resulta claro que, en caso de que el autopromotor enajene después el inmueble a un ulterior adquirente, éste podrá dirigir su acción frente a los restantes agentes de la edificación y también mantendrá frente al autopromotor enajenante las acciones contractuales derivadas del contrato de compraventa. En este contexto, insistimos, parece razonable pretender que el autopromotor que se relaciona en un plano de igualdad con el ulterior adquirente no deba ser responsabilizado como promotor, puesto que en este caso el ulterior adquirente no tendría la condición de parte débil¹⁷⁷, que es la que la ley pretende proteger.

¹⁷⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 488). Exponen estos autores que, a los efectos del régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE, también es promotor el autopromotor, con independencia de si está obligado o no a constituir el seguro obligatorio del artículo 19 LOE, pues el autopromotor responde incluso en aquellos casos en los que, como permite la disposición adicional 2ª LOE, hubiera sido expresamente exonerado de la constitución de garantía por el adquirente.

¹⁷⁷ La posición del ulterior adquirente no nos parece más débil que la del autopromotor no profesional que encargó la edificación inicialmente para sí mismo. Ambas figuras reúnen la condición de propietario eventualmente perjudicado cuya protección se trata de salvaguardar aunque en diferentes momentos temporales: el autopromotor recibe la protección dispensada por la LOE desde el momento de la recepción de la obra y el ulterior adquirente recibe la protección dispensada por dicha norma desde el momento en que se le transmite la propiedad por parte del autopromotor.

Sin embargo creo que, más allá de la razonable crítica o de proponer interpretaciones alternativas *de lege ferenda*, su pretendida exclusión choca de frente con el actual tenor de la norma.

Por otro lado, en lo que concierne a la autopromoción colectiva, su caracterización más típica es la de las comunidades de propietarios de construcción o *ad aedificandum*, definidas como aquellas en las que diversas personas físicas o jurídicas se constituyen en comunidad con la finalidad de adquirir terrenos en los cuales promover la construcción de uno o más edificios para su distribución horizontal en pisos y locales, obteniendo con ello un precio de adjudicación más ventajoso¹⁷⁸.

Igual que ocurre en el caso del autopromotor individual, esta variante de promoción está incardinada dentro del concepto legal del artículo 9.1 LOE y sujeta a la responsabilidad que prescribe el artículo 17 de dicha norma, sin perjuicio de su eventual concurrencia con el promotor-gestor que, por encargo de aquellos, adoptase las decisiones fundamentales de la edificación¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Fundamento de derecho séptimo de la STS de 5 de junio de 1989 [RJ 1989, 1296] y MILÁ RAFEL (2014-a, 157-158).

¹⁷⁹ GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 2695-2696) indica que las comunidades operan como promotores-mediadores en cuanto que actúan en nombre propio y por cuenta del comunero, pero la condición de promotor reside en el socio o comunero y no tanto en la agrupación, por ser principalmente aquél y no ésta quien arriesga su patrimonio personal. No obstante, considera que excepcionalmente puede ser la agrupación quien, en beneficio de todos sus miembros, actúe por cuenta propia –como promotor convencional– entregando edificaciones a terceros.

Por otra parte, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 487), así como MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 180-181), coinciden en afirmar que normalmente tendrá la consideración de promotor el gestor profesional a quien los comuneros encomienden las actividades propias de la promoción. Sin embargo, los primeros autores citados (2012, 487) consideran que si no existe ese promotor-gestor, y aunque exista según la STS de 31 de enero de 2003 [RJ 2003, 647], todos los comuneros tienen la condición de promotores aunque lo hagan para sí mismos. La segunda autora citada (2007, 182-183), por su lado, indica que si las decisiones fueran adoptadas por los comuneros, cada uno actuaría de forma análoga a un autopromotor individual aunque conjuntamente con los demás comuneros, en cuyo caso sí podría entenderse que el promotor es la comunidad.

2.1.3.3 *Las cooperativas de viviendas*

Las cooperativas de viviendas representan la modalidad más frecuente de cooperativa¹⁸⁰ y tienen por finalidad asociar a personas físicas que precisan alojamiento o locales para sí mismos y las personas que con ellas convivan¹⁸¹.

Estas agrupaciones no responden a la idea de la autopromoción en la medida en que no promueven la construcción de edificios para sí mismas sino, más bien, para su posterior “*entrega o cesión*” a sus socios, en los términos previstos por el artículo 9.1 LOE.

Con anterioridad a la LOE las cooperativas de viviendas no eran consideradas como promotores a efectos de responsabilidad decenal por faltar en ellas el ánimo de lucro característico de la figura¹⁸².

MILÁ RAFEL (2014-a, 174-175) considera que, con la LOE, los comuneros responden como promotores independientemente de que concurra en ellos la nota del ánimo de lucro al hacerse referencia en el artículo 9.1 LOE al término “*colectivamente*”.

¹⁸⁰ MILÁ RAFEL (2014-a, 182-183).

¹⁸¹ Definición dada por el artículo 89.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas (BOE de 17 de julio de 1999, núm. 170). El precepto añade que las cooperativas de viviendas “*pueden tener como objeto, incluso único, en cuyo caso podrán ser socios cualquier tipo de personas, el procurar edificaciones e instalaciones complementarias para el uso de viviendas y locales de los socios, la conservación y administración de las viviendas y locales, elementos, zonas o edificaciones comunes y la creación y suministros de servicios complementarios, así como la rehabilitación de viviendas, locales y edificaciones e instalaciones complementarias*”. Esta norma se desarrolla mediante Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el reglamento del registro de sociedades cooperativas (BOE de 15 de febrero de 2002, núm. 40). En el ámbito autonómico las comunidades han asumido también competencias conforme al artículo 149.3 de la Constitución.

¹⁸² Así lo indican PANTALEÓN PRIETO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página), RUIZ-RICO RUIZ (2002, 156), ABRIL CAMPOY (2003, 1233-1234) y MILÁ RAFEL (2014-a, 188-189). Se pronuncian en este sentido las SSTs de 13 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 329], de 8 de junio de 1992 [RJ 1992, 5168] y de 24 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6279].

Conforme a la LOE, su incardinación tampoco ha sido pacíficamente admitida. Algún autor ha defendido que ni cooperativas ni cooperativistas pueden tener la consideración de promotores, del mismo modo que no lo eran conforme al artículo 1591 Cciv, por carecer en ellos la condición de profesionales¹⁸³.

Otros autores coinciden en considerar que los cooperativistas no pueden reunir la condición de promotores, pero sí la propia cooperativa cuando actúe en ausencia de un gestor con intervención decisoria¹⁸⁴, puesto que su exclusión absoluta del concepto de promotor en los términos que lo hacía la jurisprudencia recaída en interpretación del artículo 1591 Cciv no resulta sostenible habida cuenta la inclusión del término “*colectivamente*” en el tenor del artículo 9.1 LOE¹⁸⁵.

Esta segunda opción me parece más acertada, si bien con un importante matiz. En mi opinión, la sola existencia de un promotor-gestor que opere como mandatario de la cooperativa de viviendas no excluye la responsabilidad –o corresponsabilidad– de la cooperativa como promotor. Habrá que atender a las circunstancias concretas del caso y dilucidar si, con independencia de la intervención de un promotor-gestor, la cooperativa de viviendas se reservó facultades con trascendencia sobre el proceso edificatorio o de algún modo adoptó decisiones sobre sus elementos fundamentales¹⁸⁶.

¹⁸³ RUIZ-RICO RUIZ (2002, 156).

¹⁸⁴ Esta es la tesis seguida por CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 487) y MILÁ RAFEL (2014-a, 194-195).

¹⁸⁵ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 487) y MONSERRAT VALERO (2008, 174-175).

¹⁸⁶ En el caso de que el promotor-gestor haya operado como único promotor, por haber asumido en exclusiva la totalidad de las decisiones fundamentales sobre el proceso de la edificación, será éste quien responderá. Así ocurrió en el caso enjuiciado por la STS de 27 de abril de 2009 [RJ 2009, 2899].

2.1.4. PROMOCIÓN INMOBILIARIA EN LA POST CRISIS. LOS CONTRATOS DE PROMOCIÓN DELEGADA

En nuestro país el sector inmobiliario ha sufrido de manera muy acusada los efectos devastadores de la crisis económica mundial, como es notoriamente conocido. Una de las principales consecuencias experimentadas ha sido la contracción del mercado y su consecuente redimensionamiento, que ha dado lugar a una sensible disminución de los operadores que actúan en el ámbito de la construcción.

Hemos presenciado durante los últimos años el entierro de un sinnúmero de compañías promotoras que, ante la imposibilidad de dar salida a sus proyectos, caían en estado de insolvencia y eran liquidadas en el seno de procedimientos concursales dejando inacabadas sus promociones en curso.

Esta situación ha acentuado el fenómeno de la adquisición de inmuebles en proceso de construcción, fenómeno que no es nuevo ni era desconocido en la precrisis, pero que ahora se ha visto amplificado en un contexto muy diferente que ha tenido como protagonista a la banca.

Así, las entidades que antes intervenían concediendo financiación para los proyectos inmobiliarios de sus clientes, ante la insolvencia de éstos, se han visto en ocasiones obligadas por las circunstancias a adjudicarse sus activos y a finalizar las promociones con la intención de darles salida en el mercado para mitigar su pérdida¹⁸⁷.

Lo normal, teniendo en cuenta que las entidades financieras no tienen por objeto edificar inmuebles, es que estas labores sean delegadas en profesionales del sector (señaladamente, promotores-gestores conforme a la clasificación expuesta más arriba) sin perjuicio de que el beneficiario de la operación sea la propia entidad financiera.

¹⁸⁷ Esta situación ha contribuido al conocido fenómeno del “*enladrillamiento de la banca*”. Se refiere a ello GONZÁLEZ TAUSZ (2010, 96-97).

Nos planteamos, por tanto, si las entidades financieras operan como auténticos promotores ante estos peculiares escenarios y si merecen responder conforme al artículo 17 LOE en caso de que los edificios ulteriormente transmitidos adolezcan de vicios constructivos.

Para abordar esta cuestión nos enfrentamos a una casuística jurisprudencial muy escasa. No abundan los ejemplos en los que el Tribunal Supremo haya resuelto casos semejantes y los pocos ejemplos parecidos que hemos detectado no nos permiten ser categóricos en nuestras conclusiones, normalmente debido a la escasez de pronunciamientos y a las particulares circunstancias concurrentes en cada caso.

La STS de 23 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 10111] absolvió de responsabilidad a una caja por considerar que no reunía la condición de promotor, sino sólo de propietario original y mero mandatario, en el caso de una edificación defectuosa levantada sobre terrenos previamente urbanizados por la entidad. Su fundamento de derecho segundo razona como sigue:

“(...) improcedencia del empeño que en el mismo se pone en que se considere promotor a la «Caja de Ahorros del Mediterráneo» demandada, cuando la sentencia ha comenzado sus razonamientos declarando que la misma «no efectuó en su nombre gestiones propias de promoción de la vivienda», sino las gestiones necesarias para la constitución de la Urbanización «Gormaig» en terrenos de su propiedad en Cocentaina, vendiendo al señor R. C., entre otros, una parcela de 2.401 metros cuadrados, tras dotarla de los servicios de electricidad, agua, suministro de energía eléctrica, encintado de aceras, etc., pero sin intervenir, en propio nombre en la construcción del chalet en el que se han advertido los defectos, el cual se realizó por los ya dueños de la parcela, aunque la Caja contratase servicios propiamente constructivos por su encargo «actuando como mandatario» de aquéllos, situación que el juzgador estima, razonablemente, que no la incluye en el círculo de responsables -ex art. 1541 del Código Civil- por los defectos de la obra alegados por los actores, ya que, según afirma el Tribunal de instancia no efectuó gestiones de promoción de la vivienda propios de este cometido, que son los tendentes

«a coordinar las actividades técnicas, jurídicas y de realización material por los profesionales que estima adecuados», actuando en propio nombre, sino «limitándose a cumplir un encargo efectuado por quien, sobre terreno propio, va a edificarse una vivienda»».

La STS de 28 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 2874], sin embargo, considera que el banco sí actuó como promotor inmobiliario porque asumió responsabilidades relacionadas con el proceso de urbanización que tuvieron incidencia sobre el curso de las obras. Así se razona en su fundamento de derecho tercero:

“Y finalmente tampoco ofrece duda la legitimación pasiva del Banco Español de Crédito pues (...) es evidente que actuó como promotor con asunción de responsabilidades respecto de la urbanización (...), y sobre todo de una intervención tan relevante como la de haberse modificado el plazo del proyecto de urbanización merced a su recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 1990 (rec. 271/1986, interpuesto por la entidad Banco Español de Crédito, SA contra la Resolución de 2 de abril de 1986 de la Consejería de Ordenación del Territorio, Medio Ambiente y Vivienda de la Comunidad Autónoma) resuelve el problema planteado («si es conforme a derecho la determinación del acuerdo aprobatorio del proyecto de urbanización impugnado en la que se fija un plazo máximo de seis meses para la efectiva terminación de las obras de urbanización que en dicho proyecto se contemplan») en el sentido de anular la concreta determinación de dicho Proyecto de Urbanización en la que se fija el plazo máximo de seis meses para la efectiva terminación de las fases I y II de Pinosol”.

En el caso resuelto por la SAP Zaragoza de 13 de diciembre de 2016 [JUR 2017, 6867], la sala calificó como promotor y condenó como tal a la entidad financiera que asumió el protagonismo en la comercialización de una promoción inmobiliaria iniciada por un promotor, cliente suyo, quien atravesó dificultades para concluirla durante el periodo de la crisis económica. En su fundamento de derecho tercero, la sentencia

evalúa así la conducta de la entidad financiera y su capacidad decisoria a efectos de atribuirle esa condición de promotor:

“Es incontestable a tenor del resultado de la prueba, lo que en el juicio ni por los términos de las preguntas se llegó a discutir, el que Bantierra asumió un absoluto protagonismo en la venta de viviendas, no como un mero comercializador de la misma, sino tomando la decisión de qué se vendía, a quien se vendía, cual era el precio y, que es lo relevante a los efectos que ahora interesan, asumiendo el compromiso de arreglar las deficiencias que presentaran las viviendas. Protagonismo que tenía una razón económica evidente, y aunque no afloró en el proceso el acuerdo interno entre promotora y financiador resulta incontestable: en razón a la crisis económica la comercialización de la promoción económica fracasó y con ello la posibilidad de atender el préstamo al promotor, lo que llevó a que la entidad financiera pasara a asumir el control de facto de la promoción, comercializándola directamente como si fuera propia, aunque no estuviera titularizada a su favor, aplicándose directamente el importe de las ventas al pago del préstamo a promotor.

Ello a criterio de la Sala sería suficiente para defender y aceptar el planteamiento de la demanda de que asumió una posición singular, mezcla del promotor encubierto, de la de verdadero vendedor. Posición que terminó cristalizando, que es lo relevante, pues es causa de pedir específica en la demanda, (y sin concreta respuesta en la instancia), y resultó probado en términos concluyentes, la de que la financiadora asumió cuando menos una posición de garante para el supuesto de incumplimiento del titular de la promoción de sus obligaciones de reparación o subsanación de las deficiencias constructivas. Y esa posición de garante se tuvo que representar para los compradores como esencial, atendida la notoria situación económica de la productora”

Consideramos que no existe una respuesta unívoca para la pregunta de si los bancos tendrán la consideración de promotores inmobiliarios ante las situaciones descritas, ya que dependerá de las particulares circunstancias de cada caso. No obstante, en la

medida en que éstos no se dediquen exclusivamente a financiar sino que adopten decisiones con trascendencia sobre el proceso de la edificación¹⁸⁸, es razonable su incardinación dentro del concepto de promotor.

A este respecto entendemos que la delegación de las funciones de promoción en un *project manager*¹⁸⁹ no será suficiente para exonerar de responsabilidad a la entidad financiera que ulteriormente transmita un edificio afectado por defectos constructivos a un tercero.

Es claro que, ante estos supuestos, el *project manager* podrá ser considerado promotor por vía del artículo 17.4 LOE si el edificio transmitido cuenta con vicios o defectos. Pero, además, entendemos que nada obsta a que el banco pueda ser considerado también como promotor y corresponsable¹⁹⁰ de los vicios sin perjuicio, naturalmente, de

¹⁸⁸ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 428) indican que no tiene la condición de promotor el banco que se limita a financiar la promoción salvo que, además de financiar, tenga una participación decisoria en la misma.

¹⁸⁹ Nos referimos al caso del *project manager* porque es el que más dudas podría suscitar. Si el banco contratase por su cuenta a los diversos participantes en el hecho constructivo (dirección de obra, constructor, etc.) la cuestión sería menos problemática puesto que habría menores dificultades para entender que el banco ha adoptado decisiones fundamentales a tenor de la jurisprudencia expuesta en los epígrafes precedentes.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 96-97) explica que aquellos promotores que delegan sus funciones en terceros pero responden contractualmente frente a los destinatarios finales son “*promotores formales*”, mientras que la sociedad de *project management* que mediatiza sus decisiones sería un “*promotor de hecho*”. El autor entiende que el consumidor podrá accionar tanto contra el “*promotor formal*” como contra el “*promotor de hecho*”, sin perjuicio de que su decisión pueda venir motivada por quién de ellos pueda tener una mayor solvencia.

Por otra parte, CADARSO PALAU (2003, 1536-1538) mantiene que el *project manager* es un agente de la edificación, pero también es un agente de la propiedad. De este modo el gestor, que es agente y prolongación del propietario, incrementa la implicación de éste y su intervención decisoria en el proceso constructivo, lo que no puede estar exento de consecuencias a juicio del autor. A este respecto, afirma el autor que la propiedad que se sirve de un gestor de proyecto es una propiedad “*fuerte*” que dispone de un innegable poder decisorio en las vicisitudes que conducen al producto final. El propietario que contrata a un gestor de proyecto encomendándole una misión de conjunto, dice el autor, no lo hace desinteresándose del resultado final sino que busca asegurar al máximo la obtención de un resultado.

la posibilidad de resarcirse en la vía de regreso frente a los agentes de la edificación que contribuyeron material y causalmente al daño.

Abona esta tesis la interpretación conjunta de los artículos 9.1 y 17.4 LOE. De un lado, ningún problema habría para considerar que el banco tiene la condición de promotor a los efectos del artículo 9.1 LOE ya que se trataría de aquel que impulsa la edificación “*para su posterior enajenación*” a terceros. Y, de otro lado, el artículo 17.4 LOE permite sostener que la responsabilidad del *project manager* (promotor-gestor) no sustituye la responsabilidad de la entidad financiera (promotor-vendedor), sino que la complementa. Así debe entenderse el precepto cuando indica que la responsabilidad “*se extenderá*” a estos gestores.

Esta conclusión que alcanzamos en relación con los bancos que promueven la finalización de obras en curso puede ser extrapolable a otros casos de promoción delegada cuyo impulsor sea cualquier otro operador del mercado inmobiliario. Ahora bien, la situación analizada puede complicarse si, en lugar de delegarse la promoción en un *project manager*, tal delegación se produce en el contexto de operaciones complejas de inversión inmobiliaria, habituales en el mercado actual, como lo serían los contratos de *forward funding*.

Estos *forward funding agreements* son contratos atípicos impuestos por la práctica del tráfico inmobiliario que normalmente presentan elementos de contratos tradicionales como el de compraventa de cosa futura, del préstamo, de la promoción inmobiliaria, del contrato de obras y del arrendamiento de servicios, próximos al mandato o el corretaje¹⁹¹.

¹⁹¹ La doctrina judicial de los últimos años se ha enfrentado al análisis de este tipo de contratos. Este es el caso de la SAP Valencia de 20 de julio de 2009 [JUR 2009, 375038], de la SAP Madrid de 23 de noviembre de 2012 [JUR 2013, 10023], cuyo fundamento de derecho primero es muy ilustrativo, o de la SAP Islas Baleares de 11 de noviembre de 2014 [JUR 2015, 50792].

Por parte de la doctrina científica, PÉREZ RIVARÉS (2006, consultado en versión electrónica, sin número de página), quien aborda con mayor grado de detalle la naturaleza jurídica de este tipo de contratos, apunta que la figura está importada de la práctica inmobiliaria de matriz anglosajona y también se utiliza en otros ámbitos ajenos al propiamente inmobiliario.

En su variante más habitual, mediante esta operación el comprador adquiere una parcela sobre la que ya se ha comenzado a construir un edificio. Las obras de construcción se realizan a través de un contrato de promoción delegada en el que el promotor-vendedor se obliga a impulsar y terminar la construcción, así como a entregarla ya arrendada a un tercero. El promotor-vendedor recibe la totalidad o una parte importante del precio de la compraventa en el momento de escriturar, de manera que éste obtiene la financiación necesaria para construir el inmueble directamente del comprador, aunque habitualmente a un tipo mayor que el que ofrece el mercado bancario.

Esta modalidad contractual presenta ventajas para el promotor-vendedor. Por una parte, éste minimiza su riesgo de mercado ya que se asegura la venta de su producto en una fase muy temprana de la construcción. Por otra parte, la fórmula permite a este promotor-vendedor obtener la financiación necesaria para su proyecto con el precio pagado por el comprador.

Desde la perspectiva del comprador, éste se ve beneficiado al ir obteniendo por accesión el edificio durante el desarrollo de la obra, asegurándose así que el pago del precio se destina por parte del promotor-vendedor a su construcción, así como también se ve beneficiado al obtener finalmente un edificio terminado y ya comercializado que le permite hacer suyos los rendimientos del contrato de arrendamiento suscrito con el tercero desde la finalización de la obra, todo ello sin necesidad de verse involucrado en las tareas propias de promoción inmobiliaria ni de búsqueda y localización de potenciales arrendatarios. Se trata de una fórmula a la que recurren con cierta frecuencia las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario, creadas por la Ley 11/2009, de 26 de octubre¹⁹² y conocidas por su acrónimo, SOCIMI.

En la doctrina inglesa, esta figura se concibe esencialmente como una fórmula de financiación para el promotor inmobiliario. Así, GARFIELD y AVENS (2017, consultado en versión electrónica, sin número de página).

¹⁹² La Ley 11/2009, de 26 de octubre (BOE de 27 de octubre de 2009, núm. 259) tiene por objeto establecer las especialidades del régimen jurídico de las SOCIMI que, sin perjuicio de lo dispuesto con

En un reparto de riesgos ideal, desde esta perspectiva del comprador, el promotor-vendedor es quien concibe y asume el total impulso del proceso de la edificación, de manera que lo único que interesa al comprador es su faceta como inversor, la cual le permite obtener un producto final acabado y listo para ser explotado económicamente en el mercado del alquiler sin involucrarse en las cuestiones propias de la promoción¹⁹³.

Ahora bien, en la práctica no es infrecuente que el comprador llegue a tener una cierta intervención durante el proceso edificatorio o controle de algún modo la construcción mediante organismos técnicos. Ello puede conducir a que, en la medida en que el comprador juegue un papel decisivo con trascendencia sobre el proceso, pueda llegar a ser considerado como promotor de la edificación¹⁹⁴ y tener responsabilidad frente a ulteriores adquirentes de ese edificio, si fuera el caso, ante una posterior transmisión del edificio con defectos sancionados por la LOE.

carácter especial en la misma, se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre, y por la Ley 24/1988, de 28 de junio, del Mercado de Valores. El objeto de las SOCIMI aparece identificado en el artículo 2 de la citada Ley 11/2009 y contempla, entre otras, “*la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento*”.

¹⁹³ PÉREZ RIVARÉS (2006, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe IV.c) explica que atribuir al comprador una participación importante en la concepción y edificación del proyecto supondría adulterar el reparto ideal de papeles entre ambos actores, con riesgo de que dicho comprador se viera afectado por las responsabilidades propias de un promotor, constructor o proyectista.

¹⁹⁴ Obsérvese además que el “*nomen*” habitualmente utilizado en la práctica para denominar a este tipo de acuerdos (“*contratos de promoción delegada*”) no ayuda a disociar los papeles de comprador y vendedor en su relación con el proceso edificatorio. A este respecto, si existe un “*promotor delegado*” puede pensarse que es porque también existe un “*promotor delegante*”, de manera que si lo que se pretende es que el vendedor asuma realmente la concepción e impulso de la edificación en toda su extensión, lo propio sería hablar pura y simplemente de un contrato de “*promoción*” y no de “*promoción delegada*”.

Aunque no puede decirse que esta modalidad de promoción delegada sea nueva, lo cierto es que se ha hecho notar con frecuencia en la práctica inmobiliaria debido a las circunstancias impuestas tras el estallido de la crisis económica mundial en el año 2008 y todavía se mantiene en nuestros días, conviviendo con las formas más tradicionales de promoción inmobiliaria.

Resulta difícil imaginar la dimensión que puede alcanzar el sector en el largo plazo, pero parece razonable pensar que el vigente concepto legal de promotor inmobiliario tendrá una virtualidad lo suficientemente amplia como para alcanzar a las futuras formas de promoción inmobiliaria. En todo caso, el acervo jurisprudencial en esta materia, construido durante décadas y todavía hoy a fuerza de enfrentarse a textos legislativos deficientes, permite ser optimista en lo que concierne a la eventual necesidad de ofrecer respuestas eficaces ante las realidades del sector que están por venir.

2.2. EL PROMOTOR COMO GARANTE DEL BUEN RESULTADO FINAL DEL EDIFICIO EN LA RELACIÓN EXTERNA

En la relación externa el promotor inmobiliario está sujeto a un régimen de responsabilidad agravada frente al propietario perjudicado, de forma que responde solidariamente por los vicios constructivos que presente el edificio en su condición de garante del buen resultado final¹⁹⁵.

En el articulado de la LOE no existe ninguna referencia expresa a la función de garantía que cumple el promotor, sin embargo, ésta se advierte en la exposición de

¹⁹⁵ Como veremos más adelante, esta garantía del promotor tiene naturaleza provisional en el sentido de que éste responderá frente al propietario perjudicado sin perjuicio de la posibilidad de resarcirse en la vía de regreso frente a los demás agentes de la edificación, en función de determinadas circunstancias.

motivos de la ley y se desprende con facilidad de su artículo 17.3¹⁹⁶, precepto que recoge la tesis jurisprudencial recaída en interpretación del artículo 1591 Cciv en lo que concierne a esta cuestión¹⁹⁷.

La doctrina científica¹⁹⁸ ha manifestado una opinión que puede considerarse unánime en este sentido, siendo pacíficamente admitida la condición de garante del promotor en la relación externa frente al propietario perjudicado.

La moderna jurisprudencia también mantiene esta misma concepción del rol desempeñado por el promotor inmobiliario y se refiere a él como el “*responsable último y*

¹⁹⁶ El apartado tercero de la exposición de motivos de la LOE pone en relación la figura del promotor con la función de garantía, en los siguientes términos: “*para los distintos agentes que participan a lo largo del proceso de la edificación se enumeran las obligaciones que corresponden a cada uno de ellos, de las que se derivan sus responsabilidades, configurándose el promotor como una persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso y a la que se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir*”. No queda claro si la “*obligación de garantizar*” a la que se refiere este inciso guarda relación con la función que cumple el promotor, como agente que asume la imputación universal de responsabilidades por los daños materiales o, quizás, a la obligación de suscribir las garantías a las que después se refieren los artículos 9.1 d y 19, y la disposición final 2ª LOE. Sin perjuicio de lo anterior, la configuración del promotor como garante universal se extrae de la expresión al inicio del artículo 17.3 II LOE, que establece: “*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*”.

¹⁹⁷ Así, SANTOS MORÓN (2001, 326-327), CARRASCO PERERA (2002, 36), RUIZ-RICO RUIZ (2002, 139) y ARNAU MOYA (2004, 246-247).

¹⁹⁸ La generalidad de los autores que han estudiado el régimen de responsabilidad del promotor inmobiliario conforme a la LOE consideran que éste opera como garante frente al propietario. Debemos citar en este sentido a CADARSO PALAU (2000, 7), GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 427), GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 2701-2703), SANTOS MORÓN (2001, 326-327), CARRASCO PERERA (2002, 36), LÓPEZ RICHART (2002, 14), RUIZ-RICO RUIZ (2002, 145), ABRIL CAMPOY (2003, 1240-1244), MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2003, 2446 y, más específicamente, 2450), ARNAU MOYA (2004, 246-247), FEMENÍA LÓPEZ (2004, 230-231), GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 7-9), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 194 y, más recientemente, 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.2.C.a), VARGAS BENJUMEA (2007, 4), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 428), MILÁ RAFEL (2014, 347-349) y ÁLVAREZ OLALLA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3.1).

*solidario de los defectos constructivos*¹⁹⁹, el “*responsable casi exclusivo*” y “*garante de la calidad del producto final elaborado*”, o “*el más importante*”²⁰⁰ de entre los agentes que intervienen en el proceso constructivo a efectos de dotar del debido sistema de garantías al sistema previsto en la Ley.

Debe observarse que la configuración de esta responsabilidad tiene carácter objetivo²⁰¹ toda vez que se prescinde de la culpa como criterio de imputación. Resulta irrelevante que el promotor inmobiliario haya influido causalmente en el resultado dañoso bien sea mediante la ejecución de la obra con sus propios medios, bien tomando desacertadas decisiones de naturaleza técnica o bien mediante cualquier otra conducta susceptible de provocar directamente un daño.

La función de garantía que cumple el promotor inmobiliario determina una responsabilidad propia y diferenciada de la del resto intervinientes en el proceso de la edificación hasta el punto de que la solidaridad se convierte en la regla general de

¹⁹⁹ Véase el fundamento de derecho séptimo de la STS de 15 de junio de 2016 [RJ 2016, 2766].

²⁰⁰ Son expresiones contenidas en el fundamento de derecho segundo y tercero de la STS de 11 de abril de 2012 [RJ 2012, 5746] y en el fundamento de derecho primero de la STS de 18 de septiembre de 2012 [RJ 2012, 9014].

²⁰¹ GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 2694) expone que para que nazca la responsabilidad del promotor debe producirse el incumplimiento de su prestación y, dada esa configuración como una obligación de resultado, no resulta necesario analizar si existió culpa o no en la actuación del promotor. El autor argumenta, además, que el promotor tiene responsabilidad por el riesgo que ha creado mediante la construcción de una edificación, de modo que no es un simple vendedor.

En similares términos se pronuncian también SANTOS MORÓN (2001, 326-327), ABRIL CAMPOY (2003, 1240-1244), MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2003, 2450-2452), MONSERRAT VALERO (2008, 173) y ÁLVAREZ OLALLA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3.1) cuando exponen, según los casos, bien que el promotor responde legalmente y al margen de su contribución causal en la producción del daño o bien que estamos en presencia de un criterio de imputación objetivo, sin que sea necesario que concurra negligencia en la actuación del promotor para que sea considerado responsable.

responsabilidad para este agente en detrimento de la regla general de individualización que resulta aplicable a los demás²⁰². Se produce así una suerte de inversión de la regla general sobre individualización de la responsabilidad en el caso del promotor inmobiliario.

El régimen de la solidaridad pasiva del promotor ha sido objeto de análisis detallado en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha sentado doctrina casacional recientemente en relación con el efecto interruptor de la prescripción²⁰³. Según se aprecia, cuando el propietario dirige su reclamación frente a cualquiera de los agentes que se encuentran unidos por vínculos de solidaridad con el promotor, la prescripción se entiende también interrumpida frente a éste. Sin embargo, no ocurre lo mismo a la inversa ya que la reclamación efectuada frente al promotor, por sí sola, no interrumpe la prescripción respecto del resto de agentes de la edificación.

Esta reciente jurisprudencia no sólo es una manifestación más del régimen agravado al que se enfrenta el promotor, sino que también es útil por cuanto ayuda a comprender el régimen de la solidaridad pasiva de este agente, establecida *ex lege* y desde el inicio, frente a la responsabilidad solidaria “*impropia*” que pueda imponerse a otros agentes de la edificación a tenor del resultado probatorio en un proceso, la cual no nacerá por ministerio de la ley sino por virtud de la sentencia que la imponga.

El severo régimen de responsabilidad al que se halla sujeto el promotor obedece a diversas razones que han sido explicadas por la doctrina. Para algunos autores, el motivo es que el promotor asume una obligación de resultado para con el adquirente

²⁰² CADARSO PALAU (2000, 7), GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 2701-2703), RUIZ-RICO RUIZ (2002, 140), MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2003, 2446) y GONZÁLEZ POVEDA (2008, 368-369).

²⁰³ STS de 16 de enero de 2015 [RJ 2015, 277], fundamento de derecho segundo; STS de 20 de mayo de 2015 [RJ 2015, 2256], fundamento de derecho segundo y parte dispositiva; STS de 17 de septiembre de 2015 [RJ 2015, 4006], fundamento de derecho segundo; STS de 1 de julio de 2016 [RJ 2016, 3160], fundamento de derecho tercero; STS de 27 de junio de 2017 [RJ 2017, 3197], fundamento de derecho tercero y STS de 15 de febrero de 2018 [RJ 2018, 570], fundamento de derecho segundo.

del edificio²⁰⁴. Otros autores ponen el énfasis en la condición de profesional del promotor inmobiliario y en la confianza generada en los terceros adquirentes²⁰⁵. Y, finalmente, otros autores lo han justificado en motivos como la decisiva intervención del promotor en el proceso edificatorio, su consideración como beneficiario económico de negocio jurídico en el que se manifiesta actualmente la construcción de viviendas o la protección merecida por los adquirentes de viviendas como parte débil en el tráfico²⁰⁶.

No obstante, este régimen de responsabilidad del promotor que, efectivamente, es agravado por su condición de garante y objetivo en el sentido de que se prescinde del elemento culpabilístico como criterio de imputación, encuentra sus límites en las causas de exoneración establecidas en el artículo 17.8 LOE. Así, consideramos que el promotor no responderá frente al adquirente cuando pueda probar que el daño fue ocasionado por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por causa imputable al propio perjudicado por el daño.

Algún autor²⁰⁷ disiente de esta apreciación al considerar que las causas de exoneración del artículo 17.8 LOE podrán ser invocadas por los demás agentes de la edificación para romper la presunción de responsabilidad y de nexo causal, pero no por el promotor debido a su condición de garante y a su responsabilidad “*en todo caso*” conforme prescribe el artículo 17.3 LOE.

²⁰⁴ GONZÁLEZ TAUSZ (2000, 2694), ARNAU MOYA (2004, 249) y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA (2011, 8).

²⁰⁵ VICENTE DOMINGO (2000, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2. c), RUIZ-RICO RUIZ (2002, 145), MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2003, 2448), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 428).

²⁰⁶ ESTRUCH ESTRUCH (2011, 793-797).

²⁰⁷ ARNAU MOYA (2004, 199-200).

Sin embargo, pienso que la aparente antinomia que existe entre los apartados 3 II y 8 del artículo 17 LOE²⁰⁸ debe ser salvada conforme a una interpretación teleológica que impide considerar al promotor como garante de los riesgos generales de la vida que corresponde asumir a un propietario en su condición de tal.

En este sentido, por mucho que los daños en el edificio afloran dentro del plazo decenal, trienal o anual al que se refiere el artículo 17.1 LOE, opino que el promotor no debe responder si el daño no se anuda al incumplimiento de los requisitos de calidad que pretende preservar la ley, sino a causas extrañas al proceso edificatorio que son determinantes de su resultado²⁰⁹.

Por ello, parece excesivo admitir que el promotor que ha cumplido con el resultado que le es jurídicamente exigible y ha entregado un edificio que cumple con todos los requisitos de calidad que le impone la legislación en vigor, deba responder frente al propietario cuando consiga acreditar que el daño se debió a fuerza mayor o caso fortuito, a un acto de tercero (en el bien entendido de que no puede considerarse tercero,

²⁰⁸ El apartado 3.II y el apartado 8 del artículo 17 LOE entran en conflicto porque mientras el primero establece la responsabilidad “*en todo caso*” del promotor, el segundo establece que “*las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño*”. Cabe plantearse, por tanto, si la expresión “*en todo caso*” comprende también estos supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero y acto del perjudicado por el daño, que se configuran como causas expresas de exoneración para los agentes de la edificación, en principio, sin distinción subjetiva.

²⁰⁹ A efectos de ilustrar nuestra postura, piénsese en el caso de un meteorito que derriba un edificio cuya recepción se produjo dos años antes del suceso. El edificio habrá sufrido daños de todo tipo dentro de los periodos de garantía trienal y decenal, pero será fácil acreditar que tales daños no provienen de vicios relacionados con una mala calidad del proceso edificatorio, sino por un hecho de la naturaleza violento e impredecible del todo ajeno al ámbito de protección que trata de salvaguardar la ley. Es por ello que no encontramos justificación, dentro de la norma, para que sea el promotor y no el propietario quien deba sufrir el riesgo de pérdida o menoscabo del edificio durante el periodo de garantía ante los supuestos contemplados en el artículo 17.8 LOE.

a estos efectos, a ningún interviniente en el proceso edificatorio sino a terceros extraños al mismo)²¹⁰ o, desde luego, a la culpa exclusiva del propio perjudicado por el daño.

El estatuto peculiar de responsabilidad agravada y objetiva del promotor inmobiliario cumple una función social de protección a los propietarios y ulteriores adquirentes de inmuebles cuya dimensión no tiene comparación en ordenamientos como el inglés que, con carácter general, sustenta los criterios de imputación con apoyo en los tradicionales ámbitos de la responsabilidad contractual y extracontractual²¹¹.

El caso *Murphy v Brentwood*²¹² contiene la doctrina jurisprudencial inglesa conforme a la cual la responsabilidad del promotor es exigible por vía contractual, sin que el adquirente pueda instar con éxito frente a él una reclamación fundada en negligencia (“*tort*”) como consecuencia de los defectos existentes en el propio edificio, al no ser considerados éstos como un daño (“*damage*”) sino como una mera pérdida económica (“*economic loss*”)²¹³ no cubierta por este tipo de responsabilidad.

²¹⁰ RUIZ-RICO RUIZ (2002, 142-143) admite que el promotor puede oponer al propietario las causas de exoneración del artículo 17.8 LOE. No obstante, en cuanto a la causa de exoneración consistente en el “*acto de tercero*”, puntualiza con acierto que esta causa debe entenderse referida a sujetos distintos de los agentes de la edificación. En el mismo sentido, MILÁ RAFEL (2014-a, 324-325).

²¹¹ FURST y RAMSEY (2012, 233-235), MASON (2016, 86) y ADRIAANSE (2016, 314).

²¹² *Murphy v Brentwood D.C.* [1991] 1 AC 398-475, citado por FURST y RAMSEY (2012, 235). En el extracto realizado por los autores, leemos: “*the manufacturer’s liability at common law arises only under and by reference to the terms of any contract to which he is a party in relation to the chattel; the common law does not impose on him any liability in tort to persons to whom he owes no duty in contract but who, having acquired the chattel, suffer economic loss because the chattel is defective in quality*”.

Previamente el caso *Perry v Tendering District Council* [1984] 30 BLR 118, citado por ADRIAANSE (2016, 320), también había declarado que el sucesivo propietario de un inmueble que ya tuviera defectos latentes carecía de acción para reclamar.

²¹³ La diferencia entre el daño y la pérdida económica a estos efectos aparece bien explicada por FURST y RAMSEY (2012, 232-233) y por MASON (2016, 79). En el derecho inglés se considera que cuando un edificio se ha construido de forma defectuosa pero no existen daños más allá que en el propio edificio,

Durante algún tiempo, la jurisprudencia inglesa permitió que los sucesivos propietarios de inmuebles pudieran reclamar frente al promotor para obtener la reparación de los daños aparecidos en el edificio siguiendo la doctrina del caso *Anns v London Borough of Merton*²¹⁴, sin embargo, esta doctrina fue derogada a principios de los años noventa²¹⁵ y en la actualidad no existe conforme al derecho inglés la posibilidad general de que el adquirente de edificios pueda reclamar frente al promotor por los vicios de calidad de los que adolezca el edificio adquirido, fuera del contrato.

A pesar de lo anterior debe indicarse que el derecho inglés sí contempla algunas vías para no perjudicar los derechos de los adquirentes, especialmente cuando se trata de viviendas residenciales, aunque generalmente estos derechos se ven reconocidos recurriendo a mecanismos de estipulación en favor de tercero sin comparación con el alcance legal y generalizado de protección que dispensa nuestro ordenamiento²¹⁶.

nos encontramos ante las denominadas pérdidas puramente económicas y no ante daños físicos resarcibles mediante acciones de responsabilidad por negligencia.

²¹⁴ *Anns v London Borough of Merton* [1978] AC 728, cuya doctrina es didácticamente expuesta por ADRIAANSE (2016, 315-317). Según explica este autor, el derecho inglés nunca había permitido la recuperación de daños por negligencia si no existían daños físicos, distintos de los defectos de calidad que pudieran afectar al edificio. No obstante, este caso permitió reclamar por vicios de construcción no sólo contra el contratista, sino también frente a otros agentes con quienes no se mantenía ningún tipo de relación contractual.

²¹⁵ Según refiere ADRIAANSE (2016, 320) la derogación de la doctrina vino dada por la combinación de dos casos, el caso *D&F Estates Ltd. v Church Commissioners for England and Wales* [1989] AC 177 y el propio caso *Murphy v Brentwood D.C.* [1991] 1 AC 398-475, antes citado.

²¹⁶ La *Defective Premises Act 1972* otorga protección limitada a inmuebles residenciales (no para otros inmuebles comerciales o industriales) y legitima a cualquier persona que obtenga un interés en aquellos para reclamar frente al constructor, subcontratistas y proyectistas la realización del trabajo correctamente, con materiales apropiados y con un resultado apto para la habitación humana durante un plazo de seis años desde la terminación de la construcción. Se refieren a esta norma MASON (2016, 86-87) y ADRIAANSE (2016, 314).

Más recientemente, la *Contracts (Right of Third Parties) Act 1999* da la posibilidad de que un tercero pueda exigir el cumplimiento de aquellos términos contractuales pactados en su beneficio, entre otros. Esta norma plantea fundamentalmente dos problemas: por un lado, es preciso que el tercero figure

Por tanto, por comparación con el caso inglés, puede decirse que el derecho español es extraordinariamente protector de los derechos de los adquirentes de edificios a costa de sacrificar los intereses de los promotores inmobiliarios a quienes atribuye un régimen de responsabilidad agravada y un rol social de garante que es desconocido en otros ordenamientos.

2.3. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL PROMOTOR POR RAZÓN DE SU GRADO DE CONTRIBUCIÓN CAUSAL AL DAÑO

Al margen de la condición de garante que el promotor ostenta en la relación externa frente al propietario perjudicado, es preciso analizar los criterios de atribución de responsabilidad al promotor basados en su grado de contribución causal al daño provocado en el edificio.

Este criterio de atribución de responsabilidad, si bien resulta irrelevante desde el punto de vista del propietario en la relación externa, es fundamental para determinar el alcance de la responsabilidad última del promotor en la relación interna con los demás agentes de la edificación.

2.3.1. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL PROMOTOR POR ACTOS U OMISIONES PROPIAS

La configuración legal de la responsabilidad del promotor contempla un criterio de imputación por hecho propio basado en el artículo 17.2 LOE, a tenor del cual la responsabilidad civil será exigible a los agentes de la edificación “*por actos u omisiones propios*”.

expresamente identificado en el contrato sin que quepa su referencia genérica y, por otro lado, la naturaleza de la norma es dispositiva de manera que las partes suelen excluirla de sus contratos, optando en su lugar con carácter general por incorporar garantías colaterales (“*colateral warranties*”), tal y como coinciden en indicar MASON (2016, 116-117) y ADRIAANSE (2016, 335-336 y 338).

Formalmente, por tanto, el promotor inmobiliario puede incurrir en responsabilidad por hecho propio como consecuencia de un acto susceptible de provocar un resultado dañoso proscrito por la LOE. Sin embargo, este criterio de imputación de responsabilidad se da con escasa frecuencia en el caso del promotor inmobiliario y puede considerarse prácticamente residual.

Como acertadamente ha dicho la doctrina²¹⁷, las obligaciones que se imponen al promotor inmobiliario en el artículo 9 LOE no guardan relación directa con los daños materiales que pueden causarse en el edificio.

Dicho artículo establece como obligaciones a cargo de este agente la de ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él, facilitar documentación e información previa al proyectista y autorizar posibles modificaciones, gestionar permisos administrativos, suscribir el acta de recepción de obra y los seguros y, en fin, entregar al adquirente la documentación de la obra ejecutada, entre otros.

Aunque no es del todo descartable²¹⁸, ciertamente cuesta pensar en un nexo de causalidad eficiente entre la infracción de las obligaciones indicadas y un resultado material de daño en el edificio.

²¹⁷ ÁLVAREZ OLALLA (2002, 93) y ESTRUCH ESTRUCH (2011, 791) consideran que la imputación de responsabilidad al promotor por hecho propio tiene escasa virtualidad si se tienen en cuenta las atribuciones que se le realizan en el artículo 9 LOE.

En esta misma línea, ABRIL CAMPOY (2003, 1244) indica que no existe conexión entre las obligaciones impuestas por el artículo 9 LOE y las responsabilidades que le son exigibles conforme al artículo 17 LOE de manera que, aunque el promotor haya observado escrupulosamente tales obligaciones, responderá igualmente cuando aparezca un vicio o defecto derivado de la construcción.

Lo mismo apunta ARNAU MOYA (2004, 247-248) al afirmar que difícilmente una violación de las obligaciones señaladas en el artículo 9 LOE puede dar lugar a daños materiales en el edificio.

Esta opinión se aprecia más recientemente en MILÁ RAFEL (2014, 316) quien señala que el artículo 9.2 LOE no permite definir la esfera de riesgo atribuible al promotor, pues las obligaciones que impone el precepto no tienen trascendencia directa en su responsabilidad por vicios.

²¹⁸ MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 199-201) ve la posibilidad de que el promotor incurra en responsabilidad por hecho propio ante la infracción del artículo 9.2, *b* LOE, que establece la obligación de

Por ello se ha llegado a decir que el promotor únicamente podrá incurrir en responsabilidad por hecho propio cuando actúe como promotor-constructor si bien, en este caso, será por daños causados en el ámbito de su actividad como constructor y no como promotor²¹⁹. Y, a este respecto, debo convenir en que ésta podrá ser la regla generalizada en la práctica, pero no creo que los supuestos de responsabilidad por hecho propio del promotor se agoten con ese caso. El promotor también podrá incurrir en responsabilidad por hecho propio en otros casos en los que adopte decisiones que tengan impacto técnico o trasciendan de cualquier modo al propio resultado dañoso²²⁰.

Debe tenerse en cuenta que el promotor que actúa exclusivamente en su condición de tal no opera normalmente sobre el edificio, esto es, no toma decisiones de naturaleza técnica ni ejecuta materialmente la obra, sino que estas actividades se materializan a través de terceros²²¹.

proporcionar al proyectista toda la documentación necesaria para redactar el proyecto. En caso de que proporcionase información errónea podría sostenerse la concurrencia de responsabilidad por hecho propio de éste y del proyectista. Otro ejemplo apuntado por la autora sería el de la modificación de un proyecto en detrimento de la calidad a instancia del promotor.

²¹⁹ ARNAU MOYA (2004, 247-248).

²²⁰ Apunta ÁLVAREZ OLALLA (2002, 93), en este sentido, ejemplos como la elección de materiales inadecuados o la impartición de órdenes que contravienen normas básicas, y añade otros MILÁ RAFEL (2014, 319-321) como la decisión del promotor, pactada con el constructor, consistente en que la obra se realice sin proyecto o dirección técnica y que, como consecuencia de esta omisión, luego resulten defectos en el edificio.

En esta línea, la SAP Barcelona de 5 de marzo de 2012 [JUR 2012, 217593] enjuicia un caso en el que considera al promotor como partícipe directo en el daño por haber impuesto ciertas restricciones presupuestarias “*contribuyendo con ello decisivamente a la deficiente calidad de los materiales, y de la fabricación*”.

²²¹ En la reciente doctrina judicial existen pronunciamientos que hacen notar esta situación. Tanto la SAP Pontevedra de 13 de junio de 2016 [JUR 2016, 184816] como la SAP Barcelona de 2 de enero de 2018 [JUR 2018, 81878], indican: “*En realidad, podemos decir que su responsabilidad [la del promotor] no es por hecho propio, dado que el incumplimiento de sus deberes administrativo-empresariales*

Por lo tanto, puede decirse que el criterio de imputación por hecho propio al promotor inmobiliario que actúa en su condición de tal es meramente residual y tendrá lugar en supuestos en los que haya adoptado decisiones, generalmente aisladas, con impacto directo sobre el resultado dañoso en el edificio.

2.3.2. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL PROMOTOR POR ACTOS U OMISIONES DE TERCEROS

Un segundo criterio de imputación al promotor es el de su responsabilidad por hecho ajeno. La pauta de atribución se extrae de la interpretación conjunta del artículo 17.2 y 17.3 II LOE²²² y es la que, junto con el grupo de casos al que nos referiremos en el apartado siguiente, explica la posición de garante del promotor en el proceso de la edificación frente al propietario en la práctica totalidad de los casos²²³.

A mi juicio, ofrece poca duda que la responsabilidad del promotor conforme a dichos preceptos lo es por hecho ajeno²²⁴. Tal y como viene configurado, nos encontramos

no es fuente de vicios constructivos; su responsabilidad lo es por hecho ajeno, de los agentes que participan activa y técnicamente en la construcción”.

²²² La expresión “*en todo caso*” del artículo 17.3 II LOE, para el caso del promotor, se relaciona aquí con el inciso del artículo 17.2 LOE en el que se establece la exigibilidad de la responsabilidad civil por “*actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder*”.

²²³ Tal y como apunta MILÁ RAFEL (2014, 324 y ss.), el promotor responde frente a los adquirentes “*fundamentalmente por hecho ajeno*”.

²²⁴ ÁLVAREZ OLALLA (2002, 91-94 y, más recientemente, 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3.1) y, siguiendo a esta autora, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 561), consideran que la del promotor se configura un supuesto de responsabilidad por hecho de otro, en función de mero garante, con un matiz objetivo.

El promotor también respondería por hecho ajeno según la opinión de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2003, 2450-2452), quien denomina a esta responsabilidad como “*vicaria*”, y según ARNAU MOYA (2004, 248) y MILÁ RAFEL (2014, 326).

Para CORDERO LOBATO (2011, 392) la conclusión es distinta en tanto que indica que “*el promotor no responde por un hecho ajeno, pues difícilmente puede sostenerse que hay culpa in eligendo cuando se*

ante un sistema muy próximo al modelo de responsabilidad vicaria expuesto más arriba en la medida en que el principal, esto es, el promotor, está asumiendo una función de garantía frente al perjudicado por el daño, de forma objetiva y sin que sea relevante su grado de contribución causal en el daño ni tampoco su eventual conducta negligente.

También se deduce esta consideración de las expresiones utilizadas por el Tribunal Supremo cuando afirma que la responsabilidad del promotor inmobiliario “*surge desde el instante en que cualquiera de los demás agentes de la edificación sea declarado responsable en los términos establecidos por la Ley*”²²⁵ y, además, “*responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los*

contrata con profesionales que reúnen la titulación exigible”. En relación con este punto, tal y como vengo exponiendo, no veo el mismo obstáculo que la autora para clasificar la responsabilidad aquí tratada como una responsabilidad por hecho ajeno ya que ésta no tiene por qué estar vinculada necesariamente con el criterio de culpa, sino que también puede derivarse de una responsabilidad objetiva como lo es la que se ha configurado legalmente para el caso del promotor en la LOE.

²²⁵ Fundamento de derecho tercero de la STS de 14 de mayo de 2008 [RJ 2008, 3067] y fundamento de derecho segundo de la STS de 20 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8664]. En ambos casos se trata de pronunciamientos *obiter dicta* por cuanto el artículo 17.3 LOE se invoca como argumento de refuerzo, al resultar de aplicación temporal a los casos enjuiciados el artículo 1591 Cciv.

En la reciente doctrina judicial encontramos este mismo razonamiento para casos a los que ya les resulta de aplicación temporal la LOE, como puede apreciarse en el fundamento de derecho quinto de la SAP La Rioja de 18 de julio de 2016 [JUR 2016, 209477], en el fundamento de derecho tercero de la SAP Vizcaya de 29 de abril de 2016 [JUR 2016, 141613] o en el fundamento de derecho quinto de la SAP Salamanca de 5 de marzo de 2015 [JUR 2015, 100706].

daños sea imputable a otro de los agentes”²²⁶ porque “viene a hacer suyos los trabajos ajenos”²²⁷.

Tales expresiones son reflejo claro de la configuración de una responsabilidad por hecho ajeno que se activa en el momento mismo en el que otro agente es declarado responsable, bien sea a su vez por hecho ajeno o bien por haber contribuido de forma material y directa al resultado dañoso.

²²⁶ Fundamento de derecho cuarto de la STS de 24 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7859], fundamento de derecho sexto de la STS de 24 de mayo de 2013 [RJ 2013, 4620], fundamento de derecho primero de la STS de 18 de septiembre de 2012 [RJ 2012, 9014], fundamento de derecho primero de la STS de 4 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 6950] y fundamento de derecho cuarto de la STS de 29 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 8654].

En la reciente doctrina judicial, se aprecia este razonamiento en ejemplos como el del fundamento de derecho tercero de la SAP Las Palmas de 29 de marzo de 2017 [JUR 2017, 146550], fundamento de derecho cuarto de la SAP Tarragona de 28 de marzo de 2017 [JUR 2017, 204358] fundamento de derecho segundo de la SAP Barcelona de 21 de marzo de 2017 [JUR 2017, 158977] o fundamento de derecho cuarto de la SAP Madrid de 17 de febrero de 2017 [JUR 2017, 90696].

La doctrina científica sostiene que ésta consecuencia jurisprudencial es la que se deriva de la expresión “*en todo caso*” del artículo 17.3 II LOE. Así, SEIJAS QUINTANA (2000, 128), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 429) u ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.6). RUIZ-RICO RUIZ (2002, 142-143) indica que el significado y alcance de la expresión resulta difícil de dilucidar, si bien entiende que es omni-comprendensiva de cualquier posible hipótesis, aunque limitada a las relaciones externas entre el promotor demandado y el perjudicado.

²²⁷ Este criterio es deudor de la jurisprudencia desarrollada en torno al artículo 1591 Cciv, pero resulta extrapolable a la configuración de la responsabilidad del promotor en la LOE tal y como declara el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho segundo de las SSTS de 22 de octubre de 2012 [RJ 2012, 11064], 11 de octubre de 2012 [RJ 2013, 2270] y de 2 de marzo de 2012 [RJ 2012, 4635].

El criterio también se aprecia, en el ámbito de la doctrina judicial, en el fundamento de derecho tercero de la SAP Sevilla de 13 de mayo de 2014 [JUR 2014, 221493], fundamento de derecho tercero de la SAP Islas Baleares de 4 de abril de 2012 [JUR 2012, 163018] y fundamento de derecho décimo tercero de la SAP Madrid de 30 de junio de 2010 [JUR 2010, 304120].

Y, en la doctrina científica, véase SEIJAS QUINTANA (2000, 129).

Como veremos más adelante, este grupo de casos es el que permitirá que el promotor condenado a responder frente al propietario perjudicado pueda regresar por el todo frente a los restantes agentes de la edificación que intervinieron causalmente en el origen del daño.

2.3.3. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL PROMOTOR POR DAÑOS CON ORIGEN INDETERMINADO

El promotor también es sujeto pasivo de responsabilidades cuando no se ha podido acreditar cuál ha sido la causa del daño o en qué grado han contribuido los agentes a perpetrarlo²²⁸. Estos grupos de casos y su configuración como criterio de imputación de responsabilidad para el promotor son ejemplos claros de su responsabilidad objetiva²²⁹.

²²⁸ Se extrae este criterio de imputación del artículo 17.3 LOE. En su primer inciso el precepto establece que cuando no pueda individualizarse (*rectius*, determinarse) la causa de los daños materiales o cuando quede probada la concurrencia de “*culpas*” sin que pueda precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. Y añade el segundo párrafo que al promotor se le exigirá “*en todo caso*”, de lo que se colige su responsabilidad en la relación externa sin perjuicio de que, además, puedan resultar condenados también otros agentes en ese proceso frente al propietario perjudicado y sin perjuicio, también, del resultado al que conduzca una eventual acción de regreso en la relación interna.

En este sentido lo interpreta ESTRUCH ESTRUCH (2011, 760) quien, con referencia a doctrina anterior, señala que con independencia de que se pruebe la causa de los daños o el grado de participación en los mismos de los diversos agentes de la edificación y con independencia de que en el caso concreto la responsabilidad pueda exigirse de modo puramente personal o solidario, el promotor siempre responderá solidariamente frente a los adquirentes, junto con los demás agentes responsables.

²²⁹ Deben diferenciarse estos casos de los supuestos de fuerza mayor, caso fortuito, acto de tercero o acto del propio perjudicado que contempla el artículo 17.8 LOE como causas de exoneración. En ambos grupos de casos concurre la circunstancia de que no puede atribuirse el daño a ningún agente en concreto. Sin embargo, la diferencia está en que en el primer grupo de casos la causa o la contribución causal es desconocida y la LOE opta por que el riesgo sea asumido por el promotor, mientras que en el segundo grupo de casos la causa se conoce perfectamente y la LOE opta por que el promotor no deba soportar la carga de responder frente al propietario. Véase a este respecto lo indicado más arriba, en el epígrafe correspondiente al promotor como garante del buen resultado final del edificio en la relación externa.

Dentro de este grupo amplio de casos que figuran contemplados en el artículo 17.3 I LOE, los supuestos en los que queda acreditada la concurrencia de causas sin que sea posible precisar el grado de contribución de cada agente en el resultado dañoso representan el subgrupo probablemente más abundante en la práctica de los tribunales²³⁰.

Los supuestos de responsabilidad incardinados en este subgrupo son, en realidad, una variante de los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno. Así, aunque no haya sido posible precisar con exactitud el grado de contribución causal al daño por parte de varios agentes a quienes se les considera conjuntamente responsables, no ofrece duda que se trata de daños con origen en un acontecimiento humano y atribuibles a la esfera de riesgo de varios agentes según su configuración legal.

Este planteamiento no es meramente dialéctico ya que, en la práctica, lleva aparejadas importantes consecuencias para el promotor. En aquellos casos en los que el origen del daño sea imputable a la órbita de riesgo de varios agentes sin poderse precisar el grado de intervención de cada uno, el promotor inmobiliario que actúa exclusivamente en su condición de tal podrá regresar contra aquellos para resarcirse de lo pagado. Los agentes involucrados deberán responder conforme a su cuota de participación y, si fuere imposible determinarla precisamente por razón de esa indefinición sobre el origen del daño advertida en el primer pleito, el importe deberá ser dividido a partes iguales entre los agentes corresponsables (argumento *ex* artículo 1138 Cciv).

No alcanzamos la misma conclusión para el caso, también previsto en el artículo 17.3 I LOE, de que no pudiera determinarse la causa de los daños o no pudiera identificarse a ningún sujeto perpetrador del mismo. En esos supuestos, si lo que ocurre es que el origen del daño es desconocido y no puede imputarse a la órbita de riesgo de ninguno de los agentes de la edificación ni tampoco a los supuestos contemplados

²³⁰ Afirma que lo son GARCÍA-CHAMÓN CERVERA (2011, 8), a la sazón magistrado de la Audiencia Provincial de Alicante y presidente de su sección octava al tiempo de escribir la obra que citamos.

como causas de exoneración en el artículo 17.8 LOE, entonces el promotor deberá responder, no por hecho ajeno, sino por hecho desconocido.

El hecho ajeno y el hecho desconocido tienen en común que son acontecimientos no imputables causalmente al promotor, esto es, hechos no propios de éste. La diferencia, a los efectos que aquí interesan, es que en los casos en los que quepa apreciar un criterio de imputación basado en la responsabilidad por hecho ajeno el promotor podrá regresar por el todo contra los causantes, mientras que en aquellos otros supuestos en los que quepa apreciar un criterio de imputación basado en la responsabilidad por hecho desconocido, el promotor inmobiliario no tendrá contra quién regresar por el todo ni podrá resarcirse por completo de lo pagado al propietario²³¹.

2.4. EL PROMOTOR EN LA VÍA DE REGRESO

Tal y como hemos visto, la posición del promotor inmobiliario en la relación externa frente al propietario perjudicado está configurada de manera que éste responde de cualquier daño causado en el edificio por vicios o defectos constructivos, aun cuando se desconozca su causa y con independencia de quién haya sido el concreto agente perpetrador del daño.

²³¹ El artículo 17.3 I LOE establece la responsabilidad solidaria cuando no pueda determinarse la causa del daño. De ello se sigue que deberán ser todos los agentes de la edificación condenados solidariamente quienes habrán de responder, sin exclusión del promotor en la vía de regreso, pues no se aprecia razón ninguna por la cual deba éste quedar exonerado de responsabilidad en perjuicio de los restantes agentes cuando no existe una causa conocida del daño.

En este sentido se pronuncia MONSERRAT VALERO (2008, 178-179) quien expone que si el promotor se dirige en vía de regreso contra otros agentes y no se puede individualizar la causa o precisar el grado de intervención de cada agente en el daño, no se podrá condenar solidariamente a todos frente al promotor, sino que la cantidad a la que asciende la condena se repartirá en partes iguales entre los condenados. Sin embargo, no comparten esta apreciación CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 429) cuando consideran que el promotor sí podrá regresar por el todo “*incluso aunque no se conozca cuál fue la causa de los vicios o defectos*”, ni tampoco MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 196-197) cuando razona sobre la distinción de regímenes solidarios que resultan de aplicación al promotor y al resto de agentes, de forma que “*al tratarse de dos responsabilidades diferentes, superpuesta la una a la otra, todos los agentes resultan ser responsables solidarios frente al promotor, pudiendo éste reclamar a cualquiera de ellos la total cantidad satisfecha*”.

Este oneroso régimen de responsabilidad tiene su contrapunto en la relación interna, donde el promotor inmobiliario podrá hacer uso de la acción de regreso para descargar en los restantes agentes de la edificación todo o una parte de lo satisfecho al propietario en función, generalmente, de cuál haya sido contribución causal al daño.

2.4.1. LA GARANTÍA PROVISIONAL DEL PROMOTOR

La función de garantía que desempeña el promotor inmobiliario únicamente tiene efecto en la relación externa, de forma que tal función no limita la posibilidad de que éste se dirija frente a los restantes agentes de la edificación en un segundo pleito.

Este es el motivo que ha conducido a la doctrina a observar, con acierto, que dicha función de garantía es “*provisional*” en el sentido de que podrá después recuperar todos los costes invertidos en responder frente a los adquirentes²³².

La doctrina científica que ha conceptualizado esta función de garantía como “*provisional*” ha calado en la doctrina judicial, como puede apreciarse en el ejemplo de la SAP Madrid de 5 de junio de 2014 [JUR 2014, 235431], cuyo fundamento de derecho quinto indica:

“Como ha puesto de relieve la doctrina, “según el artículo 17.2 LOE, se responde por hecho propio, por hecho ajeno (en los casos determinados por la LOE) y por hecho desconocido, pues el artículo 17.3 atribuye a todos los partícipes la responsabilidad cuando no es posible individualizar la causa de los daños. Aquí se hallaría, en lo que a responsabilidad por hechos del subcontratista o sucesivos subcontratistas se refiere, la responsabilidad del promotor y del contratista. El primero por su carácter de garante incondicional provisional, y el segundo por su condición de responsable de los

²³² Véase GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 7-9), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 428), FEMENÍA LÓPEZ (2004, 230-231) y ÁLVAREZ OLALLA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3.1).

auxiliares empleados en el cumplimiento, según el artículo 17.6 (también subcontratistas sucesivos)"

Desde la perspectiva del promotor, por tanto, el coste asumido en la relación externa no se traduce en una pérdida definitiva, sino que obedece a una situación interina que sirve para suplir temporalmente la necesidad de dar satisfacción al propietario perjudicado por los daños.

2.4.2. LA ACCIÓN DE REGRESO DEL PROMOTOR FRENTE A LOS AGENTES MATERIALMENTE CAUSANTES DEL DAÑO

El promotor que soporta el coste de resarcir al propietario en la relación externa tiene acción de regreso frente a los demás agentes de la edificación que hubieran intervenido en el daño, a pesar de que el artículo 17 LOE no contempla expresamente tal acción como, sin embargo, sí la contempla en el caso del proyectista frente a otros profesionales que elaboren para él cálculos, estudios, dictámenes o informes (artículo 17.5 LOE), en el caso del constructor respecto de sus subcontratistas y frente a los suministradores de productos (artículo 17.6 LOE), o en el caso del director de obra respecto del proyectista (artículo 17.7 LOE).

La posibilidad de repetir por parte del promotor se desprende tanto del artículo 18.2 LOE²³³ como de las reglas generales en materia de solidaridad pasiva y, particularmente, de lo establecido en el artículo 1145 Cciv²³⁴.

²³³ Reza el inciso: “la acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial”.

²³⁴ A tenor de este precepto, “el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno”.

Del tenor de estos preceptos se sigue que los requisitos necesarios para poder entablar con éxito la acción de regreso serán, por un lado, la existencia de una resolución judicial firme que condene al promotor y su cumplimiento por parte de éste, o bien la acreditación de la reparación de los daños en vía extrajudicial; por otro lado, el ejercicio de la acción dentro del plazo de dos años a contar desde la firmeza de la sentencia de condena o desde la reparación extrajudicial y, por otro lado, la inexistencia de una contribución causal al daño imputable por entero al promotor, sino la existencia de un nexo de causalidad con el daño total o parcialmente imputable al agente demandado.

Los dos primeros requisitos se configuran como presupuestos de naturaleza cuasi procesal en el sentido de que, sin perjuicio de que sean cuestiones que deberán resolverse en sentencia, representan obstáculos para entrar al fondo de la controversia. Así, de conformidad con lo que establece el artículo 18.2 LOE, el promotor deberá acreditar tanto la existencia de una sentencia firme por la que se le condena a reparar el daño como el cumplimiento de esa sentencia²³⁵ o bien, alternativamente, deberá acreditar la reparación extrajudicial. Igualmente, conforme al mismo precepto, el promotor deberá acreditar haber ejercitado la acción dentro de plazo.

El tercero de los requisitos se configura como un presupuesto de puro fondo sustantivo y representa la pieza clave para determinar el alcance de la responsabilidad del promotor en la relación interna.

²³⁵ El artículo 18.2 LOE no hace referencia expresa al cumplimiento, pero tal requisito se desprende de la adecuada coordinación del precepto con el artículo 1145 Cciv. En la doctrina judicial, la SAP Asturias de 5 de marzo de 2014 [JUR 2014, 91933] indica que el nacimiento de la acción de repetición para el promotor “*requiere obviamente como presupuesto necesario el cumplimiento previo por el promotor de la realización de las reparaciones o de la indemnización de los daños derivados de los vicios constructivos ante el requerimiento extrajudicial o la demanda judicial de los perjudicados*”. En la misma línea, la SAP Islas Baleares de 2 de diciembre de 2009 [JUR 2009, 43432] dice que la promotora, en el ejercicio de la acción de repetición, “*precisa, no sólo demostrar la culpa o responsabilidad del sujeto pasivo de la acción de repetición, sino el previo pago o cumplimiento de la obligación impuesta por quien acciona*”.

Es muy difícil imaginar un caso de daño causalmente imputable por entero al promotor inmobiliario dado que éste, como se ha expuesto más arriba, responde fundamentalmente por hecho ajeno o por hechos con origen indeterminado, pero rara vez por hecho propio. Cuando responde por hecho propio, normalmente lo hace como corresponsable material del daño junto con otros agentes de la edificación porque su función en el proceso de la edificación no es la de operar materialmente sobre el edificio sino meramente la de impulsar el proceso decidiendo sobre sus elementos esenciales, no necesariamente técnicos.

En el resto de los casos, más frecuentes, en los que sea posible establecer un criterio de imputación al promotor por hecho ajeno o por hecho con origen indeterminado, éste podrá dirigir con éxito una acción de repetición frente a los demás agentes responsables.

No obstante, las consecuencias aparejadas a uno u otro criterio de imputación son sustanciales en la medida en que de ello dependerá la posibilidad del promotor de resarcirse por el todo o sólo por una parte de lo que satisfizo al propietario en la relación externa.

Así, en los casos en los que se determine que el daño fue generado en parte por hecho propio del promotor inmobiliario²³⁶ y en parte por hechos de otros agentes, dicho promotor podrá resarcirse sólo por la parte que no le sea causalmente imputable. Este sería el caso del promotor que toma determinadas decisiones desacertadas durante el proceso edificatorio que perjudican la calidad mínima exigible a los edificios o, impropiamente, también podría ser el caso del promotor-constructor ante un resultado de defectos de ejecución material en el edificio dañado²³⁷.

²³⁶ La imputación de responsabilidad al promotor que actúa en su condición de tal por hecho netamente propio es prácticamente descartable en materia de vicios o defectos constructivos. No obstante, si se acreditase, ello conduciría a la imposibilidad de repetir cantidad ninguna por parte de éste en la relación interna.

²³⁷ Decimos “*impropiamente*” porque creemos que la atribución de responsabilidad al promotor-constructor por este tipo de defectos lo sería por su faceta de constructor *ex* artículo 11 LOE y no tanto por su faceta de promotor en su condición de tal, *ex* artículo 9 LOE.

En caso de que no pudiera determinarse con arreglo a criterios objetivos las cuotas de participación desigual de cada uno de los agentes en el origen del daño, éstas quedarían divididas en partes iguales en la relación interna conforme a la presunción establecida en el artículo 1138 Cciv²³⁸.

Por otra parte, en los casos en los que se determine que el daño fue generado por hechos causalmente imputables por entero a otros agentes distintos del promotor, con independencia de que el origen del daño se encuentre indeterminado en cuanto al grado de participación de tales corresponsables, dicho promotor podrá resarcirse por el todo en la vía de regreso²³⁹.

Este sería el caso del promotor que actúa exclusivamente en su condición de tal, singularmente el promotor-vendedor, quien opera típicamente sin intervención material en la causa eficiente del daño.

Finalmente, en los casos en los que se establezca que el daño fue generado por causas desconocidas, sin que sea posible tampoco en la vía de regreso dilucidar cuál fue su origen, el promotor podrá resarcirse en la vía de regreso aunque no por la totalidad

Se refieren a esta posibilidad de repetir parcialmente por parte del promotor-constructor RUIZ-RICO RUIZ (2002, 153), ABRIL CAMPOY (2003, 1248), FEMENÍA LÓPEZ (2004, 230-231), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 428-429).

²³⁸ De acuerdo con este artículo, “*si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros*”.

²³⁹ La posibilidad que asiste al promotor para repetir por el todo cuando no ha intervenido causalmente en el daño se asume pacíficamente en la doctrina. Así, ABRIL CAMPOY (2003, 1248), MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2003, 2449 y 2453), LÓPEZ RICHART (2003, 182 y ss.), FEMENÍA LÓPEZ (2004, 230-231), GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 7-9), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 196), ESTRUCH ESTRUCH (2011, 811), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 428-429).

de la deuda sino por la parte proporcional que resulte de dividir los costes satisfechos entre el número de agentes condenados solidariamente²⁴⁰.

Profundizando en la cuestión, se ha planteado si el codeudor que paga en la relación externa, liberando así al resto de los codeudores de la deuda frente al acreedor, puede subrogarse en la posición de éste o, más bien, el pago extingue la deuda primigenia y aflora un nuevo derecho de crédito²⁴¹ a favor del deudor *solvens* frente a los restantes obligados solidarios.

²⁴⁰ Véanse las conclusiones expuestas más arriba en el apartado correspondiente a la imputación de responsabilidad al promotor por daños con origen indeterminado.

²⁴¹ La aparente contradicción entre el artículo 1145 Cciv y el artículo 1210, 3º del mismo texto ha dado lugar a interpretaciones doctrinales diversas, no existiendo unanimidad acerca de si el deudor solidario que paga puede subrogarse, si quiere, en el crédito.

CAFFARENA LAPORTA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, comentario al artículo 1145 Cciv) explica que el derecho de regreso es algo distinto de la subrogación en el crédito que se produce por el pago de la obligación, indicándose que el primero presupone la extinción de la obligación y constituye un derecho surgido *ex novo* que posibilita al titular la reclamación de las correspondientes cuotas a cada codeudor, mientras que la subrogación da por supuesta la vigencia del crédito e implica la transferencia de éste al deudor *solvens*, quien pasa a ocupar el lugar del acreedor originario pudiendo, por tanto, reclamar la totalidad de lo satisfecho con exclusión de su cuota.

Para SANTOS MORÓN (2001, 345-347) cabría aplicar analógicamente la normativa de la fianza solidaria de manera que, en virtud del artículo 1839 Cciv, el promotor se subrogaría en el crédito. Ello le permitiría accionar frente a los causantes del vicio o defecto con fundamento en el artículo 17 LOE, beneficiándose del régimen de responsabilidad objetiva, aunque el objeto de la reclamación quedaría limitado porque la LOE sólo protege los daños materiales causados en el edificio. El resto de los conceptos, según considera, podría obtenerse articulando la reclamación conforme a las reglas generales.

Para MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 198), en cambio, el promotor no se subroga en los derechos de los perjudicados cuando paga, como ocurriría con la fianza, porque entiende que sus reglas no son de aplicación analógica a la solidaridad pasiva al presentar notables diferencias. Entre ellas destaca que la solidaridad pasiva se caracteriza por la existencia de una única relación obligatoria con pluralidad de vínculos, mientras que la fianza integra dos relaciones obligatorias, una principal y otra accesoria, cada una con contenido propio.

La jurisprudencia²⁴² ha destacado la diferencia entre ambas hipótesis. De acuerdo con ella, el codeudor solidario que paga al acreedor no se subroga en el crédito, sino que éste se extingue y, para evitar un enriquecimiento sin causa, se provee a aquél de la acción de regreso para reclamar la parte que corresponda a cada uno de los restantes codeudores solidarios.

Lo que parece claro es que la acción de regreso instada conforme al segundo párrafo del artículo 1145 Cciv no permite mantener la solidaridad en la relación interna entre los codeudores, sino que pasa a regir entre ellos la mancomunidad²⁴³.

Este mismo planteamiento es el que mantiene la reciente jurisprudencia cuando incide en que el pago realizado por el codeudor *solvens* frente al acreedor común no comporta una subrogación de la primera en los derechos de la segunda, sino un nuevo derecho de repetición para reclamar al resto de los codeudores la parte que les corresponda “*con arreglo a su cuota de participación en la producción del daño causado*”, sin que el nuevo proceso venga condicionado por la sentencia que fijó, con carácter general, la responsabilidad solidaria. En este sentido se pronuncia la STS de 28 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5740] en su fundamento de derecho segundo:

“el pago que realiza la constructora no comporta una subrogación en los derechos del acreedor cuya deuda ha sido satisfecha, sino un nuevo derecho de repetición o de regreso para reclamar al resto de los codeudores, o agentes intervinientes, la parte que le corresponda con arreglo a su cuota de participación en la producción del daño causado”

²⁴² STS de 16 de julio de 2001 [RJ 2001, 5432], de 5 de mayo de 2010 [RJ 2010, 5025] y de 21 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 7134].

²⁴³ En este sentido se pronuncia la STS de 13 de abril de 2016 [RJ 2016, 1492] en su fundamento de derecho segundo. Por su parte la doctrina científica también ha considerado que tanto si se entiende que el deudor se subroga en la posición del acreedor primigenio, como si opta por la vía de regreso, en ambos casos se producirá una fragmentación de la deuda. En este sentido, CAFFARENA LAPORTA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, comentario al artículo 1145 Cciv).

En lo que concierne a las vicisitudes procesales que afectan a la vía de regreso, debe considerarse que la eficacia de una eventual excepción de cosa juzgada material quedaría desvirtuada, de ordinario, por la falta de identidad entre el *petitum* y la *causa petendi* en relación con el primer proceso.

Ciertamente, el procedimiento judicial primigenio es el que tiene lugar en la relación externa para dirimir las responsabilidades de las que debe responder el conjunto de los agentes de la edificación, como parte demandada, frente al propietario perjudicado, como parte demandante. En tal procedimiento lo que se enjuicia es la responsabilidad derivada de los daños materiales causados en el edificio con arreglo a la acción del artículo 17 LOE.

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

La ineficacia de la excepción de cosa juzgada en la vía de regreso ya había sido advertida por la doctrina²⁴⁴ bajo el razonamiento de que, en efecto, los litigantes no actúan

²⁴⁴ Sobre el derecho de repetición puede leerse en la doctrina científica (ESTRUCH ESTRUCH, 2006, 155) que no existe cosa juzgada entre ambos procesos, pues los litigantes no actúan en el segundo pleito con la misma calidad que lo hicieron en el primero y, además, este segundo proceso no tiene idéntico objeto que el anterior. Así, se explica que en el segundo pleito los sujetos intervinientes en la construcción podrán concretar y depurar sus responsabilidades entre sí, tanto cualitativa como cuantitativamente, incluso podrán discutir sobre su exención de responsabilidad. A este último respecto, no obstante, existen autores como GARCÍA-CHAMÓN CERVERA (2011, 10-11) que mantienen una postura de signo contrario al indicar que en aquellos casos en los que se ha permitido que la acción de repetición no tenga sólo por objeto delimitar la concreta cuota de responsabilidad que corresponde a los condenados solidariamente en un proceso anterior, sino que se interesa la exención de responsabilidad del actor ya condenado por una sentencia firme, en cierto modo, al resolver sobre la acción de repetición se vulnera la cosa juzgada derivada de la primera sentencia.

en el segundo pleito en la misma condición que lo hicieron en el primero y, además, el segundo proceso no tiene el mismo objeto que el anterior, lo que nos aleja del tenor del artículo 222 LEC.

Estas conclusiones se alcanzan en la antes citada STS de 28 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5740] que, junto con la más reciente STS de 2 de febrero de 2018 [RJ 2018, 282], viene a desautorizar²⁴⁵ los postulados de la polémica²⁴⁶ STS del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007 [RJ 2007, 1787], en la que se exponía que la pretensión de establecer nuevas cuotas de responsabilidad en un segundo proceso contravenía el criterio de partes iguales inherente a la condena del pleito antecedente que, según se indicaba, no obedecía a una responsabilidad solidaria originaria sino sobrevenida *eventum litis* como fruto del fracaso probatorio de cada uno de los demandados en la fijación de cuotas desiguales. Por ello, la citada sentencia alcanzaba la conclusión de que pretender una alteración de las mismas en un segundo pleito supondría una revisión encubierta de la cosa juzgada.

La resolución contó con un voto particular discrepante en el que se expuso que son distintas tanto la relación jurídica, como la pretensión y las personas que intervienen en uno y otro proceso, de forma que no cabe admitir la excepción de cosa juzgada. También se argumentó que la solidaridad establecida en el primer proceso no impide, conforme al artículo 1145 Cciv, que los condenados, cualquiera que sea el grado de dificultad que comporte, puedan tratar de resolver en un nuevo litigio los problemas

²⁴⁵ La STS de 28 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5740] alude a la STS de 13 de marzo de 2007 [RJ 2007, 1787] para decir de ella que se trata de una “*resolución aislada que no modifica la doctrina jurisprudencial de esta Sala*”, expresión de la que no cabe interpretar cosa distinta que una genuina desautorización de sus postulados. En el mismo sentido, la STS de 2 de febrero de 2018 [RJ2018, 282] también se refiere a esa misma resolución e indica que “*se trata de una sentencia aislada contraria a una reiterada jurisprudencia de esta sala*”.

²⁴⁶ Me permito calificarla así por haber dado lugar al voto particular disidente del magistrado Exmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y por haber sido objeto de una razonable crítica por parte de la doctrina científica, como puede apreciarse en GÓMEZ LIGÜERRE (2007-a, 7-14).

de la determinación, cuantificación o, incluso, exención de responsabilidad, pues entre los codemandados no hubo litisconsorcio pasivo necesario, ni actuaron en el segundo proceso con la misma calidad que en el primero.

Este criterio mantenido en el voto disidente de la STS de 13 de marzo de 2007 [RJ 2007, 1787] es el que se ha impuesto a la postre, como así cabe colegirlo de la STS de 2 de febrero de 2018 [RJ 2018, 282], de la propia STS de 28 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5740] y de la STS de 21 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 7134]²⁴⁷, las cuales debe considerarse que constituyen jurisprudencia a los efectos del artículo 1.6 Cciv por su reiteración.

En estas resoluciones se aprecia el mismo razonamiento, consistente en que el artículo 1145 Cciv permite que el deudor *solvens* acuda a un procedimiento posterior en ejercicio de la acción de regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los sujetos involucrados en la relación interna.

La solidaridad impuesta en el primer procedimiento, como bien se ha dicho, no es más que el punto de partida de la controversia del segundo, por lo que no existe riesgo de resoluciones contradictorias ni vulneración de la cosa juzgada material²⁴⁸.

²⁴⁷ El supuesto de hecho de aquella sentencia versó sobre la acción de regreso entablada por la sociedad, que satisfizo el pago a los acreedores comunes (trabajadores despedidos), frente a otra sociedad que había sido declarada judicialmente en un primer pleito como codeudora solidaria en el marco de una sucesión de empresa. A pesar de tratarse de un supuesto de hecho ajeno al ámbito de la edificación, la propia sentencia reconoce que la solidaridad derivada del proceso constructivo es aplicable a este supuesto en su fundamento de derecho tercero, párrafo 30. Por ello, se aprecia identidad de razón con los postulados de la STS de 28 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5740] que, no en balde, cita expresamente esta STS de 21 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 7134] en apoyo de sus razonamientos y en detrimento de la anterior de la misma Sala, de 13 de marzo de 2007 [RJ 2007, 1787].

²⁴⁸ GÓMEZ LIGÜERRE (2007-a, 14) expone que en el primer pleito se juzga la responsabilidad y en el segundo la distribución de esa responsabilidad en la relación interna. Así, se explica que la solidaridad impuesta en el primer proceso no sea más que el punto de partida de la controversia del segundo, que no es ni la responsabilidad de los agentes ni la conveniencia de la solidaridad, sino su eficacia en la relación interna entre corresponsables. Por ello, no se aprecia riesgo de que la sentencia del segundo proceso contradiga la recaída en el anterior.

Finalmente, en lo que se refiere al régimen de la prueba en las acciones de regreso, debe observarse que rigen las normas generales en materia de distribución y carga de la misma.

El promotor deberá acreditar en el segundo pleito la responsabilidad de los agentes contra los que se dirige, sin que sea admisible la condena automática frente a éstos por haber resultado aquél condenado en el primer pleito frente al propietario perjudicado. A este respecto es ilustrativo el fundamento de derecho cuarto de la STS de 22 de mayo de 2009 [RJ 2009, 3034], que expone:

“En la acción de regreso que el promotor ejercita frente a la constructora y el Arquitecto como responsable declarado de los incumplimientos que trajeron por consecuencia su condena en un pleito anterior, son de aplicación las reglas establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no las que ahora resultan del artículo 17.8 de la Ley de Ordenación de la Edificación, y antes del artículo 1591, en la interpretación que del mismo venía haciendo la jurisprudencia de esta Sala, en garantía de la parte más desfavorecida, como es la víctima del daño, a cuyo cargo se pone la obligación de acreditar que existe un daño vinculado a la actuación de los agentes y que éste ha aparecido antes del transcurso del periodo de garantía, para trasladar a los agentes la prueba de que aquellos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño. Y es aquí donde la sentencia confunde los efectos del ejercicio de una acción fundada en el artículo 1591 del Código Civil, que fija la responsabilidad solidaria por sentencia a favor de los perjudicados, con los efectos de la acción de repetición planteada entre los intervinientes en el proceso de edificación. Quien acciona en este segundo pleito lo hace frente a quienes no fueron parte en el primero. No se trata, por tanto, de que se individualice lo que fue considerado solidario en el primer procedimiento. Se trata de conseguir el reintegro de lo que pagó, lo que impone a quien acciona, conforme a las reglas impuestas en el artículo 217 de la LEC, acreditar fehacientemente la responsabilidad de quienes proyectaron, dirigieron o llevaron a cabo la

ejecución material de la obra sin que sea suficiente el hecho de que se haya producido una condena de la promotora por defectos de la construcción, para repercutirla automáticamente sobre los demás agentes contratados por ella, y esto no se hizo”.

De acuerdo con esta doctrina, en la acción de regreso, el promotor –o cualquier otro agente inicialmente condenado, a quien sería extrapolable– no se ve favorecido por el régimen de presunciones en materia de carga de la prueba que ostenta el propietario perjudicado conforme a la LOE. La razón, según se desprende del extracto, es que los sujetos que se enfrentan en la acción de repetición son agentes de la edificación que operan en igualdad de condiciones, a diferencia de lo que ocurre en la relación externa donde el propietario es la parte más desfavorecida.

2.4.3. COROLARIO: LA INDEMNIDAD DEL PROMOTOR SÓLO ES FACTIBLE EN LOS CASOS EN QUE HAYA RESPONDIDO FRENTE AL PROPIETARIO POR HECHO AJENO

Conforme se ha expuesto, desde el punto de vista del propietario perjudicado resulta irrelevante el grado de contribución causal del promotor en el origen del daño puesto que, frente a él, éste responde como garante con independencia del criterio de culpa. Sin embargo, en la relación interna, el grado de contribución causal al daño en el edificio es precisamente la pauta fundamental para determinar el alcance de la responsabilidad del promotor.

La opinión que aquí defiendo, como he razonado, es que el promotor únicamente podrá repetir por el todo en aquellos casos en los que haya respondido por hecho ajeno frente al propietario perjudicado, tanto en el caso de que estuvieran perfectamente delimitadas las responsabilidades del tercero por el que se responde, como para el caso de que se desconociera con precisión el grado de contribución al daño del tercer agente responsable.

Lo anterior no implica que sea necesaria la declaración judicial de que el promotor ha respondido por hecho ajeno en el primer pleito. Lo único que quiere decir es que, sometido el resultado dañoso al criterio de imputación al promotor por razón de su

contribución causal al daño, únicamente podrá resarcirse por entero en aquellos casos en los que la responsabilidad material y directa sea íntegramente imputable a otros agentes de la edificación.

Como corolario de lo expuesto, por tanto, puede afirmarse que la indemnidad absoluta del promotor en la vía de regreso sólo será factible en aquellos casos en los que éste haya respondido por hecho ajeno frente al propietario perjudicado, y no en aquellos casos en los que haya respondido parcial o totalmente por hecho propio ni tampoco en aquellos casos en los que haya respondido por hecho desconocido.

2.5. CONCLUSIONES

La concepción jurídica del promotor inmobiliario ha ido evolucionando en nuestro ordenamiento de forma acompasada a la realidad social e histórica. El primer concepto jurídico de promotor fue construido por la jurisprudencia por equiparación a la figura del contratista que contemplaba el artículo 1591 Cciv y estaba basado, entre otras notas caracterizadoras, en el ánimo de lucro común y en la profesionalidad del agente.

El concepto legal de promotor contenido en la LOE alcanza una dimensión más amplia que la que tenía reservada en la jurisprudencia anterior, de manera que desaparecen las notas caracterizadoras tradicionales del ánimo de lucro y la profesionalidad.

Con la redefinición legal del concepto, podrá ser considerado promotor quien impulse el proceso de la edificación con intervención decisoria sobre sus elementos esenciales. Entendemos por elementos esenciales del proceso edificatorio aquellos que, no siendo necesariamente de naturaleza técnica, sean inescindibles o vayan íntimamente ligados a la decisión misma de edificar, así como a su impulso, programación y financiación.

El vigente concepto de promotor conforme ha sido expuesto tiene amplitud suficiente como para integrar todas las formas de promoción inmobiliaria conocidas en la actualidad, incluidas las importadas de las prácticas internacionales y las que se han impuesto con más frecuencia después de la crisis económica iniciada en el año 2008.

En la relación externa que une al promotor con el propietario perjudicado, aquél responde en su condición de garante provisional. La configuración legal de la responsabilidad del promotor tiene carácter objetivo en la relación externa toda vez que se prescinde de la culpa como criterio de imputación, sin perjuicio de que pueda oponer válidamente las causas de exoneración del artículo 17.8 LOE. En esta relación externa resulta irrelevante, por tanto, que el promotor inmobiliario haya influido causalmente en el resultado dañoso.

A diferencia de lo que ocurre en la relación externa, el grado de contribución causal del promotor en el origen del daño es el elemento decisivo para determinar el alcance de su responsabilidad última en la vía de regreso frente a los demás agentes de la edificación.

Para dilucidar si el promotor inmobiliario puede resarcirse por el todo y mantenerse indemne en su patrimonio en la relación interna, habrá que someter la conducta de éste a un examen basado en el criterio de imputación por razón del grado de contribución causal al resultado dañoso.

De acuerdo con este criterio, el promotor únicamente podrá resarcirse por el todo y mantenerse indemne en su patrimonio en aquellos casos en los que quepa concluir que el promotor respondió por hecho ajeno frente al propietario perjudicado, y no en aquellos otros casos en los que haya respondido parcial o totalmente por hecho propio ni tampoco en aquellos casos en los que haya respondido por hecho desconocido.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR POR LOS HECHOS DE TERCEROS INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

3.1. LA FIGURA DEL CONSTRUCTOR

El concepto legal de constructor tiene un contenido propio y más preciso que el que utilizamos vulgarmente²⁴⁹. El artículo 11.1 LOE define al constructor como “*el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato*”²⁵⁰.

Para tener la consideración de constructor a los efectos de la LOE, por tanto, no es suficiente con limitarse a ejecutar una obra sino que, además, esa ejecución debe realizarse en virtud de un contrato con el promotor²⁵¹. Este matiz es relevante para

²⁴⁹ De ordinario, se entiende que un constructor es aquél que hace una obra de arquitectura o ingeniería de nueva planta, un monumento o, en general, cualquier obra pública (DRAE, 23ª edición, voz “*constructor*”, única acepción y voz “*construir*”, primera acepción).

²⁵⁰ Esta definición procede de la que, prácticamente con idéntico tenor, se preveía para la figura del contratista tanto en el artículo 2.1 *h* del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en las obras de construcción (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 1997) como en el artículo 20 del proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 1996 (BOCG de 9 de enero de 1996, núm. 146-1 –V Legislatura–, Serie A, proyectos de ley). La definición es la misma que se ha reiterado en otras normas posteriores para conceptuar al contratista, como es el caso del artículo 3, *e* de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

Según apuntan MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 231) y CORDERO LOBATO (2011, 433), la figura del constructor se identifica con la que tradicionalmente se atribuía al contratista. Esta precisión terminológica ayuda a comprender el uso indistinto de ambos términos –“*constructor*” y “*contratista*”– que en muchas ocasiones es utilizado en la jurisprudencia recaída en materia de derecho de la construcción.

²⁵¹ Se exceptúa el caso del constructor-promotor, que es el agente de la edificación que aglutina en una misma persona la condición de promotor inmobiliario y constructor. Nos remitimos a la referencia más detallada que sobre este agente hemos realizado al analizar la figura del promotor.

diferenciar la figura del constructor de la figura del subcontratista²⁵² quien, aunque en un sentido lato podría considerarse también constructor por razón de su actividad, en términos legales no reúne tal condición.

La propia definición legal de constructor contiene una referencia implícita a este subcontratista que luego se ve reflejada de manera expresa en el catálogo de obligaciones impuestas al primero²⁵³. Así, se indica que el promotor podrá ejecutar materialmente la obra con medios humanos “*propios*” –esto es, con personal de su propia estructura que forma parte indisociable del propio constructor como agente de la edificación– o con medios humanos “*ajenos*” –esto es, mediante personas ajenas a su estructura que habrán sido introducidas por el constructor en el proceso edificatorio, normalmente mediante un subcontrato de obra, y que, como veremos y según la opinión que aquí vamos a defender, tendrán la consideración autónoma de agentes de la edificación a efectos de las responsabilidades que disciplina la LOE–.

²⁵² En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA (2002, 101), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 230-231) y MONSERRAT VALERO (2008, 180-181).

²⁵³ En el artículo 11.2 e LOE existe una referencia expresa a este agente, anticipada en el apartado tercero de la exposición de motivos, cuando impone al constructor la obligación de “*formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato*”.

En los antecedentes parlamentarios se observa que la figura de los subcontratistas aparecía definida expresamente como la de aquellos que “*asumen contractualmente ante el contratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución*”. Así puede apreciarse en el artículo 23 del proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 1996 (BOCG de 9 de enero de 1996, núm. 146-1 –V Legislatura–, Serie A, proyectos de ley).

Con posterioridad a la LOE, la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, ha definido al subcontratista de una manera muy parecida en su artículo 3, f: “*subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente*”.

Según se establece en el artículo 11.2 LOE, el constructor debe ejecutar la obra con arreglo al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones de la dirección facultativa, con la finalidad de alcanzar la calidad exigida en el proyecto.

El constructor también deberá designar a un jefe de obra capaz y experimentado que asumirá su representación técnica en el proceso; deberá asignar los medios humanos y materiales precisos y formalizar las subcontrataciones que correspondan, todo ello atendiendo a las concretas circunstancias de la obra.

La norma también impone al constructor la obligación de firmar el acta de replanteo y recepción de obra, la de facilitar los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada y la de suscribir las garantías previstas en el artículo 19 LOE.

Por último, también se impone al constructor la obligación de tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor aunque, paradójicamente, no existe ninguna titulación específica para actuar como tal²⁵⁴.

No obstante, en la práctica, lo habitual es que el constructor cubra los puestos de responsabilidad de la obra con personas que tienen tanta cualificación como los propios técnicos facultativos que la dirigen, especialmente en proyectos de cierta envergadura. A este respecto debe recordarse que, en la actualidad, el arrendamiento de obra es un contrato típico de empresa²⁵⁵ en el que el constructor suele ser una

²⁵⁴ La inexistencia de una titulación específica para actuar como constructor es advertida por diversos autores como CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO (2012, 507) o MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 232). Esta situación no es extraña para otros ordenamientos, como el inglés, donde en general se permite a cualquier persona ejercer como constructor siempre que cumpla unos determinados requisitos administrativos de registro, tal y como apunta BAILEY (2011, 20).

²⁵⁵ Así lo exponen SALVADOR CODERCH (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, comentario del artículo 1596 Cciv, epígrafe I.1), ESTRUCH ESTRUCH (2011, 710-711) o GÓMEZ DE LA ESCALERA (1994, 218-219), quienes indican que, en el arte moderno de la construcción, las edificaciones se ejecutan por empresas constructoras con una determinada organización.

sociedad especializada en el sector, con recursos y personal altamente cualificado, de suerte que no es infrecuente encontrar a ingenieros o arquitectos superiores asignados para los puestos de jefe de obra, jefe de producción u otros puestos que pueden variar en función del organigrama específico de cada obra en concreto.

A tenor de esta configuración legal, el constructor asume una obligación de resultado²⁵⁶ consistente en materializar físicamente la obra diseñada en el proyecto conforme a las especificaciones del contrato.

Como ocurre con los demás agentes de la edificación, al constructor se le podrá exigir responsabilidad civil tanto por sus actos u omisiones propios, como por los actos u omisiones de aquellas personas por las que, con arreglo a la LOE, deba responder (artículo 17.2 LOE). Estos últimos grupos de casos se concentran, para el caso del constructor, en los supuestos del artículo 17.6 LOE.

En los siguientes epígrafes nos ocuparemos de analizar los distintos supuestos de responsabilidad del constructor por las personas de las que debe responder conforme al artículo 17.6 LOE y determinaremos nuestra posición en relación con la naturaleza de tales supuestos, su configuración como verdaderos casos de responsabilidad por hecho ajeno y, en definitiva, sobre la posibilidad de que el constructor pueda repetir en la vía interna y quedar definitivamente indemne en su patrimonio.

Adicionalmente, el último epígrafe lo dedicaremos a analizar otro grupo de casos que, sin estar expresamente contemplado en la norma, también representa otro supuesto muy frecuente en el que la jurisprudencia suele hacer responder al constructor por daños originariamente imputables, cuando menos en parte, a un tercero. Se trata de los supuestos de responsabilidad del constructor por no advertir de los errores de proyecto o de las instrucciones inadecuadas de la dirección facultativa.

²⁵⁶ Para CORDERO LOBATO (2011, 433-434) la obligación de resultado conecta con la regulación contenida para el contratista en los artículos 1544 y 1588 y ss. Cciv. Según esta autora, el constructor soporta los riesgos hasta la producción de ese resultado al afirmar que “*gráficamente, puede decirse que la obra se realiza a riesgo y ventura del contratista*”.

3.2. LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL JEFE DE OBRA Y DEMÁS PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS QUE DE ÉL DEPENDAN (ARTÍCULO 17.6 I LOE)

El primer inciso del artículo 17.6 LOE declara la responsabilidad del constructor por los daños causados por el jefe de obra y por las demás personas físicas o jurídicas que de él dependan. En su tenor, el precepto nos dice que esa responsabilidad del constructor aflorará en los casos en que el daño se derive de la “*impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas*” a estos sujetos.

La enumeración realizada tiene vocación de exhaustividad a efectos de cubrir todos los posibles supuestos de responsabilidad que desemboquen en un daño material para el edificio por actuaciones imputables al jefe de obra o a los demás dependientes del constructor.

En los siguientes epígrafes analizaremos el fundamento de la responsabilidad que se atribuye al constructor en este precepto, lo que nos permitirá concluir sobre su configuración como un supuesto de responsabilidad por hecho propio o ajeno, así como sobre la posibilidad de que el constructor pueda repetir total o parcialmente en la relación interna contra los eventuales responsables últimos del daño.

3.2.1. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR POR EL JEFE DE OBRA Y POR LAS DEMÁS PERSONAS DEPENDIENTES

Los términos en los que se prescribe la responsabilidad del constructor en el artículo 17.6 I LOE recuerdan a aquellos otros términos que, con carácter general, establecen la responsabilidad del empresario por los perjuicios causados por sus dependientes en el artículo 1903 IV Cciv. De hecho, diversos autores han considerado que esta responsabilidad que se contiene en el artículo 17.6 I LOE es, en realidad, una aplicación

concreta de la responsabilidad que ya viene recogida en el artículo 1903 IV Cciv para explicar su fundamento²⁵⁷.

Sin embargo, la opinión que aquí voy a defender mantiene la debida distancia con dichas tesis por cuanto el esquema del artículo 1903 IV Cciv, aun cuando puede resultar admisible para explicar algunos aspectos de la relación interna, no convence para explicar el fundamento del artículo 17.6 I LOE en lo atinente a la relación externa entre el constructor y el perjudicado por el daño.

Ciertamente, ambos preceptos tienen en común la atribución de responsabilidad al principal por acontecimientos dañosos cuyo origen, al menos parcialmente, es causalmente imputable a un dependiente. No obstante, debe advertirse que el artículo 1903 IV Cciv es un precepto genérico que regula la responsabilidad extracontractual del empresario basada en un sistema de culpa presunta²⁵⁸, mientras que el artículo 17.6 I LOE es un precepto específico que regula una responsabilidad del constructor

²⁵⁷ En este sentido se pronuncian DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 571-572) quienes, no obstante, añaden que el artículo 17.6 I LOE también guarda identidad con el artículo 1596 Cciv y terminan concluyendo que se trata de una “*responsabilidad objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo, basada en la culpa in vigilando o in eligendo*”. Por su parte, GONZÁLEZ POVEDA (2008, 355) sostiene que la responsabilidad establecida en el artículo 17.6 I LOE sería una responsabilidad por culpa *in eligendo o in vigilando* –igual que ocurriría siguiendo el fundamento tradicional del artículo 1903 IV Cciv, aunque el autor no invoca expresamente este artículo en sus razonamientos–. En contra de esta posición, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 236-238 y 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.6.B.c).

²⁵⁸ La doctrina explica que el artículo 1903 IV Cciv se ha interpretado tradicionalmente como un supuesto de responsabilidad por culpa presunta, o con inversión de la carga de la prueba, sin perjuicio de que el rigor jurisprudencial en la aplicación del precepto ha conducido a que sea prácticamente imposible para el empresario exonerarse mediante la prueba de la diligencia debida. En este sentido, entre otros, CAVANILLAS MÚGICA (1987, 88 y ss. y 1992, 30-31), JORDANO FRAGA (1994, 464 y ss.), ZELAYA ETCHEGARAY (1995, 646-647), BARCELÓ DOMÉNECH (1995, 163-164), SANTOS BRIZ (1997, 340-341), ROCA TRÍAS (1998, 19), GÓMEZ POMAR (2004, 8), LACRUZ BERDEJO (2005, 496), BELUCHE RINCÓN (2010, 209), PARRA LUCÁN (2011, 3930 y ss., y 2016, 449-450), SOLÉ FELIU (2012, 21-31), GÓMEZ CALLE (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe V.1.2.) o GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2015, 2344).

siguiendo un modelo más objetivo de responsabilidad²⁵⁹, de configuración legal, pensado para proteger a los propietarios y subadquirentes de inmuebles, a quienes se considera parte débil en el tráfico.

Así, mientras el empresario sujeto al régimen de responsabilidad del artículo 1903 IV Cciv tendrá la oportunidad, aunque sea idealmente, de probar su diligencia a efectos de exonerarse de responsabilidad frente al perjudicado, el constructor sujeto al régimen de responsabilidad del artículo 17.6 I LOE no podrá oponer válidamente como excusa que ha empleado toda la diligencia que le resulta exigible para evitar el daño, sino que únicamente podrá tratar de acreditar la concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 17.8 LOE, entre las cuales no se contempla la de haber obrado diligentemente.

También es preciso matizar que, dentro de los requisitos que serían necesarios para atribuir responsabilidad al empresario conforme al artículo 1903 IV Cciv²⁶⁰, el requisito de la relación de dependencia entre principal y auxiliar cobraría una dimensión distinta en el supuesto regulado en el artículo 17.6 I LOE. De este modo, la relación de dependencia no sólo alcanzaría aquí a las personas físicas –en régimen de relación laboral o mediante cualquier otro sistema de subordinación, incluido en todos los

²⁵⁹ Con carácter general, la LOE establece un sistema de responsabilidad objetivo en la relación externa, desvinculado del concepto de culpa, de forma que basta con que se produzcan daños materiales en el edificio por vicios o defectos de construcción que se manifiesten durante los plazos de garantía para que surja la responsabilidad de los agentes. En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 424), FEMENÍA LÓPEZ (2000, 99 y 2004, 201 y ss.), RUIZ-RICO RUIZ (2002, 104), HERBOSA MARTÍNEZ (2002, 182-184), YZQUIERDO TOLSADA (2006, 648), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 266 y ss.), MONSERRAT VALERO (2008, 24) u ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.3).

²⁶⁰ Como es sabido, los requisitos para atribuir responsabilidad al empresario conforme al artículo 1903 IV Cciv son la existencia de una relación de dependencia entre el principal y el auxiliar, la actuación del auxiliar dentro del ámbito de las funciones encomendadas y la conducta negligente del auxiliar. En este sentido, por todos, SOLÉ FELIU (2012, 45-46).

casos el jefe de obra²⁶¹—, sino que también alcanzaría a determinadas personas jurídicas²⁶².

El fundamento de la responsabilidad del constructor por el jefe de obra y por las demás personas que de él dependen no se encuentra, por tanto, en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* sino, más bien, en la introducción voluntaria de tales agentes en el proceso de la edificación, lo que sintoniza con el principio de responsabilidad del principal por la utilización de auxiliares en el cumplimiento de la prestación.

En esta línea, muchos autores han observado la proximidad²⁶³ que existe entre el artículo 17.6 I LOE y el artículo 1596 Cciv que, antes de la promulgación de la LOE, ya contemplaba la responsabilidad del contratista por el trabajo de las personas que ocupare en la obra.

²⁶¹ La norma reconoce implícitamente una relación de dependencia entre el jefe de obra y el constructor que se adivina en la palabra “*demás*”. En este sentido, se debe entender que cuando el precepto atribuye responsabilidad al constructor por el jefe de obra y por las “*demás*” personas que de él dependen, ello es porque considera que el jefe de obra, por el rol que desempeña en el proceso constructivo, es una persona en situación de dependencia respecto del constructor.

²⁶² La referencia a las personas jurídicas en el precepto contribuye a descartar la idea de que la única situación de dependencia posible sea la relación laboral. Podrán ser consideradas personas jurídicas dependientes aquellas que estén directamente controladas por el constructor, o que formen parte del grupo de sociedades del constructor cuando éste tenga capacidad de decisión o control (en ésta línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2007, 236-237 y 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.6.B.c). También podría razonablemente sostenerse esta situación de dependencia en los casos de personas jurídicas que fueran proveedores en exclusiva o casi exclusiva del constructor.

²⁶³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2000, 18) ha indicado que la regla del artículo 17.6 I LOE “*vuelve a ser prácticamente la del artículo 1596 del Código civil*”. Utilizando términos similares, SANTOS MORÓN (2001, 342) señala que el artículo 17.6 I LOE es una “*reiteración*” de lo ya dispuesto en el artículo 1596 Cciv. Igualmente, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 571) apuntan que ambos preceptos guardan “*identidad sustancial*” y ARNAU MOYA (2004, 251, nota al pie 599) dice que el artículo 17.6 I LOE tiene su “*precedente directo*” en el artículo 1596 Cciv. MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 236-238) indica que el precepto de la LOE sigue la línea del artículo 1596 Cciv y ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2,6) también da cuenta de la relación entre ambos preceptos.

Obviando las diferencias de carácter especialmente sistemático que existen entre una y otra norma²⁶⁴, debe convenirse con este sector doctrinal que, en efecto, el fundamento de la responsabilidad que se establece en el artículo 17.6 I LOE y en el artículo 1596 Cciv es el mismo, en el sentido de que en ambos casos se atribuye responsabilidad al principal por acontecimientos dañosos que son causalmente imputables al auxiliar introducido por aquél en el cumplimiento.

Este planteamiento puede generar cierta duda cuando el auxiliar en el cumplimiento es un técnico a quien se atribuye un rol específico y una concreta responsabilidad en la LOE. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el director de obra o el director de ejecución hubiera sido introducido en el proceso de la edificación mediante un contrato laboral con el constructor. Aquí la situación resulta peculiar, por cuanto sucedería que el agente de la edificación que debe controlar e impartir instrucciones de carácter técnico al constructor se encontraría, a su vez, subordinado a las instrucciones de carácter empresarial suministradas por éste.

Ante este tipo de casos consideramos que no existe problema para considerar que el técnico es un auxiliar del constructor a efectos de lo dispuesto en el artículo 1596 Cciv, toda vez que se trata de una persona ocupada y controlada por éste para realizar la actividad comprometida frente al comitente²⁶⁵.

²⁶⁴ El artículo 1596 Cciv es una norma ubicada en sede de contratos de arrendamiento de obras y servicios. La responsabilidad del contratista lo es en tanto que deudor por una prestación contractual de resultado y su ámbito de aplicación objetivo es más amplio que el que se establece en el artículo 17.6 I LOE, que se contrae sólo a aquellos casos en los que se haya producido un daño material en el edificio. En el ámbito subjetivo del artículo 17.6 I LOE están legitimados activamente tanto los propietarios perjudicados como los ulteriores adquirentes del edificio dañado, con quienes el constructor no tiene vínculo contractual ninguno.

²⁶⁵ En esta línea, CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 458) y LUCAS FERNÁNDEZ (2004, consultado en versión electrónica, sin número de página, comentario al artículo 1596 Cciv), autor este último que matiza que la responsabilidad del constructor por un técnico que le auxilia tendría cabida en el marco del artículo 1596 Cciv, pero no en el supuesto específico de ruina del artículo 1591 Cciv.

Más controvertida podría resultar la consideración del técnico como un “*dependiente*” del constructor a los efectos del artículo 17.6 I LOE. Algún autor ha considerado que, en este caso, el técnico no tiene tal condición dada la ordenación que la norma realiza respecto del proceso edificatorio²⁶⁶.

En relación con este punto, es cierto que la responsabilidad de los técnicos tiene un fundamento específico y prevalente en la LOE. Sin embargo, pienso que el mero hecho de que los técnicos estén sujetos a un régimen de responsabilidad específico conforme a la LOE no les haría perder la condición de “*dependientes*” del constructor ante situaciones como la descrita, puesto que seguirían siendo agentes introducidos por el constructor en el proceso de la edificación y controlados por éste mediante un vínculo de entidad suficiente como para limitar el grado de autonomía con el que operarían si fueran personas ajenas a su estructura.

Por ello, considero que el constructor queda sujeto a una responsabilidad que se añade a la de los técnicos ante este tipo de situaciones, sin posibilidad de sortear el efecto del artículo 17.6 I LOE en la relación externa por un daño causalmente imputable a un técnico empleado suyo, y ello sin perjuicio de que pueda repetir frente a éste después en la relación interna. Esta solución parece la más razonable, máxime si se tiene en cuenta que en estos casos el constructor estaría realizando una prestación técnica adicional que trasciende a las que la LOE reserva para esta figura.

Finalmente, debemos valorar que este sistema objetivo de responsabilidad que contempla la LOE en la relación externa resulta más apropiado para la realidad del sector²⁶⁷ que aquel otro sistema tradicional basado en la culpa presunta del empresario, de forma que contribuye de forma eficaz al propósito de dispensar una mayor

²⁶⁶ MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 237). En sentido contrario, GARCÍA ALGUACIL (2002, 161-162) admite la posibilidad de que los técnicos puedan ser considerados “*dependientes*” del constructor, aunque reconoce que la cuestión es discutible porque el artículo 17.6 I LOE no los cita expresamente, sino que limita la referencia al jefe de obra y demás dependientes.

²⁶⁷ En la actualidad no resulta imaginable que un constructor individual ejecute materialmente una obra en su totalidad (desde luego no las obras sujetas a la LOE, debido a su envergadura y complejidad técnica). Por ello, lo habitual será que el constructor se valga de auxiliares o sustitutos o, más

protección al perjudicado, sin obligar a los tribunales de justicia a introducir interpretaciones correctoras o a extremar el rigor en la prueba de la diligencia debida por parte del principal.

3.2.2. LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO COMO UN CASO DE RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO Y LA IMPREVISIÓN DE UNA ACCIÓN DE REPETICIÓN ESPECÍFICA EN LA LEY

Según acabamos de exponer, el artículo 17.6 I LOE regula un supuesto de responsabilidad objetiva del constructor frente al propietario o subadquirente por los daños causados por otras personas que ha introducido en el proceso de la edificación y, en consecuencia, el fundamento del precepto cobra su sentido pleno en esa relación externa, como mecanismo reforzado de protección de los intereses del perjudicado.

Desde esta perspectiva considero que la responsabilidad del constructor, que no nace de su propia culpa sino del resultado dañoso que es causalmente imputable a un tercero en régimen de dependencia, debe ser calificada como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno²⁶⁸.

frecuentemente, lo normal será que la construcción se ejecute por empresas constructoras. En tal sentido, SALVADOR CODERCH (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, comentario del artículo 1596 Cciv, epígrafe I.1) y, con cita de este autor, ESTRUCH ESTRUCH (2011, 710-711), consideran que, en la versión moderna del contrato de obra, éste es típicamente un contrato de empresa que supone la aplicación de una organización de recursos humanos y materiales para consecución de un resultado. En la misma línea, GÓMEZ DE LA ESCALERA (1994, 218-219).

²⁶⁸ La doctrina científica clasifica de forma generalizada este supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno. Así, GARCÍA ALGUACIL (2002, 160-161), DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 571), ARNAU MOYA (2004, 251), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 234-238 y 2015, consultado en versión electrónica, sin números de página, epígrafes 2.6.b.6.B.b y c), GONZÁLEZ POVEDA (2008, 355) u ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin números de página, epígrafe III.2,6).

Ahora bien, debido a que la nota diferencial de los supuestos regulados en el artículo 17.6 I LOE es esa relación de dependencia²⁶⁹ entre el constructor y el agente a quien se le imputa causalmente el daño, resultará complicado probar en la relación interna la responsabilidad exclusiva del jefe de obra o del dependiente por lo que, en la práctica, no será habitual encontrar ejemplos de responsabilidad del constructor por hecho netamente ajeno sino, más frecuentemente, ejemplos de responsabilidad en parte por hecho propio y en parte por hecho ajeno.

En todo caso, esa responsabilidad por hecho netamente ajeno no resulta descartable para el constructor en los supuestos contemplados en el precepto y consistentes en la provocación de daños en el edificio por la “*impericia*”, la “*negligencia*” o el “*incumplimiento de las obligaciones*” atribuidas al jefe de obra o a los dependientes.

Mención aparte merece el caso de la “*falta de capacidad profesional o técnica*” del jefe de obra o dependiente. En relación con este supuesto debe hacerse notar que esa falta de capacidad para acometer una prestación, en sí misma considerada, no puede ser causa generadora de un daño material en el edificio. Más bien, será la circunstancia que explique la causa generadora del daño y que consistirá, normalmente, en la impericia o falta de acierto de ese agente en la realización de su cometido concreto. Visto de otro modo, puede resultar que un agente sin la debida capacidad acometa un trabajo, mejor o peor, pero sin causar ningún daño material en el edificio, en cuyo caso no existirá responsabilidad del constructor conforme al artículo 17.6 I LOE.

Por ello considero oportuno matizar que este último caso, a diferencia de los demás que se enumeran en el precepto, no está orientado a sancionar la responsabilidad del

²⁶⁹ La relación de dependencia es el rasgo que diferencia los supuestos del párrafo primero del artículo 17.6 LOE de los casos regulados en el párrafo segundo. La relación de dependencia supone, con carácter general, que los intervinientes que contribuyen a la causación material del daño actuarán con un grado de autonomía muy limitado y que su actividad en la obra será controlada por el constructor. La situación de dependencia es autónoma del mecanismo a través del cual el constructor introduce a su auxiliar en el proceso constructivo, de manera que podrá darse tanto en situaciones de contratos laborales como en casos de subcontratación, a los cuales consideramos que el artículo 17.6 I LOE también se refiere implícitamente.

constructor por un daño causalmente imputable al jefe de obra o agente dependiente, sino que pretende afirmar la corresponsabilidad del constructor por hecho propio por no asegurarse de que tales agentes cuenten con la debida cualificación siempre que, por tal motivo, se haya producido un resultado dañoso para el edificio²⁷⁰.

Sentada la conclusión de que el precepto establece la responsabilidad por hecho ajeno del constructor, cuando menos parcialmente, por acontecimientos dañosos causalmente imputables al jefe de obra o a las personas físicas o jurídicas que de aquél dependan, conviene ahora detenerse en el análisis sobre la posibilidad de accionar frente a éstos, teniendo en cuenta que el artículo 17.6 I LOE no contempla una acción de repetición específica para estos supuestos²⁷¹.

Como punto de partida, debemos advertir que el precepto se está refiriendo a una pluralidad de sujetos –jefe de obra, dependiente persona física y dependiente persona jurídica– que no necesariamente reúnen la condición de agentes de la edificación. Y la consideración o no como tales agentes marca una diferencia relevante en su posición frente al constructor y en la legitimación pasiva frente a una eventual acción directa del propietario o subadquirente perjudicado. Veámoslo.

²⁷⁰ En este caso el constructor retendrá necesariamente una parte de la responsabilidad por hecho propio en la relación interna al haber contribuido al origen del daño introduciendo en el proceso de la edificación a un agente incapaz. Entendemos que sólo podrían exceptuarse los casos de dolo manifiesto del jefe de obra o del dependiente que, deliberadamente, hubiese falseado de manera eficaz sus credenciales ante el constructor que lo introdujo en el proceso constructivo. En estos casos el constructor seguiría respondiendo ante el propietario o subadquirente perjudicado en la relación externa, pero podría salvar su responsabilidad en la relación interna.

²⁷¹ Los párrafos segundo y tercero del artículo 17.6 LOE contemplan acciones específicas de repetición frente a los subcontratistas y frente al suministrador de materiales. Por ello, la omisión de una acción de repetición específica en la LOE resulta llamativa y abre la puerta a la posible interpretación, que no compartimos, consistente en que tal omisión es deliberada y obedece a la voluntad del legislador de privar al constructor de la posibilidad de resarcirse en la relación interna frente al jefe de obra y frente a sus dependientes.

3.2.2.1 La responsabilidad del constructor por el jefe de obra

El jefe de obra reúne la condición de agente de la edificación por tratarse de una persona que interviene en el proceso constructivo de conformidad con el artículo 8 LOE y cuyo cometido, definido en el artículo 11.2 c LOE, consiste en asumir la representación técnica del constructor en la obra con la cualificación que corresponda en función de la complejidad de los trabajos que se deban realizar²⁷².

Como tal agente de la edificación, en la relación externa, el jefe de obra podrá ser directamente demandado por el propietario perjudicado o por el subadquirente a tenor de lo establecido en el artículo 17.1 LOE²⁷³, sin perjuicio, claro está, de que tal perjudicado pueda dirigirse también contra el constructor por vía del artículo 17.6 I LOE.

La intervención en la obra de este agente se produce por designación del constructor quien, en la práctica, suele nombrar a un miembro de su propia plantilla de trabajadores para el desempeño de esta función, especialmente en los casos de empresas

²⁷² De los antecedentes parlamentarios sobre el jefe de obra advertimos que el artículo 22 del proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 1996 (BOCG de 9 de enero de 1996, núm. 146-1 –V Legislatura–, Serie A, proyectos de ley) contemplaba un estatuto propio para esta figura que luego quedó reducido en el texto definitivo a la mención que se contiene en el artículo 11.2 c LOE, donde se le atribuye la condición de representante técnico del constructor en la obra y se exige que cuente con la capacitación adecuada.

²⁷³ El artículo 17.1 LOE, en su interpretación conjunta con el artículo 8 LOE, establece la responsabilidad de todos los agentes de la edificación aun cuando no estuvieran expresamente contemplados en el capítulo III de la LOE. En esta línea, CASTRO BOBILLO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe IV), SANTOS MORÓN (2001, 325-326), CADARSO PALAU (2003, 1531), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 210 y 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.6.B.b, donde se hace expresa referencia a la legitimación activa del perjudicado frente al jefe de obra) y CORDERO LOBATO (2011, 520). Con carácter general, se muestran contrarios a la interpretación de que el capítulo III contempla una lista de *numerus apertus* GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 434) y GONZÁLEZ POVEDA (2008, 365).

constructoras con una cierta estructura. No obstante, en la LOE no se impide la posibilidad de que ese jefe de obra sea un sujeto ajeno a la estructura del constructor cuya intervención, en tal caso, se realizará conforme a un contrato de arrendamiento de servicios.

En la relación interna entre el jefe de obra y el constructor, este último tendrá acción de repetición frente al primero a pesar de que el precepto no la contempla expresamente, por analogía con las restantes acciones de repetición en casos de responsabilidad por hecho ajeno previstas en el artículo 17 LOE²⁷⁴.

En particular, sin perjuicio de otras, existe identidad de razón con la acción del artículo 17.6. II LOE concedida al constructor frente al subcontratista y con la acción del artículo 17.5 II LOE concedida al proyectista frente al agente que le suministra cálculos, estudios, dictámenes o informes erróneos. En estos casos, igual que sucede en el supuesto analizado, el principal asume la responsabilidad por la introducción de otros agentes en el proceso edificatorio²⁷⁵.

Esta conclusión no varía en el caso de que la relación de dependencia entre el jefe de obra y el constructor derive de un contrato laboral. Sin perjuicio de ello, nos remitimos a lo que se expondrá más adelante para el caso de los técnicos que actúan en

²⁷⁴ En esta línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 234-236 y 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.6.B.b) considera que la repetición procede por analogía con las restantes acciones de responsabilidad por actos u omisiones de otras personas previstas en el artículo 17 LOE, con sujeción a los plazos del artículo 18.2 LOE y, con cita de JORDANO FRAGA (1994, 40 y ss.), la autora también considera que la acción de repetición procedería por analogía con las que se conceden al principal por sus auxiliares en el cumplimiento. Encontramos otros argumentos favorables a esta acción de repetición en TORRALBA SORIANO (1971, 1164), para quien tal acción cumple la función de evitar que los auxiliares queden exentos de su propia responsabilidad, lo cual sería injusto, tal y como acertadamente considera el autor.

²⁷⁵ En particular, la laguna quedaría colmada por *analogia legis* siguiendo la explicación que de esta institución realiza LACRUZ BERDEJO (2002, 258-262). De esta forma, a un caso no resuelto directamente por la ley le resulta de aplicación la solución dispuesta para otro caso particular, idéntico en su esencia.

situación de dependencia laboral, cuyas conclusiones también son válidas para el jefe de obra.

3.2.2.2 La responsabilidad del constructor por las personas jurídicas y físicas externas que colaboran en situación de dependencia

La situación de las personas jurídicas y físicas dependientes que intervienen al margen de un contrato laboral lo hacen típicamente mediante un contrato de arrendamiento de servicios con el constructor.

En mi opinión, la recta interpretación del artículo 17.6 LOE conduce a concluir que, aunque su párrafo segundo contempla de forma expresa los casos de subcontratación, éstos no figuran excluidos del primer párrafo. De esta forma, pueden existir casos de subcontratación sujetos tanto al segundo inciso como al primero del artículo 17.6 I LOE, si bien éstos últimos se contraen a aquellos supuestos en los que el agente subcontratado opere sin la natural independencia técnica o funcional en la ejecución de los trabajos que tiene un subcontratista ordinario respecto del constructor.

Así, en el caso del artículo 17.6 I LOE, fuera de los casos de dependencia laboral que también contempla implícitamente el inciso, nos encontraríamos ante una sociedad o un colaborador persona física que auxilia al constructor en su cometido mediante un contrato de arrendamiento de servicios y cuyo régimen de dependencia procedería de situaciones de especial vinculación.

Este tipo de situaciones puede tener lugar, para el caso de las personas jurídicas, cuando el constructor introduce en el proceso de la edificación a otra empresa de la que tiene su efectivo control societario directo o indirecto²⁷⁶ o, tanto para el caso de

²⁷⁶ Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el constructor fuera a su vez administrador o tuviera capacidad decisiva en el órgano de gobierno de la sociedad que le auxilia; o piénsese también en el caso de que el constructor controlase a dicho órgano de administración por razón de su participación directa en el accionariado de la sociedad auxiliar, o incluso en los casos de control mediante cualquiera de los vínculos societarios que se contemplan en el artículo 42 Ccom.

las personas jurídicas como para las personas físicas, en los casos de que el constructor introduzca en el proceso a un proveedor de servicios que opera en exclusiva o casi en exclusiva para él.

Ante estas situaciones de especial vinculación el constructor queda legitimado pasivamente en la relación externa frente al perjudicado por vía del artículo 17.6 I LOE, pero ello no descarta la posibilidad de que ese perjudicado accione directamente contra el colaborador persona física o contra la sociedad dependiente que causó el daño al amparo del artículo 17.1 LOE, puesto que estos intervinientes también reunirán la condición de agentes de la edificación conforme al artículo 8, normalmente en condición de subcontratistas²⁷⁷.

De esta manera, ante estos casos, la responsabilidad del constructor en la relación externa frente al perjudicado podrá serlo tanto por vía del primer párrafo del artículo 17.6 LOE –en concreto, respecto de los hechos dañosos de una persona física o jurídica dependiente subcontratada– como por vía del segundo párrafo –en concreto, respecto de los hechos dañosos de una persona física o jurídica también subcontratada, donde no es relevante la situación de dependencia respecto del constructor–.

La diferencia entre el artículo 17.6 I y el 17.6 II LOE será perceptible en la relación interna, de forma que el constructor se enfrentará a una mayor dificultad probatoria para acreditar su absoluta falta de contribución causal al daño en los casos sujetos al primer párrafo, esto es, en los casos en los que el daño provenga de una sociedad o colaborador dependiente que actúa bajo su ámbito de control.

En este punto, a pesar de que la norma no contempla expresamente una acción de repetición, la omisión podrá ser integrada por analogía con las restantes acciones de

²⁷⁷ Fuera de los casos de dependencia laboral, la situación típica de intervención de auxiliares es mediante un subcontrato de obra con el constructor, quien arrienda sus servicios. Pueden existir otras fórmulas más infrecuentes de introducir auxiliares (por ejemplo, mediante un mandato) que no alterarían la legitimación pasiva de los auxiliares frente al perjudicado en la medida en que éstos no pierden la condición de agentes de la edificación conforme a los artículos 8 y 17.1 LOE.

repetición previstas en el artículo 17 LOE para los casos de responsabilidad por hecho ajeno²⁷⁸.

3.2.2.3 *La responsabilidad del constructor por sus empleados. El caso de los técnicos que actúan en relación de dependencia laboral*

La situación de la persona física dependiente en régimen laboral presenta matices que se apartan ligeramente de las conclusiones alcanzadas en los casos antes analizados.

En este caso considero que, con carácter general, los empleados del constructor no tienen la condición de agentes de la edificación a efectos del artículo 8 LOE, sino que son los medios humanos “*propios*” a los que se refiere el artículo 11 LOE cuando define al constructor. Desde esta perspectiva, la personalidad del constructor no se puede desmembrar en dos agentes de la edificación separados –la del propio constructor y la de sus medios humanos “*propios*”²⁷⁹–, sino que los empleados del constructor son el medio a través del cual el constructor materializa su propia intervención en la obra.

La única consecuencia de esta reflexión será que, en la relación externa, el perjudicado no podrá accionar directamente contra el empleado del constructor al amparo de la LOE porque éstos no tienen la condición de agentes de la edificación²⁸⁰, sino que, en su lugar, sólo podrá accionar al amparo de dicha ley frente al constructor.

²⁷⁸ La conclusión es la misma que la que ya hemos expuesto más arriba para el caso del jefe de obra.

²⁷⁹ Sí tendría lugar esa disociación en el caso de los medios humanos “*ajenos*” a los que se refiere también el artículo 11.1 LOE, con referencia implícita al paradigmático caso del subcontratista de obra, entre otros.

²⁸⁰ Con fundamento en los artículos 1591 Cciv y 1596, autores clásicos como GARCÍA CANTERO (1963, 1099) también negaban la legitimación del perjudicado para accionar frente al dependiente del constructor, encontrando razones en su “*casi segura insuficiencia económica*”. Parecidamente, TORRALBA SORIANO (1971, 1166) consideraba que la intervención del auxiliar debe ser cuestión interna entre éste

Esta situación no obsta, sin embargo, a la calificación del supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno del constructor, cuando menos parcialmente, ni tampoco obsta al hecho de que, en la relación interna entre el empleado y el constructor, éste dispondrá de una acción de repetición frente a su empleado aun cuando el artículo 17.6 I LOE no la contempla expresamente.

La acción de repetición del constructor frente a su empleado ya no guardará identidad de razón con las restantes que prevé el artículo 17 LOE en materia de responsabilidad por hecho ajeno, puesto que éstas se establecen para depurar responsabilidades entre los distintos agentes de la edificación en su condición de tales. La acción de repetición, en este caso, operará por analogía con el artículo 1904 I Cciv, que permite al principal recuperar de su dependiente la cantidad que hubiera satisfecho por el daño causado por éste²⁸¹.

Entendemos que el recurso a la analogía con esta acción del artículo 1904 I Cciv no se ve ensombrecido por el hecho de que dicha acción esté contemplada para cubrir los supuestos del artículo 1903 IV Cciv, cuyo fundamento es la culpa presunta del empresario por los hechos de sus dependientes a diferencia de lo que ocurre con el

y el deudor, totalmente ajena al acreedor. En la misma línea, otros autores más recientes, como SALVADOR CODERCH (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, comentario al artículo 1596 Cciv, epígrafe I.2), consideran excluida la posibilidad de que el comitente accione directamente contra el empleado del contratista por vía del artículo 1596 Cciv, razonando que las relaciones que definen la organización empresarial del contratista son internas y él, como empresario, asume la responsabilidad íntegra sin perjuicio de los derechos que le correspondan en virtud de esas relaciones. Razonando en términos de la LOE, ESTRUCH ESTRUCH (2011, 712) apunta que no es idéntica la posición de los trabajadores u operarios que intervienen en una situación de subordinación o dependencia jerárquica del constructor y que, por tanto, no tendrán una responsabilidad independiente de éste, y la situación de los subcontratistas que intervienen autonomía e independencia y que, a juicio del autor, hace que respondan de modo directo por sus propios hechos. En sentido contrario, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.6.B.b) entiende que la acción podría dirigirse directamente contra el dependiente que haya causado los defectos constructivos.

²⁸¹ Este criterio es defendido por ÁLVAREZ OLALLA (2002, 98-99).

artículo 17.6 I LOE, que prescinde del elemento culpabilístico del principal en la atribución de responsabilidad. Estas cuestiones afectan únicamente a la relación externa entre principal y perjudicado, pero no inciden en el ámbito de la relación interna entre principal y auxiliar.

Por excepción, tal y como ya anticipábamos más arriba, consideramos que cuando el empleado del constructor sea otro agente de la edificación –por ejemplo, en aquellos casos en los que el empleado sea el técnico proyectista, director de obra, director de ejecución de obra o jefe de obra–, el propietario o subadquirente perjudicado sí tendrá acción directa frente a éstos en virtud de lo establecido en los artículos 8 y 17.1 LOE²⁸², sin perjuicio de que, además, pueda dirigirse también contra el constructor por vía del artículo 17.6 LOE.

En mi opinión, en la medida en que esos empleados pueden ser considerados como agentes de la edificación, la acción de repetición del constructor frente a ellos procederá por analogía con las restantes acciones que se prevén en el artículo 17 LOE para los casos de responsabilidad por hecho ajeno. Esta conclusión es, además, coherente con el principio de especialidad normativa.

No obstante, hemos de reconocer que éstos son casos realmente fronterizos y que la doctrina judicial no siempre se ha inclinado por admitir estas acciones de repetición sino, en su lugar, ha considerado de aplicación la prevista en el artículo 1904 Cciv.

Entre los pronunciamientos judiciales favorables a esta posibilidad destaca la SAP Navarra de 12 de junio de 2014 [JUR 2014, 264821] por la claridad de su posición. Esta sentencia razonó que la acción de repetición que resultaría procedente frente a un empleado que ejerció como director de ejecución de obra es la del artículo 1904 Cciv y no la del artículo 1591 Cciv ni las derivadas del artículo 17 LOE. Así lo expone en su fundamento de derecho segundo:

²⁸² Para ÁLVAREZ OLALLA (2002, 115) la dirección de obra responde directamente ante el perjudicado por la envergadura de su labor, aunque sea personal laboral del constructor. En sentido contrario, ARNAU MOYA (2004, 258).

“En efecto, Construcciones Andía SA pretende atribuir responsabilidad a su propia empleada quien al asumir en virtud de su contrato laboral la dirección de ejecución de la obra, vinculaba la propia responsabilidad civil de su principal, en el ámbito delimitado por los artículos 1591 del Código Civil y el artículo 17 LOE. Acción de repetición, que por evidentes razones jurídicas – se pretende la repetición sobre la cuota de responsabilidad, atribuible a la demandante al asumir mediante su empleada la dirección de ejecución de la obra– no puede ser elucidada en el presente proceso.

La acción que en su caso decidiera ejercitar Construcciones Andía SA frente a la Señora Esmeralda, pudiera basarse en los Arts. 1903, 1904 y concordantes del Código civil, en este contexto, no es el continente procesal adecuado el presente juicio ordinario en el que tan sólo puede ejercitarse por las razones ya dichas la acción de repetición, evidentemente, frente a personas diversas a la constructora que del modo indicado asumió la responsabilidad como directora de ejecución de la obra a través de su empleada”

La resolución citada se apoya en la STS de 29 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10140] que, con anterioridad a la promulgación de la LOE, consideró aplicable la acción del artículo 1904 Cciv a la repetición de un promotor frente a un técnico empleado suyo, en detrimento de la acción prevista en el artículo 1591 Cciv. Lo expone así en su fundamento de derecho sexto:

“También el aparejador es responsable por su evidente negligencia. Pero la acción que, en su caso, se pueda ejercitar contra él no tiene la misma naturaleza que la repetición frente a los restantes codeudores. Porque, como quedó probado en primera instancia este técnico prestaba sus servicios a las órdenes de la «Caixa», no actuando como profesional independiente, pues estaba vinculado a dicha entidad por un contrato laboral.

Por esta razón, la repetición frente al arquitecto no debe discurrir por los cauces del artículo 1591 sino por la vía del 1903 del CC. Según este precepto

la obligación de reparar los daños causados es exigible a los dueños de una empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones.

Por tanto el inmediato responsable de la ineficacia del aparejador es su empresario, es decir «La Caixa», que asumirá este 25% de responsabilidad de su empleado, si bien podrá posteriormente dirigirse contra el mismo para quedar indemne de la lesividad que le ha causado su incuria laboral. En este sentido es clara la proclamación del artículo 1904 del CC: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiere satisfecho».

No obstante, la cuestión es controvertida en la práctica de los tribunales tal y como se aprecia en pronunciamientos más recientes de diversas audiencias provinciales que, ante casos semejantes, han rechazado los argumentos que sustentan la acción de repetición del artículo 1904 Cciv cuando el empleado es un técnico en la obra.

En esta línea, la SAP Barcelona de 5 de marzo de 2012 [JUR 2012, 217593] rechazó la infracción del artículo 1904 Cciv invocado por el arquitecto, en su condición de empleado de un grupo inmobiliario (promotor y propietario, según se deduce, de la sociedad constructora), frente a la acción de repetición que interpuso frente al mismo su empleador con fundamento en el artículo 1145 Cciv. Los razonamientos contenidos en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia, señalan:

“La Sra. Dulce era una empleada del Grupo Habitat, pero también era una profesional, una arquitecta que participaba en la realización de la obra. Y si frente a terceros, la empleadora no puede escudarse en la responsabilidad de una de las profesionales por ella contratada, pues el artículo 1596 del CC establece que el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra, sí puede exigir posteriormente a esas personas contratadas, que también hagan frente a su parte de responsabilidad, en la proporción que les corresponda, y con arreglo a los pactos establecidos

por las partes al efecto. (...). Y el mismo criterio resulta de aplicación a los otros recurrentes, los arquitectos técnicos.

Como indica la sentencia de instancia la exoneración de los partícipes en la obra solo podría basarse en la acreditación de haber cumplido con plena diligencia sus funciones, en el caso de cada uno de ellos las que corresponden a su categoría profesional, arquitectos en el caso de la Sra. Dulce y aparejadores en el caso de los Sres. Florencio, Dámaso y Juan.

Y como indica la juzgadora a quo ejercitada la acción del artículo 1145 del CC el plazo de prescripción es el del artículo 1964 del CC, pues se plantea una acción personal por lo que se considera una deficiente actuación profesional como arquitectos”.

Una posición similar se adivina en otras resoluciones como la SAP Sevilla de 25 de septiembre de 2007 [JUR 2008, 49706] en la que, aun cuando son argumentos procesales los decisivos en el caso concreto, también se considera que la promotora y la constructora tienen una acción de repetición distinta de la del artículo 1904 Cciv frente a su empleado, quien actuó como arquitecto técnico en la obra.

3.2.2.4 La responsabilidad del constructor por defectos de acabado y la posibilidad de repetir

Finalmente, cabe plantearse si las conclusiones alcanzadas en los precedentes epígrafes variarían en el supuesto concreto de que el daño causado recayera en elementos de terminación o acabado sujetos al plazo de garantía de un año y de los que, a tenor del artículo 17.1 LOE *in fine*, debe responder el constructor.

El fundamento de la responsabilidad del constructor conforme a este precepto guarda estrecha relación con el tipo de defecto al que se refiere. Se trata de unos defectos de

escasa relevancia, de pequeños desperfectos de remate que, por su entidad, ni siquiera están sujetos al control o supervisión de la dirección facultativa²⁸³.

Como tales defectos de pura ejecución, es el constructor quien se encuentra en mejores condiciones para evitar su aparición y, por ello, es éste el único agente que figura mencionado como responsable en el precepto y en la Exposición de Motivos de la Ley²⁸⁴.

²⁸³ CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 491-496) plantea algunos ejemplos para ilustrar el tipo de defectos a los que nos referimos, tales como baldosas desportilladas o una cisterna que no funciona. En la misma línea, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 575-577) consideran que se trata de “*pequeños defectos*” y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 247) también indica que este tipo de defectos son de escasa entidad y alcanzan a aspectos tan concretos y de detalle que escapan a las tareas de dirección y control, incluso del director de ejecución de obra. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 422) los refieren como incidencias en remates puntuales, fácilmente reparables. Muy gráfico resulta igualmente ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin números de página, epígrafe III.2.3) cuando los describe como “*defectos de escasísima entidad constructiva, económica y funcional, rayanos en lo tolerable o, como decía la Jurisprudencia anterior a la LOE, imperfecciones corrientes, para las que resultaría excesivo considerar que deba existir responsabilidad transcurrido un año de la recepción de la obra*”. En la jurisprudencia, véase lo expuesto en las SSTs de 26 de octubre de 2010 [RJ 2010, 7605] y de 27 de febrero de 2012 [RJ 2012, 4051].

²⁸⁴ El apartado 5 de la Exposición de Motivos de la LOE expone que “*en cuanto a los plazos de responsabilidad se establecen en períodos de uno, tres y diez años, en función de los diversos daños que puedan aparecer en los edificios. El constructor, durante el primer año, ha de responder por los daños materiales derivados de una deficiente ejecución; todos los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, durante tres años, responderán por los daños materiales en el edificio causados por vicios o defectos que afecten a la habitabilidad y durante diez años, por los que resulten de vicios o defectos que afecten a la seguridad estructural del edificio*”. En el articulado de la norma el precepto establece que “*el constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año*”.

Sin perjuicio de lo anterior, en el marco de la relación externa, la doctrina²⁸⁵ se ha ocupado de hacer notar que el artículo 17.1 LOE *in fine* debe coordinarse adecuadamente con el artículo 17.3 II LOE, de manera que la atribución de responsabilidad al constructor no excluye la responsabilidad que también corresponde al promotor como garante del buen resultado final de la obra. Desde esta perspectiva, la atribución de responsabilidad al constructor frente al perjudicado por los defectos de acabado es, en realidad, un mecanismo de refuerzo de la garantía de perfecta terminación de la obra²⁸⁶.

Quiere ello decir que, a pesar de que el constructor es el único agente de la edificación que se menciona en el artículo 17.1 LOE *in fine*, es admitida pacíficamente la posibilidad de que otro agente, como el promotor, sea también responsable por los mismos defectos.

En el marco de la relación interna, según pienso, también habrá de coordinarse adecuadamente el artículo 17.1 LOE *in fine* con el artículo 17.6 I LOE analizado en los epígrafes precedentes, de manera que la atribución de responsabilidad al constructor tampoco excluye la de los auxiliares que hubiesen contribuido a la causación material del daño.

²⁸⁵ DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 575-577), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 422) u ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin números de página, epígrafe III.2.3).

²⁸⁶ Por ello, sólo en este punto, observamos una aproximación entre la figura del constructor y el promotor en el sentido apuntado por GARCÍA ALGUACIL (2002, 160-161). Lo que no compartimos es que esta aproximación pueda realizarse de modo global puesto que, aunque es cierto que el constructor aglutina las actividades de gran parte de los partícipes en la edificación, tal y como apunta la autora, ello no implica que pueda llegar a ser considerado como un “*garante*” en términos similares a los del promotor. Y ello no sólo porque el artículo 17.3 LOE proporciona un alcance de garantía mayor en el caso del promotor por la inclusión de la expresión “*en todo caso*” (argumento utilizado por la autora como contrapunto de su razonamiento) sino porque, con excepción del caso de los defectos de acabado, el fundamento de la responsabilidad del constructor por hecho ajeno conforme a la LOE no cumple una función de garantía incondicional como ocurre en el caso del promotor, sino que obedece más bien a las reglas de la responsabilidad por la utilización de auxiliares en el cumplimiento, en el sentido que venimos exponiendo.

Por tanto, el constructor tendrá la acción de repetición que proceda frente al jefe de obra y demás sujetos dependientes, conforme he expuesto más arriba, lo que podrá dar lugar a un resarcimiento parcial o incluso a su indemnidad²⁸⁷, siguiéndose en la relación interna el criterio de atribución de responsabilidad en función del grado de contribución causal al daño por parte de cada interviniente involucrado.

3.3. LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR SUS SUBCONTRATISTAS (ARTÍCULO 17.6 II LOE)

El segundo párrafo del artículo 17. 6 LOE establece la responsabilidad directa del constructor por los daños materiales que sus subcontratistas causen en el edificio por vicios o defectos constructivos.

Sin necesidad de recurrir a un sistema de lista exhaustiva de supuestos, como se hace en el primer párrafo, este inciso emplea una fórmula sencilla que también es omni-comprehensiva de todos los casos en los que se produzca un daño material en el edificio por defectos causalmente imputables al agente subcontratado. Dice así: “*cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar*”.

Tal y como desarrollaremos en los siguientes epígrafes, el fundamento de la responsabilidad del constructor conforme a este precepto es sustancialmente el mismo que el del primer párrafo, lo que nos permitirá concluir sobre su configuración como un caso de responsabilidad por hecho ajeno.

²⁸⁷ Téngase en cuenta que, en estos casos, las probabilidades de que el constructor quede indemne por el todo ante una eventual acción de repetición son mucho menores que las que asisten al promotor en una situación similar. A diferencia del promotor inmobiliario que sólo actúa en su condición de tal, el constructor sí opera materialmente sobre el edificio y, en consecuencia, le resultará más difícil evitar retener una parte de la responsabilidad por hecho propio en el ámbito de la relación interna.

En este caso, además, la posibilidad de repetir frente al subcontratista viene expresamente contemplada en la norma, lo que simplifica la cuestión al evitar tener que recurrir a la analogía para defender la existencia de tal acción, con independencia de que, según el caso, el resarcimiento para el constructor pueda alcanzar a la totalidad de lo satisfecho al perjudicado o sólo a una parte.

3.3.1. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR POR SUS SUBCONTRATISTAS

Conforme al artículo 17.6 II LOE el constructor deberá responder frente al propietario perjudicado o subadquirente, en la relación externa, por aquellos vicios o defectos constructivos causalmente imputables a su subcontratista y que produzcan un resultado dañoso para el edificio.

En contra de la opinión sostenida por algún autor²⁸⁸, considero que esta responsabilidad del constructor no se funda en su propia responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando*, puesto que éste no tendrá la posibilidad de oponer en su descargo la plena diligencia en la selección y supervisión del trabajo ejecutado por el subcontratista, sino que únicamente podrá invocar las causas de exoneración del artículo 17.8 LOE.

La responsabilidad del constructor, que se establece en la relación externa al margen del criterio de culpa, se explica más bien por haber introducido al tercero causante del daño en el proceso constructivo mediante un subcontrato. Este fundamento es sustancialmente idéntico al de los casos ya analizados en relación con el primer inciso del artículo 17.6 LOE y, por tanto, también sintoniza con los casos de responsabilidad del deudor por sus auxiliares²⁸⁹.

²⁸⁸ GONZÁLEZ POVEDA (2008, 355) es partidario de una tesis subjetivista de conformidad con la cual el fundamento de la responsabilidad del constructor con arreglo al artículo 17.6 II LOE se basa en su culpa *in eligendo* o *in vigilando*, aunque la persona física o jurídica subcontratada no quede sometida, en el caso concreto, a la dirección o supervisión del contratista.

²⁸⁹ El subcontratista opera como un auxiliar o, si se quiere, como un “*sustituto*”. Precisa CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 458) en este sentido que “*dentro de la categoría de auxiliares, en sentido amplio, se*

En la relación externa es irrelevante el vínculo que pueda unir al constructor y al subcontratista más allá del subcontrato mismo. Es decir, aquí ya no importa si el subcontratista se encuentra en situación de dependencia respecto del constructor, como ocurría en los casos sujetos al artículo 17.6 I LOE²⁹⁰.

Tampoco importan otras circunstancias como que la designación de un concreto subcontratista hubiera sido sugerida por el promotor o que, de cualquier modo, la selección del mismo viniera mediatizada por influencia del promotor u otro agente.

incluyen tanto los auxiliares en sentido estricto o dependientes, cuanto los sustitutos". En todo caso, este subcontratista operaría siguiendo las notas configuradoras del auxiliar a las que hacen referencia TORRALBA SORIANO (1971, 1156) o JORDANO FRAGA (1994, 45-51), esto es, tener la condición de tercero respecto del acreedor, ser introducido en el cumplimiento por voluntad o iniciativa del deudor principal y colaborar en alguna de las actividades preparatorias o propiamente de ejecución en que consiste la prestación principal –requisito, este último, expresamente apuntado por el último autor citado y sobreentendido en el texto del primero–.

Ya con referencia a la LOE, el propio CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 460-461) apunta que la interpretación propuesta en torno a la responsabilidad del deudor por sus auxiliares en el cumplimiento que establece el artículo 1596 Cciv es válida para explicar el artículo 17.2 LOE y, en su desarrollo, el artículo 17.6 LOE. También MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 245-246 y 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.6.B.e) se aparta de las posturas subjetivistas y considera que la responsabilidad del constructor por sus subcontratistas se funda en el hecho de que éste último es un auxiliar del que se sirve el constructor para cumplir con su obligación de ejecutar la obra. Según indica esta misma autora, la responsabilidad del constructor por su subcontratista se extiende también a lo realizado por el subcontratista de éste. Por su parte, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 177) convienen en que el subcontratista es un sustituto del contratista que opera con autonomía o independencia respecto de éste, si bien, con carácter general, dichos autores (2003, 577) no creen que el sistema de la LOE establezca una responsabilidad objetiva de los agentes de la edificación por razón de las causas de exoneración previstas en su artículo 17.8.

²⁹⁰ Como hemos visto, en dicho inciso se establece la responsabilidad del constructor por sus dependientes, incluidos aquellos que hayan podido ser introducidos en el proceso de la edificación mediante un subcontrato. Ante estos casos, tal y como ya hemos expuesto, el constructor tendrá una mayor dificultad probatoria para acreditar en la relación interna que resultaba ajeno al daño causado por su subcontratista y, en consecuencia, le resultará más difícil exonerarse de toda responsabilidad.

Considero que ni siquiera en tales casos el constructor podría exonerarse de responsabilidad en la relación externa, puesto que estas circunstancias resultan inoponibles al tercero perjudicado, quien probablemente desconocerá tales vicisitudes y en todo caso resultará ajeno a las mismas.

Sería más dudoso el caso de que quien sugiere o influye en la selección del subcontratista fuera el autopromotor, esto es, quien promueve para sí y acaba siendo sujeto pasivo del daño²⁹¹. Ciertamente, deberían tomarse en consideración las circunstancias concretas de cada caso para evaluar el nivel de influencia que pudo tener el autopromotor perjudicado en la selección del subcontratista que causó el daño.

Sin embargo, con carácter general, no parece que la mera sugerencia o incluso la influencia ejercida por el perjudicado para la selección del subcontratista deba exonerar de responsabilidad al constructor por vía del artículo 17.6 II LOE puesto que, también en tales casos, la subcontratación implica un acto de voluntad por medio del cual el constructor consiente en que una parte de su obligación sea acometida por una tercera persona determinada que, de esa manera, es introducida en el proceso constructivo.

Desde este punto de vista, al constructor siempre le asiste la facultad de negarse a subcontratar al operador sugerido si no goza de su confianza y, por tanto, debe entenderse que su introducción es voluntaria en la medida en que dispone de la última palabra sobre su inclusión en el proceso de la edificación.

²⁹¹ Esta circunstancia sí es relevante en el derecho inglés, donde se plantea la diferencia entre el subcontratista elegido sólo por el constructor (“*domestic subcontractor*”) y el subcontratista elegido por el principal y designado según las previsiones del contrato (“*nominated subcontractor*”). En este último caso se produce una interferencia del principal que puede dejarle sin acción frente al constructor por los hechos del subcontratista, hasta el punto de que, según opinan FURST y RAMSEY (2012, 457), la mejor vía para proteger los intereses de este principal es sencillamente evitar este tipo de designación (“*nomination*”).

Las diferencias generales entre los distintos tipos de subcontratista pueden apreciarse en MASON (2016, 206) y ADRIAANSE (2016, 246-247).

Bastará, por tanto, con que entre el constructor y el agente causante del daño exista un subcontrato para que nazca la responsabilidad del primero frente al perjudicado, sin perjuicio de las posibilidades de resarcimiento en la vía interna.

Esta configuración legal de la responsabilidad del constructor resulta onerosa para éste y altamente protectora de los intereses del perjudicado si se compara con la solución ofrecida en el ordenamiento inglés, donde prima el principio de relatividad de los contratos. Esto supone que el constructor sólo responderá por su subcontratista, con carácter general, en aquellos casos en los que la actuación de tal subcontratista represente un incumplimiento de las prestaciones prometidas por el constructor en el contrato principal²⁹².

Sin embargo, el constructor no responde de la negligencia cometida por un subcontratista independiente fuera del ámbito contractual²⁹³ ni, en particular, de los

²⁹² Esta situación se explica como un fenómeno de responsabilidad vicaria (“*vicarious liability*”) en materia contractual, tal y como exponen FURST y RAMSEY (2012, 444), para quienes el constructor es responsable frente al dueño de la obra, en general, por cualquier deficiencia provocada por el subcontratista en el desempeño del contrato principal, en la medida en que su actuación es vicaria de las propias obligaciones que corresponden por contrato a ese constructor. De forma parecida lo expone ADRIAANSE (2016, 244-245).

²⁹³ MASON (2016, 85) explica que la responsabilidad vicaria en el ámbito de la responsabilidad extracontractual sólo alcanza al principal por la negligencia de sus empleados, pero no alcanza a la negligencia cometida por otros contratistas independientes. ADRIAANSE (2016, 249) también expone que la regla general es que el principal no es responsable de los ilícitos civiles cometidos por un contratista independiente.

Por excepción, el constructor responde del subcontratista en el ámbito de la responsabilidad extracontractual cuando hubiera conocido su negligencia con ocasión de sus tareas de supervisión. Lo indican FURST y RAMSEY (2012, 256) con apoyo en la doctrina sentada por el caso *D&F Estates v Church Commissioners* [1989] AC 177-209, HL, donde se razona que si en el curso de la supervisión el constructor toma conocimiento de que el subcontratista está obrando de manera defectuosa o de manera que puede generar un daño previsible y disculpa tal conducta, se colocará como corresponsable en el daño. También BAILEY (2011, 754-755) se refiere al carácter excepcional de la responsabilidad del constructor por su subcontratista en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

menoscabos ocasionados al propio edificio, que no tienen la consideración de daños propiamente dichos ni son resarcibles con arreglo al derecho inglés de los “*torts*”²⁹⁴.

Lo anterior supone que cuando el perjudicado no es parte en el contrato, esto es, cuando el perjudicado es un ulterior adquirente del edificio, éste no tiene acción frente al constructor. Como excepción, el derecho inglés corrige el rigor de su sistema contractualista mediante la inclusión de normas positivas que, de forma parecida a nuestra LOE aunque con un alcance mucho más limitado, prescriben la responsabilidad del constructor frente a este subadquirente, incluso por aquellos daños causados por un subcontratista, cuando el edificio en cuestión sea una vivienda residencial²⁹⁵.

²⁹⁴ El daño causado en el propio edificio no es considerado en el derecho inglés como un daño físico (“*physical damage*”), sino como una pérdida puramente económica (“*pure economic loss*”) que no puede recuperarse por vía extracontractual, tal como apuntan FURST y RAMSEY (2012, 241) y BAILEY (2011, 763 y 767 y 770). De forma general, MASON (2016, 79) también explica la distinción entre ambas categorías y la imposibilidad de reclamar la pérdida puramente económica mediante la acción de responsabilidad extracontractual.

²⁹⁵ La norma positiva (“*statute*”) de referencia es la *Defective Premises Act 1972*, que permite superar el principio de relatividad de los contratos de forma que el propietario perjudicado puede dirigir su acción frente al constructor cuando éste no ha ejecutado correctamente la obra, cuando no ha utilizado los materiales apropiados y cuando, por ello, el edificio no resulta apto para ser habitado. En este sentido lo expone BAILEY (2011, 772), quien añade que el propietario también podrá dirigir su acción directamente contra el subcontratista aunque no medie contrato entre ambos.

Según apunta MASON (2016, 85-87), esta norma también permitirá superar las limitaciones generales del derecho inglés sobre responsabilidad extracontractual que se asientan en la doctrina del paradigmático caso *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562, el cual introdujo el concepto del deber de cuidado (“*duty of care*”), que debe observarse frente a todo aquel a quien ha de tenerse en mente cuando se actúa en el tráfico. Para este autor, el constructor ya no podrá exonerarse alegando que, cuando la negligencia tuvo lugar, él no podía tener en mente a un subadquirente cuya existencia desconocía.

En relación con esta misma norma, ADRIAANSE (2016, 124) recuerda que su ámbito de aplicación objetivo es el de las viviendas nuevas (“*new dwellings*”), con apoyo en lo establecido en el caso *Jenson & Anor v. Faux (Rev 1)* [2011] EWCA Civ 423.

3.3.2. LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO COMO UN CASO DE RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

La consideración del subcontratista como un agente de la edificación ha sido una cuestión tradicionalmente discutida en la doctrina científica y el debate se ha mantenido en la doctrina judicial hasta nuestros días, como seguidamente veremos. Esto tiene su importancia a efectos de evaluar la responsabilidad directa frente al perjudicado en la relación externa.

Sin perjuicio de ello y en lo que atañe a la responsabilidad del constructor por ese subcontratista, puede decirse que el artículo 17.6 II LOE presenta unos contornos más definidos que los que contempla el artículo 17.6 I LOE para el caso del jefe de obra y demás personas dependientes.

Así, por un lado, la existencia de una acción de repetición para el constructor ya no ofrece lugar a dudas porque la provee expresamente la norma y, por otro lado, la configuración del supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno resulta más fácilmente apreciable al desaparecer la relación de dependencia como nota caracterizadora de la ecuación.

3.3.2.1 *El subcontratista como agente de la edificación*

La legitimación pasiva del subcontratista frente al dueño de la obra por daños derivados de vicios constructivos ya era un tema debatido con anterioridad a la promulgación de la LOE²⁹⁶.

²⁹⁶ Aunque reconoce que la cuestión ofrece dudas, GARCÍA CANTERO (1963, 1099), quien es partidario del fundamento extracontractual del artículo 1591 Cciv, recurre a las tesis contractualistas para considerar excluidos a los subcontratistas del círculo de legitimación pasiva que traza dicho precepto. En sentido similar, LUCAS FERNÁNDEZ (2004, consultado en versión electrónica, sin números de página, comentario del artículo 1591 Cciv) apunta que la ejecución defectuosa del subcontratista sí desatará su responsabilidad, pero ésta deberá hacerse efectiva en la relación interna entre contratista y subcontratista. Sin embargo para GÓMEZ DE LA ESCALERA (1994, 226), quien critica la arbitrariedad de las tesis contractualistas, el propietario sí podría dirigirse directamente frente al subcontratista por vía del artículo 1591 Cciv, habida cuenta su actuación principal y autónoma.

En la jurisprudencia recaída en interpretación del artículo 1591 Cciv, a pesar de que en alguna ocasión se llegó a admitir²⁹⁷, la tendencia ha sido la de negar la legitimación al propietario para accionar directamente frente al subcontratista como así puede apreciarse en el caso de la STS de 3 de julio de 2008 [RJ 2008, 4365], que es una de las últimas resoluciones en las que el Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión con fundamento en la normativa anterior a la LOE:

“La intervención de un subcontratista no altera la responsabilidad del contratista determinada el artículo 1591; dicho partícipe en determinadas tareas edificativas no es considerado en general como agente de la edificación y la doctrina científica mayoritaria rechaza la acción directa del comitente en contra del subcontratista; y aunque la doctrina jurisprudencial ha sido fluctuante sobre este particular, se destaca la posición relativa a su exculpación; la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, no aplicable al supuesto de autos, en su artículo 17.6, párrafo segundo, establece que, "cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar”.

Esta resolución resulta de especial interés por cuanto anticipa *obiter dictum* la postura del Tribunal Supremo ante casos semejantes sujetos a la LOE, tal y como puede apreciarse en el extracto.

La LOE, en todo caso, no vino a esclarecer los problemas interpretativos sobre esta cuestión. Antes al contrario, de su literalidad pueden seguirse dos tesis separadas

²⁹⁷ SSTS 23 de noviembre de 1985 [RJ 1985, 5634], de 22 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1468], de 14 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8444] y de 22 de junio de 1990 [RJ 1990, 4861].

cuyo desarrollo ha conducido a una clara falta de univocidad en la doctrina judicial²⁹⁸ y, en suma, a un panorama de indeseable inseguridad jurídica que se ha mantenido hasta la actualidad.

La primera interpretación²⁹⁹, en sintonía con la referida STS de 3 de julio de 2008 [RJ 2008, 4365], consistiría en considerar que el subcontratista carece de legitimación pasiva frente al perjudicado porque aquél no tiene la condición de agente de la edificación al no aparecer mencionado en el catálogo que recoge el capítulo III de la LOE, que siguiendo esta línea operaría como una lista tasada de *numerus clausus*.

Esta postura se vería reforzada por el hecho de que el artículo 17.6 II LOE prescribe la responsabilidad directa del constructor por los hechos de su subcontratista, sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder a este último en la relación interna. Es decir, siguiendo esta línea, el constructor actuaría como un parapeto frente a la acción de responsabilidad del propietario por vicios constructivos

²⁹⁸ La SAP Málaga de 22 de octubre de 2015 [JUR 2016, 25596] sigue la misma doctrina establecida en la STS de 3 de julio de 2008 [RJ 2008, 4365] y, con cita de ésta, niega la legitimación pasiva del subcontratista con invocación *obiter dictum* del artículo 17.6 LOE.

En cambio, apenas unos meses antes, la SAP Ciudad Real de 15 de julio de 2015 [JUR 2015, 193940] mantenía una posición de signo contrario, en sintonía con otras resoluciones anteriores como la SAP Barcelona de 8 de abril de 2014 [JUR 2014, 149653], la SAP Las Palmas de 21 de febrero de 2011 [JUR 2011, 250775], la SAP Murcia de 29 de julio de 2010 [Ac 2010, 1164] o la SAP Cáceres de 20 de octubre de 2010 [JUR 2010, 411694].

²⁹⁹ Siguen esta línea SEIJAS QUINTANA (2000, 109) y GONZÁLEZ POVEDA (2008, 356), a la sazón magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo y cuyo criterio, por tanto, resulta especialmente autorizado en la práctica de los tribunales como así lo demuestra, por ejemplo, la intervención del primero de ellos en la STS de 3 de julio de 2008 [RJ 2008, 4365], antes citada y extractada.

También se aproxima a esta tesis SANTOS MORÓN (2001, 343), para quien la consagración de responsabilidad directa del constructor en el artículo 17.6 II LOE no impediría al propietario dirigirse frente al subcontratista, si bien conforme al artículo 1902 Cciv y no con arreglo a las acciones previstas por la LOE.

basada en la LOE, de manera que el perjudicado sólo podría dirigir dicha acción frente a éste³⁰⁰.

La segunda interpretación³⁰¹, que considero más acertada, consiste en considerar que el subcontratista sí tiene la condición de agente de la edificación a pesar de su imprevisión expresa en el catálogo del capítulo III de la LOE, puesto que la definición genérica del artículo 8 LOE permite sostener que la lista de agentes es de *numerus apertus*. Siguiendo esta línea, el subcontratista sí tendría legitimación pasiva frente al perjudicado por vía del artículo 17.1 LOE, que prescribe con carácter general la responsabilidad de todas las personas físicas y jurídicas que intervienen en el proceso constructivo frente a los propietarios o subadquirentes de edificios ante los daños causados por vicios constructivos.

En la doctrina judicial posterior a la STS de 3 de julio de 2008 [RJ 2008, 4365] encontramos diversas sentencias favorables a esta segunda interpretación. Un buen ejemplo es el de la SAP Ciudad Real de 15 de julio de 2015 [JUR 2015, 193940], en cuyo fundamento de derecho quinto se aprecia claramente su posición a este respecto a pesar de la reconocida controversia doctrinal:

“lo que argumenta el recurrente es que la Ley de Ordenación de la Edificación no recoge la figura del subcontratista entre los agentes de la edificación, por lo que en base a esa ley no cabe que pueda ser demandado. Es el constructor principal el que asume la responsabilidad frente a la propiedad por los actos

³⁰⁰ La solución que se sigue de esta interpretación es similar, aunque no tan severa, como la que ofrece el sistema inglés, conforme al cual el propietario perjudicado carece de legitimación frente al subcontratista salvo por vía extracontractual, en cuyo ámbito no se ven protegidos, con carácter general, los daños causados al propio edificio por ser considerados como daños puramente económicos (“*pure economic loss*”). En este sentido, FURST y RAMSEY (2012, 232-233 y 445-446) y BAILEY (2011, 768-769).

³⁰¹ Siguen esta línea ÁLVAREZ OLALLA (2002, 103-105), GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 7-9), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 244 y 2015, consultado en versión electrónica, sin números de página, epígrafe 2.6.b.6.B.e), CORDERO LOBATO (2011, 533-534) o ESTRUCH ESTRUCH (2011, 712).

del subcontratista, sin perjuicio de las acciones de repetición, tal como establece el art.17.6. No desconociendo este Tribunal que estamos ante una cuestión controvertida, entendemos que el subcontratista sí puede ser incluido dentro de los agentes de la edificación de la Ley de Ordenación de la Edificación y, por tanto, sí cabe el ejercicio de acciones frente al mismo en el marco de esta ley”.

En similar sentido, la SAP Barcelona de 8 de abril de 2014 [JUR 2014, 149653] también atribuye legitimación pasiva al subcontratista frente al perjudicado en su fundamento de derecho tercero, donde indica:

“la responsabilidad directa del contratista por los actos de los subcontratados se contempla en el citado apartado 6º como una garantía frente al perjudicado pero no impide que éste pueda dirigirse directamente contra el autor material”.

Igualmente, la SAP Las Palmas de 21 de febrero de 2011 [JUR 2011, 250775], resulta expresiva de su posición favorable a la segunda interpretación expuesta, tal y como refleja su fundamento de derecho noveno:

“alega la demandada Construcciones Cabrera y Vinoly que siendo subcontratista no se genera su responsabilidad entendiendo que el segundo párrafo del apartado 6 del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación (...) excluye a los subcontratistas de responsabilidad en el proceso edificatorio. No puede aceptarse así. La subcontratista es un agente de la edificación, agente de la edificación que puede incluso ser el exclusivamente responsable de determinados defectos de los que no sean responsables personales y directos ningún otro agente de la edificación”.

Otro ejemplo lo encontramos en la SAP Murcia de 29 de julio de 2010 [Ac 2010, 1164], que abunda en la línea de legitimar de forma pasiva y directa al subcontratista en su fundamento de derecho segundo:

“lo apuntado sobre el enunciado del art. 17 de la LOE tampoco apea al subcontratista de responsabilidad por vicios constructivos, sino que refuerza la capacidad de reclamar del perjudicado haciendo responsable también a la contratista, aun permitiéndole a ésta, si los repara, repetir después contra aquella”.

Más claras resultan las situaciones en las que el agente subcontratado es un técnico expresamente identificado en el catálogo del capítulo III de la LOE³⁰². En estos casos ofrece menos duda el hecho de que el subcontratista quedaría legitimado pasivamente frente al perjudicado porque su condición de agente de la edificación no resulta discutible con independencia de que, en todo caso, el constructor seguirá siendo responsable por la actuación de ese técnico subcontratado en la relación externa conforme al artículo 17.6 II LOE³⁰³.

Las consecuencias que se siguen de esta segunda interpretación son, por un lado, que el perjudicado podrá dirigirse contra un círculo más amplio de legitimados con intervención directa en la obra y, por otro lado, que el constructor siempre mantendrá en la relación externa una responsabilidad agregada a la que le sería imputable por sus propios hechos, de manera que todo ello reforzará la solvencia de la parte pasiva del litigio para favorecer la protección del perjudicado y sin perjuicio de las acciones que el constructor pueda entablar después frente al agente subcontratado.

No obstante, a pesar de que la interpretación aquí defendida es favorable a la inclusión del subcontratista dentro del concepto de agente de la edificación a efectos de las responsabilidades prescritas en la LOE, debe reconocerse que la vigente doctrina del Tribunal Supremo es precisamente la contraria.

³⁰² ÁLVAREZ OLALLA (2002, 115) alude al caso del director de obra subcontratado por el constructor. Según esta autora, el técnico respondería como en el caso de cualquier subcontrata.

³⁰³ En este sentido razona CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 457-461), para quien el constructor no podrá eludir su responsabilidad alegando que el único responsable es el arquitecto o el técnico a quien él mismo ha contratado. En términos parecidos argumenta ARNAU MOYA (2004, 258) con el ejemplo del director de obra contratado por el constructor.

Entre sus últimas resoluciones en la materia, la STS de 19 de enero de 2015 [RJ 2015, 1029] afirma que el subcontratista no tiene la condición de agente de la edificación, aunque lo indica entre sus razonamientos *obiter dictum* y sin desarrollar tan apenas el argumento³⁰⁴.

Mucho más concisa resulta la reciente STS de 14 de marzo de 2018 [RJ 2018, 980], en cuyo fundamento de derecho sexto se niega al subcontratista la consideración de agente de la edificación en el régimen de la LOE y, por tanto, se deslegitima a esta figura para ser demandada por el perjudicado al amparo de esta norma. Dice así:

“Establece el art. 8 de la LOE el concepto de los agentes de la edificación estableciendo que: «Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Sus obligaciones vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención».

En los artículos siguientes refiere expresamente quiénes son los «agentes», no mencionando al subcontratista.

Esta omisión no es involuntaria dado que fue objeto de debate parlamentario durante la tramitación del proyecto de ley.

El subcontratista es referido en otros preceptos de la LOE, dado que la evidente realidad de su existencia en las obras no podía ignorarse, lo cual no significa que se le diese estatus de «agente de la edificación». A tal efecto se

³⁰⁴ El supuesto de hecho de la sentencia no está sujeto al régimen de la LOE. Sin embargo, como argumento de refuerzo para negar la legitimación de los técnicos para traer al proceso al subcontratista en el caso concreto, la sentencia realiza la siguiente afirmación en su fundamento de derecho segundo in fine: “En tercer lugar, esta incorporación de terceros al proceso está prevista en la Disposición Adicional Séptima de la LOE para los agentes mencionados en la Ley, entre los que no se encuentra el subcontratista”.

cita al subcontratista en los arts. 17.6.2 y 11.2, e), especialmente para determinar que el responsable de los subcontratistas es el constructor.

La LOE tiene como objetivo principal preservar los derechos de los propietarios y terceros adquirentes, al tiempo que delimita las responsabilidades de los agentes de la edificación.

Desde esta óptica, no tiene sentido introducir la posibilidad de demandar con base en la LOE, al subcontratista, cuando los intereses de los propietarios ya están amparados por la responsabilidad del promotor (principalmente), del contratista y de otros agentes que tengan responsabilidad, máxime cuando el subcontratista estará ligado al contratista por un contenido contractual que solo le vincula a él y al contratista, limitándose el subcontratista a seguir las instrucciones de su contratista.

Esta exclusión del subcontratista del ámbito de la LOE no es óbice para el ejercicio de acciones sujetas al Código Civil (LEG 1889, 27) entre los diferentes intervinientes en el proceso de edificación, especialmente entre contratista y subcontratista, sede en la que el subcontratista podrá argüir si los pretendidos incumplimientos se deben a exigencias contractuales del contratista, a una menor calidad impuesta, a directrices de los técnicos o a una desviación voluntaria o negligente del subcontratista”

Este razonamiento, aunque no puede ser compartido por las razones ya expuestas, resulta terminante en lo que concierne a la posición actual del Tribunal Supremo en la materia y hace presumir que la tendencia futura de las audiencias provinciales se unificará en esta dirección, poniéndose así punto y final a un prolongado debate en la práctica judicial.

3.3.2.2 La acción de repetición del constructor frente al subcontratista

Igual que sucede en los casos previstos en el primer párrafo, los casos de subcontratación regulados en el segundo párrafo del artículo 17.6 LOE también se configuran

como supuestos de responsabilidad objetiva del constructor en la relación externa por los daños causados por un tercero, que aquél ha introducido en el proceso constructivo.

La responsabilidad del constructor por un hecho dañoso causalmente imputable a un tercero independiente debe ser calificado como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno³⁰⁵ con mayor razón, si cabe, que en los casos previstos por el artículo 17.6 I LOE en los que ese tercero actúa en régimen de dependencia.

Para este concreto grupo de casos el precepto contempla una acción de repetición específica. Así, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE y a diferencia de lo que ocurre con los casos sujetos al primer párrafo del artículo 17.6 LOE, no es necesario cubrir una laguna mediante interpretaciones sistemáticas de varios preceptos³⁰⁶ ni recurrir a la analogía del artículo 4.1 Cciv para reconocer la existencia de tal acción.

³⁰⁵ Con carácter general la doctrina científica es coincidente al clasificar el supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno, y ello con independencia de que los razonamientos en los que se apoyan para explicar el fundamento del precepto en la relación externa no sea el mismo para todos los autores. Consideran que estamos ante un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno ARNAU MOYA (2004, 251), GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 6), GONZÁLEZ POVEDA (2008, 355), ESTRUCH ESTRUCH (2011, 712), ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.6) y ÁLVAREZ OLALLA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3.1).

³⁰⁶ Recurría a esta técnica GÓMEZ DE LA ESCALERA (1994, 218-219), con invocación de los artículos 1591.1, 1596 y 1904 Cciv –este último por analogía–, para defender la existencia de una acción de repetición del constructor frente al subcontratista con anterioridad a la promulgación de la LOE.

En la doctrina judicial encontramos ejemplos como el de la SAP Barcelona de 12 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 107118], en la que el constructor ejerció acción de repetición frente al subcontratista tras haber satisfecho un pago indemnizatorio al perjudicado por los daños causados por vicios constructivos. En este caso, el tribunal consideró que existía una responsabilidad compartida por parte de contratista y subcontratista, y condenó a éste a reintegrar al constructor la mitad de la indemnización soportada por el constructor con fundamento en los artículos 1145 y 1591 Cciv.

El constructor podrá verse íntegramente resarcido en la relación interna en aquellos casos en los que consiga acreditar que el origen del daño le resultaba del todo ajeno y que el agente que lo perpetró fue en exclusiva el subcontratista³⁰⁷. En otro caso, si de la prueba se desprende una concurrencia causal del constructor, el resarcimiento que podrá obtener mediante la acción de repetición sólo será parcial y alcanzará a la cuota proporcional de participación en el daño que fuera imputable a ese subcontratista.

De esta forma, se introduce el criterio de imputación basado en la culpa dentro del juego de las relaciones internas, siguiendo el mismo criterio expuesto en algunas de las resoluciones más recientes que han abordado esta específica cuestión, como ocurre en el caso resuelto por la SAP La Coruña de 19 de mayo de 2016 [JUR 2016, 154046], cuyo fundamento de derecho tercero *in fine* dice así:

“En sus relaciones puramente internas, el subcontratista ha de responder pues ante el contratista de la correcta realización del trabajo que se le ha encomendado, y si, a consecuencia de su mala praxis, el contratista es condenado a hacerse cargo de los daños causados por el negligente actuar del subcontratista, no ha de ofrecernos duda alguna que podrá repetir lo indemnizado contra aquél por su incumplimiento contractual, sin que quepa confundir los distintos planos de responsabilidad, comitente y contratista por una parte, y contratista y subcontratista por otra”

³⁰⁷ Un ejemplo de esta posibilidad lo encontramos en la SAP Zaragoza de 13 de diciembre de 2016 [JUR 2017, 6872]. Su fundamento de derecho séptimo dice así: *“En el caso, queda acreditado por tanto que la obra ejecutada por la subcontratada presentaba cierto defectos, plenamente acreditados en las actuaciones, en atención a los cuales, la dueña de la obra, que encargó su realización a la actora, hizo efectivo el importe constituido en su favor en garantía de la reparación, conforme a los preceptos dispuestos en la LOE, y por tal motivo puede repercutir contra la demandada lo que de forma indebida ha tenido que satisfacer por cuenta del repetido aval en atención a unos daños en cuya causación no intervino”*.

En cuanto a este punto, algún autor³⁰⁸ ha considerado que la acción de regreso que corresponde al constructor conforme al artículo 17.6 LOE es una aplicación concreta de la acción que, con carácter general, reconoce el Cciv al deudor solidario que paga la deuda.

A mi juicio, este planteamiento podría ser admisible para aquellos casos en los que, poniendo el precepto en relación con el artículo 17.3 LOE, concurrieran circunstancias que impidieran determinar la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de causas sin poderse precisar el grado de intervención de cada uno de los agentes en el daño producido. Sin embargo, debe observarse que la asunción generalizada del planteamiento supondría admitir que existe una solidaridad *ab initio* entre el constructor y el subcontratista allí donde la ley no la contempla.

Por ello, convencen más las tesis de quienes consideran que esta acción del artículo 17.6 LOE no está pensada tanto para proteger al codeudor solidario que paga la deuda común, como para proteger el patrimonio del responsable por hecho ajeno frente al autor material del daño³⁰⁹.

En todo caso, la diferencia entre una y otra postura tiene un alcance más conceptual que práctico, puesto que ambas teorías permiten al constructor descargar en el subcontratista la parte de la indemnización que hubiera soportado por su cuota proporcional de intervención en el daño.

³⁰⁸ LÓPEZ RICHART (2002, 15-16).

³⁰⁹ Siguiendo a CORDERO LOBATO (2011, 542-544), las acciones de regreso están previstas en la LOE para cubrir dos tipos de situaciones: la del deudor solidario que ha sido condenado junto con otros deudores y paga al acreedor común, y la del responsable por hecho ajeno, donde se incardina al constructor en las situaciones del artículo 17.6 LOE. Desde esta perspectiva, la acción de regreso de la que dispone el constructor, a quien se le hace responder objetivamente en la relación externa, está contemplada para que pueda resarcirse y mantener indemne su patrimonio.

Finalmente, en relación con los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado, sujetos al plazo de garantía anual conforme al artículo 17.1 LOE *in fine*, debemos remitirnos a lo ya expuesto para el caso de los supuestos contemplados en el artículo 17.6 I LOE. Así, si bien en el marco de la relación externa el constructor –y también el promotor por vía del artículo 17.3 LOE– será quien responda ante el propietario perjudicado, ello no impedirá que éste pueda resarcirse después en la relación interna frente al causante material del daño³¹⁰.

3.4. LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR POR LOS DAÑOS DEBIDOS A LAS DEFICIENCIAS DE PRODUCTOS DE LA CONSTRUCCIÓN ADQUIRIDOS O ACEPTADOS POR ÉL (ARTÍCULO 17.6 III LOE)

El artículo 17.6 LOE se cierra con un tercer párrafo que también prevé la responsabilidad directa del contratista, en este caso por los daños causados por productos de construcción defectuosos. En su tenor, el inciso dice: “*Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar*”.

Este párrafo otorga una acción de repetición expresa al constructor, aunque no identifica quién ha de ser el destinatario de tal acción. La omisión no representa problema para entender implícitamente identificado al suministrador de quien el constructor “*adquiere*” los productos defectuosos, ni tampoco representa problema para entender comprendido a cualquier otro agente de la edificación que se encuentre en la cadena previa de suministro que culmina, en este punto, con la “*aceptación*” de tales productos por parte del constructor con carácter previo a su introducción en el proceso constructivo.

³¹⁰ Se exceptuarían los casos en los que el agente subcontratado fuera un técnico facultativo, por razón de la escasa entidad de estos defectos cuya detección escapa a las labores de control de un facultativo. En contra de esta opinión, GARCÍA ALGUACIL (2002, 159).

En los siguientes epígrafes nos ocuparemos de esclarecer el fundamento de la responsabilidad del constructor por estos productos de construcción defectuosos que adquiere o acepta, así como de clasificar el supuesto como un caso de responsabilidad por hecho propio o ajeno, lo que determinará el alcance parcial o total de la acción de repetición contemplada en la norma.

3.4.1. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR POR LOS PRODUCTOS DE CONSTRUCCIÓN DEFECTUOSOS

La responsabilidad del constructor establecida en el artículo 17.6 III LOE tiene un fundamento muy próximo, aunque no idéntico, al de los dos párrafos anteriores. En este caso ya no resulta tan clara su incardinación como un supuesto de responsabilidad del principal por sus auxiliares en el cumplimiento³¹¹, pero su sentido sí se explica igualmente en el ámbito de la relación externa y está orientado a dotar de una mayor protección al perjudicado.

En concreto, la atribución de responsabilidad al constructor por los productos defectuosos cumple la función de evitar que el perjudicado, para lograr su resarcimiento, se vea en la tesitura de tener que dirigirse frente al sujeto o sujetos originalmente causantes del daño ante escenarios de especial dificultad para su identificación³¹².

³¹¹ Podría argumentarse que sí lo es en aquellos casos en los que pueda identificarse al constructor con el contratista que se obliga a suministrar los materiales en los términos del artículo 1588 Cciv, cuando el origen del daño se encuentra en aquellos materiales que “*adquiere*” del suministrador. Más dificultades encontraríamos para entender que este supuesto obedece al mismo fundamento en los casos en los que el constructor se limita a “*aceptar*” el material que es suministrado por otro agente de la edificación, como por ejemplo el promotor. Ante este segundo supuesto no parece que su responsabilidad se pueda anudar a la de un tercero que le auxilia en la prestación debida, puesto que ésta era ajena al ámbito de sus obligaciones.

³¹² En esta línea, GONZÁLEZ POVEDA (2001, 264 y 2008, 357) sostiene que lo que supone el precepto es impedir que el constructor pueda pretender eximirse de responsabilidad tratando de desviar la responsabilidad hacia los suministradores o fabricantes de los productos. También MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 241-242) apunta que la finalidad del artículo 17.6 III LOE es la de favorecer al perjudicado y evitar que éste tenga que identificar al suministrador.

Por ello, la responsabilidad del constructor ante este tipo de supuestos no encuentra su fundamento en la culpa, aun cuando pudiera tratar de extraerse dicha conclusión por razón de las concretas acciones –“*adquirir*” o “*aceptar*” los productos defectuosos– a los que el precepto anuda el nacimiento de la responsabilidad.

El primero de los supuestos, “*adquirir*”, implica que el constructor selecciona e introduce un determinado producto para su uso en el proceso edificatorio. En el segundo caso, “*aceptar*”, no existe esa iniciativa en la selección ni en la introducción del producto, pero sí una conformidad para que tal producto sea empleado en la edificación³¹³.

A efectos de la responsabilidad directa del constructor, no importa que el producto haya sido colocado en la obra por otro agente³¹⁴ ni tampoco importa quién haya tenido la iniciativa en seleccionar producto. Lo que el precepto castiga es que el constructor haya tolerado sin oposición la incorporación de un producto que, a la postre, resulta defectuoso y causa un daño, incluso aunque no existiesen motivos aparentes para sospechar que el producto en cuestión tuviera deficiencias³¹⁵.

³¹³ Tal y como señalan DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 573), con quienes convenimos en esta apreciación, la incorporación de productos de construcción a la obra debe entenderse aceptada por el constructor de forma tácita, salvo que hubiera constancia en sentido contrario. En la misma línea, LÓPEZ RICHART (2002, 7-8) interpreta que la aceptación del material por el constructor tiene lugar siempre que no hubiera constancia expresa de su oposición a la incorporación del mismo a la obra, basando su argumento en el artículo 1590 Cciv. Igualmente, CORDERO LOBATO (2011, 525-526) y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 432) también indican que la responsabilidad del constructor existe si éste estuvo de acuerdo en que se utilizasen los materiales en la obra sin poner ninguna objeción.

³¹⁴ ARNAU MOYA (2004, 251), CORDERO LOBATO (2011, 525-526) y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 432) razonan que el constructor responde por los productos defectuosos aceptados o adquiridos por él, lo haya colocado él mismo o lo haya colocado cualquier otro agente de la edificación.

³¹⁵ Pongamos un ejemplo. El constructor de una nave acepta la colocación de unas determinadas placas prefabricadas de hormigón para construir la fachada del edificio. Tales placas, que cuentan con los certificados de calidad correspondientes según comprueba el constructor y que fueron suministradas y

A tenor de la norma, por tanto, no es relevante que el constructor haya empleado la diligencia que le resulta exigible en la adquisición o aceptación de un producto que luego resulta defectuoso. Incluso en tales casos, la diligencia del constructor en su conducta no sería oponible frente al propietario perjudicado, puesto que para que se active su responsabilidad basta con que el producto causante del daño haya sido adquirido o aceptado por parte del constructor, con independencia del mayor o menor cuidado que éste hubiera observado en su incorporación.

Finalmente, conviene apuntar que aunque la norma ofrece la pauta para atribuir responsabilidad directa del constructor por los materiales defectuosos, en la práctica existe dificultad para deslindar esta responsabilidad de la responsabilidad concurrente de otros agentes de la edificación que tienen atribuidas funciones de vigilancia o supervisión sobre tales materiales³¹⁶.

colocadas por un fabricante especializado en el sector, comienzan a presentar porosidades y otros defectos después de entregada la obra. Ante esta situación el constructor podría acreditar razonablemente que desplegó toda la diligencia debida en la selección del producto, puesto que comprobó que contaba con los certificados de calidad en origen y lo adquirió a un fabricante reconocido, sin que le resultasen exigibles mayores controles en obra sobre la calidad del producto. Sin embargo, ese cuidado no sería oponible frente al propietario perjudicado a tenor de la interpretación conjunta de los artículos 11, 17.6 III y 17.8 LOE, sin perjuicio de que, en caso de una eventual condena, pudiera repetir frente al suministrador. Un caso parecido a éste lo encontramos en la SAP Zaragoza de 21 de abril de 2014 [JUR 2014, 151903] cuya historia prosigue, ya en vía de repetición del constructor frente al subcontratista y fabricante del producto, de quien obtiene el resarcimiento, en la SAP Zaragoza de 13 de diciembre de 2016 [JUR 2017, 6872].

³¹⁶ Además de recaer sobre el constructor y, en último término, sobre el suministrador, la obligación de velar por la adecuada calidad de los materiales también afecta a prácticamente todos los agentes de la edificación. Recae sobre el promotor en la medida en que es garante provisional incondicional del buen resultado final de la obra por vía del artículo 17.3 LOE. Pero también puede recaer sobre el director de obra en virtud del artículo 12.3, *b* y *c* LOE y sobre el director de ejecución de obra a tenor del artículo 12.2 *b* y *d* LOE, e incluso sobre las entidades y laboratorios de control que hubieran llevado a cabo comprobaciones concretas *ex* artículo 14 LOE.

La intervención de cada uno de los agentes que tiene asignadas obligaciones en relación con la calidad de los materiales debe conjugarse adecuadamente con el principio de responsabilidad individualizada que proclama la LOE, lo que resulta especialmente difícil en el caso del constructor y el director de

3.4.2. LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO COMO UN CASO DE RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

El análisis del supuesto desde la perspectiva de su clasificación como un caso de responsabilidad por hecho propio o ajeno, exige detenerse en dos cuestiones.

En primer lugar, resulta oportuno examinar cuál es la posición del agente que se coloca en los eslabones previos de la cadena de suministro del producto defectuoso en cuestión –típicamente, el suministrador al que se refiere el artículo 15 LOE–, antes de que el constructor lo adquiera o acepte. La caracterización de este suministrador conforme a la LOE no sólo nos ayudará a examinar si tiene legitimación pasiva directa frente al eventual perjudicado en la relación externa, sino que también nos facilitará la comprensión de su rol en el proceso constructivo y el alcance en la ajenidad de su conducta desde la perspectiva del constructor, a quien se hace directamente responsable.

Ello nos permitirá, en segundo lugar, formar un criterio en relación con si la responsabilidad directa prescrita en el precepto lo es por hecho propio o por hecho ajeno y, en consecuencia, el alcance limitado o absoluto de la acción de repetición específicamente contemplada en la norma.

3.4.2.1 *El suministrador de productos como agente de la edificación*

El suministrador de productos de construcción aparece expresamente identificado dentro del catálogo de agentes de la edificación del capítulo III de la LOE. En particular, se considera que es un suministrador de productos a efectos de dicha norma el fabricante, el almacenista, el importador y el vendedor.

ejecución de obra, como así han observado SEIJAS QUINTANA (2000, 137), CARRASCO PERERA (2002, 28-31) o MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 241).

Corresponde a estos suministradores la obligación de entregar los productos de acuerdo con la calidad exigida en el pedido y en la normativa sectorial, de forma que responderán tanto de su origen, identidad y calidad, como del cumplimiento de las exigencias que se establezcan en la normativa técnica aplicable³¹⁷ (artículo 15.3 *a* LOE).

Por ello, aunque el artículo 17.1 LOE no contemple de forma expresa al suministrador como legitimado pasivo y el artículo 17.6 III LOE establezca la responsabilidad directa del constructor, ello no impedirá al propietario perjudicado dirigirse directamente contra este suministrador³¹⁸.

³¹⁷ Han de cumplirse las prescripciones del Real Decreto 1630/1992, de 29 de diciembre, por el que se establecen las disposiciones necesarias para la libre circulación de productos de construcción, en aplicación de la Directiva 89/106/CEE, tal y como recuerdan MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 249) y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 514).

Por otro lado, en lo que se refiere a la coordinación normativa, CORDERO LOBATO (2011, 534) indica que para conjugar la responsabilidad con la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por producto defectuoso –hoy derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDCU– hay que entender que aunque no hayan pasado los plazos del artículo 17.1 LOE, el fabricante no responde si su responsabilidad se ha extinguido conforme al artículo 13 de dicha Ley 22/1994 (actualmente sustituido por el artículo 144 TRLGDCU). Por su parte, el vendedor sólo responde por vía de la LOE si también lo hace por vía de la Ley 22/1994.

Para PARRA LUCÁN (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II) la LOE no puede modificar el régimen de responsabilidad por producto defectuoso en lo que concierne a la responsabilidad del vendedor o suministrador de materiales de construcción defectuosos. La razón estriba en que el régimen que actualmente se contempla en el TRLGDCU proviene de la Directiva 85/374/CEE, la cual no permite a los estados introducir modificaciones más que en aquellos puntos expresados por la propia Directiva, entre los que no se encuentra la individualización de los sujetos responsables. En la misma línea y con cita de esta autora, LÓPEZ RICHART (2002, 12).

³¹⁸ Así, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 425), LÓPEZ RICHART (2002, 10), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 248), MONSERRAT VALERO (2008, 199-200), CORDERO LOBATO (2011, 534) e igualmente CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 439). En contra, GONZÁLEZ POVEDA (2008, 365).

Por su parte, ARNAU MOYA (2004, 263-264) indica que el suministrador de producto tiene la consideración de agente de la edificación y que el artículo 17.6 LOE establece su responsabilidad indirecta, puesto que el constructor responde por ellos sin perjuicio de su derecho de repetición.

En la doctrina judicial encontramos pronunciamientos de signo contrario como el contenido en la SAP León de 5 de noviembre de 2003 [Ac 2003, 64]. En el fundamento de derecho tercero de esta sentencia se negó la legitimación pasiva de los suministradores de producto frente al propietario perjudicado a tenor del artículo 1591 Cciv, sin que quede claro si el tribunal habría cambiado de parecer en caso de que hubiese regido la LOE en el caso enjuiciado, cuya concreción es mayor en este ámbito, ya que la resolución se limita a citar esta norma para rechazar su aplicación por razones de índole temporal en el fundamento de derecho cuarto.

Más recientemente, existen pronunciamientos favorables a la tesis aquí defendida como el contenido en el fundamento de derecho primero de la SAP Murcia de 10 de noviembre de 2011 [JUR 2011, 422945]. En esta sentencia, en la que ya se razona con fundamento en la LOE, se admite la legitimación pasiva de los suministradores de producto frente al perjudicado, precisamente, por su condición de agentes de la edificación. Dice así:

“Bien aludido se encuentra el art. 15 de la ley especial para decidir la responsabilidad de esta primera apelante, que ahora se ratifica y que ella misma admitió en su día, como se menciona por dos veces en la sentencia recurrida al escrutar el juez a quo la prueba documental de las actoras.

Finalmente, también es necesario confirmar el rechazo de la interpretación que la apelante realiza del art. 17 de la LOE, que en modo alguno contiene un elenco cerrado, a modo de numerus clausus, de responsables del proceso constructivo, cuando de su texto y de las normas que lo circundan se desprende con nitidez que cualquier interviniente en tal cometido (agentes de la construcción) ha de responder ante los dueños del edificio de los incumplimientos contractuales, o incluso de los no pactados, que produzcan una ruina, aun funcional, al propio edificio. (...)

Se remarca en el tercero de los motivos de alzada de esta primera apelante la inviabilidad de las acciones ejercitadas por la parte actora, basadas en la LOE y dirigidas contra el fabricante y suministrador del producto.

Sin que se dude de la aplicación al supuesto enjuiciado de la ley 38/99, de 5 de noviembre, no puede compartirse, por lo ya expresado, que el apartado 1. de su tan mencionado art. 17 excluya de responsabilidad a la empresa que fabricó y sirvió los materiales defectuosos para edificar (...)”.

Esta interpretación, además de ser la que se aproxima de manera más razonable a la exégesis gramatical y sistemática de los artículos 8, 15, 17.1 y 17.6 III LOE en su conjunto, también resulta la más oportuna conforme a un criterio finalista que, en línea con lo expuesto por la exposición de motivos de la LOE, tiende a proteger la posición del perjudicado.

Cuestión distinta es que, en la práctica, sea harto infrecuente que el propietario perjudicado o el subadquirente opte por demandar directamente al suministrador de un producto defectuoso.

Esta situación no es habitual, en primer lugar, porque el perjudicado normalmente desconoce la identidad del suministrador, cuya intervención tiene lugar en el origen remoto de la cadena de producción que resulta lejana y difusa para el destinatario final. En segundo lugar, porque para demandar al suministrador resulta prudente, cuando menos a efectos de evitar la imposición de las costas procesales, tener indicios de que el origen del daño se encuentra en la presencia de un producto defectuoso, cosa que suele ser impredecible *ex ante*. Y, en tercer lugar, precisamente, porque la LOE disciplina cauces de responsabilidad directa de otros agentes, como el constructor o el promotor, para que el perjudicado pueda verse resarcido sin necesidad de identificar cuál es el origen directo del daño.

3.4.2.2 La acción de repetición del constructor frente al suministrador de productos defectuosos

Los casos de responsabilidad del constructor frente al propietario perjudicado por los daños causados por productos de construcción defectuosos son supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, cuando menos en parte³¹⁹, lo que justifica que el último inciso del artículo 17.6 III LOE conceda una específica acción de repetición.

Ayuda a concluir que el precepto contempla un caso de responsabilidad por hecho ajeno la inclusión de la palabra “*directamente*” que se contiene en el inciso. Así, cuando dice que el constructor será *directamente* responsable del daño, lo hace para enfatizar que lo será por un acto que puede no resultarle causalmente imputable, de forma que la mención resultaría superflua si admitiéramos que el precepto está contemplando un supuesto de responsabilidad por hecho netamente propio³²⁰.

En estos casos en los que el origen acreditado del daño se encuentra en la deficiencia de un producto, el constructor podrá repetir frente al suministrador y resarcirse por el todo salvo que su conducta también hubiera contribuido a originar ese daño de

³¹⁹ Con carácter general la doctrina admite que éste es un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, como así puede apreciarse en LÓPEZ RICHART (2002, 10), ARNAU MOYA (2004, 251), ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.6), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 240 y 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.6.B.d) o GONZÁLEZ POVEDA (2008, 356-357), autores estos dos últimos que introducen la idea de que el constructor conservará una parte de responsabilidad por hecho propio en aquellos casos en los que, debiendo comprobar la adecuación del material conforme a su *lex artis*, no los rechazase por defectuosos. Otros autores, como DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2000, 19) consideran que siempre que el control de la calidad de los materiales corresponda al contratista, lo que entiende que sucederá en aquellos casos que no se tengan que seguir especiales instrucciones del resto de agentes, no estaríamos ante un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno.

³²⁰ Este argumento es igualmente válido para los supuestos contemplados en los párrafos primero y segundo del artículo 17.6 LOE, respecto de los cuales también hemos manifestado nuestra opinión favorable a su consideración como casos de responsabilidad por hecho ajeno.

forma causal y directa, en cuyo caso nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad en parte por hecho propio y en parte por hecho ajeno donde el constructor sólo podrá repetir por la parte proporcional cuya cuota no estuviera jurídicamente obligado a soportar.

Un caso particular es el de aquellos daños causados por materiales defectuosos que han sido introducidos en el proceso constructivo por parte del subcontratista. Algún autor ha explicado que este grupo de casos ha de resolverse conforme al artículo 17.6 III LOE, al considerar que el constructor “*acepta*” implícitamente los materiales utilizados por su subcontratista³²¹. Sin embargo, convencen más las tesis de quienes sostienen que, en realidad, este tipo de supuestos deben incardinarse dentro del segundo párrafo del artículo 17.6 LOE, y no en el ámbito del tercer párrafo, de manera que el constructor respondería como en cualquier otra situación ordinaria de responsabilidad por su subcontratista³²².

Parece más razonable sostener, siguiendo esta postura doctrinal, que no es que el constructor sea responsable por aceptar implícitamente unos materiales defectuosos introducidos por su subcontratista sino, sencillamente, porque la ley le hace responder con carácter general por los actos de su subcontratista.

³²¹ A juicio de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 431) el objetivo de la ley en este aspecto consiste en que sea el constructor el que responda frente al perjudicado, dejando a un lado al subcontratista, sin perjuicio de la vía de repetición que aquel pueda utilizar frente a este. Por ello, considera admisible sostener que los productos utilizados por el subcontratista han sido “*aceptados*” por el propio constructor, de manera que, en tal caso, respondería el constructor directamente, no ya por la existencia de un subcontratista, sino por el hecho mismo de que se han utilizado productos de construcción defectuosos.

³²² LÓPEZ RICHART (2002, 7-8) discrepa de la opinión de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 438) y entiende que este tipo de supuestos no están sujetos al artículo 17.6 III LOE sino al artículo 17.6 II LOE. Se aproxima igualmente a esta interpretación MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 245) cuando indica que la responsabilidad del constructor por lo hecho por el subcontratista también alcanza a los subcontratistas de éste y a los productos adquiridos por éstos.

En todo caso, ambos supuestos hacen directamente responsable al constructor frente al perjudicado y la consecuencia práctica de optar por una u otra interpretación es mínima. El matiz se encuentra en la vía de repetición, donde el párrafo segundo del artículo 17.6 LOE –responsabilidad por los hechos del subcontratista– permite un margen ligeramente más amplio para explicar la ajenidad de la conducta que en los casos del párrafo tercero –responsabilidad por aceptar materiales defectuosos–, supuestos estos últimos en los que, idealmente, será más complicado acreditar en el caso concreto las circunstancias fácticas conducentes a exonerar por el todo al constructor.

Esta acción de repetición expresamente contemplada en el artículo 17.6 III LOE se explica de la misma forma que la contemplada en el segundo párrafo del precepto, por lo que resulta válido lo ya expuesto para tal acción. El constructor podrá verse íntegramente resarcido en la relación interna en aquellos casos en los que consiga acreditar que el origen del daño le resultaba del todo ajeno, dando paso al criterio de imputación basado en la culpa en el ámbito de las relaciones internas³²³.

3.5. LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR POR NO ADVERTIR DE LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DERIVADAS DE LOS ERRORES DE PROYECTO Y DE LAS INSTRUCCIONES INADECUADAS DE LA DIRECCIÓN FACULTATIVA

Hasta aquí hemos analizado diversos grupos de casos en los que, por ministerio del artículo 17.6 LOE, se hace responsable directo al constructor por los hechos de terceros intervinientes en el proceso constructivo.

Nos planteamos ahora el análisis de otro grupo de casos, no contemplado expresamente en la LOE, que también afecta a la responsabilidad del constructor por los

³²³ Con carácter general, nos remitimos a lo expuesto en relación con el análisis de la acción de repetición del constructor contra el subcontratista y a las apreciaciones de CORDERO LOBATO (2011, 542-544). En contra del criterio expuesto, LÓPEZ RICHART (2002, 15-16) considera que la acción de regreso del artículo 17.6 LOE es, más bien, una aplicación concreta de la acción general que el Cciv reconoce al deudor solidario que paga íntegramente la deuda.

hechos de terceros intervinientes en el proceso constructivo y que aparece ampliamente reflejado en la jurisprudencia. Se trata de los casos de responsabilidad del constructor por no advertir de determinados errores cometidos por los técnicos en el desempeño de sus funciones y, en particular, la responsabilidad por no advertir de los errores de proyecto y la responsabilidad por no advertir de las consecuencias derivadas de las desacertadas indicaciones de la dirección facultativa que conducen a un resultado dañoso.

En una primera aproximación al supuesto podría ofrecer cierta duda la naturaleza de esta responsabilidad, puesto que no deja de llamar la atención que el constructor deba responder por los errores propios de sus directores, quienes cuentan con una especial cualificación técnica en el desempeño de sus funciones, máxime cuando tal criterio de imputación no aparece contemplado expresamente en los textos legales.

Sin embargo, tal y como expondremos, este grupo de casos no se configura como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno a pesar de que el detonante causal del daño se encuentre en la conducta de un tercero, sino que se ordena como un caso de responsabilidad tanto del constructor como del técnico frente al perjudicado, por hecho propio en ambos casos.

Al tratarse de un supuesto de responsabilidad construido en buena medida por la jurisprudencia, dedicaremos el primer epígrafe a abordar su tratamiento en la práctica de los tribunales, desde su origen hasta la actualidad. A continuación, expondremos los fundamentos de esta responsabilidad y los criterios de imputación al constructor, y concluiremos proporcionando algunas reflexiones sobre los aspectos más problemáticos que presenta este grupo de casos.

3.5.1. LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR POR NO ADVERTIR DE LOS ERRORES DE LOS TÉCNICOS EN LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES

Según su ordenación legal, el constructor es el agente de la edificación que tiene por misión ejecutar materialmente la obra encargada por el promotor conforme a las especificaciones del proyecto y del contrato (artículo 11.1 LOE), siguiendo las

instrucciones de la dirección facultativa durante el desarrollo de la obra (artículo 11.2, a LOE).

Esto supone que el constructor debe realizar la prestación conforme a las pautas e indicaciones impartidas por los distintos técnicos –proyectista, director de obra y director de ejecución de obra– durante todo el proceso constructivo, sin poder apartarse de tales indicaciones.

El constructor, por tanto, se encuentra en la situación de tener que acometer una prestación con obligación de resultado ajustándose estrictamente a lo que le indican otros agentes, quienes, por su rol en la obra y su configuración legal³²⁴, deben tomar las decisiones de naturaleza técnica.

Lo anterior no quiere decir que el constructor vaya a quedar exento de toda responsabilidad siempre que siga fielmente las instrucciones de los técnicos. Según mantenía ya la jurisprudencia con anterioridad a la publicación de la LOE, el constructor será responsable cuando no advierta de las consecuencias dañosas que podrían seguirse de determinadas órdenes, sin poder escudarse en la excusa de que, como constructor, se limita a hacer lo que le mandan los técnicos.

Esta línea se aprecia en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo que razonan con fundamento en el artículo 1591 Cciv, como las SSTS de 22 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 4781], de 8 de febrero de 1994 [RJ 1994, 836], de 26 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9399] o de 3 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 6946]. En el fundamento de derecho segundo de esta última se lee lo siguiente en relación con la doctrina jurisprudencial expuesta:

“Esta Sala tiene declarado que «el contratista, como profesional que es en el ramo en que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se deben seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de la obra, salvando su responsabilidad, siempre que por su profesión pueda

³²⁴ Véanse los artículos 11.2, a; 12.1, 12.2, c y d; 13.1; 13.2, c y d LOE.

conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos; lo que no puede escudarse es en la simple y socorrida excusa de que hace lo que le mandan, pues de lo contrario sobraría su mención entre los responsables de los daños que enumera el artículo 1591: siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas de los técnicos. Ya esta Sala en sentencia de 22 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 4781) dijo que el constructor, por su carácter técnico, debió o bien no realizar la obra sin un correcto terraplenado (en el caso de aquellos autos), o bien de las consecuencias que tendría hacerla de la manera proyectada» (SSTS de 8 de febrero de 1994 (RJ 1994, 836) y 26 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9399))”

Otras sentencias, como las SSTS de 15 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4237] o de 16 de abril de 1996 [RJ 1996, 2954], ponen especial acento en la función del constructor, que no es automática ni de subordinación plena y ciega a las instrucciones del arquitecto, sino que deja cierto margen a la posibilidad de negarse a efectuar aquello que pueda resultar incorrecto. Así se lee en el fundamento de derecho segundo de la primera sentencia referida, que hace alusión al contratista:

“No le puede proteger la excusa, que suele aportarse con frecuencia en estos casos, de que se limitó a ejecutar la obra conforme a lo planeado por el arquitecto. Su hacer constructivo no se presenta automático ni de subordinación plena y ciega, pues siempre cuenta con el margen de no efectuar aquello que resulta incorrecto y también plantear la proyección más adecuada y conveniente, ya que, de esta manera, el precepto 1591 quedaría en la mayoría de los supuestos vacío de contenido para contratistas y constructores y así lo entendió la Sala en Sentencias de 22 septiembre 1986 (RJ 1986\4781) y 8 febrero 1994 (RJ 1994\836)”.

La doctrina judicial que ha enjuiciado asuntos sometidos a la normativa previa a la publicación de la LOE sigue estos mismos postulados³²⁵ y, en algunas ocasiones, profundiza en las tesis del Tribunal Supremo desarrollando argumentos que inciden en

³²⁵ Entre otras, véase la SAP Murcia de 29 de mayo de 2000 [Ac 2000, 1643] en su fundamento de derecho tercero, la SAP Toledo de 28 de junio de 2000 [JUR 2000, 246038] en su fundamento de

la obligación del constructor de obrar conforme a su *lex artis* a tenor de lo establecido, con carácter general, en el artículo 1258 Cciv. En esta línea discurren los razonamientos, por ejemplo, de la SAP Toledo de 28 de junio de 2000 [JUR 2000, 246038]:

“La obligación fundamental del contratista en el arrendamiento de obra, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1.544 y 1.591 del C.C., incluye una prestación de resultado consistente en ejecutar la edificación con arreglo a las cualidades convenidas, a las exigencias técnicas y a los usos propios del arte constructivo, haciéndola adecuada para servir a los fines de normal habitabilidad previstos. (...) Por otro lado, el contratista está obligado, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según la naturaleza del contrato de obra, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (art. 1.258 C.C.), entre las cuales se encuentra la buena ejecución técnica de la obra para servir al uso previsto, acomodándose al proyecto redactado por el arquitecto correspondiente, como deber elemental e implícito derivado de este negocio jurídico (SS. TS. 7-10-83 [RJ 1983, 5314] y 23-1-85 [RJ 1985, 193]). De ahí que la responsabilidad del contratista por los vicios constructivos puede venir dada, tanto por la ejecución de la obra con incumplimiento o desviación del proyecto y de las órdenes o instrucciones dadas por la dirección facultativa, como por el empleo de procedimientos contrarios a las normas habituales de la buena construcción”

Los tribunales de justicia han mantenido estos mismos criterios de imputación de responsabilidad al constructor en aquellos casos en los que resulta de aplicación temporal la LOE al hecho enjuiciado. El razonamiento, en este caso, ya no proviene tanto de las interpretaciones contractualistas por vía de los artículos 1258 y 1591 Cciv cuanto del reconocimiento implícito en el artículo 11 LOE de un deber de obrar conforme a la *lex artis* constructiva.

derecho segundo, la SAP Soria de 30 de enero de 2003 [JUR 2003, 75930] en su fundamento de derecho segundo, SAP Pontevedra de 26 de febrero de 2003 [[JUR 2003, 181009] en su fundamento de derecho tercero, SAP Córdoba de 23 de marzo de 2004 [JUR 2004, 128158], en su fundamento de derecho quinto o SAP León de 3 de febrero de 2005 [JUR 2005, 77017], en su fundamento de derecho sexto.

Esta vinculación entre la *lex artis* del constructor y la obligación de advertir de los errores constructivos sin poderse escudar en el automatismo de su función se apreciaba ya en las resoluciones dictadas durante los primeros años de vigencia de la LOE, como así resulta de la SAP Granada de 20 de septiembre de 2005 [JUR 2006, 163201]³²⁶ o de la SAP Asturias de 7 de octubre de 2005 [JUR 2005, 232932]³²⁷.

En la actualidad, los pronunciamientos más recientes³²⁸ continúan aplicando esta misma doctrina en interpretación del artículo 11 LOE, con apoyo en la jurisprudencia iniciada en la década de los ochenta y consolidada en la década de los noventa del

³²⁶ Esta resolución dice lo siguiente en su fundamento de derecho primero: “*El contratista, como profesional que es del ramo para el que ha sido contratado, debe salvar su responsabilidad indicando, las consecuencias perjudiciales que pueden derivarse de determinadas órdenes o instrucciones proyectadas. Por eso, se invoca la Sentencia del TS de 8-2-1994 (RJ 1994, 836), nunca puede escudarse en que, simplemente, hace lo que le mandan; de ser así sobraría su mención entre los responsables en el proceso constructivo; ahí está el artículo 11.1, de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre De Ordenación De La Edificación, ahí está el artículo 1591 del Código Civil. Preceptos de los que se desprende, la necesidad de que el contratista actúe de acuerdo con su «Lex artis», sin vulnerar, por tanto, las normas propias de su profesión*”.

³²⁷ En su fundamento de derecho segundo se lee que “*el artículo 11.2.c) de la LOE bien es verdad que impone al contratista sujetarse al proyecto e instrucciones de la dirección técnica, mas ello resulta evidente no puede desconectarse de cada caso concreto, como si se tratase de un supuesto de la antigua exención de obediencia debida contemplada en el artículo 8.12º del CP de 1973 hoy derogado, pues es patente que el constructor, como profesional del ramo y dedicado a la realización de trabajos de tal índole, también posee conocimientos técnicos y prácticos, aunque no sean de la calidad de los directores facultativos, para discernir en determinadas ocasiones sobre la adecuación de los trabajos constructivos, sobretudo si éstos no conllevan una especial complejidad o tecnicismo, pues no hay que olvidar que es obligación de todo constructor ejecutar la obra conforme a las buenas prácticas*”.

³²⁸ SAP Guipúzcoa de 29 de marzo de 2017 [JUR 2017, 139028], fundamento de derecho cuarto, SAP Lérica de 30 de enero de 2017 [JUR 2017, 108582], fundamento de derecho quinto y de 10 de noviembre de 2014 [JUR 2015, 41989], fundamento de derecho cuarto, SAP La Coruña de 17 de enero de 2017 [JUR 2017, 28970], SAP Zaragoza de 5 de enero de 2017 [JUR 2017, 23399], fundamento de derecho segundo, SAP Barcelona de 12 de noviembre de 2016 [JUR 2016, 10069], fundamento de derecho segundo o SAP Alicante de 11 de mayo de 2016 [JUR 2016, 213398], fundamento de derecho primero.

pasado siglo, a la que ya hemos hecho referencia, que continúa considerándose válida³²⁹.

3.5.2. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL CONSTRUCTOR Y LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO COMO UN CASO DE RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO

Tal y como puede apreciarse en la doctrina jurisprudencial expuesta, la responsabilidad del constructor por no advertir de las consecuencias perjudiciales derivadas de los errores cometidos por los técnicos no se interpreta como un caso de responsabilidad por hecho ajeno, a pesar de que el origen del daño se encuentra, al menos en parte, en el error de un tercero. Más bien al contrario, se configura como una situación de responsabilidad por hecho propio³³⁰ del constructor, por infracción de su *lex*

³²⁹ No nos consta que el Tribunal Supremo haya abordado esta específica cuestión en ningún asunto sometido a la LOE. Probablemente por ello, en estos casos, la doctrina judicial más reciente continúa citando recurrentemente las SSTs de 22 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 4871], de 8 de febrero de 1994 [RJ 1994, 836], de 15 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4237], de 26 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9399], de 16 de abril de 1996 [RJ 1996, 2954] u otras más próximas en el tiempo, como la STS de 3 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 6946], todas ellas recaídas en interpretación de supuestos enjuiciados conforme al artículo 1591 Cciv. En la doctrina científica, diversos autores consideran que la responsabilidad del constructor en relación con este grupo de casos es la misma tanto antes como después de la LOE. En este sentido, SEIJAS QUINTANA (2000, 137-138) o MONSERRAT VALERO (2008, 136 y 182).

³³⁰ Así lo entiende expresamente MONSERRAT VALERO (2008, 255) e implícitamente ESTRUCH ESTRUCH (2011, 679), quien se refiere a esta casuística dentro del estudio destinado a la responsabilidad por hecho propio del constructor. CORDERO LOBATO (2011, 525-526) indica que es admisible entender que el contratista, como perito en su oficio, debe conocer los límites constructivos del proyecto técnico y advertir de sus errores, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y relaciona la responsabilidad del constructor con el incumplimiento de su *lex artis*, aunque lo haga siguiendo las instrucciones de los técnicos. En la misma línea, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 432).

artis, de manera que, en estas situaciones, tanto éste como el técnico serán responsables frente al perjudicado de forma solidaria por vía del artículo 17.3 I LOE³³¹.

La responsabilidad del constructor en estos casos no obedece a un criterio de imputación objetivo, como así sucede con carácter general para los casos expresamente contemplados en la LOE, sino que responde a un criterio de responsabilidad por culpa cuyo nexo causal debe acreditarse como un requisito más para que prospere la acción.

Ciertamente, el constructor que, pudiendo hacerlo, no advierte de las consecuencias perjudiciales que podrían seguirse de las indicaciones de los técnicos, será responsable por una conducta omisiva a la que puede atribuírsele el carácter de concausa eficiente para provocar un daño que podría haber sido evitado con tal advertencia. O, si se prefiere, será responsable por una conducta activa consistente en ejecutar una orden incorrecta a sabiendas de sus posibles consecuencias perjudiciales, lo que también puede ser fácilmente comprendido como una concausa eficiente para la materialización de un resultado dañoso.

De ahí que, en la relación externa, existirá una responsabilidad conjunta del constructor y el técnico frente al perjudicado y, en la relación interna, el constructor siempre retendrá una parte de la responsabilidad de la que no se podrá liberar por vía de repetición.

Ahora bien, esta responsabilidad del constructor tiene un límite. No será exigible en aquellos casos en los que no haya podido advertir razonablemente de las consecuencias perjudiciales por no disponer de la experiencia o conocimientos necesarios, lo que exigirá analizar en la práctica la conducta concreta a los efectos de poder evaluar si el constructor pudo realizar la advertencia.

³³¹ Esto es, típicamente, por haber contribuido ambos agentes a la producción del daño sin que pueda desmembrarse la conducta de ambos para producir el resultado, lo que tiene su encaje en la imposibilidad de individualización a la que se refiere el precepto o, en su caso, a la imposibilidad de precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido.

En este sentido hemos podido comprobar cómo la doctrina analizada atribuye al constructor la condición de “*profesional*” o, en un sentido impropio, también la de “*técnico*”³³². Parece ser, en todo caso, su consideración como operador cualificado en el sector la que importa para atribuirle responsabilidad por no advertir de las consecuencias perjudiciales, precisándose que tal obligación alcanza a los casos en los que “*por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos*”³³³.

Es decir, la doctrina judicial relaja en cierto modo el rigor de su interpretación sobre la *lex artis* del constructor para este tipo de casos, al exigir una capacidad de evaluación de las consecuencias acorde con los conocimientos de los que pueda disponer un constructor por razón de su profesión.

Por los motivos expuestos, me parece correcto sostener que el constructor responde por hecho propio en aquellos casos en los que, pudiendo hacerlo por razón de su profesión, no advierte de las consecuencias perjudiciales que podrían seguirse de los errores de proyecto o dirección con fundamento en la infracción de su *lex artis*, que siempre debe observar, tal y como implícitamente se desprende del artículo 11 LOE.

Sin perjuicio de esta conclusión, que es la que misma que sigue de forma prácticamente unívoca la doctrina de nuestros tribunales y la admitida en la doctrina científica, considero oportuno hacer un apunte sobre los problemas diagnosticados

³³² SSTs de 22 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 4781], de 8 de febrero de 1994 [RJ 1994, 836], de 26 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9399], o de 3 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 6946].

³³³ En la doctrina científica se advierten razonamientos similares. MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 234) considera que la responsabilidad del constructor en estos casos le alcanzará cuando por sus “*conocimientos*” y “*experiencia*” los pueda advertir, y MONSERRAT VALERO (2008, 136 y 182) alude a los casos en los que pueda detectarlos “*por su experiencia, a pesar de no ser técnico*”. Con anterioridad, HERRERA CATENA (1977, 241) consideraba que, aunque los vicios del suelo concernían al arquitecto, el constructor también podía ser responsable de ellos cuando los conociera y no los manifestara, o cuando se tratara de errores “*groseros*”. En la misma línea que este último autor, ÁLVAREZ OLALLA (2002, 116).

en torno a este grupo de casos y proporcionar algunas reflexiones que pueden contribuir a su solución.

3.5.3. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS QUE PRESENTA ESTA DOCTRINA

El grupo de casos analizado en este capítulo presenta algunos aspectos problemáticos que pueden sintetizarse en tres puntos. En primer lugar, en el riesgo de alteración del reparto legal de roles y la consecuente distorsión del principio de individualización de la responsabilidad; en segundo lugar, en la ausencia de un criterio objetivo y uniforme para delimitar el concepto de *lex artis* del constructor; y, en tercer lugar, a pesar de su postulación teórica por los tribunales, en la dificultad práctica de que el constructor pueda realmente salvar su responsabilidad cuando opta por advertir de las eventuales consecuencias perjudiciales que podrían seguirse de las decisiones de los técnicos.

Como problemas prácticos que son, la solución no ha de venir necesariamente por vía de reformas legislativas sino que, en su caso, para superar estas dificultades, bastaría con que los tribunales de justicia orientasen sus esfuerzos a revisar y homogeneizar los criterios que ya existen en relación con este concreto grupo de casos.

3.5.3.1 *El riesgo de distorsión del principio de individualización de la responsabilidad*

No existe ningún apoyo positivo expreso para hacer responder al constructor por los daños causados por los errores de los técnicos. La imputación de responsabilidad por este motivo, tal y como hemos visto, hay que buscarla implícitamente en el artículo 11 LOE y en la jurisprudencia desarrollada en interpretación del artículo 1591 Cciv, conforme a un criterio de culpa.

Sin embargo, sí que existe un apoyo positivo expreso para imputar responsabilidad al proyectista y a la dirección facultativa, respectivamente, por los daños derivados

de sus propios errores en la elaboración del proyecto o en la impartición de instrucciones en materia de supervisión y control de obra³³⁴. Es más, la responsabilidad del proyectista y de la dirección facultativa no sólo encuentra aquí un apoyo legal expreso, sino que además se trata de la responsabilidad que se anuda nada menos que a su obligación más característica, esto es, a la concreta prestación que les define como agentes de la edificación.

Por ello, debe observarse que la generalización de la responsabilidad del constructor por no advertir de los errores del proyecto o de las consecuencias dañinas de las instrucciones de los técnicos, puede conducir a alterar el reparto legal de roles que la LOE asigna a cada uno de los agentes de la edificación y, con ello, a distorsionar el principio de responsabilidad individualizada proclamada por la ley.

Por otro lado, la aplicación generalizada de esta doctrina también llevaría aparejadas otras consecuencias perturbadoras, como la de producir el efecto de desincentivar al proyectista y a la dirección facultativa para acometer su trabajo con el cuidado debido. Esta situación tendría lugar en la medida en que los técnicos podrían percibir que su propia responsabilidad quedaría siempre limitada gracias a la extensión de responsabilidad que esta doctrina imputa al constructor por aquellos errores provenientes de las obligaciones que la LOE les reserva típicamente a ellos.

El principio de individualización y el reparto de roles está ya suficientemente definido en la LOE. Por ello, es en el ámbito de la práctica de los tribunales donde deben ofrecerse las respuestas adecuadas que eviten caer en la aplicación indiscriminada de esta doctrina.

En mi opinión, el enjuiciamiento de estos supuestos debe realizarse conforme a un criterio restrictivo y extremando las cautelas tanto a la hora de evaluar la conducta

³³⁴ El proyectista responde por hecho propio en lo que concierne a la redacción del proyecto según los artículos 10.1; 10.2, *b*; 17.1 y 17.2 LOE y la dirección facultativa responde por hecho propio en lo que concierne a las funciones de dirección y control por vía de los artículos 12.1; 12.3, *c* y *d*; 13.1; 13.2, *c* y *d*, 17.1 y 17.2 LOE.

del constructor como al tiempo de analizar la concurrencia de los requisitos para la imputación de responsabilidad por culpa en las concretas circunstancias del caso, puesto que la norma general debe ser que el constructor no responde por los errores de los técnicos salvo que estos sean manifiestos y claramente apreciables conforme a su *lex artis*.

Siguiendo esta tendencia, encontramos uno de los pronunciamientos más recientes en la SAP Zaragoza de 17 de mayo de 2017 [JUR 2017, 164034], que optó por no declarar la responsabilidad del constructor a pesar de que éste no advirtió de las consecuencias perjudiciales que se siguieron de una desacertada decisión de la dirección facultativa, que produjo un daño efectivo en el edificio.

En particular, esta sentencia enjuicia un caso en el que se derrumbó la cubierta de una nave industrial tras acumularse una gran cantidad de agua un día de fuerte tormenta. En el caso se aprecia que el director facultativo había decidido modificar el proyecto durante la ejecución de la obra, de manera que suprimió el canalón previsto para la evacuación de agua en la cubierta. El propietario perjudicado pidió la responsabilidad de la empresa constructora por no advertir de las consecuencias perjudiciales que se iban a seguir de esa decisión, pero el tribunal absolvió de toda responsabilidad al constructor argumentando en su fundamento de derecho quinto lo siguiente:

“En resumen, la propiedad encargó el proyecto al técnico (doc n.º 8) y aquella pactó con la contratista (doc n.º 13) que esta última ejecutaría la obra según el proyecto, de modo que ahora no se le puede atribuir a la constructora que incumpliera sus obligaciones cuando la ejecución se adecuó al proyecto. En realidad así se admite en la pag 4 del recurso cuando se señala que la supresión del canalón debió conllevar las necesarias modificaciones para conducir transversalmente el agua desde la cubierta a los sumideros pues de esa conducción se encargaba el canalón perimetral. Pero no se puede exigir al constructor, como se pretende en el recurso, que advirtiera al técnico de las consecuencias de la supresión del canalón, cuando fue la

propiedad la que decidió y atribuyó al técnico la obligación de diseñar el sistema de evacuación”

Lo que subyace en los razonamientos de esta sentencia no es sino un esfuerzo por ponderar adecuadamente las circunstancias del caso en relación con el principio de individualización de la responsabilidad proclamado por la LOE, en detrimento de la regla excepcional solidaria.

La situación podría discutirse si el constructor se hubiera mantenido silente ante una instrucción técnica manifiestamente contraria a las normas de la buena construcción, que en modo alguno pudiera haberle pasado inadvertida por su experiencia y oficio.

Ahora bien, no encontrándonos ante este flagrante escenario, considero que el criterio mantenido en la resolución citada es el acertado, puesto que no hace sino extremar la cautela al evaluar la diligencia que debe ser exigida al constructor de acuerdo con su rol en el proceso edificatorio y con la órbita de riesgos que asume legalmente cada agente de la edificación.

3.5.3.2 La indeterminación del alcance de la lex artis del constructor

Podemos definir la *lex artis* del constructor como aquel conjunto de prácticas constructivas aceptadas en su sector como adecuadas en el contexto histórico en el que se realizan, que deben ser ejercitadas de conformidad con la naturaleza de la prestación y con respeto a la ley y a la buena fe.

El principio de seguridad jurídica obliga a considerar que el estándar de *lex artis* exigible a un constructor se ha de construir sobre una base objetiva, común para todos, de forma que la responsabilidad por su inobservancia alcance a quien produce un daño con infracción de un nivel de diligencia previsible y coincidente con aquél que habría respetado cualquier constructor medio en el sector.

En este sentido, observamos que la doctrina judicial ofrece razonamientos que pueden interpretarse en un sentido ambiguo y que, llevados a sus últimas consecuencias,

podrían provocar una indeseable indeterminación sobre el alcance de la *lex artis* que permitiría abrir la puerta a su modulación en función de las circunstancias subjetivas del constructor.

Hemos visto que la jurisprudencia considera que el constructor será responsable de los daños materiales en el edificio cuando no haya advertido de las consecuencias perjudiciales producidas por los errores de los técnicos “*siempre que por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos*”³³⁵. Esto ha sido interpretado por algún autor en el sentido de que el constructor responderá cuando, pudiendo hacerlo por razón de sus “*conocimientos*” o de su “*experiencia*”, no lo haya hecho³³⁶.

Pues bien, esta interpretación, que considero válida tal y como ya he expuesto, merece ser apostillada con una matización relevante para evitar provocar sombras en el alcance del estándar de diligencia exigido al constructor y en beneficio de una mayor certidumbre jurídica.

Según considero, el análisis sobre la observancia de la *lex artis* en el caso concreto debe realizarse sometiendo a evaluación la conducta del constructor, con abstracción de sus circunstancias personales, y con atención a la diligencia que habría observado previsiblemente un constructor medio ante una situación similar.

Expuesto de otra forma, lo que debe tomarse en consideración a la hora de evaluar si pudo advertirse de los errores no son los concretos “*conocimientos*” o la concreta “*experiencia*” de un constructor en particular, sino los conocimientos y la experiencia

³³⁵ SSTs de 22 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 4781], de 8 de febrero de 1994 [RJ 1994, 836], de 26 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9399] o de 3 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 6946].

³³⁶ En este sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 234) indica que la responsabilidad del constructor en estos casos tendrá lugar cuando pueda advertir de los errores por sus “*conocimientos*” y “*experiencia*” y, parecidamente, MONSERRAT VALERO (2008, 136 y 182) hace referencia a los casos en los que el constructor pueda detectar esos errores “*por su experiencia, a pesar de no ser técnico*”.

que debería acumular un constructor medio por razón de su profesión, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

De otro modo, las grandes compañías constructoras que asignan equipos cualificados a la obra se verían sistemáticamente penalizadas por no advertir de los errores de los técnicos al contar los miembros de su plantilla con unos conocimientos o una experiencia similar a la de los propios técnicos –piénsese en el caso de una constructora que asigna a un ingeniero de caminos o a un arquitecto superior para cubrir el puesto de jefe de obra o de jefe de producción, o cualquier otro puesto de responsabilidad conforme al organigrama de la edificación en cuestión–.

La gran compañía constructora no puede ser responsabilizada por el mero hecho de serlo ante estos casos. Tampoco puede ser responsabilizada la pequeña compañía que, sencillamente, asigna personal de perfil técnico cualificado para cubrir los puestos de más responsabilidad en una obra, dentro del ámbito de sus atribuciones. La LOE no diferencia entre distintos tipos de constructor y tampoco les exige una específica titulación, más allá de lo que genéricamente establece el artículo 11.2, *b* LOE.

Por ello, la adecuada protección del principio de seguridad jurídica aconseja someter a evaluación la conducta objetiva realizada por el constructor en el caso concreto, y no sus circunstancias subjetivas, de manera que la imputación de responsabilidad debería contraerse a aquellos casos en los que éste hubiera guardado silencio ante un error técnico claramente contrario a las normas de la buena construcción³³⁷, que en modo alguno pudiera haber pasado inadvertido a un constructor medio en el sector por razón de su experiencia y oficio³³⁸.

³³⁷ Típicamente, a los denominados errores “*groseros*” en el sentido apuntado por HERRERA CATENA (1977, 241) o ÁLVAREZ OLALLA (2002, 116).

³³⁸ Este planteamiento es próximo al que MASON (2016, 192) postula actualmente en el derecho inglés con cita del caso *Lindenberg v Canning and Others* [1992] 62 BLR 40. El autor indica que el constructor tendrá escasa responsabilidad por el resultado cuando se limita a ejecutar el proyecto y las indicaciones, salvo que el error de los técnicos fuese “*tan obvio*” que debiera haber advertido del potencial peligro.

3.5.3.3 *La dificultad práctica de que el constructor pueda salvar su responsabilidad advirtiendo de las eventuales consecuencias perjudiciales derivadas de los errores de los técnicos*

La jurisprudencia analizada en relación con este grupo de casos hace responsable al constructor que, pudiendo hacerlo, no advierte de las consecuencias perjudiciales que habrían de seguirse de las instrucciones de los técnicos o de los errores de proyecto. De ello cabe colegir que, en principio, el constructor que sí advierte de esas consecuencias perjudiciales quedaría protegido frente a una eventual acción de responsabilidad por daños en el edificio.

El aserto característico de la jurisprudencia sobre este extremo, antes extractado, es el que indica que el constructor “*debe indicar las consecuencias perjudiciales que se deben seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de la obra, salvando su responsabilidad*”³³⁹, extremo que se complementa con los pronunciamientos relativos a la actitud que cabe esperar del constructor ante estos escenarios y que podría llegar a ser la de negarse a ejecutar la obra³⁴⁰.

Sin embargo, en la práctica, la posibilidad de que el constructor quede exento de toda responsabilidad es más compleja de lo que puede parecer, especialmente en aquellos

Con carácter general el derecho inglés impone al constructor la obligación de advertir de los errores del proyecto, considerando que ese deber es un término como mínimo implícito en su contrato. En este sentido lo explican ADRIAANSE (2016, 132 y ss.) y FURST y RAMSEY (2012, 262).

³³⁹ Véase en las SSTs de 22 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 4781], de 8 de febrero de 1994 [RJ 1994, 836], de 26 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9399] o de 3 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 6946].

³⁴⁰ La STS de 22 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 4781], luego citada por otras tantas, mantuvo que el constructor debió no realizar la obra sin un correcto terraplenado mientras que, parecidamente, la STS de 15 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4237], también ampliamente citada, dijo que el constructor “*siempre cuenta con el margen de no efectuar aquello que resulta incorrecto*”.

casos en los que el error técnico no se detecta en la fase preliminar, al revisar el proyecto, sino ya en plena fase de ejecución de obra.

Así, el constructor, quien asume frente al comitente una obligación de resultado consistente en materializar el proyecto conforme a las indicaciones de los facultativos (artículo 11.2, *a* LOE), podrá quedar en la encrucijada de verse expuesto bien a una futura reclamación por daños constructivos por parte del eventual perjudicado si prosigue con la ejecución de la obra, o bien a una reclamación por incumplimiento de contrato por parte del comitente si detiene dicha ejecución.

El problema detectado en el primero de los casos es que la responsabilidad del constructor no queda realmente a salvo por el mero hecho de que éste advierta de las consecuencias perjudiciales derivadas de las indicaciones de los técnicos. Además de advertir será necesario que no ejecute esas instrucciones puesto que, si lo hace, estará realizando la obra a sabiendas de sus efectos perjudiciales y ello le colocará como responsable en la relación externa frente al propietario perjudicado y frente a los ulteriores adquirentes³⁴¹.

El problema detectado en el segundo de los casos es que si, a pesar de las advertencias realizadas al comitente y a la dirección técnica, éstos mantienen su postura y dan

³⁴¹ Hemos visto que la jurisprudencia indica que el cometido del constructor no es de subordinación plena y ciega a las instrucciones de los técnicos –SSTS de 15 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4237] y de 16 de abril de 1996 [RJ 1996, 2954]–, que no puede excusarse en que hace lo que le mandan y que siempre contará con la posibilidad de negarse a ejecutar la obra –SSTS de 22 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 4781], de 8 de febrero de 1994 [RJ 1994, 836], de 26 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9399] o de 3 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 6964]–.

Cuestión diferente sería la posibilidad de salvar la responsabilidad en la relación interna. Si el constructor advirtió de las consecuencias perjudiciales que podrían derivarse de las indicaciones de los técnicos y, pese a ello, la dirección mantuvo su criterio con la conformidad del promotor y le obligó a proseguir, no vemos problema para considerar que su responsabilidad queda a salvo únicamente en esa relación interna. En el ámbito de la relación externa, entendemos que también quedaría a salvo la responsabilidad del constructor cuando la advertencia se haga frente al autopromotor, y en lo que concierne sólo a éste agente.

orden al constructor de continuar con la ejecución, la negativa de éste le puede colocar en un escenario procesal muy delicado. El constructor se enfrentará a una reclamación por incumplimiento de contrato y deberá soportar la carga de acreditar una circunstancia futura para quedar exonerado, esto es, tendrá que acreditar que, en caso de haberse seguido las indicaciones de los técnicos, se habría producido en el futuro un daño para el edificio³⁴².

La situación planteada admite difícil solución. Aquel constructor que, de buena fe, confía en que su criterio técnico es el acertado y considera que, de seguirse las instrucciones de los técnicos, podría producirse un resultado dañoso en el edificio, obrará correctamente si decide negarse a ejecutar el contrato para evitar eventuales daños materiales o personales. Sin embargo, la posibilidad de quedar exento de responsabilidad contractual frente al comitente quedará al albur de la valoración probatoria que realicen los tribunales con arreglo a la sana crítica, en un contexto de notable dificultad probatoria para el constructor.

3.6. CONCLUSIONES

El artículo 17.6 LOE contempla los supuestos en los que el constructor responde por hechos causalmente imputables a determinados terceros, quienes pueden actuar tanto en régimen de dependencia como de forma independiente.

³⁴² Esta situación se enjuicia en la SAP Zaragoza de 5 de diciembre de 2016 [JUR 2017, 5730], con un resultado negativo para los intereses de la empresa constructora. Los pronunciamientos esenciales, en lo que aquí interesa, se encuentran en su fundamento de derecho cuarto. En síntesis, el constructor alegaba haber descubierto durante la fase de ejecución de la obra determinadas circunstancias físicas en el subsuelo que le impedían ejecutar la cimentación de un edificio con las debidas garantías, motivo por el cual solicitó la modificación del proyecto. Ante la negativa del promotor y de la dirección facultativa, el constructor resolvió el contrato por imposibilidad de cumplir la prestación en los términos inicialmente convenidos sin poner en riesgo la seguridad de personas y bienes. El tribunal considera que, efectivamente, el contratista tiene la obligación de advertir de las consecuencias perjudiciales que puedan producirse como consecuencia de los errores de proyecto. Sin embargo, también entiende que el eventual error de proyecto –que no considera probado al apreciar dudas en el caso concreto sobre las conclusiones de los informes periciales– debió ser advertido con anterioridad, y no durante la fase de ejecución, de manera que considera indebidamente resuelto el contrato a instancias de la constructora.

En el primer párrafo de dicho precepto se establece la responsabilidad del constructor por el jefe de obra y por las demás personas físicas o jurídicas que de él dependan. El fundamento de esta responsabilidad no se encuentra en la culpa del constructor *in eligendo* o *in vigilando*, sino que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva del constructor por hecho ajeno que se anuda a la introducción voluntaria de tales agentes en el proceso de la edificación.

El jefe de obra reúne la condición de agente de la edificación conforme a la interpretación conjunta de los artículos 8 y 11.2 c LOE y, como tal agente, podrá ser directamente demandado en la relación externa por el propietario perjudicado o por el subadquirente del edificio dañado, sin perjuicio de que tal perjudicado pueda dirigirse también contra el constructor en su condición de responsable por hecho ajeno.

En la relación interna entre el jefe de obra y el constructor, este último tendrá acción de repetición frente al primero a pesar de que el precepto no la contempla expresamente, por analogía con las restantes acciones de repetición en casos de responsabilidad por hecho ajeno previstas en el artículo 17 LOE.

En la misma situación que el jefe de obra se encuentran las personas físicas y jurídicas introducidas por el constructor en el proceso constructivo y que operan en un régimen de dependencia no laboral respecto de éste –esto es, aquellas personas especialmente vinculadas con el constructor que no forman parte de su propia estructura y que, típicamente, serán introducidas en el cumplimiento de la prestación mediante un subcontrato–.

Por su parte, las personas físicas que trabajan para el constructor en régimen de dependencia laboral no tienen la condición de agentes de la edificación sino que, con carácter general, representan los medios humanos “*propios*” del constructor a los que hace referencia el artículo 11 LOE cuando define a este agente. Ello supone que, en la relación externa, el perjudicado no podrá accionar directamente frente a los empleados del constructor con fundamento en esta ley.

Sin perjuicio de ello, la responsabilidad del constructor por sus empleados también se configura como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, si bien en estos casos la acción de repetición no opera por analogía con las restantes acciones que prevé el artículo 17 LOE en materia de responsabilidad por hecho ajeno, sino por analogía con la acción que contempla el artículo 1904 I Cciv, que permite al principal recuperar de su dependiente la cantidad que hubiera satisfecho por el daño causado por éste.

La nota diferencial común a todos los supuestos contemplados en el párrafo primero del artículo 17.6 LOE es que las personas referidas se encuentran en situación de dependencia respecto del constructor. Esta relación de dependencia provoca una situación de dificultad probatoria para que el constructor quede íntegramente resarcido por el todo, aunque ello es idealmente posible tal y como viene configurada su responsabilidad legal.

El segundo párrafo del artículo 17.6 LOE prescribe la responsabilidad del constructor por sus subcontratistas. Su fundamento es esencialmente el mismo que el del primer párrafo y también se explica como un caso de responsabilidad objetiva por hecho ajeno, desvinculada del criterio de culpa en la relación externa, por haber introducido al tercero causante del daño en el proceso constructivo mediante un subcontrato.

La posición del subcontratista en la relación externa ha sido una cuestión controvertida en la práctica de los tribunales hasta la actualidad. Según la opinión que aquí defendemos, que es opuesta a la vigente doctrina del Tribunal Supremo en la materia, el subcontratista debe tener la condición de agente de la edificación a pesar de su imprevisión expresa en el catálogo de agentes del capítulo III de la LOE y, en consecuencia, éste debe responder directamente frente al propietario o subadquirente por los daños causados en el edificio como consecuencia de vicios o defectos constructivos.

En todo caso, el perjudicado podrá dirigirse directamente frente al constructor en su condición de responsable por hecho ajeno, sin perjuicio de que éste repita frente al subcontratista su cuota de responsabilidad en el daño. En este caso, la posibilidad de

repetir frente al subcontratista viene expresamente contemplada en la norma, lo que simplifica la cuestión al evitar tener que recurrir a la interpretación analógica o sistemática para reconocer la existencia de tal acción.

El artículo 17.6 LOE se completa con un tercer párrafo dirigido a responsabilizar al constructor por los daños debidos a las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él.

El fundamento de esta responsabilidad es próximo, aunque no idéntico, al expresado en los dos párrafos anteriores. Aquí ya no resulta tan clara la incardinación del supuesto como un caso de responsabilidad del principal por sus auxiliares, pero su sentido sí se explica igualmente en el ámbito de la relación externa, también prescinde del elemento culpabilístico como criterio de imputación y también está orientado a dotar de una mayor protección al propietario.

El perjudicado podrá dirigirse directamente frente al suministrador del producto defectuoso, quien reúne la condición de agente de la edificación. No obstante, la atribución de responsabilidad al constructor por los productos defectuosos cumple precisamente la función de evitar que el perjudicado, para lograr su resarcimiento, se vea en la tesitura de tener que dirigirse frente a aquel sujeto o sujetos originalmente causantes del daño ante escenarios de especial dificultad para su identificación.

Los casos de responsabilidad del constructor frente al propietario perjudicado por los daños causados por productos de construcción defectuosos también se configuran como supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, cuando menos en parte, lo que justifica que el último inciso del artículo 17.6 III LOE conceda una específica acción de repetición.

Fuera de los casos contemplados en el artículo 17.6 LOE, la jurisprudencia ha prestado atención a otro grupo de casos en los que el constructor también responde por acontecimientos cuyo detonante causal se encuentra en la actuación de un tercero.

En concreto, se trata de los casos en los que se declara la responsabilidad del constructor por no advertir de las consecuencias perjudiciales que habrían de seguirse de los errores de proyecto o de determinadas indicaciones de la dirección facultativa.

A pesar de lo que puede parecer en una primera aproximación, el constructor no responde ante estas situaciones por hecho ajeno sino por hecho propio, por infracción de su *lex artis*, no pudiéndose escudar en que, como constructor, se limita a ejecutar lo que le ordenan los técnicos. Su función no es de subordinación plena y ciega a las instrucciones de éstos, sino que cuenta con cierto margen para negarse a efectuar aquello que pueda resultar incorrecto.

La responsabilidad del constructor en estos casos no obedece a un criterio de imputación objetivo, como así sucede con carácter general para los casos expresamente contemplados en la LOE, sino que responde a un criterio de responsabilidad por culpa cuyo nexo causal debe acreditarse como un requisito más para que prospere la acción.

El límite para la responsabilidad del constructor ante este grupo de casos se encuentra en aquellas situaciones en las que el constructor no haya podido advertir razonablemente de las consecuencias perjudiciales, por no disponer de la experiencia o de los conocimientos necesarios para ello.

Estos casos presentan ciertos problemas que aconsejan un tratamiento prudente en la práctica. Por una parte, su enjuiciamiento debe realizarse extremando las cautelas al tiempo de evaluar tanto la conducta del constructor como la concurrencia de los requisitos para la imputación de responsabilidad por culpa, puesto que la norma general debe ser que el constructor no responde por los errores de los técnicos salvo que estos sean manifiestos y claramente apreciables conforme a su *lex artis*.

Por otra parte, y en lo que afecta al alcance de esta *lex artis*, resulta aconsejable tomar en consideración un estándar de diligencia media en el sector para examinar la conducta concreta llevada a cabo por el constructor, con abstracción de sus concretas circunstancias subjetivas. De otro modo, se corre el riesgo de desdibujar el concepto

común de *lex artis* constructiva y de modular su alcance en función de las circunstancias personales del constructor concernido, lo que pugna con el ideal de seguridad jurídica.

4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS TÉCNICOS POR LOS HECHOS DE TERCEROS INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

4.1. LA FIGURA DEL TÉCNICO EN LA EDIFICACIÓN

Entendemos por “técnico”, en sentido amplio, a todo aquel que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte³⁴³. En el ámbito de la edificación las figuras más reconocibles son las de los arquitectos e ingenieros superiores y técnicos que desempeñan las labores de proyección y dirección facultativa, asumiendo la responsabilidad por los aspectos técnicamente más críticos de una obra.

El proyectista, según su definición legal³⁴⁴, es el agente de la edificación que redacta el proyecto³⁴⁵ por encargo del promotor con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente.

³⁴³ DRAE, 23ª edición, voz “técnico, ca”, tercera acepción.

³⁴⁴ Artículo 10.1 I LOE y anejo III CTE.

³⁴⁵ El anejo III CTE, en sintonía con lo establecido en el artículo 4.1 LOE, define el proyecto como “*el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras contempladas en el artículo 2º, y en el que se justifican técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable*”. El mismo Anejo diferencia los conceptos de proyecto básico, proyecto de ejecución y proyecto parcial.

Se entiende por proyecto básico la “*fase del trabajo en la que se definen de modo preciso las características generales de la obra, mediante la adopción y justificación de soluciones concretas*”. Este proyecto, junto con el preceptivo visado colegial, basta para obtener la licencia municipal y otras autorizaciones administrativas, pero es insuficiente para iniciar la construcción.

Proyecto de ejecución, por su parte, es la “*fase del trabajo en la que se desarrolla el proyecto básico, con la determinación completa de detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos, definiendo la obra en su totalidad*”. El contenido de este proyecto es el que permite construir, contando con el preceptivo visado colegial y la licencia que corresponda.

Estas definiciones traen causa de las que se contenían en el Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio, por el que se aprueban las tarifas de honorarios de los arquitectos en trabajos de su profesión.

Para poder desempeñar sus funciones el proyectista deberá estar en posesión de la titulación académica y profesional precisa según el uso al que se vaya a destinar el edificio, que normalmente será la de arquitecto o ingeniero³⁴⁶. En el caso de que el proyecto se realice por persona jurídica, deberá designarse al técnico que tenga la titulación profesional habilitante³⁴⁷.

La LOE opta por identificar separadamente³⁴⁸ las figuras del proyectista y del director de obra haciendo una distinción por funciones que ayuda a diferenciar sus roles en el

En cuanto al proyecto parcial, también definido en el anejo III CTE, es aquel que desarrolla o completa al principal en aspectos concretos referentes a tecnologías específicas o instalaciones del edificio, definiendo sus características constructivas con suficiente detalle para su ejecución.

³⁴⁶ El artículo 10.2 *a* en relación con el artículo 2.1 LOE establece una correspondencia entre la titulación profesional habilitante y el uso al que se destinará el edificio proyectado. Así, se requerirá la titulación académica y profesional de arquitecto para proyectar la construcción de edificios de uso administrativo, sanitario, religioso, residencial, docente y cultural; con carácter general se requerirá la titulación académica y profesional de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto para proyectar la construcción de edificios de uso aeronáutico, agropecuario, de la energía, la hidráulica, minero, de telecomunicaciones, del transporte terrestre, marítimo, fluvial o aéreo, forestal, industrial, naval, de la ingeniería de saneamiento e higiene y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación; y se requerirá la titulación académica y profesional de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico para proyectar la construcción de edificios destinados a usos no expresamente relacionados anteriormente.

Según recuerdan CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 498), en caso de que los usos a los que se vaya a destinar el edificio sean mixtos, se sigue el criterio de atribuir la competencia al técnico que corresponda en función del uso principal al que vaya a destinarse el edificio, tal y como resulta del artículo 2.1 LOE.

³⁴⁷ Se establece así en el artículo 10.2 *a* LOE y es un requisito común para el caso del director de obra (artículo 12.3 *a* LOE) y del director de ejecución de obra (artículo 13.2 *a* LOE).

³⁴⁸ A diferencia de lo que ocurre en la LOE, el artículo 1591 Cciv, cuya redacción es fruto de otra época, únicamente aludía al *arquitecto* como técnico responsable de la obra y no realizaba ninguna distinción en sus funciones, más allá de imputarle responsabilidad por los vicios del *suelo* y de la *dirección*. Esas menciones permitieron a la jurisprudencia realizar una interpretación amplia para integrar tanto los vicios de proyecto como los de dirección de obra, tal y como puede apreciarse en el fundamento de derecho tercero de la STS de 18 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7162], que dice: “*es preciso tener en*

proceso de edificación, aunque no es infrecuente que un mismo técnico asuma ambas ocupaciones.

La función principal del proyectista, individualmente considerado, consiste en elaborar y entregar un proyecto que sea conforme con lo pactado y con la legalidad técnica y urbanística, incorporando los visados que sean preceptivos. En definitiva, se trata de que proporcione un proyecto viable³⁴⁹ para la futura edificación.

Por su parte, el director de obra es el agente de la edificación “*que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto*”³⁵⁰.

Para poder llevar a cabo sus funciones el director de obra debe estar en posesión de la misma titulación académica y profesional que se requiere al proyectista en función del uso que vaya a darse al edificio y conforme a los mismos criterios, de manera que

cuenta que el art. 1591 CC responsabiliza al primero [se refiere al arquitecto-director de la obra] por vicios del suelo (entendido en un sentido amplio como vicios del proyecto) y vicios de la dirección, es decir, cuando no se vigila que lo construido sea traducción fáctica de lo proyectado”.

³⁴⁹ En este sentido lo indicaba ya FERNÁNDEZ COSTALES (1977, 269) en relación con la normativa anterior a la LOE y lo han mantenido con posterioridad JIMÉNEZ MORAGO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.3), ÁLVAREZ OLALLA (2002, 107), DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 206), REVERTE NAVARRO (2003, 2853), LACRUZ BERDEJO (2005, 178-180) y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 205-206). Recogiendo algunos postulados de la doctrina anterior, esta última autora explica que, además de las obligaciones que la LOE expresa, se debe entender también la de obrar conforme a su *lex artis* porque la responsabilidad del artículo 17 LOE no se determina únicamente por contravención de las obligaciones contempladas en su capítulo III. Y añade que el artículo 10 LOE también impone al proyectista la obligación implícita de conocer las características geotécnicas del terreno, puesto que difícilmente se puede realizar un proyecto viable si no se conoce este detalle.

³⁵⁰ Artículo 12.1 LOE y anejo III CTE.

se exigen credenciales equivalentes tanto para proyectar como para dirigir una misma obra³⁵¹.

Conforme se establece en el artículo 12.2 LOE, el director de obra tiene la misión de resolver las contingencias que puedan surgir durante el desarrollo de la obra y proporcionar las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto. Deberá verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y estructura proyectada en función de las características geotécnicas del terreno y elaborar eventuales modificaciones del proyecto que vengan requeridas por la marcha de la obra, con el acuerdo del promotor.

También compete al director de obra suscribir el acta de comienzo de obra y el certificado final, conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas y elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, todo ello con los visados que fueran preceptivos.

En el marco de sus funciones de control el director de obra ejerce una vigilancia mediata³⁵² desde una posición de alta dirección³⁵³. Es en este contexto en el que se explica la interacción con el otro miembro de la dirección facultativa, el director de ejecución de la obra, que recibe sus instrucciones³⁵⁴.

³⁵¹ El artículo 12.3 *a* LOE reproduce el mismo esquema que el artículo 10.2 *a* LOE para el caso de los proyectistas.

³⁵² El director de obra supervisa los elementos más esenciales de la obra, a diferencia del director de ejecución de la obra que supervisa de forma inmediata, a pie de obra. Este reparto de roles es asumido generalizadamente en la doctrina y puede apreciarse en autores clásicos, como FERNÁNDEZ COSTALES (1977, 281-285) o HERRERA CATENA (1977, 273), y en otros más recientes como SEIJAS QUINTANA (2000, 137), LUCAS FERNÁNDEZ (2004, consultado en versión electrónica, sin número de página, comentario al artículo 1591 Cciv, epígrafe V.2), GARCÍA MUÑOZ (2004, 4) o MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 228-229).

³⁵³ STS de 14 de febrero de 2011 [RJ 2011, 441], fundamento de derecho cuarto *in fine* y STS de 20 de junio de 2007 [RJ 2007, 3456], fundamento de derecho tercero.

³⁵⁴ Artículo 13.2 *c* LOE, *in fine*.

Finalmente, este director de ejecución de obra es el agente de la edificación “*que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cuantitativa y cualitativamente la construcción y la calidad de lo edificado*”³⁵⁵.

La titulación académica y habilitación profesional que se exige al director de obra para poder ejercer como tal normalmente será la de arquitecto técnico aunque, igual que ocurre en los casos anteriores, depende del tipo de obra que se proponga realizar³⁵⁶.

A diferencia de la vigilancia mediata que realiza el director de obra, el director de ejecución realiza una vigilancia inmediata a pie de obra³⁵⁷ comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución de los elementos constructivos y de las

³⁵⁵ Artículo 13.1 LOE y anejo III CTE. En este punto, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 222) ha observado que lo novedoso de la regulación contenida en la LOE es que se unifican las obligaciones relativas a las funciones de dirección de la ejecución material y control para todo técnico que asuma la dirección de ejecución de obra, independientemente de su titulación.

³⁵⁶ El artículo 13.2 *a* en relación con el artículo 2.1 LOE dispone que se exigirá la titulación académica y profesional de arquitecto técnico cuando las obras que se prevea realizar tengan por objeto la construcción de un edificio destinado a un uso administrativo, sanitario, religioso, residencial, docente y cultural. La misma titulación se exigirá para el caso de que el director de obra sea un arquitecto y el uso del edificio sea aeronáutico, agropecuario, de la energía, la hidráulica, minero, de telecomunicaciones, del transporte terrestre, marítimo, fluvial o aéreo, forestal, industrial, naval, de la ingeniería de saneamiento e higiene y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación. Y para los demás casos, se exigirá indistintamente la titulación de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico. Nótese que el tradicionalmente denominado como aparejador pasa a llamarse arquitecto técnico a partir del Decreto de 14 de agosto de 1965 (BOE de 24 de agosto de 1965, núm. 202, pág. 11808) y que, posteriormente, se precisan sus funciones en la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de arquitectos e ingenieros técnicos (BOE de 2 de abril de 1986, núm. 79, pág. 11573).

³⁵⁷ GARCÍA MUÑOZ (2004, 6) y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 228-229). También ORTÍ VALLEJO (2012, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.6), quien indica que este agente dirige la realización “*más primaria*” de la obra.

instalaciones, entre otras atribuciones³⁵⁸, todo ello de acuerdo con el proyecto y de las instrucciones que le proporciona el director de obra durante el desarrollo de la misma, situación esta última que no le convierte en un mero subordinado sino que conserva su autonomía e independencia como técnico cualificado, como oportunamente expondremos más adelante.

Debe hacerse notar que la definición de técnico no se limita a las figuras indicadas, sino que puede merecer tal consideración cualquier otro interviniente que, bien sea por su formación o bien por su especial cualificación, posea la aptitud y el conocimiento preciso en la concreta disciplina de que se trate.

Este es el caso de algunas figuras contempladas de forma expresa o implícita en la LOE como, por ejemplo, el geólogo que realiza el estudio geotécnico o el calculista que facilita datos sobre una estructura, las entidades y laboratorios de control de calidad en la edificación o determinados agentes que operan como suministradores de productos.

Y, dado que la lista de agentes contemplados en el capítulo III de la LOE no es cerrada³⁵⁹, también pueden tener cabida en el concepto otras figuras más propias de los

³⁵⁸ El artículo 13.2 LOE incluye además como obligaciones de este agente la de verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de los ensayos y pruebas precisas, consignar en el libro de órdenes y asistencias las instrucciones precisas, suscribir el acta de comienzo de obra y el certificado final, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas y, en fin, colaborar con los restantes agentes de la edificación en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control realizado.

³⁵⁹ CASTRO BOBILLO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe IV), ÁLVAREZ OLALLA (2002, 105), CADARSO PALAU (2003, 1531), LÓPEZ RICHART (2003, 73), GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 3 y 7-9), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 210), MONSERRAT VALERO (2008, 168-171 y 258-261), CORDERO LOBATO (2011, 520) y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 426 y 433 y ss.). Se muestran contrarios a esta tesis GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 434) y GONZÁLEZ POVEDA (2008, 365).

estándares internacionales³⁶⁰ cuya presencia vendrá determinada en cada caso por el contenido del contrato de obra.

4.2. LA RESPONSABILIDAD DEL PROYECTISTA QUE CONTRATA LOS CÁLCULOS, ESTUDIOS, DICTÁMENES O INFORMES DE OTROS PROFESIONALES POR SU INSUFICIENCIA, INCORRECCIÓN O INEXACTITUD (ARTÍCULO 17.5 II LOE)³⁶¹

El artículo 17.5 II LOE regula un supuesto específico de responsabilidad directa del proyectista frente al propietario perjudicado cuando el origen del daño causado en el edificio se encuentra en la actuación de otro profesional que, por encargo de aquél, le provee información errónea que es aprovechada para elaborar el proyecto.

En su dicción literal el precepto establece que *“los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores”*.

³⁶⁰ Piénsese en el caso del *“project manager”* o *“responsable de proyecto”*. Este agente suele ser contratado por el propietario y su rol es fundamentalmente organizativo, pero también técnico, de manera que sus labores se solapan con las que nuestro ordenamiento atribuye tanto al promotor por vía del artículo 17.4 LOE como al arquitecto, variando su relación con los demás agentes de la edificación en función de cada concreto contrato. Así, CADARSO PALAU (2003, 1525 y 1529-1530), MILÁ RAFEL (2014, 207-210) y, en la doctrina inglesa, FURST y RAMSEY (2012, 4).

Idealmente tampoco sería descartable la incardinación de otros agentes que, aunque son poco frecuentes en la práctica constructiva española, también podrían actuar por influencia de prácticas experimentadas en el sistema inglés como el *“quantity surveyor”* o el *“clerk of works”*. La del *“quantity surveyor”* es una figura próxima a la que en España conocemos como aparejador aunque con unas funciones muy alejadas de las que corresponden a un director de ejecución de la obra, que normalmente se centran en la estimación y concreción de mediciones y valoración de determinados trabajos, entre otras labores generalmente de cuantificación, mientras que la del *“clerk of works”* sería una figura supervisora que ha sido gráficamente denominada como *“los ojos y oídos del promotor a pie de obra”* – FURST y RAMSEY (2012, 3-4)–.

³⁶¹ Las conclusiones recogidas bajo este epígrafe fueron anticipadas en un artículo publicado en la revista InDret (2017, 1-23). Las conclusiones ahora expuestas, que no difieren respecto de las ya avanzadas, incorporan un estudio doctrinal más pormenorizado y otras referencias al análisis del derecho comparado con el ordenamiento inglés.

A tenor del inciso, por tanto, las fuentes de información errónea pueden ser diversas³⁶² aunque, en la práctica, el caso más recurrente que se resuelve conforme a este precepto es el del daño proveniente de los errores contenidos en el estudio geotécnico, mediante el que se proporcionan datos sobre la caracterización del terreno que permiten al proyectista decidir y definir la solución técnica que más se adecúa a las concretas circunstancias del caso.

Esta norma plantea diversas cuestiones que separan opiniones en la doctrina. Entre ellas cabe destacar la discusión sobre el fundamento de ésta responsabilidad del proyectista y su configuración como un supuesto de responsabilidad por hecho propio o ajeno.

Igualmente, ha sido controvertida la posibilidad de aplicar la norma a aquellos casos en los que, a pesar de la dicción literal del artículo, el proyectista no ha contratado ni encargado el cálculo, estudio, dictamen o informe erróneo, sino que éstos han sido contratados por el promotor de la obra al profesional de que se trate.

Finalmente, con una incidencia tangencial sobre la órbita de este precepto y en relación con uno de los casos específicos más frecuentemente debatidos, se ha planteado la cuestión de si la responsabilidad del proyectista alcanza a aquellos casos en los que

³⁶² Obsérvese que las potenciales fuentes de información errónea en el artículo 17.5 II LOE –“*cálculos, estudios, dictámenes o informes*”– pueden presentar leves diferencias de matiz, especialmente en lo que se refiere a la distinción entre las tres últimas. Siguiendo las definiciones contenidas en el DRAE (23ª edición) podría considerarse que, en este contexto, un “*estudio*” es una obra de mayor extensión y mayor contenido analítico que un “*informe*”, el cual quedaría reservado a finalidades más descriptivas sobre las características de una determinada cuestión o asunto. Por su parte el “*dictamen*”, a diferencia de los anteriores, sería un instrumento por medio del cual se introducirían juicios de valor u opiniones fundadas en consideraciones técnicas.

Nótese también que la segunda enumeración del precepto, relativa a las patologías de esa información errónea –“*insuficiencia, incorrección o inexactitud*”– parece un tanto superflua, pues tanto la insuficiencia como la inexactitud no dejan de ser formas de incorrección, mención ésta que, por sí sola, habría sido omnicomprensiva de todos los supuestos.

se producen daños que podrían haber sido evitados si hubiera existido un estudio geotécnico.

4.2.1. LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO COMO UN CASO DE RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

Tal y como ya hemos expuesto, la responsabilidad civil exigible a los agentes de la edificación puede resultar tanto de actos u omisiones propios, como de actos u omisiones de personas por las que se debe responder (artículo 17.2 LOE). De esta manera, se disocian dos planos de responsabilidad basados en que la imputación causal del daño sea debida a la conducta material y directa de un concreto agente –responsabilidad por hecho propio– o bien a la actividad desplegada por un tercero en los casos previstos por la ley –responsabilidad por hecho ajeno–.

Desde la perspectiva del propietario perjudicado, en la relación externa que le vincula con el común de los agentes de la edificación, resulta indiferente que el daño sea producido por un hecho propio del agente al que le pide responsabilidad, o por un hecho causalmente imputable a otro agente del que aquél debe responder³⁶³.

Es en la relación interna de los agentes entre sí donde esta distinción cobra sentido y relevancia puesto que de ello dependerá la posibilidad de que el agente condenado pueda resarcirse, manteniendo indemne su patrimonio en todo o en parte.

El planteamiento se comprende fácilmente cuando se observa desde sus extremos: si la situación jurídica en cuestión mereciera ser calificada como un supuesto de responsabilidad por hecho netamente propio, el agente condenado se vería obligado a soportar la

³⁶³ El sistema de responsabilidad que establece la LOE frente al propietario perjudicado es de carácter objetivo, desvinculado del criterio de culpa como elemento de imputación de la responsabilidad. En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 424), RUIZ-RICO RUIZ (2002, 104), HERBOSA MARTÍNEZ (2002, 182-183), FEMENÍA LÓPEZ (2004, 201), YZQUIERDO TOLSADA (2006, 648), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 267), VARGAS BENJUMEA (2007, 29), MONSERRAT VALERO (2008, 24) u ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.3. y III.2.6).

totalidad de la condena sin posibilidad de resarcirse en la relación interna frente a aquel agente por el que debe responder.

Si, por el contrario, considerásemos que la situación jurídica analizada obedece a un supuesto de responsabilidad por hecho netamente ajeno, el agente condenado tendría la posibilidad de repetir por el todo frente al agente que materialmente causó el daño y por el que debe responder, pudiendo de tal forma recuperar lo satisfecho y mantener indemne su patrimonio.

Como situación intermedia, si considerásemos que el supuesto es de corresponsabilidad entre los dos agentes que intervienen por haber contribuido ambos de forma causal y directa en el origen del daño, entonces nos encontraríamos con un caso de responsabilidad en parte por hecho ajeno y en parte por hecho propio³⁶⁴, que daría lugar a que el agente condenado pudiera repetir parcialmente frente al agente del que debe responder.

Bajo estas premisas, el tenor literal del artículo 17.5 II LOE presenta tres elementos que nos conducen a descartar la hipótesis de la responsabilidad por hecho netamente propio y a considerar que, ciertamente, el precepto regula un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, cuando menos parcialmente.

³⁶⁴ Para MONSERRAT VALERO (2008, 264), en aquellos casos en los que no se puede repetir por el todo sino sólo por una parte, no habría una exclusividad en la responsabilidad por hecho ajeno sino que tendría lugar una responsabilidad por hecho ajeno y por hecho propio.

Debe observarse que, en estos casos, si considerásemos que el agente por quien se debe responder tiene responsabilidad directa frente al propietario –como así lo consideran CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 435) o MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 210)–, la consecuencia práctica en la relación externa sería propiamente la solidaridad prevista en el artículo 17.3 LOE para los casos de “*concurrencia de culpas*” (*rectius*, *concurrencia de causas*), cuando no existe posibilidad de precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido. En el caso de que sí fuera posible determinar con exactitud el grado de intervención causal de cada uno de estos agentes en el origen del daño, entonces la situación del responsable por hecho ajeno continuaría siendo análoga a la del art. 17.3 LOE (esto es, seguiría respondiendo por el todo frente al propietario perjudicado, sin perjuicio de su posibilidad de repetir parcialmente), si bien la situación del agente por quien se debe responder ya no sería la misma por cuanto, a éste, no habría justificación ninguna para condenarlo solidariamente en la acción instada por el propietario perjudicado, sino sólo por su cuota mancomunada de responsabilidad.

En primer lugar, el precepto polariza la relación entre dos grupos de agentes con roles distintos, lo que permite defender la existencia de una situación de ajenidad subjetiva entre ellos. Así, por un lado, se refiere a la intervención de “*los proyectistas*” que contratan y, por otro lado, a “*otros profesionales*” que son contratados.

En segundo lugar, el precepto categoriza la responsabilidad del proyectista frente al propietario perjudicado como “*directa*”, mención que resultaría innecesaria si considerásemos que la imputación de responsabilidad lo es por hecho propio.

En tercer lugar, el precepto provee al proyectista condenado de una acción de repetición específica frente a los autores de los cálculos, estudios, dictámenes o informes erróneos, lo que pone de relieve la ajenidad en la conducta al permitirle obtener un resarcimiento, cuando menos parcial, en la vía de regreso.

Esta cuestión no es pacífica en la doctrina a pesar de que, en apariencia, podría resultar sencilla a tenor de la dicción de la norma. Con argumentos parecidos algunos autores³⁶⁵ han sostenido que, en realidad, el artículo 17.5 II LOE no regula un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno sino propio, mientras que otros autores³⁶⁶ han defendido que dicha norma sí prescribe un caso de responsabilidad por hecho ajeno.

El argumento generalmente utilizado para sostener que el artículo 17.5 II LOE contempla un supuesto de responsabilidad por hecho propio está basado en una interpretación contractualista de la norma y consiste en considerar que su fundamento se asimila al que expresa el artículo 1596 Cciv para la subcontratación o, en parecidos términos, al que rige

³⁶⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2000, 17-19), LÓPEZ RICHART (2003, 139), DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 202-203) y FEMENÍA LÓPEZ (2004, 252-255).

³⁶⁶ ÁLVAREZ OLALLA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3.1), ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III, 2.6), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 434), CORDERO LOBATO (2011, 526-527), ESTRUCH ESTRUCH (2011, 721) y AMAT LLOMBART (2011, 401).

la utilización de auxiliares en el cumplimiento. De esta manera, la responsabilidad del proyectista sería la propia de un deudor contractual, en tanto que deudor³⁶⁷.

Esta misma línea es la que advertimos en la STS de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743] que, aunque resuelve el caso con fundamento en el artículo 1591 Cciv, invoca a efectos interpretativos el artículo 17.5 II LOE para razonar que el rol del calculista de la estructura del edificio se configura como el de un mero auxiliar del arquitecto proyectista, que es quien avala y responde de la validez de esos cálculos. Así lo expone en su fundamento de derecho décimo:

“Si bien la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha llevado a cabo interpretación extensiva de las personas que con carácter técnico intervienen en el proceso constructivo con la consiguiente responsabilidad de los mismos en caso de ruina de lo construido, dada la época en la que se promulgó el Código Civil, tal extensión no abarca a quien efectúa los cálculos de la estructura de una edificación, que se configura como un mero auxiliar del arquitecto autor del proyecto que es, como señala la certificación del Colegio de Arquitectos de Madrid, quien avala y responde de la validez de esos cálculos; a efectos meramente interpretativos es de ver cómo el art. 17.5, párrafo 2º, de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, dispone que “Los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales,

³⁶⁷ Uno de los primeros autores que sostuvo esta interpretación del artículo 17.5 II LOE fue DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2000, 17-19) para quien este supuesto, entre otros, se configura como una “suerte” de responsabilidad por hecho ajeno sin serlo. En este sentido, explica que la responsabilidad del proyectista por los cálculos, estudios, dictámenes o informes contratados a otro profesional no es un verdadero caso de responsabilidad por hecho ajeno, sino un caso de responsabilidad del proyectista en su condición de deudor.

En la misma línea y con cita de este autor se han identificado DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 202-203), así como FEMENÍA LÓPEZ (2004, 252-255) quien también ha encontrado el fundamento de la responsabilidad en virtud de lo previsto por los artículos 1257 y 1596 Cciv, considerando que el proyectista es responsable de las deficiencias del proyecto con origen en errores de otros técnicos a su solicitud y que si el promotor encarga el proyecto al proyectista, éste es parte contratante y por ello responde de aquellos a quienes emplea.

serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudiera ejercer contra sus autores”

Desde otro punto de vista, se ha defendido³⁶⁸ la interpretación del precepto como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, explicando que el proyectista respondería en su condición de garante y sin perjuicio de la acción de repetición a la que pudiera haber lugar.

En la reciente jurisprudencia que interpreta el artículo 17.5 II LOE encontramos pronunciamientos favorables a la posición de quienes sostienen que la responsabilidad del proyectista lo es por hecho ajeno.

En este sentido, el Tribunal Supremo discrimina la responsabilidad que corresponde a cada agente distinguiendo las funciones que considera propias de cada uno y las funciones que considera ajenas, clasificando de esta última manera a la situación del proyectista respecto de los cálculos, estudios, dictámenes o informes encargados a un tercero. Esta posición se hacía perceptible en la STS de 27 de junio de 2012 [RJ 2012, 8014]³⁶⁹ y se establece con mayor claridad en las más recientes SSTs de 16 de enero de

³⁶⁸ ÁLVAREZ OLALLA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3.1). Para esta autora éste sería un caso de responsabilidad por hecho ajeno de los establecidos en la LOE, en calidad de garante, asimilable a la responsabilidad del promotor respecto de los daños causados por cualquier otro agente que, a su vez, haya sido condenado individual o solidariamente por hecho propio, o asimilable al caso del contratista cuando resulta responsable por hecho propio un subcontratado o suministrador de materiales, o también asimilable al caso del director de obra que responde por las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto. La autora explica que, en todos estos casos, se establece lo que el Tribunal Supremo ha denominado responsabilidad “*inicial*” del agente responsable por hecho ajeno.

³⁶⁹ En su fundamento de derecho segundo la resolución razona *obiter dictum* que la responsabilidad de quien proyecta es, en principio, una responsabilidad por hecho propio, salvo que otro profesional actúe a instancia o a iniciativa suya como sucede en el caso del artículo 17.5 II LOE –en cuyo caso, parece entenderse, sería por hecho ajeno–. El precepto es invocado en la sentencia a efectos meramente interpretativos, ya que no resultaba de aplicación al caso concreto por razones de índole temporal.

2014 [RJ 2015, 277] –fundamento de derecho segundo– y de 20 de mayo de 2014 [RJ 2015, 2256] –fundamento de derecho segundo–, que indican:

“Cada uno de los agentes asume el cumplimiento de sus funciones y, en determinadas ocasiones, las ajenas, al establecer la ley ciertos supuestos en los que los agentes responden por la actividad de otras personas, caso del proyectista respecto de los errores de cálculo, o de los estudios o dictámenes que encarga a otros”.

Algún autor³⁷⁰, agudamente, ha observado que en realidad la tesis de quienes sostienen que el artículo 17.5 II LOE establece una responsabilidad por hecho ajeno y la tesis de quienes sostienen que la norma establece un supuesto de utilización de auxiliares en el cumplimiento, no son opciones contrapuestas. Y, ciertamente, ambas posturas son conciliables en la medida en que, prescindiendo de la relación externa, en las dos concurre una nota de ajenidad que permitiría al proyectista repetir frente al profesional contratado, cuando menos parcialmente.

Ahora bien, si lo que tratamos es de buscar el fundamento de la responsabilidad conforme al precepto, parece que la tesis contractualista explica de manera un tanto forzada la posición del proyectista frente al perjudicado en la relación externa.

Debe hacerse notar que entre el propietario y el proyectista no tiene por qué existir necesariamente un contrato y, en tal escenario, la responsabilidad del proyectista en tanto que deudor contractual sólo podría sostenerse recurriendo a la teoría de la subrogación³⁷¹

³⁷⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 209).

³⁷¹ La jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 Cciv mantuvo que el adquirente o subadquirente de los edificios podía ejercitar acción de responsabilidad contractual frente a los agentes intervinientes en el proceso de la edificación, al considerarles subrogados en la posición del promotor como contratante originario. Con esta interpretación se salvaguardaba el interés del adquirente perjudicado quien, de otro modo, vería dificultada la posibilidad de resarcirse por los daños al disponer tan sólo de las acciones edilicias o las de responsabilidad extracontractual a las que pudiera haber lugar, sujetas a plazos perentorios. Se expone esta doctrina en las SSTs de 1 de abril de 1977 [RJ 1977, 1510], de 3 de octubre de 1979 [RJ 1979, 3236], de 20 febrero 1981 [RJ 1981, 1007], de 30 de septiembre de 1983 [RJ 1983, 4690], de 5 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1200], de 16 de junio de 1984 [RJ 1984, 3245], de 23

que resultó tan socorrida en el pasado para sortear las dificultades que el artículo 1591 Cciv provocaba al adquirente y subadquirente de los edificios.

Con la LOE resulta innecesario forzar una interpretación contractualista. Sencillamente, la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación no está sometida a la necesaria existencia de vínculos contractuales sino que tiene naturaleza legal³⁷² y, en consecuencia, resulta más natural explicar que el proyectista será responsable frente al propietario perjudicado por los errores de otros profesionales de los que deba responder, aun cuando carezca absolutamente de la condición de deudor contractual frente a aquel.

También es razonable sostener que, por más que mediase un contrato entre proyectista y propietario perjudicado que colocase al primero como deudor de una prestación frente al segundo, ello no supondría óbice ninguno para considerar que, en la vía de regreso, el profesional que proporcionó la información errónea deba responder por el todo si allí reside privativamente el acontecimiento generador del daño. Y, esta conclusión, aproxima la situación analizada al ámbito de la responsabilidad por hecho ajeno, más que a su configuración como un supuesto de responsabilidad por hecho propio.

Por otro lado hay que notar que la norma usa el verbo *contratar*. Es a dicha acción a la que anuda la responsabilidad del proyectista, de manera que el fundamento de la misma

noviembre 1985 [RJ 1985, 5634], de 27 marzo 1995 [RJ 1995, 2143], de 27 de abril de 1995 [RJ 1995, 3259] o de 6 de febrero de 1997 [RJ 1997, 681].

³⁷² El artículo 17.1 LOE establece que la responsabilidad de los agentes en la edificación por los daños materiales causados en el edificio lo es “*sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*”, lo que significa que la norma prescribe una responsabilidad con sustantividad propia y diferente de la puramente contractual, con la que convive.

En este sentido, SELJAS QUINTANA (2000, 96), RUIZ-RICO RUIZ (2002, 89), HERBOSA MARTÍNEZ (2002, 173), GONZÁLEZ POVEDA (2001, 240 y 2008, 331), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2003, 277 y 2007, 89), MONSERRAT VALERO (2008, 277-279), CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 398-400).

se encuentra en haber introducido voluntariamente mediante un contrato a ese tercero dentro del proceso de la edificación³⁷³.

La responsabilidad del proyectista frente al propietario perjudicado en la relación externa es de naturaleza objetiva³⁷⁴, desvinculada del criterio de culpa, de manera que responde por el simple hecho de haber introducido al tercero que proporcionó información errónea, generando el daño.

Considero, por tanto, que la responsabilidad del proyectista a tenor del artículo 17.5 II LOE es una responsabilidad legal por hecho ajeno, lo que resulta compatible con la consideración del profesional contratado como un auxiliar en el cumplimiento y cuyo fundamento se encuentra en haber encargado y, con ello, introducido voluntariamente a un tercero la realización de una determinada actividad causante del daño.

En los casos en los que, además, el proyectista haya contribuido de forma material y directa al origen del daño, la responsabilidad será en parte por hecho ajeno y en parte por hecho propio. En tales supuestos, el proyectista no podrá repetir por el todo frente al

³⁷³ Esta idea sobre la introducción voluntaria del auxiliar late en la exposición de LÓPEZ RICHART (2003, 143) y se desarrolla por MARTÍNEZ ESCRIBANO (2003, 274-275) quien explica así su fundamento, indicando que se trata de una responsabilidad *in eligendo* pero no por culpa, sino de carácter objetivo, porque así se configura la responsabilidad en la LOE. Añade esta autora que, a diferencia de lo que ocurre en el régimen general de la responsabilidad por culpa *in eligendo*, donde la falta de relación de dependencia impide que opere la responsabilidad por hecho ajeno, aquí resulta indiferente que el auxiliar sea o no dependiente del proyectista. De esta manera, el fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno en el artículo 1903 Cciv se explica por razón de la relación de dependencia o subordinación, mientras que en el artículo 17.5 II LOE lo decisivo es la introducción voluntaria del tercero en el proceso edificatorio.

³⁷⁴ Así lo indican GONZÁLEZ POVEDA (2001, 262 y 2008, 354) y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2003, 275) haciendo referencia al caso concreto del proyectista. Otros autores, como RUIZ-RICO RUIZ (2002, 104), FEMENÍA LÓPEZ (2004, 201-202) o MONSERRAT VALERO (2008, 24), también entienden, con carácter general, que la LOE utiliza el criterio de imputación objetiva como fundamento de la responsabilidad de los agentes.

profesional contratado sino sólo por la parte que corresponda a su contribución en la generación del daño, lo que deberá dilucidarse caso por caso.

4.2.2. EL PROBLEMA DE LOS DATOS TÉCNICOS ERRÓNEOS QUE SON PROPORCIONADOS POR EL PROMOTOR AL PROYECTISTA

Nos planteamos, como objeto de análisis, si procedería que el proyectista asumiera la responsabilidad por los cálculos, estudios, dictámenes o informes realizados por otro profesional cuando no ha sido él quien los ha contratado, sino que éstos han sido encargados directamente por el promotor.

En tales casos resulta discutible que el proyectista deba responder frente al propietario perjudicado con fundamento en el artículo 17.5 II LOE porque dicho precepto, como hemos visto, utiliza el verbo *contratar* como actuación generadora de su responsabilidad. Quiere ello decir que, desde una interpretación gramatical de la norma y argumentando a contrario, el proyectista no debería responder frente al propietario perjudicado cuando no hubiera *contratado* los cálculos, estudios, dictámenes o informes erróneos.

En este contexto, uno de los supuestos concretos que más literatura ha generado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina científica es el del estudio geotécnico que es contratado por el promotor y luego facilitado al proyectista para que éste acometa su trabajo.

Razonando con fundamento en el artículo 1591 Cciv, el Tribunal Supremo tenía declarado que el examen del suelo corresponde al arquitecto y que éste no puede escudarse en la ajenidad del trabajo de un tercero para exonerarse de su responsabilidad por cuanto, al aceptarlo y aplicar sus conocimientos técnicos, lo hace suyo y asume las responsabilidades que, por demás, le son exigibles por razón de su profesión. Como ejemplo de esta doctrina puede invocarse la STS de 10 de mayo de 1986

[RJ 1986, 2677] que, con cita de otras tantas³⁷⁵, argumenta en los siguientes términos en su fundamento de derecho cuarto:

“es obligación fundamental del Arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio geológico, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias atribuyendo su causa a los informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que, de producirse al aceptarlos y aplicarlos sus conocimientos técnicos y profesionales los hace suyos y asume posibles responsabilidades, que por otra parte le son exigibles por la dignidad y competencia inherente a su profesión”

El artículo 1591 Cciv establecía, a este respecto, que el arquitecto era responsable cuando el edificio se arruinase por un vicio del suelo o de la dirección. Ello permitía sostener el criterio de imputación expuesto en el anterior extracto sin necesidad de plantearse, como un hecho de especial relevancia, la cuestión de si el estudio geotécnico había sido contratado por el arquitecto o por el promotor de la obra.

La cuestión que debemos plantearnos es si esta misma jurisprudencia debe considerarse válida y extrapolarse sin más consideraciones para interpretar el artículo 17.5 II LOE, cuya entrada en vigor es de fecha posterior, o más bien se ha de considerar que la norma estableció un cambio de paradigma en la imputación de responsabilidad al proyectista³⁷⁶.

³⁷⁵ SSTs de 7 de octubre de 1983 [RJ 1983, 5314], de 8 de junio de 1984 [RJ 1984, 3222], de 13 de febrero de 1984 [RJ 1984, 650] y de 16 de junio de 1984 [RJ 1984, 3245].

³⁷⁶ Las SSTs de 22 de marzo de 2010 [RJ 2010, 2410] y de 16 de enero de 2014 [RJ 2015, 277] han señalado que la LOE “es una ley que no traslada de forma automática todo el régimen normativo anterior contenido en el artículo 1591 del CC, y muy especialmente en la jurisprudencia que lo interpreta, sino que dota al sector de la construcción de una configuración legal específica”, entre otras cuestiones, respecto de la “responsabilidad exigible exclusivamente por vicios o defectos como causa de daños materiales y que es, en principio, y como regla general, individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a la ley, se deba

De los artículos 10 y 12.3, *b* LOE se desprende de forma implícita la obligación del proyectista de realizar un proyecto viable, considerándose que tal viabilidad pasa necesariamente por adquirir conocimiento sobre las características geotécnicas del terreno³⁷⁷. Estos preceptos, en su interpretación conjunta con el artículo 1.2 del Decreto 462/1971, de 11 de marzo³⁷⁸, han conducido tradicionalmente a interpretar que el proyectista podría adquirir tal conocimiento mediante cualquier medio, sin necesidad de hacerlo necesariamente mediante la solicitud de un estudio geotécnico³⁷⁹, sin perjuicio de que, en la actualidad, la práctica totalidad de las obras privadas de

responder, en armonía con la culpa propia de cada uno de los agentes en el cumplimiento de la respectiva función que desarrollan en la construcción del edificio”.

³⁷⁷ Diversos autores han resaltado que el proyecto de obra comporta una obligación de resultado y que, por tanto, debe ser viable para su finalidad –en este sentido, FERNÁNDEZ COSTALES (1977, 269), JIMÉNEZ MORAGO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.3), ÁLVAREZ OLALLA (2002, 107), DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 206), REVERTE NAVARRO (2003, 2853), LACRUZ BERDEJO (2005, 178-180) y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 205-206)–. En particular, esta última autora considera que difícilmente se puede realizar un proyecto viable si no se conocen las características geotécnicas del terreno. Como refuerzo del argumento recuerda que el art. 12.3, *b* LOE impone a la dirección de obra verificar que la cimentación y la estructura se adecúan a las características geotécnicas del terreno, por lo que la previa redacción del proyecto exige su conocimiento.

³⁷⁸ BOE de 24 de marzo de 1971, núm. 71, pág. 4741. Fue modificado en su artículo 3 por el Real Decreto 129/1985, de 23 de enero (BOE de 7 de febrero de 1985, núm. 33, pág. 3210).

³⁷⁹ Así lo apunta MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 208 y, más recientemente, 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.3.B.c), cuya conclusión es conforme con la STS de 21 de febrero de 2003 [RJ 2003, 2135]. En aquel caso, se absolvió de responsabilidad a un técnico a pesar de que no realizó un estudio geológico del suelo, tomándose en consideración que dicho técnico sí realizó catas en los solares sobre los que se iba a construir, y que otra empresa especializada había realizado un estudio geológico del suelo en una edificación colindante, cuyas recomendaciones fueron observadas por el autor del proyecto. No obstante, es relevante hacer notar que, en aquel caso, el Tribunal Supremo consideró concurrente una causa de fuerza mayor imprevisible que justificó la absolución del técnico.

edificación exigen su incorporación como consecuencia del desarrollo de la normativa sectorial³⁸⁰.

Lo anterior no obsta para sostener que, conforme a la LOE, no existe un criterio de imputación automático y directo que haga responder al proyectista por cualquier vicio del suelo, al modo en que lo haría con la jurisprudencia desarrollada en interpretación del artículo 1591 Cciv.

Sin embargo, la realidad es que la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la LOE no siempre ha interpretado su artículo 17.5 II LOE tomando en consideración estas circunstancias sino que ha continuado razonando, con carácter general, en el mismo sentido que ya lo venía haciendo en desarrollo del artículo 1591 Cciv.

En este sentido resultan gráficas las STS de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743] y de 14 de mayo de 2008 [RJ 2008, 3067] que, aunque continúan aplicando directamente el artículo 1591 Cciv por razón del derecho temporalmente aplicable al supuesto que enjuician, ya introducen a efectos interpretativos la mención al artículo 17.5 II LOE.

Ambas resoluciones coinciden al rechazar que el proyectista pueda escudarse en la ajenidad del trabajo del profesional que le provee los cálculos y datos³⁸¹ aun en el caso de que, como resulta con claridad en la STS de 14 de mayo de 2008 [RJ 2008,

³⁸⁰ En este sentido lo indican GONZÁLEZ CARRASCO (2011, 276), LÓPEZ RICHART (2003, 135, nota al pie 117) y FEMENÍA LÓPEZ (2004, 119-121) con referencia al Real Decreto 2661/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba la Instrucción de Hormigón Estructural (EHE-98), luego derogado y sustituido por el Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio (EHE-08).

³⁸¹ En el caso de la STS de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743] se rechaza esta posibilidad argumentando que, en el supuesto que enjuicia, debió tomarse en consideración “*que el autor del proyecto es el Arquitecto que lo suscribe y solicita su visado en el correspondiente Colegio siendo él quien avala el cálculo de la estructura y responde de la validez y efectividad del cálculo*” (fundamento de derecho octavo). No obstante, atendidas las restantes circunstancias de aquel caso concreto, el Tribunal Supremo absolvió tanto al proyectista como al calculista por considerar que el origen del daño no se encontraba en sus respectivas actuaciones, sino en la de otros agentes de la edificación distintos.

3067]³⁸², tales cálculos hayan sido directamente contratados por el promotor, sin intervención del proyectista en el encargo. Así dispone esta resolución en su fundamento de derecho segundo, después de invocar el artículo 17.5 II LOE a efectos interpretativos:

“En el caso de debate, procede declarar la responsabilidad del Arquitecto don Gabriel, como autor del proyecto, al no haber valorado, en su elaboración, las características del terreno y la previsión de un sistema de impermeabilización adecuado para el sótano, como tampoco las oportunas prescripciones para las juntas del muro, habida cuenta la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención, pues si las reglas de la construcción exigen unas obras determinadas, deben cumplirse y, al no hacerlo así, ha de responder de sus consecuencias; sin que le exonere el estudio geotécnico realizado por la compañía “Vorsevi, S.A.”, encargado por la promotora y facilitado al Arquitecto, cuyo contenido, según la sentencia recurrida, transmitía una información errónea y equivocada, toda vez que, sobre este particular, esta Sala tiene declarado que es obligación fundamental del Arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio geológico, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias para atribuir su causa a informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que, de producirse, al aceptarlos y aplicarles sus conocimientos técnicos, los hace suyos y asume posibles responsabilidades que, por otra parte, le son exigibles por la dignidad y competencia inherentes a su profesión”.

En un sentido que matiza el que se expone en estas resoluciones, si bien en un pronunciamiento *obiter dictum*, la STS de 27 de junio de 2012 [RJ 2012, 8014] indica que la responsabilidad de quien proyecta es, en principio, una responsabilidad por

³⁸² No resulta con la misma claridad en el caso de la STS de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743]. A tenor de lo expuesto en su fundamento de derecho tercero parece inferirse que fue el promotor quien contrató al constructor y a los técnicos intervinientes, pero no resulta claro si, entre estos técnicos, también figuraba el calculista.

hecho propio, por lo que éste sólo responderá cuando el vicio se deba a su propia conducta “salvo que actúe a instancia o a iniciativa suya” otro profesional. Parece que en esta resolución, por tanto, se toma en consideración la importante circunstancia de que sea el proyectista quien encargue o contrate el cálculo, estudio, dictamen o informe erróneo, a efectos de responsabilizarle por hecho ajeno. Así lo expone en el fundamento de derecho segundo que continúa argumentando con fundamento en el artículo 1591 Cciv, pero con cita dialéctica del artículo 17.5 II LOE:

“Pues bien, en principio la responsabilidad de quien proyecta es una responsabilidad por hecho propio, por vulneración de un deber que ha asumido contractualmente, o que le viene exigido por su lex artis (artículo 1258 CC), por lo que sólo cuando el vicio se debe a su propia conducta existirá la obligación de responder. Supone que, sin perjuicio de la necesaria coordinación que ha de existir entre todos los profesionales, cada uno asume los resultados de su propia actividad, como lógica consecuencia de que no se le puede exigir que pueda prever el anormal proceder de quien técnicamente, en aplicación de los conocimientos inherentes a su profesión, debe obrar de una determinada manera, salvo que actúe a instancia o a iniciativa suya, como sucede cuando contrata los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, supuesto en que serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudiera ejercer contra sus autores, como ahora dispone el artículo 17.5 de la LOE”.

Entre los pronunciamientos que ya aplican directamente el artículo 17.5 II LOE por razón del tiempo en que acontecen los hechos enjuiciados, la resolución más reconocible es la STS de 10 de abril de 2015 [RJ 2015, 1518]. Esta sentencia condena al proyectista por los errores contenidos en el estudio geotécnico que no fue contratado por él, sino que fue encargado por el promotor demandante, considerando que resulta de aplicación al supuesto la misma jurisprudencia interpretaba casos similares a tenor del artículo 1591 Cciv. Así lo explica en su fundamento de derecho quinto, apartado cinco:

“Consiguientemente, si el arquitecto aceptó la obra tal y como le había sido encargada, es decir, después de los trabajos previos geológicos, no es dudoso reconocer que participó en la obra desde el momento en que incluyó en su proyecto el proyecto de cimentación del Sr. Jon encargado por la promotora y aceptó la responsabilidad que de lo hecho se pudiera derivar, por lo que no puede escudarse en la ajeneidad del trabajo aceptado, ya que, de producirse, al aceptarlos y aplicarles sus conocimientos técnicos, los hace suyos y asume posibles responsabilidades, que, por otra parte, le son exigibles por la dignidad y competencia inherentes a su profesión (STS 14 mayo 2008 y las que en ella se citan, que si bien referidas al artículo 1591 del CC, son de perfectamente aplicación a este caso), entre la que figura como obligación fundamental el examen previo del suelo, verificando o, al menos, comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio geológico”.

Esta misma tendencia es la que predomina en la doctrina judicial emanada de las Audiencias Provinciales que, con algunas excepciones³⁸³, siguen la línea de considerar que el proyectista es responsable incluso en aquellos casos en los que ha sido el promotor quien ha contratado el cálculo, estudio, dictamen o informe erróneo, especialmente después de esta STS de 10 de abril de 2015 [RJ 2015, 1518], que deja a su paso una estela de resoluciones³⁸⁴ que la citan en apoyo del mismo argumento.

³⁸³ SAP Huelva de 15 de marzo de 2011 [JUR 2011, 228784] que, interpretando el artículo 17.5 II LOE en su fundamento de derecho primero, considera que cuando el promotor elige por propia iniciativa a los profesionales que han de realizar los cálculos, estudios, dictámenes o informes, es éste quien asume personalmente el resultado de su trabajo. Por su parte la sentencia explica que el proyectista, con arreglo al “*principio de confianza*” en la regularidad de sus colaboradores al mismo nivel, no se hace responsable de los errores cometidos por tales profesionales cuando no ha sido él quien los ha contratado, salvo que su incompetencia o defecto sea patente.

De una manera menos concluyente la SAP Islas Baleares de 10 de junio de 2016 [JUR 2016, 173188], en su fundamento de derecho tercero, también toma en consideración la circunstancia de que fuese la propiedad y no el proyectista quien contrató un tercer técnico, a efectos de liberar de responsabilidad a aquel. No obstante, en el caso que enjuicia esta sentencia, no se ejercitó una acción basada en la LOE sino de responsabilidad contractual.

³⁸⁴ SAP Huesca de 27 de noviembre de 2015 [JUR 2016, 7900], SAP Cantabria de 12 de noviembre de 2015 [JUR 2016, 35504] y SAP Madrid de 17 de diciembre de 2015 [JUR 2016, 10698]. Con anterioridad

En la SAP Zaragoza de 25 de junio de 2013 [JUR 2013, 249577] se enjuicia un caso en el que fue el promotor quien encargó el estudio geotécnico erróneo, el cual fue después facilitado al arquitecto con información equivocada.

De los razonamientos expuestos en esta resolución se desprende el argumento de que el artículo 17.5 II LOE no puede ser interpretado a contrario, esto es, que aunque el precepto responsabiliza al proyectista cuando contrata con otros profesionales, ello no quiere decir que éste deje de ser responsable cuando no sea él quien los contrate.

Para llegar a tal conclusión que, desde luego, es más que discutible a tenor de la norma, se apoya en la jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 Cciv aseverando que su doctrina “*sigue en pie*”, aunque sin profundizar en las razones por las que alcanza esta convicción. Su fundamento de derecho segundo razona así:

“Como dice la STS 5-3-01, que recoge la doctrina de la STS 10-5-86, “es obligación fundamental del arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio geológico, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias atribuyendo su causa a los informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que, de producirse, al aceptarlos y aplicarlos, sus conocimientos técnicos y profesionales los hace suyos y asume posibles responsabilidades que, por otra parte, le son exigibles por la dignidad y competencia inherente a su profesión”. En el mismo sentido la STS 17-5-08, referida, como aquí sucede, a un estudio geotécnico encargado por la promotora y facilitado al Arquitecto, cuyo contenido transmitía una información errónea y equivocada.

Del art. 17.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación (...) se desprende, ciertamente, el principio de responsabilidad o corresponsabilidad de los

a la citada STS de 10 de abril de 2015 [RJ 2015, 1518] se habían pronunciado en la misma línea la SAP Zaragoza de 25 de junio de 2013 [JUR 2013, 249577] y la SAP Madrid de 13 de mayo de 2014 [JUR 2014, 238816].

proyectistas por los cálculos o informes de otros profesionales contratados que hubieren utilizado para elaborar el proyecto, pero de ello no se sigue su irresponsabilidad por los informes o dictámenes contratados por la promotora, pues la doctrina expuesta sigue en pie”.

Más vehemente resulta la SAP Madrid de 13 de mayo de 2014 [JUR 2014, 238816] que, en otro caso similar en el que el estudio geotécnico fue encargado por el promotor y no por el proyectista, llega a imputar a este último la “*responsabilidad absoluta*” de los defectos derivados de la deficiente proyección de la cimentación. Así lo expone en su fundamento de derecho cuarto:

“se alega y sostiene que los citados dictámenes y el informe geotécnico no fue realizado a instancia del arquitecto demandado sino a instancia del Consorcio Promotor del Sur S.L., entendiéndose por tanto que no cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 17.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación al no haber sido contratado directamente por el arquitecto, ahora bien hemos de tener en cuenta que la responsabilidad absoluta de los defectos derivados de la deficiente proyección de la cimentación y adoptados en virtud de las características y condiciones del suelo le incumben al arquitecto superior, quien no debe limitarse a la mera lectura de los informes geotécnicos practicados a instancia de la promotora sino que debe asegurarse de cuáles son las reales y auténticas condiciones del suelo sobre el que va a construir sin que pueda eximirse de su responsabilidad en virtud de los defectos o inexactitudes del informe geotécnico, sin perjuicio de que posteriormente pueda ejercer las acciones de repetición contra la empresa que realizó el citado informe geotécnico si así lo tiene por conveniente pero no puede eximirse de su responsabilidad cuando la misma deviene de su propia posición como proyectista de la obra”.

Esta tendencia que se aprecia en los tribunales, aunque es la que impera en la práctica, va más allá de lo que establece el tenor literal del artículo 17.5 II LOE por inspiración de la vieja jurisprudencia recaída en interpretación del artículo 1591 Cciv.

A efectos de una correcta interpretación teleológica de la norma no pueden desconocerse los trámites parlamentarios que dieron lugar a la redacción definitiva del precepto, tal y como quedó reflejado en la LOE³⁸⁵.

El artículo 41.2 del proyecto de ley de 1996³⁸⁶, referido a la responsabilidad de los proyectistas, establecía que “*quienes hubieren autorizado con su firma los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros técnicos, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores*”.

La diferencia de matiz es relevante. Mientras que el proyecto de ley responsabilizaba a los proyectistas que hubieran “*autorizado con su firma*” los datos proporcionados por un tercero, en el texto definitivo del artículo 17.5 II LOE se sanciona a los proyectistas que los “*contraten*” con ese tercero.

Para *contratar* es preciso que el proyectista asuma la iniciativa de encargar la elaboración de los cálculos o la confección del estudio, dictamen o informe a un tercero para incorporarlo voluntariamente dentro del proceso edificatorio. Sin embargo, para *autorizar con su firma* no es precisa esa actividad de selección del profesional, realización del encargo con obligaciones recíprocas e incorporación al proceso de edificación por iniciativa propia.

Entendemos que el legislador quiso que esta última fuera la acción que llevase aparejadas las consecuencias de responsabilidad directa para el proyectista y no meramente la expresión de conformidad de un trabajo realizado por un tercero que no ha introducido él mismo en el proceso de la edificación.

Algunos autores han destacado que la nota caracterizadora en la configuración de la responsabilidad del proyectista conforme al artículo 17.5 II LOE es su “*voluntad*” de que otro concreto técnico intervenga en el proceso constructivo. Si la intervención de

³⁸⁵ En este sentido, LÓPEZ RICHART (2003, 139) y FEMENÍA LÓPEZ (2004, 252-255).

³⁸⁶ BOCG de 9 de enero de 1996, núm. 146-1 (V Legislatura). Serie A, proyectos de ley.

ese técnico no obedece a la voluntad del proyectista, como ocurriría en el caso de que aquel fuera contratado por el promotor, se ha sostenido que no se le puede hacer responder conforme a dicha norma³⁸⁷.

Otros autores también han destacado que el proyectista puede eximirse conforme al artículo 17.5 II LOE cuando los cálculos, estudios, dictámenes o informes erróneos hayan sido contratados por el promotor, añadiendo la idea de que en el supuesto que regula dicho artículo no existe solidaridad, siempre que no quepa calificar como proyectistas a los profesionales contratados, porque éstos intervienen en el desarrollo de tecnologías específicas³⁸⁸.

La postura doctrinal expuesta, conforme a la cual el proyectista no tiene responsabilidad directa cuando no ha contratado los datos erróneos, sino que éstos han sido encargados por el promotor, resulta coherente y adecuada a una interpretación gramatical y finalista de la norma, a pesar de que los tribunales sean mayoritariamente propensos a responsabilizar al proyectista, en esta situación, conforme al artículo 17.5 II LOE.

³⁸⁷ LÓPEZ RICHART (2003, 143) indica que el proyectista no responde si el otro técnico es contratado por el promotor, aunque el proyectista acepte su participación en la fase de proyección. Destaca este autor la voluntariedad en la introducción del tercero en el proceso constructivo.

Parecidamente, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 208-209) entiende que en caso de resultar defectuoso el estudio geotécnico sería el promotor quien debiera responder, porque conforme al artículo 17.5 II LOE la responsabilidad del proyectista se limita a los casos en que sea él quien contrate con otros profesionales los cálculos, estudios, dictámenes o informes.

En la misma línea MONSERRAT VALERO (2008, 186), analizando la legitimación pasiva de los técnicos conforme a la LOE, considera que cuando estos informes fueran contratados por el promotor y entregados al proyectista, éste último quedará exento de responsabilidad.

³⁸⁸ ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III, 2.6). En esta línea, CORDERO LOBATO (2000, 324) ya apuntaba que, si un proyectista parcial es designado y contratado por el promotor, el proyectista principal no responderá aunque acepte su participación en la fase de proyección, apuntando que no se puede presumir la pericia de un proyectista sobre aquellos ámbitos de la arquitectura (en sentido amplio) específicamente reservados a ciertos profesionales. Creemos que esta misma conclusión sería extrapolable al caso de que, en lugar de tratarse de un proyecto parcial, se tratase del estudio geotécnico.

Debe tenerse igualmente en cuenta, como se ha expuesto por parte de algunos autores³⁸⁹ y como se ha llegado a reconocer por el Tribunal Supremo³⁹⁰, que el profesional que provee los datos erróneos también es responsable directo frente al propietario perjudicado al tratarse de un agente más en el proceso que, con su trabajo, contribuye al resultado de construir un edificio.

Esta conclusión no se ve empañada por el hecho de que dichos profesionales no aparezcan mencionados en el catálogo de agentes que establece el capítulo III de la LOE³⁹¹ ya que no se trata de una lista de *numerus clausus* y, en todo caso, quedarían

³⁸⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 435). Para estos autores, la responsabilidad por hecho ajeno del proyectista no excluye la responsabilidad por hecho propio de los profesionales que proveen la información errónea y, señaladamente, la de quien realiza el estudio geotécnico. También ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III. 2.6), expone que no existen razones para negar la posibilidad de demandar directamente a estas personas, argumentando que su intervención puede ser causa directa del daño.

En contra de esta opinión, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 434) y GONZÁLEZ POVEDA (2008, 373) consideran que los profesionales que suministran datos erróneos al proyectista no tienen la condición de agentes de la edificación por no aparecer mencionados en el capítulo III de la LOE.

³⁹⁰ STS de 8 de mayo de 2007 [RJ 2007, 2135], en cuyo fundamento de derecho quinto se indica que “*al informante del tema geológico le correspondía la responsabilidad derivada del Arquitecto, en cuanto éste delegó una función que le es atribuida en el art. 1591 CC, al mismo, por la especialidad del cometido, y ello con el beneplácito de la “Comunidad” actora, que aceptó esa contratación, la que se realizó, por ello, por el Arquitecto*”.

En sentido contrario se había pronunciado anteriormente la STS de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743], que también razonaba conforme al artículo 1591 Cciv en su fundamento de derecho décimo, y en aquel caso consideró que “*si bien la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha llevado a cabo interpretación extensiva de las personas que con carácter técnico intervienen en el proceso constructivo con la consiguiente responsabilidad de los mismos en caso de ruina de lo construido, dada la época en la que se promulgó el Código Civil, tal extensión no abarca a quien efectúa los cálculos de la estructura de un edificio*”.

Esta dicotomía es observada por CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 435).

³⁹¹ CASTRO BOBILLO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe IV), ÁLVAREZ OLALLA (2002, 105), CADARSO PALAU (2003, 1531), LÓPEZ RICHART (2003, 73), GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 3 y 7-9), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 210) y CORDERO LOBATO (2011,

comprendidos dentro de la definición de agente que, con carácter amplio, establece el art. 8 LOE.

La solución consistente en liberar de responsabilidad al arquitecto cuando quien contrató los cálculos al tercero fue directamente el dueño de la obra es también la regla general en ordenamientos sujetos al *common law*³⁹², aunque a esta conclusión se llega por un camino ligeramente distinto al que se sigue actualmente en el ordenamiento español.

La interacción de los agentes de la edificación que actúan sometidos al derecho inglés, donde no existe una norma asimilable a la LOE, se ve normalmente condicionada por los términos del contrato que regulan el alcance de la intervención de cada uno³⁹³. Y

520). En contra de esta interpretación, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 434) y GONZÁLEZ POVEDA (2008, 365).

³⁹² BAILEY (2011, 1157) explica que el arquitecto no asume generalmente la responsabilidad por los detalles del proyecto preparado por el ingeniero de estructuras que ha sido contratado por el propietario (“*an architect does not ordinarily assume responsibility for the details of a design prepared by a structural engineer engaged by the owner*”). No obstante, nótese que, aunque el autor explica esta situación en el contexto de las generalidades relativas a la responsabilidad contractual y extracontractual de los arquitectos en el derecho inglés, las citas de autoridad que utiliza como refuerzo de su planteamiento son sentencias dictadas por la Corte de Apelación de Queensland, Australia, y por el Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur, Australia. En concreto, los casos citados por el autor en su nota al pie núm. 50 son *Robt Jones (363 Adelaide Street) Pty Ltd v First Abbot Corporation Pty Ltd* [1999] QCA 049, [24]-[25], y *Bailey v Redebi Pty Ltd* [1999] NSWSC 918, [45].

³⁹³ Tal y como expone MASON (2016, 105), el “*principal ingrediente*” del derecho inglés de la construcción es el derecho de contratos, aunque combina elementos del derecho mercantil, del derecho de la responsabilidad civil extracontractual (“*tort*”) y del derecho patrimonial. Sobre estos fundamentos se ha construido un cuerpo con rasgos distintivos propios y generalizados, caracterizado en el tráfico por el uso habitual de contratos de edificación estandarizados y adaptados a diversas situaciones concretas –los más habituales son los contratos JCT (*Joint Contracts Tribunal*), los contratos NEC (*New Engineering Contracts*) y, especialmente en el ámbito internacional, los contratos FIDIC (*Federation of Consulting Engineers*, por su acrónimo en francés)–.

En materia contractual, indican FURST y RAMSEY (2012, 2), el derecho de la construcción forma parte del derecho de contratos general y no se rige por ninguna norma codificada.

es en este contexto en el que cobra relevancia el hecho de que los cálculos hayan sido directamente contratados por el propietario, y no por el arquitecto, a efectos de liberar a este último de responsabilidad³⁹⁴.

Algunas de las leyes escritas con mayor significación en el derecho inglés son la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*, con especial incidencia en materia de disposiciones de pago y resolución de disputas, la *Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009*, que abunda en la revisión sobre la operativa de adjudicación y disposiciones de pago, la *Contract (Right of Third Parties) Act 1999*, que prevé disposiciones a favor de los derechos de tercero aunque su naturaleza no es imperativa y puede excluirse su aplicación por contrato y, en fin, las *Construction (Design and Management) Regulations 2015*, que representan una serie de instrumentos normativos orientados a mejorar los objetivos en materia de seguridad y salud. Se refiere a todas estas normas MASON (2016, 112-117).

³⁹⁴ Explican FURST y RAMSEY (2012, 485) que el contrato con el arquitecto es personal y que éste no puede delegar sus funciones ni escudarse en que el trabajo ha sido acometido por un tercero para tratar de salvar su responsabilidad, citando como apoyo de su argumento el caso de *Moresk Cleaners Ltd v Hicks* [1966] 2 Lloyd's Rep. 338. En el supuesto que es objeto de hipótesis no se produce una delegación de funciones, sino que es directamente el propietario quien decide contratar a un tercero para realizar una parte específica del proyecto.

Profundizando en la responsabilidad del arquitecto conforme al derecho inglés es conveniente puntualizar, tal y como expone BAILEY (2011, 777-778), que el arquitecto que diseña una estructura tendrá que observar un deber de cuidado (“*duty of care*”) frente a terceros para evitar crearles un daño o peligro físico. Sin embargo la cuestión es que en el derecho inglés, a diferencia de lo que ocurre en derecho español, el arquitecto no está sujeto de ordinario a responsabilidad frente a terceros adquirentes, con quienes no tiene relación contractual, en relación con las denominadas pérdidas puramente económicas (“*pure economic loss*”), donde se incardinan conforme a este ordenamiento los daños materialmente causados en el propio edificio que es objeto de construcción –en este sentido, FURST y RAMSEY (2012, 233-234)–.

MASON (2016, 79) explica la naturaleza de estas pérdidas puramente económicas indicando que no son resarcibles en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por daños (“*tort*”) porque tales pérdidas no tienen propiamente la consideración de daño (“*damage*”).

Como excepción a esta regla general están las situaciones expresamente reguladas por ley positiva (“*statute*”), como sería el caso de la “*Defective Premises Act 1972*” –así, BAILEY (2011, 778)–. Según explica MASON (2016, 86-87), esta norma únicamente extiende su protección a subadquirentes que tengan la condición de propietarios residenciales y afecta a constructores, subcontratistas y proyectistas que intervengan en la edificación de casas y pisos, pero no en inmuebles comerciales o industriales, quienes deberán ejecutar correctamente los trabajos usando materiales adecuados que permitan la habitación humana, sujetándose a un plazo de protección de seis años desde la fecha en la que la edificación se completó.

Expuesto cuanto antecede parece razonable sostener que, en contra de lo que se aprecia como tendencia dominante en la práctica de los tribunales, el artículo 17.5 II LOE no ampara la responsabilidad del proyectista cuando no ha sido éste, sino el promotor, quien ha contratado los cálculos, estudios, dictámenes o informes erróneos con un tercero.

En todo caso será el promotor de la obra quien deberá responder solidariamente frente al propietario perjudicado por vía del artículo 17.3 LOE, en su caso, junto con el proveedor de la información errónea.

Lo anterior es coherente con la tendencia hacia la especialización en las labores técnicas complementarias, particularmente en el caso de los estudios geotécnicos que son confeccionados habitualmente con la intervención de un geólogo cuya formación es distinta a la del proyectista. También es coherente con el principio de confianza en el trabajo de otros profesionales al mismo nivel y, en fin, con el principio de individualización de la responsabilidad en el ámbito de la edificación.

4.2.3. LA RESPONSABILIDAD DEL PROYECTISTA CUANDO NO EXISTE UN ESTUDIO GEOTÉCNICO

Hemos visto que el artículo 17.5 II LOE hace responsable directo al proyectista que contrata el suministro de determinada información para su proyecto con otros profesionales, cuando tal información es errónea y genera daños susceptibles de ser resarcidos al propietario perjudicado. En particular, también hemos visto que el proyectista es responsable de los daños generados por los errores contenidos en el estudio geotécnico cuya elaboración contrató a un tercero.

Cabe plantearse si, además, el proyectista sería responsable en el caso de que ese estudio geotécnico no se hubiera contratado ni existiese y luego se produjeran daños en el edificio como consecuencia de esta omisión.

Al margen de lo que regulaba el artículo 1591 Cciv en relación con las responsabilidades del arquitecto derivadas de los vicios del suelo, el Decreto 462/1971, de 11 de enero, sobre normas de redacción de proyectos y dirección de obras, ya establecía en su artículo 1.2 la obligación de hacer constar en el proyecto de edificación una exposición detallada de las características del terreno y de las hipótesis en que se basa el cálculo de la cimentación de los edificios.

Esta norma puntualiza que, a estos efectos, el técnico encargado de la redacción del proyecto podrá exigir previamente, cuando lo considere necesario, un estudio del suelo y subsuelo que, formulado por técnico competente, deberá ser aportado por el propietario o promotor.

Desde esta perspectiva el proyectista venía obligado a detallar las características del terreno, aunque no necesariamente valiéndose para ello de un estudio geotécnico³⁹⁵. De considerarlo necesario, podría exigirlo al propietario o promotor que, a tenor de la norma, es quien debería encargarlo a un “*técnico competente*” y proporcionárselo al proyectista para la confección de su proyecto.

En algún caso³⁹⁶ el Tribunal Supremo ha absuelto de responsabilidad al proyectista que no solicitó informe geotécnico, sino que se valió de otros medios para instruirse

³⁹⁵ Apunta esta idea MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 208 y, más recientemente, 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.3.B.c).

³⁹⁶ STS de 21 de febrero de 2003 [RJ 2003, 2135]. En aquel caso el Tribunal Supremo absolvió a los agentes de la edificación por considerar concurrente un supuesto de fuerza mayor, considerando que el vicio en el suelo que provocó los daños en el edificio era imprevisible a pesar de que el proyectista no solicitó un estudio geotécnico.

Esta resolución ha sido criticada por GARCÍA MUÑOZ (2003, 6) al considerarse que la circunstancia exonerativa adquiere en el caso un alcance excesivamente amplio. Para dicho autor debió plantarse si la actuación del técnico proyectista agotó la especial diligencia que le es exigible, puesto que quedó probado que, aunque realizó catas y observó las recomendaciones dictadas por una empresa especializada que llevó a cabo un estudio geológico de la zona con motivo de una edificación colindante, no elaboró personalmente ni encargó por cuenta ajena un estudio geológico del suelo.

Esta crítica doctrinal sintoniza con la posición de autores clásicos, como HERRERA CATENA (1977, 225), quien ya razonaba que el técnico que no recabase el estudio geotécnico debiendo hacerlo, o bien

sobre el estado del subsuelo de un edificio que adolecía de defectos por vicios geológicos considerados imprevisibles.

No obstante la doctrina ha mantenido, sea razonando conforme al artículo 1591 Cciv³⁹⁷ o sea razonando conforme a la LOE y la normativa sectorial³⁹⁸, que el proyectista debe responder cuando no ha solicitado un informe geotécnico y el edificio presenta daños debido a las características del suelo. En este sentido, la normativa sectorial obliga hoy a que en la mayoría de las obras se incorpore un estudio geotécnico del terreno³⁹⁹.

redactase el proyecto sin el mismo, no podría pretender su propia exoneración argumentando la existencia de vicios imprevisibles cuando la ruina hubiera tenido lugar por tales vicios.

³⁹⁷ MONSERRAT VALERO (2008, 120).

³⁹⁸ GONZÁLEZ CARRASCO (2011, 276-277) señala que la ausencia de un estudio geotécnico desencadenará la responsabilidad del proyectista cuando no hubiera mediado un adecuado estudio del suelo. En esta línea, FEMENÍA LÓPEZ (2004, 226) indica que *“la obligación de encargar el estudio geotécnico como parte del proyecto para evitar defectos de cimentación determinará la responsabilidad del proyectista derivada de su falta de solicitud”*.

Para MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 208) el proyectista viene obligado a conocer las características geotécnicas del terreno, cualquiera que sea la forma para adquirir ese conocimiento. Por ello, responderá si no contrató el estudio geotécnico y el proyecto no se adecuaba a las características del terreno. Por su parte ESTRUCH ESTRUCH (2011, 721-722), con alusión al artículo 1 del Decreto 462/1971, de 11 de marzo, y referencia al artículo 3 CTE sobre seguridad estructural, cimientos, DB SE-C, entiende que el proyectista será condenado cuando se produzcan daños en la edificación derivados del defectuoso tratamiento del suelo sobre el cual se asienta, si no solicitó los correspondientes estudios geológicos que determinaran las características del suelo.

³⁹⁹ GONZÁLEZ CARRASCO (2011, 276) observa que desde la aprobación de la instrucción del hormigón estructural (EHE-98) mediante Real Decreto 2661/1998, de 11 de diciembre, luego derogada y sustituida por la EHE-08 mediante Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio, es obligatorio incluir en la práctica totalidad de las obras un estudio geotécnico de los terrenos. No sería obligatorio en casos en que sea incompatible con el terreno, citándose como ejemplo los casos de reforma o rehabilitación que no modifiquen significativamente los empujes que la estructura debe transmitir al terreno. En el mismo sentido lo indican LÓPEZ RICHART (2003, 135, nota al pie 117) y FEMENÍA LÓPEZ (2004, 119-121). También se refiere a ello MONSERRAT VALERO (2008, 120) con alusión al CTE.

Así, en la medida en que la normativa sectorial imponga la obligación de incorporar un estudio geotécnico al proyecto y se produzcan daños en el edificio derivados de una falta de previsión sobre la caracterización del suelo, ello dará lugar a una responsabilidad del proyectista por hecho propio y, concretamente, por inobservancia de su deber de redactar el proyecto conforme a la normativa vigente (artículo 10.2, *b* LOE).

Ello no interfiere con las conclusiones alcanzadas en los epígrafes precedentes, de conformidad con las cuales el proyectista es responsable por hecho ajeno en los casos en los que contrate el estudio geotécnico erróneo a un tercero, o incluso carecerá de responsabilidad directa por vía del artículo 17.5 II LOE cuando haya sido el promotor quien haya encargado el estudio geotécnico erróneo.

Dicho de otro modo, en aquellos casos en los que la norma sectorial imponga la obligación de incorporar un estudio geotécnico al proyecto, el proyectista deberá cuidar de que se cumpla esta previsión, bien sea confeccionándolo él mismo si dispone de los medios y la cualificación, bien sea contratándolo con un tercero como le permite el artículo 17.5 II LOE –en cuyo caso, si éste es erróneo, responderá por hecho ajeno sin perjuicio de su posibilidad de repetir contra el autor⁴⁰⁰–, o bien sea exigiéndole su incorporación al propietario o promotor como establece el artículo 1.2 del Decreto 462/1971, de 11 de marzo.

⁴⁰⁰ Señala ESTRUCH ESTRUCH (2011, 725) que debe reputarse diligente la conducta del proyectista que, antes de realizar el proyecto, encarga al técnico competente la elaboración de un informe en el que se indiquen las especialidades del terreno sobre el que se asentará la edificación, con el fin de proyectar adecuadamente. Igualmente señala que si el arquitecto proyectista realiza su proyecto de conformidad con las exigencias técnicas derivadas del informe geológico y luego resulta éste inadecuado, ninguna violación de la *lex artis* se produce por el proyectista y la responsabilidad deberá recaer exclusivamente en quien emitió el informe geológico equivocado.

4.2.4. CONCLUSIONES

La responsabilidad del proyectista a tenor del artículo 17.5 II LOE es una responsabilidad legal por hecho ajeno, lo que resulta compatible con la consideración del profesional contratado como un auxiliar en el cumplimiento y cuyo fundamento se encuentra en haber encargado y, con ello, introducido a un tercero en la realización de una determinada actividad causante del daño en el proceso de la edificación.

En aquellos casos en los que, además, el proyectista haya contribuido de forma material y directa al origen del daño, la responsabilidad será en parte por hecho ajeno y en parte por hecho propio. En tales supuestos, el proyectista no podrá repetir por el todo frente al profesional contratado, sino sólo por la parte que corresponda a su contribución en la generación del daño.

En la opinión que defiendo, el artículo 17.5 II LOE no ampara la responsabilidad del proyectista cuando no ha sido éste, sino el promotor, quien ha contratado los cálculos, estudios, dictámenes o informes erróneos con un tercero. En tales casos será el promotor quien deba responder solidariamente frente al perjudicado por vía del artículo 17.3 LOE, en su caso, junto con el proveedor de los cálculos o la información errónea. Ello es coherente con la tendencia hacia la especialización en las labores técnicas complementarias, con el principio de confianza en el trabajo de otros profesionales al mismo nivel y con el principio de individualización de la responsabilidad en el ámbito de la edificación.

No obstante, esta postura, que tiene el respaldo de la doctrina científica, difiere de la interpretación más extendida en la práctica de los tribunales.

Finalmente, el proyectista será responsable por hecho propio en aquellos casos en los que, siendo obligatorio de conformidad con la normativa sectorial, no incorpore a su proyecto un estudio geotécnico del terreno, cualquiera que sea el modo en que dicho estudio

sea incorporado⁴⁰¹, y se produzcan daños en el edificio derivados de una falta de previsión sobre sus características.

4.3. LA RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR DE OBRA POR LAS OMISIONES, DEFICIENCIAS E IMPERFECCIONES DEL PROYECTO QUE NO HA ELABORADO ÉL MISMO (ART. 17.7 II LOE)

Para aquellos casos en los que proyectista y director de la obra no son la misma persona, el artículo 17.7 II LOE establece la responsabilidad de éste último por las omisiones, deficiencias o imperfecciones⁴⁰² que el primero pudiera haber cometido en el desempeño de su función.

El precepto, cuya redacción original pasó al texto definitivo sin apenas modificaciones durante los trámites parlamentarios⁴⁰³, establece que “*quien acepte la dirección*

⁴⁰¹ Bien sea confeccionándolo él mismo si dispone de los medios, conocimientos y cualificación necesaria, o bien contratándolo por cuenta ajena con un tercero como permite el artículo 17.5 II LOE, o bien exigiéndole al propietario o promotor que curse el encargo con el técnico correspondiente, como prevé el artículo 1.2 del Decreto 462/1971, de 11 de marzo.

⁴⁰² Siguiendo la misma deriva que el artículo 17.5 II LOE, este inciso vuelve a incluir una enumeración innecesaria sobre las patologías de las que puede adolecer el proyecto. En este caso el legislador establece que la responsabilidad del director de obra se vincula a sus “*omisiones, deficiencias e imperfecciones*”, lo que conduce a plantearse si se trata de una lista cerrada de supuestos o, más bien, una forma de expresar que el director de obra responderá por los errores de proyecto, en sentido amplio, cuando éstos sean susceptibles de generar un daño material en el edificio en los términos establecidos por la LOE.

⁴⁰³ El artículo 43.1 del proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 1996 (BOCG de 9 de enero de 1996, núm. 146-1 –V Legislatura–, Serie A, proyectos de ley) ya establecía, en términos prácticamente idénticos a los del texto definitivo, que “*el que, no habiendo elaborado el correspondiente proyecto, acepte la dirección de obra, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle contra el proyectista*”.

En el proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 (BOCG de 15 de marzo de 1999, núm. 163-1 –VI Legislatura–, Serie A, proyectos de ley), el artículo 17.7 II LOE queda fijado en su dicción definitiva.

de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista”.

La doctrina se ha planteado si este artículo regula un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno o por hecho propio, opciones contrapuestas que darían lugar a distintas soluciones en cuanto a la posibilidad de que aquel director de obra que eventualmente soportase el coste de la reclamación efectuada por el propietario perjudicado se pudiera resarcir por el todo en la vía de regreso contra el proyectista.

Como cuestión previa antes de profundizar en esta discusión, resulta conveniente advertir que el rol tradicional que cierta jurisprudencia atribuía al arquitecto, como supremo responsable de la obra, ha dado paso a la consolidación legal de un paradigma más conciliable con el principio de individualización de la responsabilidad, también perceptible en otro sector jurisprudencial anterior a la LOE.

4.3.1. HACIA LA SUPERACIÓN DE LA DOCTRINA QUE CONSIDERABA AL ARQUITECTO COMO “SUPREMO RESPONSABLE” DE LA OBRA

En lo que concierne a la responsabilidad del arquitecto, la doctrina del Tribunal Supremo recaída en interpretación del artículo 1591 Cciv dio lugar a dos tendencias diferenciadas, tal y como han observado diversos autores⁴⁰⁴.

Una primera línea jurisprudencial atendía al criterio de individualización de la responsabilidad, de manera que el arquitecto quedaba exonerado cuando constase acreditado que los vicios generadores del daño quedaban fuera de su perímetro de control, lo que en términos del artículo 1591 Cciv suponía que el origen del problema se situaba en el ámbito de la “*construcción*” y no propiamente en el “*del suelo o de la dirección*”⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ CARRASCO PERERA (2002, 25), ARNAU MOYA (2004, 148-153), MONSERRAT VALERO (2008, 123 y ss.) o CARRASCO PERERA, GONZÁLEZ CARRASCO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 436).

⁴⁰⁵ CADARSO PALAU (1970, 674-677) analiza la jurisprudencia de principios de los años 70 que marca las incipientes pautas diferenciadoras entre el arquitecto proyectista y el arquitecto director a tenor del

Esta tendencia se reconoce en ejemplos clásicos⁴⁰⁶ como el de las SSTS de 17 de junio de 1987 [RJ 1987, 4535], de 3 de abril de 1995 [RJ 1995, 2930] o de 3 de julio de 2000 [RJ 2000, 6877] y en otros ejemplos más recientes como el que enjuicia la STS de 20 de junio de 2007 [RJ 2007, 3456]. Esta última sentencia, en línea con el principio de individualización de la responsabilidad y razonando conforme al artículo 1591 Cciv, exonera de responsabilidad al arquitecto director de la obra al no constar probada la existencia de vicios afectantes a su órbita de actuación ni tampoco problemas generalizados, sino defectos puntuales de ejecución. Lo motiva del siguiente modo en su fundamento de derecho tercero:

“la pericial practicada, única de relevancia objetiva, describe perfectamente los daños, para calificarlos de problemas puntuales de ejecución, con la conclusión de que no estamos ante una pluralidad de vicios que recaen extensamente sobre el edificio, sino en un conjunto de deficiencias puntuales y diseminadas, que al pertenecer a la labor de ejecución, sin comprenderse dentro de las funciones de alta dirección y vigilancia del arquitecto codemandado, no pueden alcanzarle”.

artículo 1591 Cciv. Más recientemente, ARNAU MOYA (2004, 148) también ha expuesto que en el artículo 1591 Cciv ya existía una distinción entre las funciones del arquitecto director y el arquitecto proyectista dependiendo de si los vicios provenían de la dirección o del suelo. Esta distinción funcional se mantiene en la LOE, tal y como indica dicho autor, con las figuras del proyectista, director de obra y director de ejecución de la obra.

⁴⁰⁶ En la STS de 17 de junio de 1987 [RJ 1987, 4535] se niega la responsabilidad compartida del arquitecto director de obra con la responsabilidad declarada del contratista por una descuidada ejecución del apisonado.

En la misma línea, la STS de 3 de abril de 1995 [RJ 1995, 2930] estima un recurso de casación interpuesto por la representación de un arquitecto director de obra, a quien absuelve de los daños derivados de una defectuosa compactación de los materiales de relleno empleados para el apisonado, considerando que tal patología queda dentro de la esfera de competencia del constructor.

La STS de 3 de julio de 2000 [RJ 2000, 6877] también estima el recurso de casación planteado por la representación de un arquitecto director y le absuelve diferenciando las competencias que corresponden a éste y las que corresponden a otros técnicos, como el aparejador, con arreglo a un criterio de individualización.

En este grupo de supuestos se aprecia, no obstante, que el criterio de individualización de la responsabilidad del arquitecto encuentra sus límites en casos groseros como aquellos en los que los defectos de pura ejecución material son generalizados y afectan a la obra en su conjunto.

Así, la existencia de defectos generalizados de ejecución se ha venido considerando como una causa de corresponsabilidad del técnico director conciliable con el principio de individualización, manteniendo un criterio de imputación válido frente al arquitecto director por faltar a sus deberes de vigilancia, con encaje en las funciones de *dirección* que le atribuye el artículo 1591 Cciv. La STS de 14 de febrero de 2011 [RJ 2011, 441], que razona en línea con este criterio, condena al arquitecto director por considerar, entre otros aspectos, que los defectos constructivos son determinantes de un “*fracaso generalizado*” de la obra.

Esta resolución matiza que, aunque la función de alta dirección no alcanza al control del día a día de la obra, tampoco pueden escapar a las labores inspectoras del director los vicios generalizados de ejecución. En su fundamento de derecho cuarto, *in fine*, dice así:

“La descripción combina daños que tienen su origen en un inadecuado diseño (...) con otros que, aun teniendo su origen inmediato en una mala ejecución de la obra, tienen en común afectar a elementos esenciales de la obra que, en el caso de los tabiques, aparecen en un número muy elevado de viviendas, por lo que estamos ante defectos constructivos de carácter general y no simplemente puntual, determinantes de lo que esta Sala ha calificado de fracaso generalizado de la obra en algunos aspectos (STS 7 de junio de 2010), que el arquitecto pudo evitar mediante un efectivo control de la misma, pues como director de la obra le incumbe inspeccionar y controlar si su ejecución se ajustaba o no al proyecto por él confeccionado o se desarrollaba de forma satisfactoria pues una cosa es el día a día en la obra, que no es función propia de la alta dirección, y otra distinta que hayan escapado a su función inspectora daños tan generalizados que han supuesto un evidente desmerecimiento

de la edificación, poniendo en evidencia la negligencia profesional del demandado por la que debe responder”.

En relación con estas funciones de supervisión y control resulta interesante la STS de 22 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 399], que ofrece una pauta clara para que el técnico director pueda eximirse de las responsabilidades que le resultarían exigibles a este respecto, poniendo el acento en la necesidad de dejar constancia de las instrucciones impartidas en el libro de órdenes y en la comprobación de su cumplimiento antes de emitir la certificación final de obra. Así lo razona en su fundamento de derecho tercero:

“La función de superior dirección que corresponde al arquitecto implica según la jurisprudencia la obligación de vigilar que la obra se desarrolla con arreglo al proyecto y esta función de vigilancia incluye la de fiscalizar la adecuada ejecución de la obra, también en cuanto a los materiales empleados y a su correcta colocación, responsabilidad de la que únicamente puede eximirse haciendo constar en el libro de órdenes aquellos defectos que suponen una separación respecto del proyecto elaborado y justificando haber ordenado y fiscalizado su corrección”

Aunque, en este extracto se refiere a la corrección de los materiales empleados y a su colocación, entiendo que el caso es extrapolable a cualquier otro supuesto en el que el técnico director deba supervisar el trabajo de los restantes agentes que intervienen en la edificación.

Con importantes matices, esta primera línea jurisprudencial se aproximaría más a las soluciones proporcionadas en otros ordenamientos, como el inglés, donde la posición del arquitecto se ha comparado gráficamente con la del “capitán del barco”⁴⁰⁷, si bien

⁴⁰⁷ Caso *Kensington etc. Health Authority v Wettern Composites* (1984) 31 B.L.R., 50 a 70, citado por FURST y RAMSEY (2012, 486). También se refiere a esta misma expresión ADRIAANSE (2016, 105), quien apunta que la doctrina ha criticado la idea de que un arquitecto deba merecer tal consideración.

se ha especificado que no está obligado a comprobar cada detalle en obra sino las cuestiones más sustanciales⁴⁰⁸.

La tendencia judicial expuesta contrasta con una segunda línea seguida por el Tribunal Supremo que resulta más rigurosa con la figura del arquitecto, a quien se consideraba como el “*supremo responsable*” de la edificación.

Dentro de esta segunda línea encontramos ejemplos como el de las SSTS de 16 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9715], de 25 de julio de 2000 [RJ 2000, 6475], de 1 de febrero de 2002 [RJ 2002, 2100] o de 26 de mayo de 2005 [RJ 2005, 6300]⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ En el derecho inglés se requiere la presencia de un supervisor de obra aunque no necesariamente tiene que ser un arquitecto. Explica MASON (2016, 108-109) que, efectivamente, éste ha sido el terreno tradicional de los arquitectos y que ello tiene su reflejo en la dualidad establecida en los contratos JCT, donde éste opera al mismo tiempo como técnico y como administrador del contrato de obra, aunque en los contratos NEC este supervisor es un director de proyecto (“*project manager*”) que no necesariamente tiene por qué ser un arquitecto.

En todo caso, y en lo que concierne a sus obligaciones de supervisión, FURST y RAMSEY (2012, 496) explican que el deber del arquitecto conforme al derecho inglés consiste en ejercer su labor con competencia y cuidado en aras a lograr un determinado resultado, pero el arquitecto no garantiza que ese particular resultado sea logrado o que su intervención prevenga todo trabajo defectuoso. Como citas de autoridad los autores invocan el caso de *Consarc Design Ltd v Hutch Investments Ltd* (2002) 84 Con. L.R., 36 a 59, que a su vez cita y explica el caso *Corfield v Grant* (1992) 59 B.L.R., 102 a 119. Añaden estos autores que el arquitecto debe revisar las materias sustanciales e importantes, pero no está obligado a comprobar personalmente cada detalle.

ADRIAANSE (2016, 107), por su parte, también afirma que la inspección realizada por el arquitecto conforme al derecho inglés no garantiza la prevención de cualquier trabajo defectuoso.

⁴⁰⁹ En la clasificación doctrinal de este grupo de sentencias, entre otras, MONSERRAT VALERO (2008, 123 y ss.) hace referencia a las SSTS de 16 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9715] y también a la de 28 de enero de 1994 [RJ 1994, 575]. Esta última, en realidad, sí considera posible individualizar las responsabilidades entre los distintos intervinientes, si bien entiende que, en el caso que enjuicia, el responsable debe ser el arquitecto director y no el constructor.

Por su parte, ARNAU MOYA (2004, 151) alude a la STS de 25 de julio de 2000 [RJ 2000, 6475], CADARSO PALAU (2003, 1527-1528) hace especial referencia a la STS de 1 de febrero de 2002 [RJ 2002, 2100], que considera llamativa por su rigor, y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 436) invocan la STS de 26 de mayo de 2005 [RJ 2005, 6300].

La STS de 16 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9715] ilustra bien esta doctrina. Se trata de un caso en el que la comunidad de propietarios demandante exigió la responsabilidad solidaria por daños frente a constructor y arquitecto director al amparo del artículo 1591 Cciv. El Tribunal Supremo, tras recordar que la ruina funcional alcanza a aquellos vicios propios de la construcción que exceden de las imperfecciones corrientes, así como a vicios sobre elementos esenciales de la construcción, consideró que el arquitecto debía responder por inobservancia de sus deberes de vigilancia en su condición de “*supremo responsable de la edificación*”, haciendo referencia a su intervención conforme a un estándar de diligencia agravado. En su fundamento de derecho segundo leemos lo siguiente:

“la responsabilidad por ruina es imputable al arquitecto recurrente por cuanto en su condición de director de la obra le incumbe como deber ineludible el de vigilancia, de tal forma que bajo sus órdenes y superior inspección actúan todos los demás, y al que en su condición de supremo responsable de la edificación, le es exigible una diligencia no confundible con la de un hombre cuidadoso, sino derivada de la especialidad de sus conocimientos y de las garantías técnicas y profesionales, que implica su intervención en la obra”

La STS de 25 de julio de 2000 [RJ 2000, 6475], también en línea con esta tendencia, revoca la sentencia del tribunal *a quo* que había absuelto al arquitecto director, haciendo referencia en su fundamento de derecho segundo a la “*amplitud de sus obligaciones*” que se concretan, entre otras, en “*que la construcción se ejecute en cuanto a su forma con arreglo a las normas constructivas especificadas en el proyecto, o, si alguna quedara sin especificar, de lo que se decidiera en obra*”, así como “*que la obra ejecute el proyecto aceptado y contratado, con el mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad*”.

La STS de 26 de mayo de 2005 [RJ 2005, 6300] razona en parecidos términos cuando, antes de aludir a la “*superior dirección que corresponde a los arquitectos*”,

considera que, al admitirse expresamente la existencia de una mala ejecución, también se está admitiendo de forma implícita que hubo una mala dirección. Así lo indica en su fundamento de derecho segundo:

“al admitirse expresamente que hubo mala ejecución de lo edificado, ya se está reconociendo implícitamente que no concurrió el necesario control técnico a cargo del Arquitecto, tanto para que la obra se ajustase al proyecto, como para que su realización resultase lo más correcta posible con arreglo a las normas de la buena construcción, dando las órdenes e instrucciones precisas para solventar los problemas y dificultades que fueran surgiendo y concretamente en lo referente a los vicios ruinógenos objeto del pleito.

Aquí se trata de vicios perfectamente detectables, y las funciones de superior dirección que competen a los Arquitectos son convergentes con las de los otros técnicos en el ejercicio de las actividades que les corresponden (Sentencias de 14-4-1991 [RJ 1991, 2691]), pues la responsabilidad de aquellos es última por el deber que les asiste de comprobar que se trata de obra correcta antes de emitir el certificado final aprobatorio de la construcción”

Conforme a esta doctrina, el arquitecto director se colocaba en una posición próxima a la de un garante del buen fin de la obra, lo que no resulta cómodamente justificable si atendemos sólo al tenor del artículo 1591 Cciv.

Algunos autores⁴¹⁰ han explicado que el fundamento subyacente en esta doctrina era el de asegurar a los adquirentes de las viviendas la reparación del daño. De esta forma resultaba más viable obtener un resarcimiento efectivo dirigiéndose frente al arquitecto, persona fácilmente identificable y cuya responsabilidad civil se encontraba generalmente cubierta por una compañía de seguros solvente, que dirigiéndose frente a los restantes intervinientes quienes, en ocasiones, podían no tener estructura o desaparecer después de una obra.

⁴¹⁰ ARNAU MOYA (2004, 152) con cita, a su vez, de RUIZ-RICO RUIZ (2002, 11).

Desde esta perspectiva el arquitecto habría estado cumpliendo una función económico social que no le es propia y que, en todo caso, no resultaría ni siquiera necesaria desde la entrada en vigor de la LOE, la cual coloca al promotor inmobiliario en el centro de gravedad de las responsabilidades frente a los propietarios de la obra⁴¹¹, como un garante incondicional⁴¹² de su buen resultado.

Un análisis sosegado de esta segunda línea jurisprudencial me conduce a considerar que, a pesar de la vehemencia de algunos de sus pronunciamientos, no da lugar a una doctrina dicotómica e inconciliable con la primera. Esta segunda tendencia, en realidad, sí toma en consideración el principio de individualización de las responsabilidades en el ámbito de la edificación, cuestión que está presente en muchos de sus razonamientos, si bien denota una cierta proclividad a sancionar las omisiones del arquitecto en cuanto a sus deberes de vigilancia, estrechando la línea que separa las funciones de *construcción* propias del contratista y las funciones de *dirección* propias del arquitecto.

En todo caso parece que esta segunda línea jurisprudencial a la que hago referencia, justificada en razón de una interpretación amplia del artículo 1591 Cciv, ha perdido fuerza con la LOE⁴¹³ que se decanta positivamente por el criterio de responsabilidad

⁴¹¹ En este sentido, ARNAU MOYA (2004, 257) apunta que la jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 Cciv atribuía al arquitecto la condición de garante supremo, mientras que con la LOE esta función corresponde al promotor.

⁴¹² GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 7-9). Igualmente, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 428).

⁴¹³ ÁLVAREZ OLALLA (2002, 113) defiende esta opinión. Entiende que la LOE no ha seguido la línea jurisprudencial que considera al arquitecto director como garante de la edificación sino que, en su lugar, se decanta definitivamente por la responsabilidad individualizada. En parecidos términos, LÓPEZ RICHART (2002, 14).

GARCÍA ALGUACIL (2002, 170) considera que la intervención del director de obra no puede ser nunca tan omnicompreensiva ni tan global como la del promotor o constructor. Entiende que su régimen de responsabilidad debe ser concebido en términos distintos, considerando que, respecto de ellos, no debe jugar la presunción de nexo causal que, en su caso, deberá ser acreditada por el perjudicado.

individualizada, se preocupa por diferenciar las esferas de riesgo de cada uno de los intervinientes en la edificación y, *de lege lata*, posiciona la regla de la solidaridad pasiva en un segundo plano de carácter excepcional.

4.3.2. LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO COMO UN CASO DE RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

Cuando el origen material del daño causado en un edificio se encuentra en una incorrecta proyección, el artículo 17.7 II LOE convierte al director de obra en responsable civil inmediato frente al propietario perjudicado.

Para algunos autores⁴⁴⁴ el precepto establece un sistema de responsabilidad directa frente al técnico director que excluye la posibilidad de que el perjudicado accione contra el autor material del proyecto cuando es una persona diferente al director de obra. Desde este punto de vista, si el daño en el edificio hubiese sido provocado por el proyecto, el círculo de responsables en la relación externa quedaría restringido al director de obra por ministerio del artículo 17.7 II LOE, y al promotor, como responsable solidario incondicional en los términos del artículo 17.3 LOE.

Otros autores han considerado que cuando se produzcan daños derivados de la imperfección o insuficiencia del proyecto de obra, el propietario perjudicado podrá dirigirse indistintamente contra el proyectista o contra el director de obra, o contra ambos de modo conjunto exigiendo su responsabilidad solidaria⁴⁴⁵.

Aunque el tenor del precepto permite sostener ambas posturas, lo cierto es que esta segunda interpretación se aproxima más a los principios inspiradores de la LOE. Así, debe advertirse que la exposición de motivos de la LOE resume sus propósitos en el

⁴⁴⁴ FEMENÍA LÓPEZ (2004, 248-252), GONZÁLEZ POVEDA (2008, 357) y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2003, 279-280), autores estos últimos que destacan que el precepto está redactado en términos imperativos (“*asumirá*”).

⁴⁴⁵ CORDERO LOBATO (2011, 532) o ESTRUCH ESTRUCH (2011, 719).

penúltimo párrafo donde se refiere, entre otros, al fomento de la calidad de los edificios, incidiendo en las obligaciones de los agentes para fijar las responsabilidades y garantías que protejan al usuario y dar cumplimiento al derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada. Conforme a este principio inspirador, considero razonable sostener una interpretación *pro damnato* del artículo 17.7 II LOE en detrimento de aquella otra interpretación más restrictiva con el ejercicio de acciones en la relación externa.

Por su parte, el hecho de que el director de obra *asuma* las responsabilidades derivadas de la incorrección del proyecto no implica que atraiga para sí tales responsabilidades en exclusiva, ni quiere decir que éste deba mantener indemne en la relación externa al proyectista, puesto que dicha interpretación no se compadece con el tenor del artículo 17.1 LOE en relación con los artículos 8 y 10 de dicha norma.

En mi opinión, no cabe colegir del artículo 17.7 II LOE una limitación a la responsabilidad externa del proyectista frente al perjudicado, puesto que ni éste puede ver perjudicadas las acciones que le provee el artículo 17.1 LOE ni aquél pierde su condición de agente de la edificación, expresamente catalogado como tal en el artículo 10 LOE.

De otro modo, la acción de responsabilidad del propietario perjudicado frente al proyectista se vería entorpecida por razones que encuentran su justificación en una exégesis principalmente gramatical del precepto, ya de suyo interpretable, sin acomodarse de manera convincente a otros criterios hermenéuticos como el contextual o el finalista conforme al artículo 3.1 Cciv.

Adicionalmente, debe considerarse que la asunción de toda responsabilidad en la relación externa por parte del director de obra se acercaría más a la cuestionada jurisprudencia que le hacía responder como “*supremo responsable*” que a la línea que tomaba en consideración la individualización de las responsabilidades en los términos definitivamente positivados en la LOE, según se ha expuesto más arriba. Y a ello cabría añadir otros argumentos de naturaleza adjetiva como la afección al principio

de economía procesal y la distorsión de la finalidad perseguida con la llamada en garantía regulada en la disposición adicional 7ª LOE⁴¹⁶.

En nuestra opinión, por tanto, el precepto está pensado para simplificar la reclamación del propietario perjudicado en la relación externa de manera que éste, si quiere, podrá optar por dirigirse frente al director de obra aunque los daños hayan sido provocados por el proyecto confeccionado por un tercero.

En lo que respecta a la relación interna del proyectista y director de obra entre sí, las cuestiones derivadas de la distribución de responsabilidades tampoco tienen una solución sencilla debido, fundamentalmente, al solapamiento de determinadas funciones que tienen encomendadas cada uno de ellos.

La jurisprudencia que interpreta el artículo 17.7 II LOE, en lo que concierne a la relación interna entre proyectista y director de obra, es realmente escasa y no permite alcanzar convicciones categóricas sobre la naturaleza de la responsabilidad regulada, ni sobre su configuración como un supuesto de responsabilidad por hecho propio o ajeno.

La STS de 5 de marzo de 2001 [RJ 2001, 2592] fue una de las primeras resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en la que se contenía una referencia expresa al artículo 17.7 II LOE. Por razón del tiempo en que se dictó, el precepto no resultaba de aplicación al caso allí enjuiciado, pero sirvió a la sala como criterio interpretativo para responsabilizar al arquitecto director de la obra por los defectos de un proyecto realizado por un tercero⁴¹⁷. La misma línea siguió la STS de 11 de febrero de 2005 [RJ

⁴¹⁶ Piénsese en la hipótesis de que el propietario perjudicado demanda únicamente al director de obra como consecuencia de defectos atribuibles al proyecto, en cuyo caso sería razonable sostener que el director de obra podría hacer uso de la disposición adicional 7ª LOE para atraer al proceso al proyectista. Pues bien, siguiendo la línea doctrinal que interpreta que el perjudicado no tiene acción directa frente al proyectista, la disposición adicional 7ª perdería toda virtualidad en el supuesto al no ser posible que el actor ampliase su demanda frente a aquél.

⁴¹⁷ Su fundamento de derecho primero señala que “*si el arquitecto demandado aceptó la obra tal como se hizo años atrás por otra constructora y bajo proyecto de arquitecto distinto, no es dudoso que*

2005, 1920] que, para otro caso⁴¹⁸ sometido a las responsabilidades del artículo 1591 Cciv, volvió a apoyarse dialécticamente en el artículo 17.7 II LOE.

De los razonamientos contenidos en dicha jurisprudencia, y en otros ejemplos que existen en la doctrina judicial⁴¹⁹, puede apreciarse una latente nota de ajenidad en el tratamiento de la responsabilidad del director de obra, aunque no puede concluirse que se haya asentado una pauta conforme a la cual pueda clasificarse el supuesto regulado por el artículo 17.7 II LOE como un caso claro de responsabilidad por hecho ajeno.

aceptó la responsabilidad que de lo hecho se pudiera derivar, no puede escudarse en la ajenidad del trabajo aceptado. (...) Este criterio de responsabilizar al arquitecto de obras realizadas por otro arquitecto y aceptadas sin protesta es el que ha recogido posteriormente la nueva Ley de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre, en cuyo art. 17, apartado 7, se preceptúa en el párrafo segundo: Quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiera corresponderle frente al proyectista”.

⁴¹⁸ En el recurso de casación se plantea la responsabilidad conforme al artículo 1591 Cciv de unos aparejadores que ejecutaron una obra en su última fase, después de varios años de paralización. A pesar de versar el supuesto sobre la responsabilidad de los aparejadores, su fundamento jurídico segundo es extrapolable al caso del arquitecto director al quien se hace expresa referencia cuando expone que el hecho de que el defecto preexistiera no exonera la responsabilidad del técnico que interviene posteriormente, puesto que éste asume lo realizado por el primero y debe evitar o solventar los posibles vicios existentes.

⁴¹⁹ La SAP Pontevedra de 4 de junio de 2015 [JUR 2015, 164127] indica en su fundamento de derecho segundo, con cita del artículo 17.7 LOE, que al arquitecto superior que dirige una obra le compete la elaboración del proyecto o “*asumir el realizado por otro*”.

La SAP Tarragona de 21 de octubre de 2015 [JUR 2016, 8132], en su fundamento de derecho tercero y con alusión tanto al artículo 17.7 II LOE como al artículo 17.5 II LOE, indica que “*constituye obligación del profesional en el recto ejercicio de su actuación profesional el cerciorarse de la viabilidad y efectividad final de su trabajo*”, lo que sintoniza con el rechazo generalizado que la jurisprudencia opone al descargo del técnico basado en la ajenidad de los trabajos defectuosos de otro técnico, en los casos en los que debe responder por éste.

La SAP Las Palmas de 29 de febrero de 2016 [JUR 2016, 114965] considera responsable solidaria a la dirección de obra por no apercibirse de errores ajenos.

Entre la doctrina científica que ha examinado con mayor detalle esta cuestión, encontramos voces que clasifican el supuesto del artículo 17.7 II LOE como un caso de responsabilidad por hecho ajeno⁴²⁰ y otras que lo consideran como un caso de responsabilidad por hecho propio⁴²¹ aunque, con las matizaciones que suelen introducirse por los autores que han abogado por una y otra tesis, puede decirse que no existe realmente un debate doctrinal sino, más bien, distintas formas válidas para explicar la misma situación⁴²².

⁴²⁰ CORDERO LOBATO (2011, 532) argumenta que se trata de un caso de responsabilidad por hecho ajeno que no excluye la responsabilidad propia del proyectista. La misma idea se expresa por CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 437).

ÁLVAREZ OLALLA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II, 3.1.) considera que se trata de un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno en el que el arquitecto director actúa en calidad de garante y que responde de forma “*inicial*”, siguiendo la terminología usada por el Tribunal Supremo.

También se clasifica como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno por MONSERRAT VALERO (2008, 256-257) y por MARTÍNEZ ESCRIBANO (2003, 279-280). Esta misma autora (2007, 214-215) apunta que en muchas ocasiones es posible que esta responsabilidad no sea sólo por hecho ajeno, sino en parte por hecho ajeno y en parte por hecho propio, por no advertir o no realizar las rectificaciones oportunas.

ESTRUCH ESTRUCH (2011, 715-718) también considera que se trata de un caso de responsabilidad por hecho ajeno, si bien apostilla que en ocasiones el arquitecto director responderá por hecho propio debido a su actuar profesional, si en la fase de dirección de obra que le compete no modifica el proyecto inadecuado.

⁴²¹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2000, 17-19) entiende que se trata de un caso de responsabilidad por hecho propio, consistente en la propia diligencia que debe observar el director de obra en la revisión del proyecto.

Siguen la tesis de este autor SANTOS MORÓN (2001, 341), DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2003, 216), LÓPEZ RICHART (2003, 118 y 127-128) y FEMENÍA LÓPEZ (2004, 248-252).

En la misma línea, GARCÍA ALGUACIL (2002, 167) considera que estamos ante un caso de responsabilidad por hecho propio en el que la acción de repetición a la que se refiere el artículo 17.7 II LOE no podrá contemplar la totalidad de la suma reclamada por el propietario dañado dado que, como regla, tanto el director de obra como el proyectista contribuyeron con su impericia a la producción del daño.

⁴²² Quienes consideran que el artículo 17.7 II LOE regula un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno normalmente apuntan que ello no excluye la responsabilidad por hecho propio en determinados supuestos –así, por ejemplo, ESTRUCH ESTRUCH (2011, 715-718) o MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007,

Esa nota de ajenidad en la conducta originalmente dañosa, que está inequívocamente presente en el precepto (“*cuyo proyecto no haya elaborado él mismo*”) y en la jurisprudencia que lo interpreta, se ve reforzada por la acción de repetición que se concede al director de obra frente al proyectista. Esta posibilidad denota que podrá existir, en el caso concreto, una porción de responsabilidad que el director de obra no estará jurídicamente obligado a soportar en la relación interna.

Sin embargo, el problema que plantea el precepto es que no puede analizarse aisladamente, sino que debe ser correctamente coordinado con los artículos 8, 10, 12 y 17.1 LOE, de cuya interpretación conjunta se sigue que tanto el proyectista como el director de obra son agentes de la edificación que pueden incurrir en responsabilidad frente al propietario perjudicado como consecuencia de determinadas obligaciones sustancialmente coincidentes.

En particular, si bien es cierto que el proyectista tiene el deber de “*redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato*” (artículo 10.2, *b* LOE), también debe tenerse en cuenta que corresponde al director de obra “*resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto*” (artículo 12.3, *c* LOE), así como “*elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengán exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto*” (artículo 12.3, *d* LOE).

214-215)–. Otros autores que han clasificado el supuesto como un caso de responsabilidad por hecho propio apuntan que tanto director de obra como proyectista habrán contribuido, normalmente, a la producción del resultado dañoso –así, GARCÍA ALGUACIL (2002, 167)–. Se clasifique de una u otra forma, ambas posturas explican la misma situación y son coincidentes en lo que se refiere a la imposibilidad de que el director de obra pueda repetir por el todo frente al proyectista en la generalidad de los supuestos.

Quiere ello decir, en definitiva, que tanta obligación tiene el proyectista de redactar correctamente el proyecto como el director de obra de supervisarlo y traducirlo en una realidad física perceptible y adecuada a los requisitos básicos de calidad que son exigibles a los edificios.

Ello provoca una situación que, en el plano fáctico, puede generar recíprocos desincentivos entre proyectista y director de obra para asegurarse del perfecto cumplimiento de sus respectivas tareas⁴²³ y, en el plano jurídico, plantea un problema manifiesto de deslinde de responsabilidades en la relación interna conforme al criterio de individualización que proclama la LOE.

Parece claro que el artículo 17.7 II LOE ha ampliado el círculo de responsabilidad que tiene atribuido el director de obra, es decir, ha ampliado objetivamente su ámbito de riesgo, al permitirle después resarcirse frente al proyectista mediante la acción de repetición. Por ello consideramos que el verdadero fundamento de la responsabilidad del director de obra conforme a este artículo encuentra su explicación en el marco de la relación externa⁴²⁴, para facilitar la reclamación al perjudicado en los términos ya expuestos.

⁴²³ De la manera en que están establecidas las funciones de proyectista y director de obra cuando son personas distintas, el proyectista podría verse desincentivado, aunque sea de manera eventual, para acometer su trabajo con perfecto resultado en la confianza de que otro técnico de la misma categoría supervisará y, en su caso, corregirá el proyecto durante la fase de obra. Ese mismo desincentivo podría tener el director de obra en sus funciones de supervisión del proyecto si la responsabilidad prevista en el artículo 17.7 II LOE fuera netamente por hecho ajeno, es decir, si en la distribución interna de las responsabilidades, el director de obra se supiese indemne por corresponder al proyectista en exclusiva el coste del daño producido como consecuencia de lo incorrectamente proyectado.

⁴²⁴ GARCÍA ALGUACIL (2002, 167) apunta que la norma está pensada para las relaciones externas aunque, para la autora, la ley está manteniendo un criterio válido de imputación a los directores de obra por la adaptación del proyecto ajeno que dirigen, haciéndoles responsables conjuntamente con el proyectista por no haber realizado las comprobaciones suficientes acerca de la efectividad del proyecto.

En el marco de la relación interna considero que sí cabe clasificar al supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno, pero sólo para aquellos casos en los que pueda apreciarse levedad en la conducta del director de obra.

En este sentido pienso que, efectivamente, el director de obra tiene un deber de supervisar y adaptar el proyecto ajeno a la realidad de la obra. Pero, tal y como han apuntado algunos autores⁴²⁵, ese deber de supervisión no puede ser absoluto ni extenderse a aquellos elementos que no pueda razonablemente advertir conforme a su función en la división de tareas en el ámbito de la edificación.

Así, únicamente en lo que concierne a la relación interna, pues en la externa el precepto admite poca discusión, la responsabilidad del director de obra por sus deberes de supervisión encuentra el límite en aquellos casos en los que, para poder advertir los errores contenidos en el proyecto, habría sido necesario rehacer el proyecto por parte del técnico director.

Por su parte, en aquellos casos en los que el director de obra incumpla sus funciones razonables de supervisión conforme a las disposiciones de la LOE, nos encontraremos ante un caso de corresponsabilidad, o responsabilidad por hecho propio tanto del proyectista como del director de obra, no tanto porque así se desprenda del tenor literal del artículo 17.7 II LOE sino por el deber de coordinación que se impone con los artículos 8, 10, 12 y 17.1 LOE.

En tal caso, será muy difícil establecer una cuota de responsabilidad graduada conforme a criterios objetivos y, en la mayor parte de los supuestos, corresponderá la asunción de responsabilidades por iguales parte entre proyectista y director de obra

⁴²⁵ FEMENÍA LÓPEZ (2004, 248-252) explica que es preciso deslindar aquellas omisiones o imperfecciones que el director de obra pueda advertir, de aquellas otras que, lejos de poder ser advertidas en la correcta aplicación o interpretación del proyecto, implicarían una labor de reelaboración del mismo por parte del director de obra, en cuyo caso la responsabilidad correspondería en exclusiva al proyectista. El autor pone como ejemplo el caso de los errores en los cálculos de estructuras, porque sólo pueden detectarse realizando de nuevo las labores de medición y cálculo. En la misma línea, MONSERRAT VALERO (2008, 256-257).

al no poderse establecer cuotas distintas, siguiendo la misma presunción que establece el artículo 1138 Cciv.

4.3.3. CONCLUSIONES

El rol tradicional que cierta jurisprudencia anterior a la LOE atribuía al arquitecto director de la obra como “*supremo responsable*” de la edificación ha cedido ante la consolidación legal de un paradigma más próximo al principio de individualización de las responsabilidades de los agentes de la edificación.

El artículo 17.7 II LOE encuentra su verdadero fundamento en la relación externa, de manera que se amplía el ámbito objetivo de responsabilidad inicial del director de obra para simplificar la reclamación del propietario perjudicado quien, ante la detección de daños con origen en el proyecto, podrá optar por resarcirse demandando tanto al proyectista como al director de obra.

En el ámbito de la relación interna que vincula al director de obra con el proyectista y conforme a la opinión aquí defendida, el artículo 17.7 II LOE se configura como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, aunque limitado a aquellos casos en los que el director de obra no haya podido razonablemente advertir los errores de proyecto. En tal caso, el director de obra podrá repetir la totalidad del coste soportado frente al proyectista.

En caso contrario, esto es, en caso de que los errores de proyecto pudieran haber sido razonablemente detectados por el director de obra, nos encontraremos ante un supuesto de corresponsabilidad o responsabilidad por hecho propio tanto del director de obra como del proyectista, lo que impedirá que el director de obra pueda repetir la totalidad del coste soportado en la acción de repetición frente al autor material del proyecto.

4.4. LA RESPONSABILIDAD DE LA DIRECCIÓN FACULTATIVA POR LA VERACIDAD Y EXACTITUD DEL CERTIFICADO FINAL DE OBRA (ARTÍCULO 17.7 I LOE)

El artículo 17.7 I LOE establece la responsabilidad de la dirección facultativa derivada de la falta de veracidad o exactitud del certificado final de obra en los siguientes términos: “*el director de obra y el director de ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento*”.

Durante los trámites parlamentarios⁴²⁶ se valoró la opción de que esta responsabilidad quedase reservada únicamente al director de obra, si bien en el texto definitivo se incluyó también al director de ejecución de la obra como sujeto responsable⁴²⁷.

Ello tiene su adecuada coordinación con el catálogo de obligaciones que la LOE impone a la dirección facultativa ya que, en idénticos términos, tanto el artículo 12.3 e para el caso del director de obra como el artículo 13.2 e para el caso del director de ejecución de obra, establecen como una obligación a cargo de dichos técnicos la de “*suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra*”.

⁴²⁶ En el proyecto de LOE de 1996 (BOCG de 9 de enero de 1996, núm. 146-1 –V Legislatura–, Serie A, proyectos de ley) sólo se identificaba como sujeto responsable al director de obra y no así al director de ejecución. El artículo 43 de dicho texto establecía en su segundo inciso que “*el director de obra que suscriba el certificado final de obra será responsable de la veracidad y exactitud de dicho documento*”, sin mencionar al director de ejecución de obra. Por otra parte, su artículo 44, específicamente dirigido a disciplinar la responsabilidad del director de ejecución, tampoco incluía ninguna referencia a éste por la falta de veracidad o exactitud del certificado final.

⁴²⁷ La decisión de incluir al director de ejecución de la obra en el círculo de responsables guarda relación con la asignación de las tareas que tiene encomendadas conforme al artículo 13 LOE y también con su función real en el proceso de la edificación. En la práctica, de hecho, ya existían pronunciamientos de condena frente a los aparejadores por la suscripción del certificado final de obra antes de la entrada en vigor de la LOE, como ocurre con el ejemplo de la SAP Jaén de 19 de septiembre de 1997 [Ac 1997, 1859].

De este modo, tanto director de obra como director de ejecución de la obra tienen individualmente la obligación de suscribir el certificado final de obra y, además, deben hacerlo de manera veraz y exacta.

La cuestión que se plantea es si, por el hecho de suscribir el certificado final de obra y habida cuenta la redacción del precepto, el artículo 17.7 I LOE está regulando de forma implícita una responsabilidad por hecho ajeno de los directores por las actuaciones de otros agentes de la edificación, como sería el caso del constructor.

4.4.1 ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES: LA SUSCRIPCIÓN DEL CERTIFICADO FINAL COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN FRENTE AL TÉCNICO DIRECTOR

En la práctica de los tribunales anterior a la aplicación de la LOE son fácilmente identificables las sentencias que consideran que la suscripción del certificado final de obra supone un criterio de imputación válido frente a los técnicos firmantes por los defectos constructivos de los que pudiera adolecer el edificio.

En aquel contexto el certificado final de obra operaba, en realidad, como un certificado de la correcta construcción de la obra, de suerte que si ésta adolecía de defectos, el técnico firmante devenía responsable.

Un ejemplo antiguo de aquella doctrina lo encontramos en la STS de 26 de marzo de 1988 [RJ 1988, 2478], en la que el Tribunal Supremo motivó la responsabilidad del arquitecto que había suscrito el certificado final de obra con fundamento en los artículos 1101 y 1104 Cciv. En aquel caso el tribunal consideró que tal documento representaba una garantía de la corrección de la obra ejecutada razonándolo así en su fundamento de derecho cuarto:

“[el certificado final de obra es el documento] acreditativo de que la obra se ha finalizado correctamente y de que se encuentra en condiciones de ser habitada por hallarse dotada de los servicios imprescindibles (entre ellos, sin duda alguna, los de fontanería); cuyo documento, al ser autorizado por el Arquitecto significa la garantía y la consiguiente responsabilidad, conforme a los artículos 1101 y 1104”.

Vigente ya la LOE, pero aplicando el artículo 1591 Cciv por razones de derecho transitorio, la STS de 26 de mayo de 2005 [RJ 2005, 6300] también se pronuncia en línea con la tesis de que el certificado final de obra opera como una especie de garantía de la correcta ejecución de los trabajos de construcción⁴²⁸ cuando en su fundamento de derecho segundo indica:

“las funciones de superior dirección que corresponden a los Arquitectos son convergentes con las de otros técnicos en el ejercicio de las actividades que les corresponden (Sentencias de 15-4-1991), pues la responsabilidad de aquellos es última por el deber que les asiste de comprobar que se trata de una obra correcta antes de emitir el certificado final aprobatorio de la construcción”.

La misma idea se contiene en la STS de 24 de julio de 2006 [RJ 2006, 5137]. Esta sentencia estima el recurso de casación del que conoce y condena al arquitecto al considerar que éste debió comprobar la rectificación de las irregularidades constructivas antes de emitir el certificado final de obra.

También apunta que este documento es el único medio que garantiza a los propietarios o ulteriores adquirentes que no van a verse defraudados en sus derechos contractuales⁴²⁹, en línea con el resto de las sentencias que consideran que el certificado final de obra guarda relación directa con la corrección material de la obra. Así se lee en su fundamento de derecho segundo:

⁴²⁸ El comentario a esta sentencia merece ser matizado. Un análisis detenido de su fundamentación nos hace concluir que este argumento opera en realidad como un mero refuerzo de otro principal, que es la existencia de “*vicios perfectamente detectables*” los cuales, más allá de la firma del certificado final de la obra, son los que parecen ser determinantes para decretar la responsabilidad del técnico en el caso concreto enjuiciado. En todo caso, puede decirse que la sentencia no se aparta de la convicción de que el certificado final de obra representa una garantía de la corrección de la obra ejecutada.

⁴²⁹ Algo similar se ha razonado por la doctrina inglesa en referencia al procedimiento tradicional de construcción, donde el arquitecto autoriza las certificaciones en su labor de administrador del contrato

“corresponde al Arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, y está obligado a dejar constancia en el Libro de Órdenes las que hubiere impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están sujetos a su estricto cumplimiento, de suerte que no basta con reflejar las irregularidades que aprecie, sino que ha de comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales”.

Igualmente, la STS de 14 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 8230] abunda en esta cuestión. En su fundamento de derecho segundo, *in fine*, la sentencia indica lo siguiente refiriéndose a los arquitectos:

“la firma por éstos del certificado final de obra implica la asunción de la ejecución material de la misma bajo su inspección y control (STS de 15 de julio

de obra. Según apuntan FURST y RAMSEY (2012, 498) el estándar de cuidado en materia de supervisión que resulta exigible al arquitecto antes de suscribir el certificado final es mayor cuando ese certificado tiene efectos vinculantes para el propietario que cuando puede ser recurrido ante un árbitro o tribunal.

El caso *Sutcliffe v Thackrah* (1974) AC 727 es un precedente citado con frecuencia por la doctrina inglesa para referirse al deber de lealtad y buena fe del arquitecto en sus funciones de certificación de obra –así, BAILEY (2011, 1157), FURST y RAMSEY (2012, 501-502), MASON (2016, 110) o ADRIAANSE (2016, 106)–. En aquel caso se determinó la responsabilidad contractual del arquitecto que no dedujo de las certificaciones parciales el importe de los defectos observados en cada fase, sino que pospuso la liquidación para un momento posterior. El problema tuvo lugar cuando, durante la fase de ejecución, el contratista que ya había cobrado los trabajos defectuosamente realizados devino insolvente.

ADRIAANSE (2016, 106) también hace referencia al caso *Townsend v Sims* (1984) 27 B.L.R. 26, donde se determinó la responsabilidad del arquitecto que deliberadamente no tomó en consideración ciertos defectos de obra en el certificado final, creyendo que éstos quedarían suficientemente cubiertos por el importe de las retenciones a disposición del cliente bajo un contrato JCT.

Parece, por tanto, que el derecho inglés se aparta del criterio de imputación automático por medio del cual la mera expedición del certificado final convierte al arquitecto en responsable y sigue otro que, tomando como referencia los términos del contrato, dilucida las concretas circunstancias del caso.

de 2000 [RJ 2000, 6752]), que cita las de 17 de julio de 1992 [RJ 1992, 6431] y 10 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8862]), y esta circunstancia acreditada se suma a la deficiente actuación en sus obligaciones de dirección y vigilancia, ya que no debieron autorizar ese documento mientras no se subsanaran las anomalías constructivas, con lo que se habría garantizado a los interesados, dueños o posteriores adquirentes, la adecuada ejecución de la obra, evitando con tal actuación que resultaran sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales (por todas, STS de 3 de abril de 2000 [RJ 2000, 2342])”.

Esta misma doctrina que se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la aplicación de la LOE⁴³⁰ tiene su reflejo en diversas sentencias de audiencias provinciales como así puede apreciarse en la SAP Jaén de 19 de septiembre de 1997 [Ac 1997, 1859] o en la SAP Cantabria de 15 de noviembre de 2002 [Ac 2003, 440].

Esta última sentencia expresa la tendencia doctrinal comentada de manera elocuente y con poco margen a la interpretación cuando afirma que la suscripción del certificado final hace responsable al técnico firmante de la correcta ejecución de lo proyectado. Lo dice así en su fundamento de derecho cuarto:

“la firma del certificado final de obra por el Arquitecto director de la misma le hace responsable de la correcta ejecución de lo proyectado o subproyectado con su anuencia y tácita aprobación. El certificado meritado es un documento de singular importancia, pues sólo a partir de su emisión el vicio se consolida como tal (SAP de Cantabria, S. 1ª, de 8-3-2000), y la dirección técnica de la obra –fuere Arquitecto o fuere Aparejador– ha de comprobar que la deficiencia detectada antes de la emisión del citado certificado se ha rectificado o subsanado”.

⁴³⁰ Nótese que las sentencias citadas y extractadas, aunque son de fecha posterior a la LOE, no están haciendo uso de esta norma por no resultar de aplicación temporal al supuesto de hecho que enjuician.

De lo anterior se extrae que en la jurisprudencia anterior a la aplicación de la LOE existía una tendencia a considerar que la firma del certificado final de obra llevaba aparejado como efecto fatal la responsabilidad de su técnico firmante por los defectos constructivos imputables causalmente al constructor.

Esta línea jurisprudencial sintoniza con el grupo de casos resueltos por el Tribunal Supremo en los que se muestra proclive a responsabilizar al arquitecto en su condición de “*supremo responsable*” de la obra⁴³¹, en interpretación amplia del artículo 1591 Cciv.

Conforme a este precepto, la naturaleza de la responsabilidad del técnico por la suscripción del certificado final de obra no se ha llegado a explicar en la jurisprudencia como un caso de responsabilidad por hecho ajeno, sino más bien como un caso de responsabilidad por hecho propio por vulneración de sus obligaciones de *dirección* en sus manifestaciones de supervisión y control.

4.4.2. EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD POR LA SUSCRIPCIÓN DEL CERTIFICADO FINAL CONFORME A LA LOE

La referencia que se realiza en el artículo 17.7 I LOE a la *veracidad y exactitud* del certificado final de obra plantea dudas interpretativas⁴³² acerca del alcance de la responsabilidad de los técnicos que lo suscriben y, en especial, acerca de si éstos responden por la falta de veracidad o la inexactitud meramente documental de los datos consignados, o bien de los eventuales vicios constructivos que se manifiesten en la obra certificada.

⁴³¹ SSTS de 16 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9715], de 25 de julio de 2000 [RJ 2000, 6475] o de 26 de mayo de 2005 [RJ 2005, 6300].

⁴³² CORDERO LOBATO (2011, 529) considera que la regla de imputación de responsabilidad contenida en el artículo 17.7 I LOE es de “*dudoso alcance*” y da lugar a una interpretación, que la autora no comparte, conforme a la cual el precepto estaría disponiendo que la esfera de riesgo de los directores alcanza a toda la obra.

Nos planteamos, por tanto, si la LOE ha querido establecer un cambio en el paradigma jurisprudencial tendente a responsabilizar al arquitecto de los vicios constructivos por la mera suscripción del certificado final o, en su lugar, ha venido a consolidarlo.

Como punto de partida para abordar este análisis resulta oportuno examinar cuál es el objeto del certificado final de obra, extremo que no se encuentra expresamente contemplado en la LOE⁴³³ sino más bien, aunque parcamente, en la normativa sectorial de carácter reglamentario.

El anejo II CTE, en su apartado II.1, identifica el certificado final como uno de los documentos obligatorios para el seguimiento de la obra⁴³⁴ y, en su apartado II.3, hace referencia al contenido de lo que debe ser certificado individualmente por el director

⁴³³ Las únicas referencias al certificado final de obra en la LOE son las que se encuentran en los artículos 6.2 *in fine*, 6.4, 12.3 *e*, 13.2 *e* y 17.7 I LOE. Los artículos 12.3 *e*, 13.2 *e* y 17.7 I LOE, tal como he apuntado, regulan la obligación de suscribir tal documento por parte de la dirección facultativa y prescriben su responsabilidad en caso de falta de veracidad o inexactitud. El artículo 6.2 *in fine* LOE se limita a expresar que el certificado final deberá constar como anexo del acta de recepción de la obra. Por su parte, el artículo 6.4 LOE alude a dicho documento como medio de prueba para acreditar la terminación de la obra a efectos del cómputo de los plazos para la recepción expresa y tácita.

⁴³⁴ El inciso incorpora el certificado final dentro del catálogo de documentos obligatorios para el seguimiento de la obra, después del libro de órdenes y asistencias, el libro de incidencias en materia de seguridad y salud, el proyecto con sus anejos y modificaciones y las licencias y demás autorizaciones administrativas. Actuaría, por tanto, como el último documento obligatorio de seguimiento de la obra. Este apartado, al referirse al certificado final, hace una remisión al Decreto 462/1971, de 11 de marzo, del Ministerio de la Vivienda (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1971) que, en realidad, no desarrolla ni añade prácticamente nada acerca del objeto y función de dicho documento. Este decreto, cuya finalidad es fijar normas sobre la redacción de proyectos y dirección de obras de edificación, alude al certificado final de obras en su artículo 6 para establecer que será requisito indispensable su expedición y visado para la ocupación de cualquier inmueble de promoción privada. En su artículo 5.2 añade que para proceder al visado por parte del correspondiente colegio profesional será precisa la presentación simultánea del libro de órdenes y asistencias debidamente cumplimentado.

de obra y por el director de ejecución de la obra, señalando los documentos que deben incorporarse como anexos⁴³⁵.

Así, establece que el director de obra deberá certificar que la edificación ha sido realizada bajo su dirección, conforme al proyecto y a la documentación técnica, “*hallándose dispuesta para su adecuada utilización con arreglo a las instrucciones de uso y mantenimiento*”.

Por su parte, establece que el director de ejecución de la obra deberá certificar también su intervención en tal condición, así como haber controlado cuantitativa y cualitativamente la construcción y la calidad de lo edificado conforme al proyecto, la documentación técnica y “*las normas de la buena construcción*”.

En puridad, como puede apreciarse, el CTE no impone en este punto obligaciones distintas de las que ya se contemplan en los artículos 12 y 13 LOE para la dirección facultativa, sino que precisa el objeto de lo que deberá certificar cada uno de sus miembros al concluir la edificación dentro del perímetro de su intervención ordinaria en la obra.

Una primera interpretación estrictamente literal de este conjunto de preceptos podría conducir a que los técnicos directores respondieran de la incorrecta ejecución de la obra por parte del constructor, en el mismo sentido que concluía la jurisprudencia que aplicaba la normativa anterior a la LOE.

Así, no resultaría ilógico sostener que el certificado final de obra es inveraz si, conforme al contenido que impone el apartado II.3.2 del anejo II CTE, el director de obra certifica que el edificio se halla dispuesto para su “*adecuada utilización con arreglo*

⁴³⁵ En su tercer inciso, el apartado II.3 del anejo II CTE establece la obligación de unir como anexo al certificado final de obra la descripción de las modificaciones introducidas durante la obra con la conformidad del promotor, haciendo constar su compatibilidad con las condiciones de la licencia y la relación de controles realizados durante la fase de ejecución y sus resultados.

a las instrucciones de uso y mantenimiento” cuando, en realidad, dicho edificio adolece de vicios constructivos imputables al constructor susceptibles de generar daños.

La misma interpretación cabría en lo que se refiere al director de ejecución de obra, conforme al apartado II.3.1 del anejo II CTE, cuando se certificase la finalización de una obra que en realidad no hubiera sido acometida por el constructor conforme a las “normas de la buena construcción”.

No obstante, este criterio de imputación de responsabilidad frente a la dirección facultativa por la mera expedición del certificado final de obra, aun cuando pudiera ser defendible con arreglo a una interpretación gramatical de las normas antes citadas, no nos parece conciliable con los principios que actualmente postula la LOE y, especialmente, con el concerniente a la individualización de las responsabilidades entre los agentes de la edificación.

El certificado final de obra, según considero, es un documento en el que se hace constar la realidad de que la obra ha finalizado⁴³⁶ y se ha llevado a cabo bajo la dirección de los técnicos firmantes. Tales técnicos, desde sus respectivas posiciones de director de obra y director de ejecución de la obra, deben reflejar además que la edificación se ha realizado conforme al proyecto y sus modificaciones, conforme a la documentación complementaria y, en fin, conforme a las reglas sobre la buena construcción.

Pero la certificación de estos extremos no puede tener un alcance más amplio ni distinto que el que ya se impone a la dirección facultativa en relación con sus tareas de supervisión de la obra, puesto que de otro modo se estaría vaciando de contenido el catálogo de obligaciones contenido en los artículos 11, 12 y 13 LOE y se distorsionaría el reparto de riesgos que establecen los apartados 2 y 3 de su artículo 17.

⁴³⁶ Este aspecto es especialmente relevante porque la expedición del certificado final de obra opera como punto de partida de la recepción tácita conforme al artículo 6.4 LOE, lo que significa que si transcurridos treinta días desde que se expide sin que el promotor ponga de manifiesto reservas o rechace motivadamente su entrega la obra se entenderá recibida y, en consecuencia, se activarán los plazos de garantía previstos en la LOE y las responsabilidades que la misma prescribe. En este sentido se pronuncia la STS de 5 de diciembre de 2011 [RJ 2012, 29].

Por ello entiendo que debe realizarse una interpretación sistemática y finalista⁴³⁷ del artículo 17.7 I LOE de manera que la responsabilidad de la dirección facultativa por la *veracidad y exactitud* de la certificación final de obra no puede alcanzarle cuando se manifiesten daños de los que, de acuerdo con los criterios de imputación de la LOE, deba responder privativamente el constructor⁴³⁸. Dicho en otras palabras, la mera expedición del certificado final no puede operar como una bendición incondicional de la obra ejecutada por el constructor.

Esta misma posición es la que defiende la mayor parte de la doctrina científica que, con parecidos argumentos⁴³⁹, concluye que la mera emisión del certificado final de

⁴³⁷ CASTRO BOBILLO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe IV) y ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III. 2.6) utilizan argumentos basados en una interpretación sistemática y finalista de la norma al considerar que el artículo 17.7 I LOE debe ponerse en relación con las funciones asignadas a cada uno de los técnicos en los artículos 12.3 y 13.2 LOE, todo a ello a efectos de resultar coherente con el principio de responsabilidad personal e individualizada.

⁴³⁸ Como acertadamente indica MONSERRAT (2008, 193) resultaría excesivo hacer responder al técnico director de aquellos defectos que no fueran fácilmente apreciables.

⁴³⁹ GONZÁLEZ POVEDA (2001, 281 y 2008, 374) relaciona la responsabilidad prescrita en el precepto con la suficiencia documental del certificado, negando que tal responsabilidad guarde relación con los daños materiales causados por vicios constructivos imputables al agente.

De forma parecida, GARCÍA ALGUACIL (2002, 165) opina que la referencia a la veracidad y exactitud del certificado final de obra no guarda relación estrictamente con los vicios constructivos, sino sólo con la fase de recepción. Para dicha autora, responder de la veracidad afecta a las manifestaciones contenidas en el documento sobre las características del edificio y, especialmente, sobre la fecha de terminación de la obra como medio de evitar conductas fraudulentas basadas en anticipar sobre el papel el momento de la finalización, haciendo que corra antes el plazo de garantía en perjuicio de los adquirentes. Por su parte, considera que responder de la exactitud no significa manifestar que se ha terminado la obra correctamente, sino que se ha concluido en los términos previstos en el proyecto. Todo ello le conduce a concluir que la responsabilidad de los técnicos relacionada con la emisión del certificado final de obra se refiere a los datos, sin que implique una asunción tácita de los defectos que puedan darse entre lo firmado y la realidad de lo edificado.

obra no sirve como criterio de imputación de responsabilidades a la dirección técnica como consecuencia de los vicios constructivos de los que pudiera adolecer el edificio.

Esta posición ha encontrado respaldo en diversos pronunciamientos recientes de audiencias provinciales⁴⁴⁰ y, de algún modo, también en la STS de 11 de diciembre de

En esta misma línea se pronuncian LÓPEZ RICHART (2003, 148) y FEMENÍA LÓPEZ (2004, 246). El primero vincula el alcance de la responsabilidad establecida en el artículo 17.7 I LOE a la falta de veracidad o exactitud de los datos consignados en el documento, sin que quepa extender la interpretación a los defectos constructivos que puedan aparecer. El segundo sostiene que la responsabilidad por la falta de veracidad y exactitud en el documento se limita a extremos tales como la fecha de terminación o a que no falten unidades o fases de obra por completar, pero no así a defectos materiales de construcción que darían lugar a responsabilidades conforme al resto de las reglas generales y particulares de la LOE. La opinión de MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 219) sintoniza con esta postura mayoritaria. La autora ha afirmado que *“la responsabilidad que se deriva por la veracidad y exactitud de este certificado final de obra ha de distinguirse netamente de la responsabilidad por la deficiente ejecución de las obras”*.

Esta misma postura mantiene CORDERO LOBATO (2011, 530), quien apunta que la sola emisión del certificado final de obra no puede servir como criterio de imputación a los directores, ni podrá responsabilizárseles cuando la obra no se hubiera terminado correctamente por la actuación de un tercero.

También apreciamos esta misma posición en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 436), quienes indican que los técnicos directores no son responsables por cualquier defecto constructivo, sin que esta conclusión se vea empañada por lo dispuesto en el artículo 17.7 I LOE. Para estos autores el precepto no puede interpretarse en el sentido de que deban responder los técnicos de lo hecho por terceros con quienes no mantienen relación de dependencia.

MONSERRAT (2008, 192) también opina que, de lo establecido por el artículo 17.7 LOE en relación con la veracidad y exactitud del certificado final de obra, no se puede concluir que el director sea responsable de cualquier vicio constructivo.

⁴⁴⁰ Es el caso de la SAP Cádiz de 17 de mayo de 2016 [Ac 2016, 1236] en cuyo fundamento de derecho segundo se argumenta: *“si bien es cierto que el Art. 17.7 de la LOE establece que El director de obra y el director de ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento, ello no puede implicar que la responsabilidad de uno y otro técnico vayan más allá de sus obligaciones legales respectivas en función de su intervención en la obra”*. En el mismo fundamento, más adelante, añade: *“el solo hecho de que el arquitecto proyectista y director de obra firmara el certificado final de obra, no lleva consigo que asuma unas responsabilidades que no le corresponden legalmente por sus funciones en la obra”*.

La SAP Vizcaya de 2 de junio de 2016 [JUR 2016, 202976] razona en parecidos términos. En su fundamento de derecho segundo indica que *“la emisión sin más de dicho certificado no puede servir como criterio de imputación de responsabilidad a la dirección facultativa, ya que debe acreditarse que su*

2008 [RJ 2009, 671]⁴⁴¹. En este caso el Tribunal Supremo absolvió de responsabilidad al técnico director a pesar de que éste había suscrito el certificado final de obra, tomando en consideración la circunstancia de que había manifestado reservas en el acto de recepción, sin que las mismas se hubieran subsanado. En su fundamento de derecho segundo la sentencia dice así:

“habiéndose realizado en este caso la recepción, importante en este tipo de obras públicas, con reservas, motivadas porque desde la dirección de la obra se observaron deficiencias que, aunque puestas en conocimiento para su subsanación, ésta no se realizó, por lo que debe entenderse que la dirección salvó su responsabilidad con la recepción con reservas de la obra. Su responsabilidad se centra en llevar a cabo la dirección de la obra, técnica y superior, y ésta fue realizada correctamente pues se hicieron constar las deficiencias y las correcciones pertinentes, sin que estas se ejecutaran”.

actuar negligente ha causado el daño, como sustrato general de la responsabilidad civil en que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico”.

⁴⁴¹ Esta sentencia enjuicia un supuesto al que le resultaba de aplicación el artículo 1591 Cciv, si bien indica en su fundamento de derecho segundo que la solución habría sido la misma en el caso de que hubiera correspondido aplicar la LOE por razones temporales. La sentencia debe interpretarse con las debidas cautelas, puesto que resuelve un caso específico en el que se ve involucrada la naturaleza pública de las obras ejecutadas.

La sentencia ha sido en parte objeto de crítica doctrinal, como así puede apreciarse en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 437), para quienes la motivación de la resolución banaliza el contenido del certificado final de obra, especialmente en lo que concierne a las importantes consecuencias legales asociadas a este documento tales como la declaración de obra nueva o las licencias urbanísticas.

En todo caso, no se puede decir que este criterio sea claro en la doctrina del Tribunal Supremo⁴⁴², ni tampoco pacíficamente admitido por las audiencias provinciales a día de hoy⁴⁴³.

Todo lo anterior me hace concluir que el artículo 17.7 I LOE no regula un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno por medio del cual la dirección facultativa deba responder por los vicios de construcción causalmente imputables al contratista, sino que regula un supuesto de responsabilidad por hecho propio consistente en el deber de

⁴⁴² La STS de 5 de diciembre de 2011 [RJ 2012, 29] parece mantener *obiter dictum* una posición contrapuesta a la que hemos apuntado en relación con la STS de 11 de diciembre de 2008 [RJ 2009, 671]. En el caso concreto la empresa constructora plantea demanda contra la empresa promotora para obtener el pago del precio del contrato, por lo que no se está enjuiciando, como cuestión de fondo, la responsabilidad de los técnicos conforme al artículo 17.7 I LOE. Esta circunstancia debe tenerse en cuenta al valorar un pronunciamiento como el siguiente, contenido en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia: “*el certificado final se configura, además, como el último instrumento de control de la obra por parte de los técnicos. Su expedición incondicional no hace sino avalar la correcta ejecución de las medidas relacionadas con el proyecto, la dirección y vigilancia o inspección, haciéndoles responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento (artículo 17.7)*”. Este mismo aserto ya era apreciable en los textos doctrinales del ponente de la sentencia mucho antes de que el Tribunal Supremo dictase esta resolución –así, SELJAS QUINTANA (2000, 122)–.

⁴⁴³ Sirva como ejemplo la SAP La Coruña de 20 de noviembre de 2013 [Ac 2013, 2025] que, en línea con lo que establece la ya citada STS de 5 de diciembre de 2011 [RJ 2012, 29], sigue la tesis que considera la mera suscripción del certificado final de obra como un criterio de imputación válido para condenar a la dirección facultativa por las irregularidades constructivas. Es más, ésta es una de las escasas sentencias que interpreta claramente el artículo 17.7 I LOE como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno. Su fundamento de derecho cuarto, apartado sexto, dice así: “*Pues bien, don Federico firma el certificado final de obra de 8 de enero de 2009 (documento nº 14) y hace constar en ese documento su condición de proyectista y director de la obra, con lo que está asumiendo frente a tercero, y sin perjuicio de las facultades de repetición a que hubiere lugar, las obligaciones establecidas en la Ley a dichos profesionales (arts. 10 , 12 y 17.7 párrafo 2º LOE), aunque no hubiera sido él quien materialmente hubiera realizado esas actividades, está garantizando, de forma voluntaria, y se presume que tras un examen técnico, que la obra se había realizado conforme al proyecto, así lo establece de forma taxativa el art. 17.7 LOE cuando dice que El director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento*”.

declarar la exactitud y veracidad de los datos que se anudan a la terminación de la obra.

El certificado final de obra no es, por lo tanto, una garantía incondicional de perfecta ejecución de la obra sino un documento por medio del cual se declara la realidad de que la edificación ha sido terminada conforme al proyecto y su documentación complementaria en una determinada fecha.

Por supuesto, el certificado final de obra también comporta una declaración responsable por parte del técnico director sobre la correcta construcción de la obra, pero siempre en armonía con las funciones de supervisión y control que la propia LOE encomienda a la dirección facultativa en sus artículos 12 y 13, y nunca más allá de lo que razonablemente pueda detectar en el desempeño de sus tareas.

4.4.3. CONCLUSIONES

En la jurisprudencia anterior a la aplicación de la LOE existía una tendencia a considerar que la firma del certificado final de obra generaba la responsabilidad de su técnico firmante por los defectos constructivos imputables causalmente al constructor. Esta tendencia sintonizaba con la línea jurisprudencial recaída en interpretación del artículo 1591 Cciv que mantenía una posición exigente con la figura del arquitecto y con su función en el proceso de la edificación.

Mi opinión es que, con la normativa vigente, a pesar de lo que pudiera parecer conforme a una interpretación gramatical de los artículos 17.7 I LOE y el anejo II CTE, las normas reguladoras de la responsabilidad de los técnicos por la firma de este certificado no disciplinan un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, ni tampoco tienen un alcance más amplio respecto de las obligaciones que ya se imponen a la dirección facultativa en relación con sus tareas de supervisión y control de la obra en los artículos 12 y 13 LOE.

Ello no obstante, los pronunciamientos judiciales que han aplicado el artículo 17.7 I LOE no son siempre unívocos e impiden extraer una pauta clara sobre la previsibilidad de las decisiones en la práctica de los tribunales.

4.5. OTROS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS TÉCNICOS EN LOS QUE INTERFIERE LA ACTUACIÓN DE TERCEROS

Bajo este epígrafe analizaremos diversos grupos de casos que afectan a la responsabilidad de los técnicos y en los que tiene lugar una interferencia motivada por la actuación de otros agentes de la edificación que puede ser simultánea o sucesiva en el tiempo.

Con carácter general se trata de casos de responsabilidad cuyo alcance no es evidente en la ley y cuya clasificación como posibles supuestos de responsabilidad por hecho propio o ajeno, según los casos, merece una atención pausada en orden a despejar, siempre que ello sea posible, cuál de los sujetos involucrados será el responsable último por los daños materiales causados en el edificio.

4.5.1. LA INTERVENCIÓN DE MÁS DE UN PROYECTISTA EN UNA MISMA OBRA

En los procesos edificatorios de cierta envergadura no resulta extraña la intervención concurrente de más de un proyectista. Uno de los casos más habituales es aquel en el que un mismo proyecto lo firman conjuntamente dos o más técnicos, generalmente en casos en los que el grado de complejidad lo requiere.

Otro supuesto frecuente es el de la intervención de uno o varios técnicos que proyectan partes específicas y separadas bajo la coordinación de un mismo proyectista principal del edificio, situación que suele tener lugar no tanto por el grado de complejidad del proyecto parcial, sino por razón de la especialización necesaria para desarrollarlo⁴⁴⁴.

Finalmente, también suele ocurrir que la prestación se realice a través de una sociedad profesional de arquitectura o ingeniería. En estos casos no tiene lugar

⁴⁴⁴ Piénsese, por ejemplo, en el caso de un proyecto de instalaciones o determinadas acometidas en el interior de un edificio, como parte específica de un proyecto global de construcción.

necesariamente la intervención de más de un proyectista, pero sí existe una concurrencia o superposición subjetiva entre la persona jurídica y la persona física que firma el proyecto.

4.5.1.1 Responsabilidad de los proyectistas en los casos de contratación conjunta

La responsabilidad de los técnicos cuando son contratados en conjunto para elaborar un proyecto viene contemplada en el artículo 17.5 I LOE, que establece que “*cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responderán solidariamente*”.

Se trata de un caso de intervención concurrente de dos o más proyectistas para el que se establece una responsabilidad solidaria *ab initio*⁴⁴⁵ por ministerio de la ley, constituida como tal desde su origen por excepción a la regla general de individualización que rige en materia de responsabilidad de los agentes de la edificación.

Al tratarse de un trabajo en común el criterio de imputación solidaria ha sido valorado positivamente por la doctrina en detrimento de la responsabilidad mancomunada que se planteó durante la tramitación parlamentaria⁴⁴⁶. En este sentido, la responsabilidad solidaria opera a favor del perjudicado incrementando la

⁴⁴⁵ En este sentido, ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.6) y ÁLVAREZ OLALLA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3.1). En la doctrina clásica, HERRERA CATENA (1977, 279) ya postulaba la regla de la solidaridad entre los arquitectos que actuaban conjuntamente razonando con fundamento en el artículo 1591 Cciv.

⁴⁴⁶ FEMENÍA LÓPEZ (2004, 242-243) observa que el artículo 44.3 del anteproyecto de LOE de 1994 establecía la responsabilidad mancomunada para este caso. En el artículo 41.3 del proyecto de LOE de 1996 (BOCG de 9 de enero de 1996, núm. 146-1 –V Legislatura–, Serie A, proyectos de ley) ya se contempla la responsabilidad solidaria en el mismo sentido que definitivamente recogió el artículo 17.5 I LOE.

solvencia de la parte deudora y facilitándole la posibilidad de ver satisfecho su derecho a una reparación.

Algún autor⁴⁴⁷ ha considerado que el precepto regula un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno en condición de garante como ocurriría, por ejemplo, en el caso del promotor respecto de los daños causados por cualquier otro agente que, a su vez, haya sido condenado por hecho propio.

A mi modo de ver, el artículo 17.5 I LOE incorpora una regla de imputación que cobra sentido en la relación externa, esto es, en la relación que une a los técnicos proyectistas y al propietario perjudicado. Frente a éste, los técnicos asumen contractualmente una responsabilidad por el conjunto del proyecto y responden de forma solidaria, por el todo, sin poder oponer la ajenidad de una parte del trabajo. Es la regla de la solidaridad en el contexto de una relación contractual, por tanto, la que explica la naturaleza del precepto en el ámbito de la relación externa.

Ahora bien, lo cierto es que aunque el inciso no hace referencia a la posibilidad de distribuir cuotas de responsabilidad en la relación interna de los proyectistas firmantes, entiendo que ello sería posible en la vía de regreso bien por aplicación del artículo 1145 Cciv o bien por aplicación analógica del artículo 17.7 III LOE, que regula el mismo supuesto para el caso de los directores de obra.

Es razonable considerar que los proyectistas que firman conjuntamente un proyecto hayan podido dividirse internamente el trabajo. Ante esta situación y en esa relación interna, si el acontecimiento generador del daño tuviese su origen en la contribución privativa de uno solo de los proyectistas, los demás estarían soportando una responsabilidad por un suceso que causalmente no les sería imputable.

Desde esta perspectiva sí podría desprenderse la existencia de un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno en el artículo 17.5 I LOE que, al menos idealmente,

⁴⁴⁷ ÁLVAREZ OLALLA (2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe II.3.2).

podría dar lugar a que los demás proyectistas que actuaron correctamente pudieran verse resarcidos por el todo en su patrimonio.

No obstante pienso que, al tratarse de un trabajo realizado de forma conjunta, lo normal será que los límites de la intervención de los distintos técnicos se vean difuminados en la práctica. Por ello, este supuesto encontraría importantes dificultades probatorias tanto para acreditar las circunstancias fácticas que permitirían a un proyectista quedar indemne por el todo en la relación interna, como para acreditar cuotas desiguales de responsabilidad en esa misma relación interna

En tal caso, si no pudiera acreditarse la total ausencia de contribución al daño por parte de alguno de los proyectistas, o bien un grado de intervención desigual en su origen, en la relación interna la deuda se entenderá dividida en cuotas iguales entre los proyectistas firmantes por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1138 Cciv.

4.5.1.2 *Responsabilidad de los proyectistas en los supuestos de colaboraciones parciales*

Otro grupo de casos en los que tendría lugar una intervención concurrente de proyectistas sería el contemplado en los artículos 4.2 y 10 LOE en relación con las colaboraciones parciales y su coordinación.

Este caso difiere del anterior en el sentido de que ya no se contrata conjuntamente a dos o más técnicos, esto es, ya no estamos ante una *obra intelectual común* en el sentido expresado por algún autor⁴⁴⁸, sino que existe un proyectista principal que coordina la intervención de otros proyectistas que contribuyen al resultado con sus propios proyectos parciales.

El artículo 10.1 LOE establece en su segundo inciso que “*podrán redactar proyectos parciales del proyecto, o partes que lo complementen, otros técnicos, de forma coordinada con el autor de éste*”. Y, en su tercer inciso, añade que “*cuando el proyecto se*

⁴⁴⁸ FEMENÍA LÓPEZ (2004, 242-243).

desarrolle o complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos según lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley, cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto”.

En puridad esta norma no está estableciendo un criterio expreso de imputación de responsabilidades⁴⁴⁹ sino que se limita a apuntar que cada proyectista parcial asume la autoría de su propio proyecto y que todos deberán realizarse de forma coordinada. La norma parece más orientada a descartar la responsabilidad solidaria de los proyectistas parciales reforzando el principio general de individualización establecido en la LOE⁴⁵⁰.

El criterio de atribución de responsabilidad reside más bien en el artículo 17 LOE, que es el precepto con el que habrá de coordinarse la actuación que se regula en los artículos 4.2 y 10 LOE a efectos de establecer una correcta imputación.

De la interpretación conjunta de estos artículos se sigue que el proyectista principal que tuviera encomendadas las funciones de coordinador de otros proyectos parciales elaborados por terceros incurriría en responsabilidad, básicamente, ante tres situaciones.

En primer lugar incurriría en responsabilidad, como es natural, en caso de que el origen del daño materialmente causado en el edificio tuviera su origen exclusivo en un error imputable a su propio proyecto. Esta hipótesis no plantea problema alguno.

⁴⁴⁹ En este sentido lo explica YZQUIERDO TOLSADA (2006, 642), para quien la ley deja en la penumbra la responsabilidad derivada de las deficiencias en los proyectos parciales.

⁴⁵⁰ FEMENÍA LÓPEZ (2004, 255-258) indica que no puede sostenerse una responsabilidad solidaria porque los proyectistas no asumen la responsabilidad por el todo. Esta interpretación guarda coherencia con la regla señalada en el artículo 10.1 III LOE que establece que *“cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto”*.

No obstante ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.6) indica que *“los proyectos parciales necesitan siempre estar coordinados entre ellos, por lo tanto, parece que cabe hablar aquí de solidaridad, aunque exista un proyectista principal que sea responsable de la coordinación de los distintos proyectos y pese a que el defecto sea de coordinación”*.

Se trataría de aplicar la regla general contenida en el artículo 17.2 LOE en materia de responsabilidad por hecho propio.

En segundo lugar, incurriría en responsabilidad cuando el origen del daño fuera debido a una incorrecta coordinación entre los proyectos⁴⁵¹. Se trataría, en este caso, de una responsabilidad por hecho propio conforme al artículo 17.2 en relación con el artículo 4.2 y 10.1 II LOE. Estos últimos preceptos, aunque no identifican al proyectista principal como responsable por la coordinación, no pueden interpretarse en un sentido distinto al tratarse del único de los proyectistas intervinientes que, desde su posición, podría estar en disposición de relacionar y dar coherencia al conjunto de las colaboraciones parciales.

En tercer lugar, por último, incurriría en responsabilidad cuando el daño tuviera su origen en el proyecto parcial elaborado por otro técnico, cuando éste hubiera sido contratado por el proyectista principal o actuase bajo su dependencia⁴⁵². El fundamento de esta responsabilidad lo sería por hecho ajeno, sin perjuicio de la acción de

⁴⁵¹ Así lo interpreta CORDERO LOBATO (2011, 528) para quien el proyectista principal responde si el defecto proviene de un problema de coordinación con su proyecto o de los proyectos parciales entre sí, en la misma línea que LÓPEZ RICHART (2003, 142), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 212) y MONSERRAT VALERO (2008, 187-188). En la doctrina anterior a la promulgación de la LOE, GÓMEZ DE LA ESCALERA (1994, 214) entendía que los problemas de mera coordinación no daban lugar a la responsabilidad decenal del arquitecto.

⁴⁵² CORDERO LOBATO (2011, 527-528) considera que en caso de que los proyectistas parciales no fueran dependientes del principal, éste no respondería de las deficiencias imputables a tales proyectos parciales. En relación con este punto, la autora indica que la labor de coordinación no convierte a los proyectistas parciales en dependientes, siendo “*únicamente esta relación de dependencia la que permitiría fundar esta responsabilidad por hecho ajeno*” (argumento basado en los artículos 1596 y 1904 IV Cciv). Cita en apoyo de esta tesis la SAP Vizcaya de 5 de diciembre de 2001 [Ac 2002, 1200] que enjuicia un caso en el que el proyecto de insonorización fue encargado por el comitente a otro técnico distinto del proyectista principal, considerándose por la sala que éste no debía responder por lo hecho por un técnico no dependiente.

En relación con la introducción del proyectista parcial por parte del proyectista principal en el proceso de la edificación, la autora plantea distintos escenarios y considera que si el proyectista fue elegido y contratado por el proyectista principal, éste responde de las deficiencias del proyecto parcial aunque el profesional hubiera sido aceptado por el promotor (argumento basado en el artículo 1596 Cciv). No

repetición del proyectista principal ni de la acción directa del propietario perjudicado frente al autor material del proyecto parcial erróneo, quien mantiene en todo caso la condición de agente de la edificación a los efectos del artículo 8 y 17.1 LOE.

Así, el proyectista principal que se viera obligado a responder frente al propietario perjudicado por haber contratado al proyectista parcial perpetrador del daño, podría fundar su acción de repetición en el artículo 17.5 II LOE. Aunque este precepto sólo se refiere a la repetición que asiste al proyectista frente al técnico que le suministra los cálculos, estudios, dictámenes o informes erróneos, considero que no habría razón para excluir la repetición frente al técnico que le suministra un proyecto parcial. En este sentido, la intervención del proyectista parcial guardaría identidad de razón con la intervención de los técnicos que proporcionasen datos erróneos en el sentido expresado por dicha norma.

4.5.1.3 Responsabilidad de los proyectistas que actúan al servicio de una sociedad profesional

Al margen de los supuestos anteriores, en los que dos o más proyectistas actúan de forma conjunta o coordinada en una obra, también merecen una atención específica los casos en los que el técnico actúa al servicio de una sociedad profesional con quien el promotor contrata la proyección del edificio.

ocurriría lo mismo, sin embargo, en el caso de que el proyectista parcial fuera designado por el promotor, aun cuando el proyectista principal fuera quien finalmente lo contratase (artículo 1721, 2º Cciv, a contrario) o aunque el proyectista principal lo hubiera aceptado. Tampoco respondería el proyectista principal, según apunta la autora, en el caso de que éste hubiera aconsejado la contratación del proyectista parcial, salvo que éste fuera notoriamente incapaz.

Por su parte LÓPEZ RICHART (2003, 143) también ofrece argumentos en línea con la responsabilidad del proyectista principal cuando la intervención del proyectista parcial obedece a su encargo o iniciativa, en sintonía con MONSERRAT (2008, 187-188), quien igualmente esgrime argumentos en apoyo de la responsabilidad del proyectista principal ante estas situaciones y ante los escenarios de dependencia. En términos similares razonaba GÓMEZ DE LA ESCALERA (1994, 212-213) con referencia al artículo 1591 Cciv al indicar que, si eran varios, respondía el técnico principal y no sus auxiliares.

Este grupo de casos no implica necesariamente la intervención de más de un proyectista individual en una misma obra, aunque sí tiene lugar una cierta interferencia subjetiva al tomar parte una persona jurídica, la sociedad profesional, que se interpone entre el propietario como potencial perjudicado y el técnico persona física que redacta materialmente el proyecto.

La intervención de las sociedades profesionales en el proceso edificatorio suele enmarcarse en el ámbito de una relación contractual con el promotor o, más infrecuentemente, con el constructor. De esta manera, la sociedad asume la obligación contractual de entregar un proyecto y los técnicos a su servicio redactan y firman el proyecto.

En tales casos, al margen del alcance de las responsabilidades exigibles en materia contractual que pudieran corresponder, considero que las responsabilidades que derivan de la LOE alcanzarían tanto a la persona física como a la persona jurídica por igual.

A este respecto, el artículo 17.1 LOE no discrimina la condición de agente de la edificación por razón de su personalidad. Más bien al contrario, considera que son responsables “*las personas físicas y jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación*”, mención en la que cabe incluir tanto al proyectista persona física que redacta y firma el proyecto, como a la sociedad profesional que presta los servicios de proyectos para la edificación a través de su equipo humano⁴⁵³.

⁴⁵³ En contra de esta opinión se posiciona MONSERRAT (2008, 189), quien apunta que si el proyecto se encarga a una sociedad de arquitectos, ésta no responde porque lo firma una persona física. Por su parte CORDERO LOBATO (2011, 527) se pronuncia a favor de la responsabilidad de la persona jurídica cuyos redactores actúan en régimen de dependencia, con argumentos basados en el artículo 11.2 LSP, 1596 y 1904 IV Cciv.

Esta autora también cita la interesante STS de 8 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9833] que indica que la condición de empleado de la persona física no excluye su responsabilidad, aunque el contrato se hubiera formalizado con la persona jurídica. A este respecto, su fundamento de derecho octavo dice: “*El motivo quinto denuncia infracción del art. 3-1 CC en relación con la tutela judicial efectiva del art. 24-1 de la Constitución, por entenderse que el art. 1591 CC no puede ser aplicado a aquellos técnicos que realizan su trabajo como tales exclusivamente como asalariados por cuenta ajena, sin percepción de honorarios de ningún tipo, como sucede con el recurrente. El motivo no debe prosperar por cuanto*

Desde este punto de vista parece razonable sostener que tanto la sociedad profesional como el técnico firmante intervienen en el proceso de la edificación de forma indisociable, ambos en la misma posición de proyectista, de manera que su responsabilidad como consecuencia de los daños materiales causados en el edificio sería solidaria por aplicación de la regla excepcional del artículo 17.3 LOE y, en concreto, por no poderse “*individualizar*”⁴⁵⁴ la causa de los daños en los términos establecidos en dicho precepto.

Ello encuentra su adecuada coordinación extramuros de la LOE. El artículo 11.2 LSP establece la responsabilidad solidaria entre la sociedad profesional y los profesionales, tengan la condición de socio o no, como consecuencia de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos.

la responsabilidad de que se trata se atribuye a los técnicos intervinientes en la obra y la circunstancia de que el Ingeniero Industrial señor G. fuera empleado de INDISER, SA, empresa con la que la demandante contrató la redacción del proyecto y la dirección de obra no excluye aquélla, pues es de toda evidencia que el técnico debe desempeñar su trabajo conforme a la lex artis con absoluta independencia tanto en la redacción de proyectos como en la actividad constructiva en su más amplio sentido y parece indiscutible que, designado por la empresa precisamente para que con la garantía de su título profesional realice su trabajo, su responsabilidad se configura en los mismos términos que en el supuesto de haberlo sido directamente por el dueño de la obra”.

En sentido aparentemente contrario al que expresa esta resolución se ha pronunciado más recientemente la SAP Madrid 16 de febrero de 2010 [JUR 2010, 168047] en un caso en el que el director de ejecución de la obra era un asalariado del constructor. En aquel caso, el tribunal consideró que había que distinguir a aquel profesional que percibe una nómina conforme a una relación laboral de aquel otro profesional que actúa de forma independiente. A efectos de la acción de repetición se consideró procedente la acción del artículo 1903 Cciv y no la del 1591 Cciv.

⁴⁵⁴ Aunque la doctrina ha criticado con acierto esta expresión considerando que el artículo 17.3 LOE utiliza el verbo *individualizar* cuando lo correcto sería utilizar el verbo *determinar* o *averiguar* –en este sentido, FEMENÍA LÓPEZ (2004, 232-234)–, quizá para este supuesto concreto podría admitirse válidamente la expresión. Así, el efecto que se produciría en este caso sería ciertamente una imposibilidad de *individualizar*, entendida como la viabilidad de atribuir la causa del daño a un concreto individuo –la persona física o la jurídica–.

De esta forma, la interposición de una sociedad profesional no da lugar a un demérito en la posición del perjudicado sino todo lo contrario: la regla de la solidaridad pasiva refuerza la posición de solvencia del deudor frente al propietario del edificio.

4.5.2 LA INTERVENCIÓN DE MÁS DE UN TÉCNICO DIRECTOR EN UNA MISMA OBRA

Las conclusiones alcanzadas en relación con la intervención de dos o más proyectistas en un mismo proceso de edificación son extrapolables a la participación de los directores de obra. No en vano, los preceptos que regulan la intervención concurrente de directores de obra son un reflejo de los preceptos que regulan la intervención concurrente de proyectistas.

Así, la responsabilidad solidaria de los directores de obra contratados conjuntamente se encuentra regulada en el artículo 17.7 III LOE, que está redactado en los mismos términos que el artículo 17.5 I LOE para el caso de los proyectistas. La única diferencia es que, en el caso del artículo 17.7 III LOE, se hace mención expresa a la posibilidad de que los directores de obra contratados conjuntamente puedan distribuir las responsabilidades en su relación interna, cuestión que también resulta predicable respecto de los proyectistas aunque no se haga indicación expresa en la norma, por las razones expuestas más arriba.

Por su parte, la posibilidad de que otro técnico pueda dirigir los proyectos parciales bajo la coordinación de un director principal aparece regulada en el artículo 12.2 LOE, en términos semejantes a los que recoge el artículo 10.1 II LOE para el caso de la coordinación de los proyectos parciales.

También alcanzamos las mismas conclusiones para los casos en los que el técnico que actúa al servicio de una sociedad profesional sea un director de obra en lugar de un proyectista, ya que ninguna diferencia sustancial existe por esta circunstancia a los efectos expuestos en los epígrafes precedentes.

La situación que merece mayor detenimiento en el caso de los directores de obra es el supuesto de intervención sucesiva⁴⁵⁵, esto es, aquel supuesto en el que dos o más técnicos operan de forma diacrónica en el tiempo, uno después de otro, a diferencia de lo que ocurriría en los casos de intervención simultánea que ya hemos analizado y que se producen de forma sincrónica.

La intervención sucesiva de dos o más directores de obra en un mismo edificio no guarda necesariamente relación con el nivel de complejidad exigido para su ejecución sino, generalmente, con incidencias circunstanciales en el desarrollo de la obra que pueden ser variadas (piénsese, por ejemplo, en el caso de fallecimiento del director de obra durante la fase de ejecución o en la resolución del contrato con el director original y su sustitución por uno nuevo).

Ante estas situaciones existen diversos argumentos para considerar que será el director de obra sucesivo quien asumirá la responsabilidad por los eventuales daños materiales que pudiera sufrir el edificio como consecuencia de un vicio o defecto imputable a la dirección.

⁴⁵⁵ La intervención sucesiva también puede ser de proyectistas, aunque los casos son más aislados y tienen menor impacto en la práctica. Podría darse la situación, por ejemplo, en los supuestos de modificación de un proyecto anterior o en los casos en los que se hubiera concebido un complejo inmobiliario en distintas fases.

Algún autor, como LÓPEZ RICHART (2003, 143), se ha referido a esta situación considerando que si la contratación es sucesiva para que el segundo proyectista termine el encargo del primero, entonces sólo responderá el segundo. A este respecto considera que, si la dirección de obra tiene la obligación de supervisar el proyecto ajeno, con mayor razón será responsable un segundo proyectista.

Parecidamente, ARNAU MOYA (2004, 255) ha considerado que en el caso de que un proyectista acepte la continuación de un proyecto iniciado por otro técnico, aquél asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones y deficiencias del proyecto con fundamento en el artículo 17.7 LOE –nótese, no obstante, que dicho precepto no se está refiriendo al proyectista que acepta la continuación de un proyecto iniciado por otro, sino al director de obra cuyo proyecto no ha elaborado él mismo–.

Nuestras conclusiones en relación con la intervención sucesiva de proyectistas, en todo caso, no difieren de las que exponemos para la intervención sucesiva de directores de obra.

Principalmente, debe considerarse que el técnico que asume la dirección y control de una obra en evolución no tiene reservada en la ley ninguna limitación a sus obligaciones. Quiere ello decir que le resulta de aplicación el artículo 12 LOE en toda su extensión, sin que pueda considerarse la existencia de un fraccionamiento de obligaciones por el mero hecho de haber tomado parte en un momento no inicial de la obra.

Habrà alguna obligación contemplada en el artículo 12 LOE, como la prevista en el párrafo e del apartado tercero –suscribir el replanteo–, que ya será cronológicamente imposible llevar a cabo para el director sucesivo. Pero ello no obsta a que éste mantenga la obligación de realizar las verificaciones oportunas sobre el trabajo ya realizado por el director original, lo que resulta con claridad de los deberes de supervisión y control que impone el referido precepto.

Por otro lado, también debe considerarse que el artículo 17.7 II LOE responsabiliza al director de obra por los errores de un proyecto que no ha elaborado él mismo. Aunque debe entenderse que esta norma no es extrapolable como criterio de imputación a otras circunstancias no contempladas en el mismo, sí ofrece una pauta interpretativa para el supuesto que ahora analizamos.

Así lo consideró la STS de 5 de marzo de 2001 [RJ 2001, 2592], en cuyo fundamento de derecho primero invocó *obiter dictum* el artículo 17.7 II LOE para reforzar sus argumentos de imputación de responsabilidad al director sucesivo. Lo indica de la siguiente manera:

“Si el arquitecto demandado aceptó la obra tal como se hizo años atrás por otra constructora y bajo proyecto de arquitecto distinto, no es dudoso que aceptó la responsabilidad que de lo hecho se pudiera derivar, no puede escudarse en la ajeneidad del trabajo aceptado. (...)”

Este criterio de responsabilizar al arquitecto de obras realizadas por otro arquitecto y aceptadas sin protesta es el que ha recogido posteriormente la nueva Ley de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre, en cuyo art. 17, apartado 7, se preceptúa en el segundo párrafo: Quien acepte la dirección de

una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiera corresponderle frente al proyectista”.

También la STS de 11 de febrero de 2005 [RJ 2005, 1920] sigue esta misma pauta en un caso en el que los técnicos directores culminaron la última fase de una obra, correspondiente a un 23% de la misma, tras una paralización de varios años. En su fundamento de derecho segundo la resolución indica:

“Se destaca que el defecto existía anteriormente. Pero ello no elimina su responsabilidad pues un técnico –arquitecto y arquitecto técnico– al terminar la obra ejecutada en parte por otro, asumen la responsabilidad de los hechos por éste, ya que si existen vicios, deben solventarlos y evitarlos, lo que no ha sucedido en el presente caso”.

En línea con estos razonamientos, es sensato sostener que si la ley obliga al director a supervisar un trabajo anterior que queda fuera de las atribuciones que le son propias (la elaboración del proyecto), con mayor razón habrá de considerarse que debe responder por la supervisión de un trabajo anterior cuyas atribuciones sí le son propias (la dirección de obra).

Podría plantearse la hipótesis de que el origen del daño material en el edificio fuese causalmente imputable al director original de forma exclusiva y no al director sucesivo. Imagínese un caso en el que el primer director hubiera tolerado, con negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, que la obra se desarrollase bajo su dirección con determinados defectos que luego quedasen ocultos o fueran de muy difícil detección incluso para un técnico.

Aun en tales casos habría que entender que el director de obra sucesivo es responsable por el todo frente al propietario perjudicado, puesto que los artículos 12, 17.1 y 17.7 LOE impiden sostener otra argumentación y, además, debe tenerse en cuenta

que el sistema de responsabilidad establecido en la LOE tiene carácter objetivo⁴⁵⁶ frente al propietario, desvinculado del criterio de culpa.

Cuestión diferente sería la posibilidad que asistiría al director de obra sucesivo para repetir contra el original, que entiendo no debería verse perjudicada en casos flagrantes como el que ha sido objeto de hipótesis. No obstante, de ordinario, fuera de casos extremos, entiendo que las razones expuestas anteriormente dificultarán cualquier tipo de acción de repetición del director sucesivo contra el director original, sin perjuicio de que habría que valorar cada caso atendiendo especialmente a las circunstancias que provocaron la finalización de la intervención del director de obra original.

Finalmente, debe considerarse que las reglas expuestas para dirimir la responsabilidad de los directores de obra en situaciones de intervención simultánea o sucesiva, también resultarían de aplicación a los directores de ejecución de la obra⁴⁵⁷. La LOE no contempla esta situación pero la omisión puede ser salvada por analogía con lo regulado para el caso de los directores de obra ya que los supuestos de hecho guardan identidad de razón.

⁴⁵⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ (2000, 424), RUIZ-RICO RUIZ (2002, 104), HERBOSA MARTÍNEZ (2002, 182-183), LÓPEZ RICHART (2003, 103-106), FEMENÍA LÓPEZ (2004, 201-202), YZQUIERDO TOLSADA (2006, 648), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 267), VARGAS BENJUMEA (2007, 29), MONSERRAT VALERO (2008, 24) u ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.3. y III.2.6).

⁴⁵⁷ En esta línea razonan GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 432), LÓPEZ RICHART (2003, 146-147), y FEMENÍA LÓPEZ (2004, 244) recurriendo al argumento analógico, de manera que aunque el último párrafo del artículo 17.7 LOE sólo se refiere a la dirección de obra, también podría ser extensible los directores de ejecución que intervienen colegiadamente en la obra. Entre la doctrina que razonaba con fundamento en el artículo 1591 Cciv, HERRERA CATENA (1977, 280) consideraba necesario analizar caso por caso las situaciones de eventual corresponsabilidad de los aparejadores, sin poder formular apriorísticamente una regla general.

4.5.3 SUPUESTOS DE SUPERPOSICIÓN DE ACTUACIONES ENTRE EL DIRECTOR DE EJECUCIÓN DE LA OBRA Y OTROS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN

La posición jurídica del director de ejecución de la obra, al menos idealmente, es igual que la posición de los demás agentes de la edificación: responderá de forma individualizada por los hechos que le resulten imputables privativamente y, sólo excepcionalmente, responderá de forma solidaria con otros agentes de la edificación si concurren las circunstancias del artículo 17.3 LOE. Es más, a diferencia de lo que ocurre en el caso de otros técnicos, la LOE no contiene normas específicas sobre responsabilidad por hecho ajeno que afecten a esta figura⁴⁵⁸.

Sin embargo, la delimitación del alcance de las obligaciones que la ley impone al director de ejecución resulta a veces muy compleja en la práctica y ello provoca que en algunas ocasiones sea difícil deslindar las responsabilidades por su intervención de las responsabilidades por la intervención de otros agentes de la edificación y, especialmente, de las del constructor. Esta proximidad entre las responsabilidades del director de ejecución de obra y otros agentes ya fue advertida por algún autor⁴⁵⁹ desde una época muy temprana.

⁴⁵⁸ Considerando que el artículo 17.7 I LOE no contempla un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, tal y como hemos expuesto en el epígrafe correspondiente, parece que no existen normas específicas sobre responsabilidad por hecho ajeno que afecten al director de ejecución de obra como, sin embargo, sí ocurre en el caso del proyectista (artículo 17.5 II LOE) o en el del director de obra (artículo 17.7 II LOE). Ello no quiere decir que el director de ejecución de obra nunca vaya a responder por hecho ajeno. Podrá hacerlo, por poner unos ejemplos, en el caso de que la actuación negligente que originase los daños proviniera de un dependiente suyo de acuerdo con las normas generales o, según las circunstancias, cuando el origen del daño se encuentre en un material defectuoso autorizado por éste.

⁴⁵⁹ CARRASCO PERERA (2002, 28-31), en su análisis sobre una jurisprudencia muy incipiente sobre la aplicación de la LOE –alguna de ella, en realidad, todavía previa a la entrada en vigor de dicha norma tal y como explica el autor en la introducción a su trabajo–, identifica al arquitecto técnico y al arquitecto superior como “*compañeros de fortuna*”, en una expresión muy gráfica de lo que tratamos de exponer. El autor observa que “*estadísticamente el arquitecto técnico es, excluyendo al promotor, el agente de la edificación que más veces acaba respondiendo, pues en la práctica todos los defectos constructivos pueden serle imputados, cualquiera que sea la causa determinante de la ruina*”.

Por su parte, el autor también indica que el arquitecto técnico y el constructor tienen “*destinos paralelos*” y explica que el tenor de la LOE no ha solucionado los problemas de interpretación que existían

4.5.3.1 *Interferencias en la responsabilidad del director de ejecución de obra por las labores de supervisión y control de la propia ejecución*

Ciertamente, cuando el artículo 13.1 LOE establece que el director de ejecución de la obra “*asume la función técnica de dirigir la ejecución de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado*”, está favoreciendo una interpretación gramatical que podría colocar la responsabilidad de este agente de la edificación en una posición prácticamente superpuesta a la del constructor.

Conforme a este tenor resulta complicado pensar que el director de ejecución de la obra, cuya labor de supervisión se configura como inmediata –a diferencia de la labor de control mediato que se atribuye al director de obra–, pueda salvar su responsabilidad cuando tiene lugar un problema de ejecución de la obra que materialmente acomete el constructor. Y más complicado resulta todavía si se tiene en cuenta que, en el catálogo de obligaciones que establece el artículo 13.2 LOE, se concretan algunas de estas obligaciones con importantes cargas para el director de ejecución, tales como verificar la recepción de productos en obra “*ordenando la realización de los ensayos y pruebas precisas*” (apartado b) o como comprobar “*la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos*” (apartado c).

Esta redacción, que por sí sola no ofrece pautas para deslindar la responsabilidad entre director de ejecución de obra y constructor por los daños de pura ejecución material, debe conjugarse con el principio general de responsabilidad individualizada que establece el artículo 17.2 LOE.

entre el grado de responsabilidad que corresponde imputar a uno y otro agente en relación con los defectos ruinosos causados por defectos de ejecución material o por falta de calidad de los materiales y mezclas empleadas por el constructor.

Parecidamente, SEIJAS QUINTANA (2000, 137) ya indicaba que el incumplimiento de los trabajos que compete realizar al constructor “*arrastrará con mucha frecuencia*” al director de ejecución de obra, dando cuenta así de la estrecha separación entre los presupuestos para determinar la responsabilidad de uno y otro agente conforme a la LOE.

La interpretación coordinada de ambos preceptos conduce a la conclusión de que el director de ejecución de la obra no puede ser automáticamente responsabilizado por cualquier vicio de ejecución⁴⁶⁰, sino que debe dilucidarse en el caso concreto si realmente ha tenido lugar un vicio de dirección.

En el ámbito propio de ese debate sobre el alcance de los deberes de dirección, han existido tradicionalmente dos tendencias judiciales⁴⁶¹. De acuerdo con la primera⁴⁶²,

⁴⁶⁰ FEMENÍA LÓPEZ (2004, 228) indica que, si bien este técnico tiene la obligación de vigilar la ejecución material de la obra, *“no cabe deducir de ella que todo vicio de ejecución es automáticamente un vicio de dirección por faltar a dicho deber profesional ya que la ejecución material representa tal número de operaciones y de detalles que se ha de considerar prácticamente imposible dirigir técnicamente la obra y, al mismo tiempo, vigilar su desarrollo hasta el último extremo”*.

⁴⁶¹ Se refieren a ellas CARRASCO PERERA (2002, 30) y CORDERO LOBATO (2011, 532). También se encuentran referencias a esta cuestión en la obra colectiva de CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 437).

⁴⁶² SSAP Murcia de 25 de mayo de 1999 [Ac 1999, 6155] e Islas Baleares de 2 de mayo de 2000 [Ac 2000, 2288].

La primera resolución absuelve de responsabilidad al arquitecto técnico considerando que el problema del caso enjuiciado se encontraba en el proyecto, al tener que ver con una incorrección de las condiciones de acceso a un garaje. En relación con esta cuestión, en su fundamento de derecho segundo razona que la *“responsabilidad es exclusivamente del arquitecto superior, quien no proyectó adecuadamente la planta sótano para el fin perseguido, y ello no sólo al operarse la modificación a consecuencia de la intervención municipal, sino que desde un principio, y sin que se hubiese realizado la modificación, el garaje ya presentaba esas deficiencias, que en ningún caso pueden imputarse al arquitecto técnico, que se limitó a ejecutar el proyecto en la forma y manera que le había sido indicada en el mismo”*.

En la segunda resolución no se aprecia un pronunciamiento tan claro como en el caso anterior, en el que se hace referencia a que el arquitecto técnico se limitó a ejecutar el proyecto según se le había indicado, pero sí se aprecia una cierta laxitud al evaluar sus funciones. En este caso, la sentencia estima el recurso de apelación interpuesto por el aparejador y le absuelve de responsabilidad –también absuelve a la constructora–, considerando que era al arquitecto superior al que competía haber previsto en el proyecto o haber subsanado en obra la impermeabilización de unos muros. A este respecto, la sentencia indica en el fundamento de derecho tercero en relación con el aparejador que *“la misión de este último es la de vigilar que la obra se realice conforme a lo proyectado, pero no se extiende a subsanar los defectos de proyecto”*.

el arquitecto técnico sería un mero ejecutor de las órdenes dictadas por el arquitecto superior en sus labores de dirección mediata mientras que, de acuerdo con la segunda⁴⁶³, que es la mayoritaria⁴⁶⁴, el director de ejecución de la obra sería un

⁴⁶³ SSTS de 3 de octubre de 2016 [RJ 2016, 4875], de 23 de febrero de 2010 [RJ 2010, 4342], de 15 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 160] y de 29 de octubre de 2003 [RJ 2003, 773].

El fundamento de derecho sexto de la primera resolución mencionada señala que *“el aparejador no es un mero realizador de lo proyectado, ni tampoco un simple ejecutor de lo ordenado por el arquitecto director de obra, de suerte que aunque realice sus funciones siguiendo las órdenes de éste no se le eximirá de sus propias responsabilidades en el proceso constructivo”*.

El fundamento séptimo de la segunda resolución aludida indica que el director de ejecución de obra *“no puede ampararse en un comportamiento de subordinación ciega al arquitecto superior, pues es su obligación no ejecutar las partidas o rechazar los materiales que pudieran causar vicios”*.

La tercera resolución aludida razona en su fundamento primero que *“si bien el Arquitecto Técnico es responsable de que la obra se ejecute con sujeción al proyecto y exacta observancia de las órdenes e instrucciones del Arquitecto director, esto no significa subordinación o sometimiento pleno y absoluto que suponga un actuar dotado de automatismo, pues, en todo caso, lo que se ha de alcanzar es una buena construcción, con observancia de las prácticas y reglas correspondientes”*.

En el fundamento de derecho primero de la cuarta resolución referida, con cita de otras anteriores, se explica de esta figura que *“participa como técnico en la dirección de la obra y debe conocer las normas tecnológicas de la edificación y advertir al Arquitecto Superior del incumplimiento y vigilar asimismo que la realidad constructiva se ajuste a su lex artis”*.

En la doctrina judicial se aprecian ejemplos recientes en la SAP Soria de 6 de octubre de 2015 [JUR 2015, 247497] y en la SAP Barcelona de 17 de octubre de 2013 [JUR 2013, 356171]. La primera de ellas señala en su fundamento de derecho primero establece que *“en orden a las funciones concretas de los arquitectos técnicos, se ha destacado por el TS la relevancia de su función en la obra, pues al no ser meros ayudantes del arquitecto director de la obra, sino ayudantes técnicos de la misma, sirven al arquitecto en cuanto sirven a la obra técnicamente considerada, por lo que han de desempeñar correctamente la función que les incumbe, y, entre otras, inspeccionar los materiales, cuidar el cumplimiento correcto de las ejecuciones materiales y llevar a cabo las comprobaciones que se hubieran omitido”*. En parecidos términos se expresa la segunda en su segundo fundamento cuando se refiere al arquitecto técnico *“como un ayudante técnico de la obra con cierta autonomía al tener una función propia y separada de la del arquitecto, sin que se le pueda considerar como un mero ayudante del mismo”*.

⁴⁶⁴ Así lo indicaba CARRASCO PERERA (2002, 30) en relación con la jurisprudencia anterior y coetánea a la entrada en vigor de la LOE.

profesional cualificado con criterio suficiente que responderá en caso de obrar imprudentemente, o de forma contraria a su *lex artis*, incluso aunque lo haga siguiendo las instrucciones del director de obra.

Parece claro que la LOE vino a consolidar esta segunda línea jurisprudencial ya que, conforme a las disposiciones de su artículo 13, quedaron definidas las atribuciones de este técnico como las de un genuino director que desarrolla una actividad independiente y autónoma del director de obra⁴⁶⁵ y que, aunque debe seguir las instrucciones de éste, su rol no es el de un mero subordinado.

La jurisprudencia más reciente así lo confirma, tal y como puede apreciarse en la STS de 3 de octubre de 2016 [RJ 2016, 4875], en cuyo fundamento de derecho sexto se razona como sigue:

“Estas funciones, como argumenta la parte recurrente y declara la jurisprudencia de esta Sala SSTS de 13 de febrero de 1984, 27 de junio de 2002 y 27 de abril de 2009, entre otras, se desempeñan de un modo propio, de acuerdo a su autonomía profesional operativa, de forma que el aparejador no es un mero realizador de lo proyectado, ni tampoco un simple ejecutor de lo ordenado por el arquitecto director de la obra, de suerte que aunque realice sus funciones siguiendo las órdenes de éste no se le eximirá de sus propias responsabilidades en el proceso constructivo”.

⁴⁶⁵ Ello sintoniza con las disposiciones de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos. Su preámbulo indica que “*el espíritu de la presente Ley no es el otorgamiento de facultades ajenas a la formación universitaria de los titulados, sino el reconocimiento de las que les son propias, su consolidación y la potenciación de su ejercicio independiente, sin restricciones artificiosas o injustificadas y sin que con ello se introduzcan interferencias en el campo de las atribuciones que puedan ser propias de otros técnicos titulados y en el caso de la edificación, de los Arquitectos*”. Y en su artículo 1.1. esta norma establece que “*los Arquitectos e Ingenieros técnicos, una vez cumplidos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, tendrán la plenitud de facultades y atribuciones en el ejercicio de su profesión dentro del ámbito de su respectiva especialidad técnica*”.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, aunque quizá con un exceso de celo, se ha razonado que el director de ejecución de obra puede llegar a responder de las deficiencias o irregularidades de proyecto imputables al arquitecto redactor. Así lo indica en su fundamento de derecho tercero la SAP Pontevedra de 10 de noviembre de 2016 [JUR 2016, 267527], con cita de otras anteriores:

“constante jurisprudencia califica la función del arquitecto técnico como propia y dotada de autonomía profesional operativa, señala que sujeción o proyecto y observancia de ordenes o instrucciones del arquitecto director no significan subordinación o sometimiento pleno y absoluto que suponga actuar dotado de automatismo, y recalca la obligación de ejercer control directo y efectivo de las actividades constructivas, llegando incluso a poder responder en determinados casos de deficiencias o irregularidades del proyecto imputables al arquitecto redactor, pues entre sus funciones están las de efectuar las correcciones necesarias para evitar daños, a fin de que el proceso constructivo resulte bien hecho y seguro”

Parece excesivo que el director de ejecución de obra deba responder por los defectos de proyecto. Desde luego, ésta no es una responsabilidad expresamente contemplada en la LOE que, para el específico supuesto de los errores en el proyecto, ya disciplina un sistema de protección amplio integrando dentro del círculo de responsables al propio proyectista redactor (artículo 17.2 en relación con el artículo 10 LOE), al director de obra (artículo 17.7 II LOE), al promotor inmobiliario (artículo 17.3 II LOE) e incluso a la compañía de seguros cuya contratación es obligatoria para los daños causados por los vicios a los que se refiere el artículo 19.1 c LOE (disposición adicional 2ª LOE).

Querer extender la responsabilidad también al director de ejecución de obra resulta un tanto excesivo cuando, de acuerdo con el rol que le atribuye la LOE, éste no tiene facultades de control ni supervisión del proyecto de obra. Y más todavía si se tiene en cuenta que la formación exigible a quien proyecta es más cualificada que la que se exige a quien dirige materialmente la ejecución de la obra de conformidad con lo que establecen los artículos 10.2 y 13.2, a LOE.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la doctrina científica⁴⁶⁶ también ha admitido la posibilidad de que puedan extenderse las responsabilidades al director de ejecución de obra por los errores de proyecto en determinados supuestos, normalmente relacionados con su capacidad para detectarlos y con el cumplimiento de sus deberes conforme a la *lex artis*.

4.5.3.2 Interferencias en la responsabilidad del director de ejecución de obra por las labores de supervisión y control de los materiales

El ámbito de responsabilidad del director de obra también ha encontrado tradicionalmente cierta indefinición⁴⁶⁷ en lo que atañe a los deberes de supervisión y control de los materiales en obra.

⁴⁶⁶ Diversos autores han afirmado esta posibilidad, si bien todos tratan la cuestión con prudencia. Para considerar la responsabilidad del director de ejecución de obra por un error de proyecto, algunos autores han considerado que ese error debía ser *evidente o de tal magnitud que infrinja las más elementales reglas de la lex artis*.

Esta posición es perceptible en la doctrina clásica anterior a la LOE, como puede apreciarse en FERNÁNDEZ COSTALES (1977, 277). Para este autor, el aparejador –y también el constructor– es responsable cuando los vicios del suelo o del proyecto son “*aparentes o manifiestos y groseros*”, ya que en tal caso este agente tiene el derecho y la obligación de negarse a ejecutar la obra.

Más recientemente, ARNAU MOYA (2004, 261) señala que, en la LOE, la imputación al director de obra no exonera al director de ejecución de obra cuando éste, por su capacitación profesional, debía poder apreciar la existencia de defectos evidentes de proyecto o de interpretación sobre las reglas de la construcción.

Parecidamente MONSERRAT VALERO (2008, 198) considera que la responsabilidad por hecho ajeno que se establece en el artículo 17.7 II LOE para el caso del director de obra por las deficiencias de un proyecto de tercero, deberían alcanzar también al director de ejecución de la obra cuando tales defectos de proyecto fueran de tal magnitud que infringieran las más elementales reglas de la *lex artis*.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 227-228) analiza el alcance del artículo 13.2, c LOE y considera que el director de ejecución de la obra debe seguir las indicaciones del director de obra y, si éstas son desacertadas, también considera que aquél responderá si pudiera haberlas apreciado conforme a su *lex artis*.

⁴⁶⁷ Lo apunta CARRASCO PERERA (2002, 28-29) cuando explica que la jurisprudencia anterior a la LOE, ante la insuficiencia normativa vigente, se vio en la necesidad de determinar qué grado de responsabilidad correspondía imputar al arquitecto técnico por los defectos ruínógenos originados por la

El artículo 13.2 LOE, en sus apartados *b* y *c*, establece como una obligación a cargo del director de ejecución la de verificar la recepción de los productos en obra ordenando la realización de los ensayos y pruebas precisas⁴⁶⁸, así como dirigir la ejecución de la obra comprobando los materiales. Estas obligaciones tratan de garantizar el cumplimiento de los requisitos de calidad⁴⁶⁹ en los materiales empleados.

En la práctica se ha dado el problema de tener que deslindar las responsabilidades que podrían corresponder al director de ejecución de obra y al director de obra como consecuencia de una desacertada elección de los materiales empleados en la construcción.

La STS de 5 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1575] marcó una pauta que puede seguir considerándose legítima tras la entrada en vigor de la LOE. En sus razonamientos, la sentencia indica que serán responsabilidad del director de obra los defectos sobre materiales –en el caso, vigas prefabricadas– que guarden relación con la resistencia

falta de calidad de los materiales o las mezclas empleadas por el constructor. En este punto, el autor advierte que la LOE no vino a solucionar la cuestión ya que las funciones que se le atribuyen a este técnico en su artículo 13.2 *c*, no divergen de lo que ya resultaba en la normativa previa.

⁴⁶⁸ SEIJAS QUINTANA (2000, 136), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 224-226) y MONTSERRAT VALERO (2008, 196-197) consideran que, si ya existe un control en fábrica, constando en el producto el marcado CE o la certificación de calidad que corresponda, no serían precisos más controles en obra. En esta línea razona también la SAP Málaga de 17 de marzo de 2008 [Ac 2008, 1302], en su fundamento de derecho segundo. Ciertamente, parece razonable sostener que sería innecesaria una duplicidad de ensayos respecto de elementos prefabricados cuya calidad figura acreditada mediante distintivos oficiales. En tales casos, la obligación del director de ejecución de obra será la de comprobar efectivamente que los materiales que emplea disponen del marcado de calidad necesario.

⁴⁶⁹ Así lo entienden SEIJAS QUINTANA (2000, 135) y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 224-226). Esta última autora precisa que la obligación que establece la norma no se refiere a la mera recepción en la obra, sino a la calidad del material que se utiliza y a la observancia de la normativa sectorial sobre calidad de los productos. Se diferencia así de las obligaciones sobre el control cuantitativo que se establecen en el artículo 13.1 LOE cuya inobservancia dará lugar generalmente a incumplimientos de contrato, más que a defectos en el edificio.

estructural del edificio, pues su cálculo compete al arquitecto superior, mientras que la responsabilidad sobre los materiales que se atribuye al director de ejecución sería, por ejemplo, la marca de ladrillos o la clase de cemento a utilizar. Lo expresa así en su fundamento de derecho segundo:

“Las tales vigas fueron adquiridas con el conocimiento y la aquiescencia del señor Arquitecto (basta leer el hecho tercero de su contestación a la demanda) y no podía ser de otra forma, pues el visto-bueno a su colocación en la obra, está directamente relacionado con el estudio y cálculo de la resistencia de los materiales a emplear, que por definición constituye la esencia y contenido del proyecto a realizar por el técnico superior. No se trata de una marca de ladrillos, o de una clase de cemento, cuya elección puede corresponder o pertenecer a la competencia profesional del Aparejador; se trata de la resistencia y flexibilidad de unas vigas que tienen la misión de soportar la estructura de todo el edificio, y esta elección y el cálculo de su resistencia no compete efectuarlo al señor Aparejador, como pretende el recurrente”.

Sin perjuicio de lo anterior, para aquellos casos en los que los materiales no afectan a capítulos críticos de una obra sino que entran dentro de las obligaciones de verificación y control pacíficamente atribuidas al director de ejecución, cabe plantearse si la responsabilidad de este técnico lo sería por hecho propio o por hecho ajeno, habida cuenta la cadena de operadores que intervienen desde que se fabrica el material hasta que se coloca definitivamente en un edificio.

En relación con esta cuestión considero que, frente al propietario perjudicado, no resulta trascendente cual sea la clasificación que merezca el tipo de responsabilidad. Es claro, a este respecto, que la norma coloca al director de obra en una posición deudora frente a aquél, independientemente del eslabón de la cadena en el que haya tenido su origen el acontecimiento generador del daño.

Sin embargo, esta cuestión sí tiene especial importancia para el caso de la relación interna que afecta al director de ejecución con un círculo más o menos amplio de intervinientes en los procesos relacionados con los materiales de obra.

Así, los fabricantes de los materiales de construcción, los almacenistas, los importadores y los vendedores tienen la condición de agentes de la edificación (artículos 8 y 15.1 LOE) cuya obligación fundamental es entregar los productos de acuerdo con la calidad exigida en el pedido y en la normativa sectorial (artículo 15.3 *a* LOE).

Estas mismas obligaciones pueden alcanzar al constructor que adquiere o acepta los materiales (artículo 17.6 II LOE) y también a otros agentes, como ocurriría en el caso de las entidades o laboratorios de control de calidad cuando prestan asistencia en la verificación de la calidad de los materiales conforme se prevé en el artículo 14 LOE.

Los anteriores preceptos, puestos en relación con las obligaciones impuestas al director de ejecución sobre la calidad de los materiales conforme a los artículos 13.2 LOE, apartados *b* y *c*, y coordinados con lo establecido en el artículo 17.2 LOE, nos conducen a descartar que la responsabilidad de dicho técnico siempre le vaya a alcanzar por hecho netamente propio.

Esta situación tendrá lugar cuando el origen del daño provocado por los materiales ocurra en el último eslabón de la cadena, esto es, el que compete de forma más genuina y privativa al director de obra. Piénsese, por ejemplo, en los casos en los que el problema provenga, no de los materiales en sí que pueden ser aptos, sino de la incorrecta supervisión de su mezcla *in situ* al tiempo de disponerlos en la obra.

Pero fuera de estos casos, en aquellos supuestos en los que el origen del daño se encuentre en fases previas de la cadena relacionada con la fabricación y suministro de los materiales, habrá que convenir que la responsabilidad del director de ejecución de obra será, cuando menos, en parte por hecho propio y en parte por hecho ajeno.

Profundizando en las diversas hipótesis, tampoco sería descartable un supuesto de responsabilidad por hecho netamente ajeno. Un ejemplo fácil de imaginar es el de los materiales prefabricados que incorporan el correspondiente certificado de calidad (marcado CE o distintivo que corresponda). En tales casos, no siendo necesarios ulteriores ensayos a pie de obra por parte del director de ejecución, si éste hubiera

cumplido con la obligación de verificar que el material disponía de los certificados de calidad necesarios y el defecto se hubiera originado durante la fase de fabricación, consideramos que no habría razón para imputar responsabilidad al director de ejecución en la relación interna.

En aquellos casos en los que el director de ejecución de obra no debiera responder por hecho netamente propio, podría repetir con fundamento en los artículos 1145 Cciv y 18.2 LOE frente al causante material del daño por la parte que le corresponda, que podría alcanzar todo el daño sufrido en el caso expuesto en el párrafo anterior.

4.5.3.3 Conclusiones

En conclusión, el perímetro de responsabilidad por hecho propio que la LOE imputa al director de ejecución de obra tiene en la práctica unos contornos difusos que hacen difícil separar su intervención de la de otros agentes que intervienen en la edificación, especialmente en lo que concierne a sus tareas de supervisión de la ejecución material de la obra. Ello explica que haya muy pocos ejemplos de sentencias que hayan condenado al director de ejecución de obra como responsable exclusivo por daños en la edificación⁴⁷⁰.

En lo que respecta a sus obligaciones sobre el control de calidad de los materiales, su responsabilidad en la relación interna podrá ser por hecho propio, por hecho ajeno,

⁴⁷⁰ CARRASCO PERERA (2002, 29) observa que este técnico acaba respondiendo en la mayoría de los casos resueltos en los que existe un defecto de ejecución o un defecto derivado de la mala calidad de los materiales o las mezclas. Y, las veces que no responde, normalmente es porque no ha sido codemandado o por otras razones de índole procesal, o bien porque el defecto es lo suficientemente puntual como para que la infracción de vigilancia no se extienda al constructor. Estas apreciaciones, aunque vienen referidas a un periodo en el que la aplicación de la LOE era todavía muy incipiente, continúan siendo válidas en la actualidad.

Más recientemente ORTÍ VALLEJO (2012, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.6) apunta que, en la práctica, la responsabilidad del director de ejecución de obra va a concurrir frecuentemente con la del constructor, salvo en los defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado.

o ambas, en función del caso concreto. El elemento diferencial en tales casos vendrá determinado por la fase en la que se haya producido el daño dentro de la cadena de fabricación y suministro del material definitivamente colocado en obra.

4.5.4 LA RESPONSABILIDAD DE LA DIRECCIÓN DE OBRA POR DEFECTOS QUE TIENEN SU ORIGEN EN ATRIBUCIONES AL DIRECTOR DE EJECUCIÓN DE LA OBRA, CUANDO ÉSTE NO HA INTERVENIDO

Nos planteamos como objeto de análisis si, al margen de la que correspondiera al promotor⁴⁷¹, el director de obra podría verse alcanzado por la responsabilidad derivada de la ausencia de un director de ejecución de obra cuando los defectos materiales causados al edificio hubiesen podido evitarse con su presencia.

No nos referimos al caso de que el director de ejecución de obra no haya comparecido en la obra haciendo dejación de sus funciones. En tal caso no ofrece duda que dicho técnico respondería personalmente por incumplimiento de sus obligaciones. A lo que nos referimos es al supuesto de que, debido a la sencillez constructiva o a una simple falta de previsión, la figura del director de ejecución no se hubiera contemplado para el desarrollo de una obra.

Debemos partir de que la presencia autónoma de un director de ejecución de obra no es obligatoria para poder edificar⁴⁷². De hecho, existen multitud de obras que se proyectan y ejecutan sin la intervención de este técnico, con la sola presencia de un proyectista, un director de obra y un contratista.

Por ello cabe plantearse qué ocurriría en el caso de que se llevase a cabo la construcción de un determinado edificio y, después, aflorasen daños por defectos achacables

⁴⁷¹ El promotor responde frente al propietario “*en todo caso*” de conformidad con el artículo 17.3 LOE. El análisis que planteamos tiene que ver con el posible alcance subjetivo de la responsabilidad a otros agentes de la edificación.

⁴⁷² Véase lo dispuesto en el artículo 13.3 *g* LOE.

a un deficiente control de los materiales utilizados o que pudieran haber sido evitados con una supervisión ordinaria de la ejecución de la obra.

En tal escenario y con cierta lógica, el director de obra podría oponer que los defectos detectados quedan fuera del ámbito de las atribuciones que la ley le reserva privativamente, para caer de lleno en el ámbito de atribuciones propio del técnico ausente.

Dicha posición podría verse reforzada por el tenor del artículo 13.3 *g* LOE, que contempla la posibilidad de que la dirección facultativa en su conjunto recaiga en la figura del director de obra “*si fuera ésta la opción elegida*”. Ello induce a pensar, a contrario, que si no constase tal elección el director de obra no asumiría las funciones propias del director de ejecución de obra.

Sin embargo, no parece ser esta la interpretación ofrecida por una de las escasas resoluciones que han abordado un caso semejante en la práctica de los tribunales. La SAP Sevilla de 30 de septiembre de 2004 [JUR 2004, 286241]⁴⁷³ imputa responsabilidad al director de obra por no haber exigido al *constructor*⁴⁷⁴ la presencia de un director de ejecución, al haberse puesto de manifiesto defectos que podrían haberse evitado con su presencia. Así se indica en el fundamento de derecho tercero de la sentencia:

⁴⁷³ CORDERO LOBATO (2011, 533) explica que el director de obra no tiene responsabilidad cuando el defecto se deba a una falta de vigilancia sobre la ejecución material o a la mala calidad de los materiales empleados, que son tareas incluidas entre las competencias del director de ejecución de la obra. No obstante, con cita de esta sentencia, indica que es obligación del director de obra exigir al constructor la presencia de un director de ejecución, de modo que responde como director superior de los defectos que hubieran podido evitarse con la presencia de aquél.

⁴⁷⁴ Aunque la sentencia no lo indica claramente, parece que el constructor operó también como vendedor en el caso enjuiciado y, por tanto, como promotor de las obras previas a esa venta. A este respecto, debe entenderse que no corresponde al constructor dar curso a la exigencia de proporcionar un director de ejecución de obra (sí le correspondería, sin embargo, proporcionar un jefe de obra conforme al artículo 11.2 *c* LOE). Por ello, cuando la sentencia indica que debió exigirse al *constructor* la presencia de un director de ejecución de obra no parece que sea en su condición de tal constructor sino, más bien, por su condición de *promotor*.

“En el hecho enjuiciado, observamos que la obra empezó con un aparejador, pero en el transcurso de la misma la obra no contaba con dicho técnico, que era el encargado de adecuar y dirigir la ejecución material. En tal circunstancia, el arquitecto debió exigir al constructor un nuevo aparejador para dirigir la ejecución material de las obras de acuerdo al proyecto, y al no haberlo efectuado, tiene responsabilidad al corresponderle la superior dirección de la obra, correspondiendo el control, vigilancia e inspección adecuada en la ejecución, dando las instrucciones y órdenes necesarias para la correcta labor constructiva, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo de 9 de Marzo y 3 de Abril de 2001, por lo que la responsabilidad del arquitecto se basa en una falta de diligencia en la dirección, al no vigilar las deficiencias fácilmente perceptibles, máxime cuando no existía aparejador”

Aunque podría considerarse que esta postura judicial se encuentra en las fronteras del principio de responsabilidad individualizada que proclama la LOE⁴⁷⁵, la citada doctrina resulta coherente con la exigencia de buena fe al director de obra en el cumplimiento de sus obligaciones y también resulta conforme con su *lex artis*.

En este sentido no debe olvidarse que el director de obra debe dar instrucciones al director de ejecución de obra para el buen fin de la misma, tal y como se desprende del artículo 13.2 c LOE, por lo que esta solución doctrinal no hace sino rechazar la posibilidad de que aquél trate de burlar las responsabilidades que corresponden a la dirección facultativa en materia de supervisión, apelando a una ausencia tolerada de uno de sus miembros en la obra.

⁴⁷⁵ La responsabilidad del director de obra, siguiendo esta doctrina, no se limitaría estrictamente al catálogo de atribuciones que la LOE le reserva en el artículo 12, sino que se extendería a las previstas para el director de ejecución de la obra en el artículo 13. El supuesto presentaría menos dudas si, en el caso concreto, tuvieran lugar otras circunstancias que implicasen una asunción tácita de las funciones del director de ejecución por parte del director de obra. Se daría ese caso, por ejemplo, si el director de obra hubiese realizado efectivamente actos concretos de control de la ejecución material o bien hubiera ensayado o controlado cuantitativa o cualitativamente los materiales durante la fase de ejecución, supliendo de esa manera la ausencia del director de ejecución de la obra.

La situación jurídica analizada, según consideramos, no tiene encaje en el ámbito de la responsabilidad por hecho ajeno en la medida en que el director de obra no está respondiendo por una acción u omisión materialmente imputable a un tercero –el director de ejecución de la obra–, sino por haber permitido su falta de intervención.

Lo que esta doctrina supone es una suerte de propagación de la responsabilidad del director de obra por hecho propio, al haber consentido en realizar sus propias funciones de director sin el apoyo e intervención del segundo miembro de la dirección facultativa.

En coherencia con este tipo de responsabilidad por hecho propio, no es concebible la posibilidad de ejercitar ninguna acción de repetición frente al director de ejecución de obra⁴⁷⁶ por una cuestión puramente ontológica, ya que nada se puede reclamar a un agente que no tomó parte ni existió en el proceso de edificación.

4.5.5. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO DE OTROS TÉCNICOS QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

La LOE no contempla expresamente otros supuestos específicos de responsabilidad por hecho ajeno que puedan afectar a técnicos distintos de los apuntados. No obstante, en el proceso de la edificación pueden darse situaciones en las que otros técnicos incurran en responsabilidad por hecho de otro que, normalmente, se resolverán por medio de las normas generales en esta materia.

⁴⁷⁶ Cuestión distinta sería la distribución de la responsabilidad interna entre director de obra y promotor. Parece que a ambos agentes se les puede reprochar por igual, desde sus respectivas posiciones, la conducta consistente en haber tolerado el desarrollo de la obra con ausencia de un miembro de la dirección facultativa. Nótese a este respecto que en la misma SAP Sevilla de 30 de septiembre de 2004 [JUR 2004, 286241], antes comentada, se razona que la responsabilidad del director de obra lo es por no haber exigido al “*constructor*” (*rectius*, promotor) la presencia del director de ejecución, dándose a entender, por tanto, que es exigible a dicho agente su presencia en coherencia con las funciones que se le asignan actualmente en el artículo 9 LOE. En consecuencia, ambos agentes serían corresponsables de aquellos vicios que pudieran haberse evitado con la presencia del técnico en cuestión.

4.5.5.1. Responsabilidad por hecho ajeno de los suministradores de producto

El artículo 15.3 a LOE establece que los suministradores de productos de construcción deberán realizar las entregas de acuerdo con las especificaciones del pedido y responderán de su origen, identidad y calidad, así como del cumplimiento de las exigencias que establezca la normativa técnica aplicable⁴⁷⁷.

Debe considerarse que, aunque el artículo 17.6 LOE establece la responsabilidad directa del constructor por los materiales adquiridos o aceptados por él, ello no obsta al hecho de que los suministradores deban responder también ante el propietario perjudicado⁴⁷⁸.

Estos suministradores de productos, que el artículo 15 LOE identifica como agentes de la edificación, no siempre podrán ser calificados como *técnicos*. Dentro del concepto amplio de suministrador que proporciona el precepto podrán merecer tal consideración los fabricantes y a veces, por su nivel de especialización, su grado de conocimiento e incluso por su formación sobre las características de los materiales que comercializan, también los vendedores o importadores, pero no necesariamente los almacenistas.

⁴⁷⁷ Nos remitimos a lo ya expuesto en el capítulo correspondiente a la responsabilidad del constructor por los materiales de construcción defectuosos, donde exponemos la posición del suministrador de producto como agente de la edificación y nos referimos a la coordinación normativa con el TRLGDCU.

⁴⁷⁸ Ello es así aunque el artículo 17 LOE no contenga una mención expresa a la figura del suministrador, por aplicación del propio artículo 17.1 en relación con el artículo 15 LOE. En este sentido lo entienden GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 425), LÓPEZ RICHART (2002, 10), CORDERO LOBATO (2011, 534) e igualmente CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 439) y, en la doctrina judicial, la SAP Murcia de 10 de noviembre de 2011 [JUR 2011, 422945]. En contra, GONZÁLEZ POVEDA (2008, 365) y, en la doctrina judicial, la SAP León de 5 de noviembre de 2003 [Ac 2003, 64], que niega la legitimación pasiva de los suministradores de producto frente al propietario perjudicado, si bien a tenor del artículo 1591 Cciv (fundamento de derecho tercero).

No obstante, la especial cualificación de los distintos tipos de suministrador de productos a efectos de su consideración como *técnico* no parece suponer el elemento diferenciador conforme al cual discriminar su responsabilidad⁴⁷⁹.

Más bien, todos los intervinientes en la cadena de comercialización que entreguen un producto defectuoso responderán frente al propietario perjudicado, aunque no hayan sido quienes originaron el defecto⁴⁸⁰.

Esta responsabilidad está concebida para facilitar la posición del perjudicado en detrimento de la cadena de intervinientes en el suministro del material defectuoso, de manera que aquél no tenga que verse en la tesitura de tener que acreditar en qué tramo de la cadena tuvo lugar el origen del problema. Además, esa posición acreedora también se ve favorecida al poder dirigirse frente a un amplio círculo de responsables cuyos patrimonios acumulados refuerzan la posición de solvencia de la parte deudora.

Se trata, por tanto, de una regla cuya virtualidad cobra sentido en la relación externa. No obstante ello no impide que, en la relación interna, pueda haber lugar a las correspondientes acciones de repetición de forma que el suministrador que no contribuyó a provocar el daño, si lo acredita, pueda quedar indemne en su patrimonio, o puedan establecerse cuotas desiguales de responsabilidad entre los distintos

⁴⁷⁹ Véanse, no obstante, los razonamientos de CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 514), para quienes el simple almacenista no puede merecer el mismo reproche que el resto de suministradores porque lo relevante, a efectos del artículo 15 LOE, es introducir en el mercado –fabricar o importar– y comercializar –vender– productos de construcción.

⁴⁸⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 248) señala que el artículo 15 LOE logra que todos los intervinientes en la cadena de comercialización del producto estén vinculados por la responsabilidad establecida en la LOE, aunque no tengan un contacto directo con el proceso edificatorio donde se empleen los productos, los cuales no necesariamente tienen por qué adolecer de un defecto de fábrica, sino que éste puede originarse en cualquier fase de la cadena de suministro.

En el mismo sentido, MONSERRAT VALERO (2008, 199-200).

suministradores. Esta circunstancia aproximaría la situación jurídica al ámbito de la responsabilidad por hecho ajeno⁴⁸¹.

4.5.5.2. Responsabilidad por hecho ajeno de los laboratorios y entidades de control de calidad de la edificación

El artículo 14 LOE incorpora dentro del catálogo del Capítulo III a las entidades y a los laboratorios de control de calidad en la edificación⁴⁸². En ambos casos se trata de

⁴⁸¹ No lo interpreta exactamente así MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 252), para quien el supuesto no ha de conceptuarse como un caso de responsabilidad por hecho ajeno. En opinión de esta autora el suministrador de producto responde aunque no haya causado las deficiencias, pero ello debe entenderse como una responsabilidad que se atribuye a todos los que han participado en la transmisión del producto. Se trataría, siguiendo esta tesis, de “una responsabilidad solidaria de los suministradores entre sí, fundada tal vez en haber contribuido a la comercialización de un producto deficiente”.

⁴⁸² Los laboratorios y las entidades de control tienen la condición de agentes de la edificación y se sujetan al régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE aunque el precepto no los mencione, tal y como señala ARNAU MOYA (2004, 262) razonando conforme a un criterio sistemático, o MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 259-260).

La misma opinión ha mantenido GARCÍA ALGUACIL (2002, 177) quien matiza que, aunque estos agentes pueden ser directamente demandados, no les resulta aplicable el régimen de presunción de responsabilidad que impone la LOE sino que compete al actor la prueba de que el daño proviene de un error imputable a la entidad.

CORDERO LOBATO (2011, 535) apunta que las entidades sólo responden si intervienen participando en el control de calidad de la fase de la edificación de la que derivan los daños cuando asesora a un agente de la edificación y, en el caso de los laboratorios, responden si los daños tienen su causa en los materiales, sistemas o instalaciones ensayados. Sin embargo, la entidad de control no responde cuando las deficiencias se producen en fases de la obra que no fueron controladas por éstas, citando la autora en apoyo de este argumento la SAP Barcelona de 11 de febrero de 2000 [Ac 2000, 4430] y la SAP Madrid de 16 de noviembre de 2009 [Ac 2010, 92].

En el detalle de estas sentencias observamos que, efectivamente, los tribunales discriminan la responsabilidad en la que pueden incurrir las entidades en función de cuál ha sido su campo de actuación. La SAP Madrid de 16 de noviembre de 2009 [Ac 2010, 92] lo indica claramente en su fundamento de derecho tercero: “ahora bien, a pesar de que la Ley de Ordenación de la Edificación regula la concurrencia en el proceso de las entidades y los laboratorios de control de la calidad de la edificación (art. 14), será preciso –a la hora de determinar las responsabilidades de éstos– cuál ha sido el campo de actuación sobre el que han actuado o se han propuesto actuar. Así lo impone el propósito de individualización de las responsabilidades recogido en el artículo 17.2 LOE”. Este razonamiento sirve para

agentes de la edificación de perfil técnico cuya función es la de prestar asistencia en determinadas materias⁴⁸³ al agente que les haya realizado el encargo, así como reportar los resultados de su actividad al responsable técnico de la recepción y aceptación de tales resultados en cada fase.

Su posición en la cadena de intervinientes en la edificación se sitúa prácticamente en uno de los extremos, bien sea por operar como una suerte de supervisor superpuesto a los agentes que ya desempeñan la función de supervisión, o bien por ser quienes proporcionan los resultados de ensayos o pruebas a los técnicos responsables.

No será frecuente que la cadena de intervinientes se extienda más allá de estos técnicos con ulteriores contrataciones pero, si así fuera, cabría la posibilidad de que estas respondieran por hecho ajeno, aunque siguiendo las normas generales que rigen para la subcontratación o, en su caso, para los dependientes.

4.5.5.3. La responsabilidad subsidiaria de los colegios profesionales por sus funciones de visado

No resulta clara la clasificación de los colegios profesionales como agentes de la edificación a efectos de poderles aplicar el régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE⁴⁸⁴.

absolver a la entidad en el caso concreto, al haber limitado su campo de actuación al control sobre determinados aspectos estructurales que serían objeto de responsabilidad decenal, pero no así a otros elementos que guardarían relación con los vicios de funcionalidad que afloraron en el supuesto enjuiciado.

⁴⁸³ Las entidades de control de calidad están capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable (artículo 14.1 LOE), mientras que los laboratorios están capacitados para prestar asistencia técnica mediante la realización de los ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra de edificación.

⁴⁸⁴ MONSERRAT VALERO (2008, 200-201) señala que es dudosa su consideración como tales agentes de la edificación.

La STS de 8 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9833], con fundamento en el artículo 1591 Cciv que resultaba de aplicación a aquel caso, negó la legitimación pasiva del colegio profesional por sus funciones de visado de proyecto siguiendo este razonamiento contenido en su fundamento de derecho tercero, basado en la ausencia de implicación directa de la corporación en la actividad constructiva:

“El segundo motivo de este recurso, amparado en el núm. 4º del art. 1692 LECiv, acusa infracción del art. 1591 CC y jurisprudencia que cita alegándose sustancialmente que este precepto «en caso alguno contempla la responsabilidad de un Colegio profesional derivada de su función visadora de proyectos».

Así es, en efecto, porque el primer párrafo del art. 1591, que es el de referencia, parte de la existencia de ruina de un edificio por «vicios de la construcción» y establece la responsabilidad decenal del contratista y el arquitecto, según las causas de la ruina, lo que presupone que se trata de personas directamente implicadas en la actividad constructiva, y lo mismo sucede respecto a la extensión jurisprudencial al promotor y a determinados técnicos siempre directamente involucrados en la obra y con facultades de control, en mayor o menor grado, de su realización, circunstancias que en modo alguno concurren en el Colegio profesional, que se limita a visar los proyectos sobre la base de lo consignado en los mismos”

El visado tiene por objeto la comprobación de los aspectos que figuran en el artículo 13.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales, y que alcanzan a la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo y la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional, de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo del que se trate.

Parece, por tanto, que la obligación que se impone al colegio en sus funciones de visado es de suficiencia documental y no de control técnico⁴⁸⁵. No obstante, debe considerarse que la corporación profesional sí podría ser considerada responsable en el caso de que los vicios fueran predecibles a simple vista del proyecto, lo que sintoniza con la responsabilidad subsidiaria que se impone en el artículo 13.3 de la mencionada Ley 2/1974⁴⁸⁶.

La responsabilidad en que pueda incurrir el colegio profesional como consecuencia de sus funciones de visado no es clasificable como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, aun cuando el origen del daño pueda residir en el proyecto defectuoso.

Lo que castiga el precepto es la conducta imputable al colegio por la inobservancia de sus propios deberes de comprobación documental, estableciendo una responsabilidad subsidiaria de la principal que corresponde al autor material del proyecto. Esta responsabilidad, en todo caso, no es exigible conforme al artículo 17 LOE sino conforme a la norma reguladora de los colegios profesionales, donde se encuentra contemplada.

⁴⁸⁵ La referencia a la integridad “*formal*” de la documentación induce a interpretar que no se exige un control de fondo sobre los documentos presentados, lo que se ve reforzado por el inciso final de este apartado que indica que el visado no comprenderá el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional.

⁴⁸⁶ El precepto establece que “*en caso de daños derivados de un trabajo profesional que haya visado el Colegio, en el que resulte responsable el autor del mismo, el Colegio responderá subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido ser puestos de manifiesto por el Colegio al visar el trabajo profesional, y que guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto*”. Este tenor permite interpretar que la obligación de comprobación que tiene el colegio tiene un alcance más amplio que el que afecta a la mera comprobación de suficiencia documental.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 440-441), en este sentido, señalan que si los vicios eran previsibles a la vista del proyecto (por ejemplo, porque no se observaban normas técnicas de obligado cumplimiento), el colegio profesional responde por ello, en armonía con lo establecido en el precepto aludido.

Conclusiones generales

I.- La responsabilidad por hecho ajeno no está configurada como un régimen de responsabilidad excepcional en nuestro ordenamiento. Más bien al contrario, la responsabilidad por hecho ajeno se ha consolidado con el paso del tiempo como una respuesta jurídica normalizada en la práctica de los tribunales como medio de superación de las limitaciones que ofrece el sistema elemental de la responsabilidad individual.

II.- Nuestro sistema legal no provee un sistema uniforme de responsabilidad por hecho ajeno, sino que coexisten distintos modelos en un entorno más o menos amplio de dispersión normativa.

En el ámbito empresarial y de las organizaciones complejas, donde cabe incardinar hoy en día a la industria de la construcción, los modelos básicos de responsabilidad por hecho ajeno son, fundamentalmente, el modelo de responsabilidad por culpa presunta del empresario, el modelo de responsabilidad del principal por sus auxiliares en el cumplimiento y el modelo de responsabilidad vicaria.

Junto a ellos se coloca el modelo de responsabilidad por riesgo de empresa que no es, en puridad, un sistema de responsabilidad por hecho ajeno, sino por hecho propio.

III.- Entre estos modelos, el modelo de responsabilidad por culpa presunta del empresario es el que sigue con carácter general nuestro código y el que ha recibido mayor atención doctrinal dentro de la categoría dogmática de la responsabilidad por hecho ajeno.

Este modelo está basado en un criterio de imputación por culpa del empresario en la elección o supervisión del dependiente y su fundamento positivo permite la exoneración de aquél si prueba haber desplegado la diligencia debida. Sin embargo, la jurisprudencia se ha asentado desde hace décadas en una posición de tendencia objetivista que hace impracticable la prueba de esa diligencia.

Lo anterior permite concluir que este modelo de responsabilidad subjetiva del principal por culpa presunta no se termina de amoldar a la realidad del tráfico en la sociedad y ofrece una respuesta poco natural, pues no cabe dar otra explicación al hecho de que la jurisprudencia haya tenido que vaciar de contenido práctico el párrafo VI del artículo 1903 CCiv para evitar la desprotección de la víctima.

Por otro lado, este modelo también ha sido objeto de revisión doctrinal por parte de algunos autores que consideran que el artículo 1903 Cciv no establece un verdadero sistema de responsabilidad por hecho ajeno a pesar de su apariencia, sino de responsabilidad por hecho propio, esto es, por infracción de los propios deberes de conducta que corresponderían, en este caso, al empresario.

En la opinión aquí seguida, el hecho de que el principal responda por culpa conforme al mecanismo del artículo 1903 Cciv no impide que el modelo pueda seguir concibiéndose como un sistema de responsabilidad por hecho ajeno, puesto que de otro modo carecería de sentido la regulación de la específica acción de repetición que contempla el artículo 1904 Cciv.

Sin embargo, la principal limitación que se aprecia en este sistema es que el principal nunca podrá repetir por el todo contra su dependiente negligente y, en consecuencia, el modelo no está diseñado para permitir, en ningún caso, la total indemnidad del empresario.

IV.- Aunque nuestro ordenamiento no contempla en el ámbito contractual una norma general parecida a la que existe para el ámbito extracontractual en el artículo 1903 Cciv, es aceptada de forma pacífica la existencia de un principio general de responsabilidad del deudor por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento de la prestación, que no se apoya tanto en la idea de culpa como en la de riesgo.

V.- El modelo de responsabilidad vicaria tiene su origen en los ordenamientos del *common law* y, aunque no es el seguido con carácter general por nuestro sistema, sí que existen supuestos concretos diseminados en nuestras leyes que obedecen a este esquema.

El modelo está configurado como un sistema de responsabilidad objetiva desde el punto de vista del principal, quien deviene responsable sin posibilidad de probar su ausencia de culpa ni su máxima diligencia para evitar el daño, y tiene el deber de indemnizar por el solo hecho de que su empleado, dependiente o auxiliar haya cometido un acto por el cual sea personalmente responsable frente al perjudicado.

Este modelo ofrece una respuesta más natural, en la que resulta innecesario recurrir a la ficción de que el principal ha incurrido en culpa propia para poder imputarle responsabilidad por hechos cuyo detonante causal es la conducta de un subordinado, auxiliar o dependiente.

Por ello, no resulta extraño que las tendencias actuales y comparadas sean proclives a favorecer un modelo de responsabilidad objetiva por hecho ajeno ni que, de hecho, la jurisprudencia española de las últimas décadas haya desarrollado una amplia doctrina orientada hacia la objetivación de la responsabilidad del principal, que contrasta con el fundamento positivo de nuestro modelo codificado.

VI.- Los casos particulares de responsabilidad por hecho ajeno regulados en la LOE no siguen todos ellos un mismo modelo de responsabilidad indirecta en los términos expuestos, ni tampoco se amoldan siempre a uno u otro modelo básico, sino que, en ocasiones, se asemejan a ellos o incorporan determinados elementos que permiten explicar su dinámica y su razón de ser.

Con carácter general, la LOE establece un sistema de responsabilidad legal que permite superar las tradicionales limitaciones de los planteamientos basados en una concepción contractual o extracontractual, y la responsabilidad se asienta sobre un principio de individualización que es compatible tanto con la responsabilidad por hecho propio como por hecho ajeno.

En la relación externa, la LOE establece un sistema de responsabilidad objetiva en el que no resulta relevante el criterio de culpa para hacer responder al agente de la edificación frente al propietario perjudicado. Ello permita la posibilidad, teórica y con

carácter general, de que el agente demandado pueda resarcirse por el todo mediante una acción de repetición.

VII.- Entre los diversos agentes de la edificación, el promotor inmobiliario asume el rol de garante del buen resultado final del edificio en la relación externa frente al propietario perjudicado, de forma que se le hace responder objetivamente y con independencia de su culpa. En su configuración, el régimen se aproxima al modelo de la responsabilidad vicaria.

Este estatuto peculiar del promotor cumple una función social de protección a los propietarios, considerados parte débil en el tráfico, cuya dimensión no tiene comparación con otros ordenamientos como el inglés que, con carácter general, sustenta los criterios de imputación con apoyo en los tradicionales ámbitos de la responsabilidad contractual y extracontractual. Por comparación con este ordenamiento, puede decirse que el derecho español es extraordinariamente protector de los derechos de los adquirentes de edificios en materia de responsabilidad por vicios constructivos.

Este oneroso régimen de responsabilidad para el promotor puede verse equilibrado en el ámbito de las relaciones internas, en las que dicho agente podrá repetir frente a los demás agentes responsables la cuota que no esté jurídicamente obligado a soportar.

Para dilucidar el alcance de la responsabilidad última del promotor en esta relación interna, habrá que atender a un criterio de imputación basado en su grado de contribución causal al daño.

De acuerdo con este criterio, el promotor únicamente podrá resarcirse por el todo y mantenerse indemne en su patrimonio en aquellos casos en los que quepa concluir que respondió por hecho ajeno frente al propietario perjudicado, y no en aquellos otros casos en los que haya respondido parcial o totalmente por hecho propio –lo que rara vez ocurrirá cuando el promotor sólo actúe en su condición de tal– ni tampoco en aquellos casos en los que haya respondido por hecho desconocido.

Por demás, el vigente concepto legal de promotor inmobiliario tiene amplitud suficiente como para integrar todas las variantes conocidas en la actualidad, incluidas las importadas de las prácticas internacionales y las que se han impuesto con más frecuencia después de la crisis económica iniciada en 2008 y que guardan una relación más estrecha con su faceta como inversor.

VIII.- El artículo 17.6 LOE regula los casos en los que el constructor responde por hechos causalmente imputables a determinados terceros. Sus párrafos primero y segundo contemplan los supuestos de responsabilidad del constructor por las personas dependientes y por sus subcontratistas independientes, respectivamente.

Según la opinión que he defendido en ambos casos, el fundamento de esta responsabilidad por hecho ajeno no se encuentra en la propia culpa del constructor en sus funciones de elección o supervisión, sino que tiene carácter objetivo y se anuda a la introducción voluntaria de determinados sujetos en el proceso de la edificación. Su régimen, por tanto, obedece al modelo de la responsabilidad del principal por sus auxiliares en el cumplimiento.

La nota común a los casos sujetos al artículo 17.6 I LOE es que las personas allí referidas –sea el jefe de obra o las demás personas físicas o jurídicas– se encuentran en situación de dependencia respecto del constructor. La responsabilidad por hecho ajeno del constructor en tales casos no obsta, según mi opinión, a que el perjudicado pueda ejercitar su acción directamente frente a los causantes materiales del daño, con excepción de los casos en los que esa dependencia sea laboral y tales empleados no asuman un rol específico como agentes de la edificación.

El constructor que responde conforme a este primer inciso dispone de una acción de repetición frente a los causantes materiales del daño, aunque la norma no la contemple de forma expresa, por analogía con las restantes acciones de responsabilidad por hecho ajeno previstas en el artículo 17 LOE cuando el demandado sea un agente de la edificación, y por analogía con la acción prevista en el artículo 1904 I Cciv cuando el demandado sea un empleado del constructor que no asuma un rol específico como agente de la edificación.

El caso contemplado en el artículo 17.6 II LOE es el de la responsabilidad por hecho ajeno del constructor respecto de un subcontratista que no se encuentra en situación de dependencia. En el ámbito de la relación interna, la propia norma contempla una específica acción de repetición que simplifica el debate al evitar tener que recurrir a la interpretación analógica para reconocer la existencia de tal acción.

En el ámbito de la relación externa, he defendido la legitimación pasiva directa del subcontratista ante el propietario perjudicado, a pesar de que esta opinión es contraria a la que mantiene la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.

IX.- Por su parte, el artículo 17.6 III LOE regula el grupo de casos en los que el constructor responde por los daños debidos a las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él. El fundamento de esta responsabilidad es próximo, aunque no idéntico, al expresado en los dos párrafos anteriores. Aquí ya no resulta tan clara la incardinación del supuesto como un caso de responsabilidad del principal por sus auxiliares, pero su sentido sí se explica igualmente en el ámbito de la relación externa, también prescinde del elemento culpabilístico como criterio de imputación y también está orientado a dotar de una mayor protección al propietario.

Igualmente, el inciso contempla una específica acción de repetición que confirma la naturaleza del supuesto como un caso de responsabilidad por hecho ajeno del constructor.

El perjudicado podrá dirigirse directamente frente al suministrador del producto defectuoso quien, en la opinión desarrollada, reúne la condición de agente de la edificación. No obstante, la atribución de responsabilidad al constructor por los productos defectuosos cumple precisamente la función de evitar que el perjudicado, para lograr su resarcimiento, se vea en la situación de tener que dirigirse frente a aquel sujeto originalmente causante del daño ante escenarios de especial dificultad para su identificación.

X.- Fuera de los casos contemplados en el artículo 17.6 LOE, la jurisprudencia ha prestado atención a otro grupo de casos en los que el constructor también responde por acontecimientos cuyo detonante causal se encuentra en la actuación de un tercero. En concreto, se trata de los casos en los que se declara la responsabilidad del constructor por no advertir de las consecuencias perjudiciales que habrían de seguirse de los errores de proyecto o de determinadas indicaciones de la dirección facultativa.

A pesar de lo que puede parecer en una primera aproximación, el constructor no responde ante estas situaciones por hecho ajeno sino por hecho propio, por infracción de su *lex artis*, y el criterio de imputación de responsabilidad no es objetivo como sucede con carácter general en el régimen de la LOE, sino de responsabilidad por culpa.

La generalización de esta doctrina puede provocar distorsiones que pueden ser solucionadas mediante la unificación de criterios en la práctica de los tribunales, sin necesidad de recurrir a reformas legislativas.

XI.- El artículo 17.5 II LOE regula la responsabilidad del proyectista por los daños cuyo origen se encuentra en la incorrección de determinados datos suministrados por un tercero contratado a tal fin. El supuesto se configura como un caso de responsabilidad legal por hecho ajeno compatible con el modelo de responsabilidad del principal por sus auxiliares en el cumplimiento.

En aquellos supuestos en los que el proyectista también haya contribuido de forma material y directa al origen del daño, la responsabilidad será en parte por hecho ajeno y en parte por hecho propio, de manera que no podrá repetir por el todo frente al profesional contratado, sino sólo por la parte que corresponda a su contribución en la generación del daño.

En la opinión que he defendido, el artículo 17.5 II LOE no ampara la responsabilidad del proyectista cuando no ha sido éste, sino el promotor, quien ha contratado los cálculos, estudios, dictámenes o informes erróneos con un tercero. En tales casos será el promotor

quien deba responder solidariamente frente al perjudicado por vía del artículo 17.3 LOE, en su caso, junto con el proveedor de los cálculos o la información errónea.

No obstante, esta postura, que tiene el respaldo de la doctrina científica, difiere de la interpretación más extendida en la práctica de los tribunales.

XII.- Por su parte, el artículo 17.7 II LOE contempla la responsabilidad del director de obra por los hechos del proyectista en aquellos casos en los que ambos roles no son asumidos por una misma persona.

Su fundamento reside en la relación externa y produce el efecto de ampliar el ámbito objetivo de la responsabilidad inicial del director de obra para simplificar la reclamación del propietario perjudicado.

En el ámbito de la relación interna que vincula al director de obra con el proyectista y conforme a la opinión aquí defendida, el artículo 17.7 II LOE se configura como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, aunque limitado a aquellos casos en los que el director de obra no haya podido razonablemente advertir los errores de proyecto. En tal caso, el director de obra podrá repetir la totalidad del coste soportado frente al proyectista.

En caso contrario, esto es, en caso de que los errores de proyecto pudieran haber sido razonablemente detectados por el director de obra, nos encontraremos ante un supuesto de responsabilidad por hecho propio tanto del director de obra como del proyectista, lo que impedirá que el director de obra pueda repetir la totalidad del coste soportado en la acción de repetición frente al autor material del proyecto.

XIII.- En la opinión aquí defendida, el artículo 17.7 I LOE, que regula la responsabilidad de la dirección facultativa por la veracidad y exactitud del certificado final de obra, no disciplina un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno sino propio, y su alcance no es mayor que el que ya se impone a los técnicos en los artículos 12 y 13 LOE para sus labores de supervisión y control.

XIV.- Los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno de los técnicos no se agotan con los casos mencionados. No son descartables las situaciones de responsabilidad por hecho ajeno en la relación interna de los proyectistas que han sido contratados conjuntamente para elaborar un proyecto común, ni en el caso de los directores de obra que han sido contratados conjuntamente para ejercer sus funciones, ni tampoco en los casos de colaboraciones parciales entre proyectistas.

En lo que respecta a la posición del director de ejecución de obra, su ámbito de responsabilidad por hecho propio tiene en la práctica unos contornos difusos que hacen difícil separar su intervención de la de otros agentes de la edificación, especialmente en lo que concierne a sus tareas de supervisión de la ejecución material de la obra.

En lo que atañe a sus obligaciones sobre el control de calidad de los materiales, su responsabilidad en la relación interna podrá ser por hecho propio, por hecho ajeno, o ambas, en función del caso concreto. El elemento diferencial en tales casos vendrá determinado por la fase en la que se haya producido el daño dentro de la cadena de fabricación y suministro del material definitivamente colocado en obra.

XV.- El tratamiento judicial que reciben hoy en día los casos de responsabilidad por hecho ajeno conforme a la LOE representa una manifestación más de que dicha norma sigue siendo objeto de debate doctrinal. A pesar de que su publicación tuvo lugar hace casi veinte años, la interpretación de la norma continúa siendo hoy una materia de actualidad.

Tabla de jurisprudencia

Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo

STS de 14 de marzo de 2018 [RJ 2018, 980]
STS de 15 de febrero de 2018 [RJ 2018, 570]
STS de 2 de febrero de 2018 [RJ 2018, 282]
STS de 27 de junio de 2017 [RJ 2017, 3197]
STS de 28 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5740]
STS de 3 de octubre de 2016 [RJ 2016, 4875]
STS de 1 de julio de 2016 [RJ 2016, 3160]
STS de 15 de junio de 2016 [RJ 2016, 2766]
STS de 13 de abril de 2016 [RJ 2016, 1492]
STS de 18 de febrero de 2016 [RJ 2016, 577]
STS de 17 de septiembre de 2015 [RJ 2015, 4006]
STS de 20 de mayo de 2015 [RJ 2015, 2256]
STS de 5 de mayo de 2015 [RJ 2015, 1566]
STS de 10 de abril de 2015 [RJ 2015, 1518]
STS de 19 de enero de 2015 [RJ 2015, 1029]
STS de 16 de enero de 2015 [RJ 2015, 277]
STS de 20 de mayo de 2014 [RJ 2015, 2256]
STS de 16 de enero de 2014 [RJ 2015, 277]
STS de 27 de diciembre de 2013 [RJ 2014, 1021]
STS de 24 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7859]
STS de 21 de octubre de 2013 [RJ 2014, 2493]
STS de 18 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7906]
STS de 14 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7806]
STS de 4 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7054]
STS de 24 de mayo de 2013 [RJ 2013, 4620]
STS de 27 de marzo de 2013 [RJ 2013, 3154]
STS de 22 de octubre de 2012 [RJ 2012, 11064]
STS de 11 de octubre de 2012 [RJ 2013, 2270]
STS de 10 de octubre de 2012 [RJ 2013, 1537]
STS de 26 de septiembre de 2012 [RJ 2012, 9337]
STS de 18 de septiembre de 2012 [RJ 2012, 9014]
STS de 2 de marzo de 2012 [RJ 2012, 4635]

STS de 27 de febrero de 2012 [RJ 2012, 4051]
STS de 27 de junio de 2012 [RJ 2012, 8014]
STS de 24 de abril de 2012 [RJ 2012, 6096]
STS de 19 de abril de 2012 [RJ 2012, 5908]
STS de 11 de abril de 2012 [RJ 2012, 5746]
STS de 20 de diciembre de 2011 [RJ 2011, 7329]
STS de 5 de diciembre de 2011 [RJ 2012, 29]
STS de 6 de abril de 2011 [RJ 2011, 3148]
STS de 14 de febrero de 2011 [RJ 2011, 441]
STS de 26 de octubre de 2010 [RJ 2010, 7605]
STS de 21 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 7134]
STS de 19 de julio de 2010 [RJ 2010, 6559]
STS de 14 de mayo de 2010 [RJ 2010, 3494]
STS de 5 de mayo de 2010 [RJ 2010, 5025]
STS de 22 de marzo de 2010 [RJ 2010, 2410]
STS de 26 de febrero de 2010 [RJ 2010, 1447]
STS de 23 de febrero de 2010 [RJ 2010, 4342]
STS de 22 de mayo de 2009 [RJ 2009, 3034]
STS de 27 de abril de 2009 [RJ 2009, 274]
STS de 27 de abril de 2009 [RJ 2009, 2899]
STS de 6 de febrero de 2009 [RJ 2009, 1369]
STS de 11 de diciembre de 2008 [RJ 2009, 671]
STS de 4 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 6950]
STS de 3 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 6946]
STS de 23 de octubre de 2008 [RJ 2008, 6043]
STS de 3 de julio de 2008 [RJ 2008, 4365]
STS de 14 de mayo de 2008 [RJ 2008, 3067]
STS de 13 de marzo de 2008 [RJ 2008, 4050]
STS de 27 de febrero de 2008 [RJ 2008, 2143]
STS de 11 de febrero de 2008 [RJ 2008, 1697]
STS de 20 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 9055]
STS de 20 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8664]
STS de 14 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 330]
STS de 13 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 329]
STS de 29 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 8654]
STS de 16 de octubre de 2007 [RJ 2007, 7102]
STS de 11 de octubre de 2007 [RJ 2007, 6489]
STS de 20 de junio de 2007 [RJ 2007, 3456]

STS de 24 de mayo de 2007 [RJ 2007, 3124]
STS de 8 de mayo de 2007 [RJ 2007, 2135]
STS de 13 de marzo de 2007 [RJ 2007, 1787]
STS de 22 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 399]
STS de 22 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 301]
STS de 14 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 8230]
STS de 24 de julio de 2006 [RJ 2006, 5137]
STS de 15 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 160]
STS de 13 de julio de 2005 [RJ 2005, 5098]
STS de 26 de mayo de 2005 [RJ 2005, 6300]
STS de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2743]
STS de 11 de febrero de 2005 [RJ 2005, 1920]
STS de 20 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 8131]
STS de 27 de septiembre de 2004 [RJ 2004, 6187]
STS de 10 de marzo de 2004 [RJ 2004, 898]
STS de 27 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1648]
STS de 25 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1635]
STS de 4 de noviembre de 2003 [RJ 2003, 8018]
STS de 29 de octubre de 2003 [RJ 2003, 7773]
STS de 21 de febrero de 2003 [RJ 2003, 2135]
STS de 31 de enero de 2003 [RJ 2003, 647]
STS de 12 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10978]
STS de 11 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9640]
STS de 8 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9833]
STS de 13 de mayo de 2002 [RJ 2002, 5705]
STS de 28 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 2874]
STS de 16 de julio de 2001 [RJ 2001, 5432]
STS de 22 de junio de 2001 [RJ 2001, 5074]
STS de 15 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3194]
STS de 5 de marzo de 2001 [RJ 2001, 2592]
STS de 9 de octubre de 2000 [RJ 2000, 9184]
STS de 25 de julio de 2000 [RJ 2000, 6475]
STS de 3 de julio de 2000 [RJ 2000, 6877]
STS de 31 de marzo de 2000 [RJ 2000, 2493]
STS de 10 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8862]
STS de 29 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10140]
STS de 20 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8413]
STS de 3 de julio de 1998 [RJ 1998, 5411]

STS de 9 de junio de 1998 [RJ 1998, 3717]
STS de 5 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1575]
STS de 26 de junio de 1997 [RJ 1997, 5149]
STS de 22 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2191]
STS de 6 de febrero de 1997 [RJ 1997, 681]
STS de 18 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7162]
STS de 3 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7006]
STS de 27 de mayo de 1996 [RJ 1996, 3920]
STS de 22 de junio de 1996 [RJ 1996, 6607]
STS de 3 de mayo de 1996 [RJ 1996, 3775]
STS de 16 de abril de 1996 [RJ 1996, 2954]
STS de 21 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2233]
STS de 26 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9399]
STS de 20 de junio de 1995 [RJ 1995, 4934]
STS de 15 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4237]
STS de 27 de abril de 1995 [RJ 1995, 3259]
STS de 3 de abril de 1995 [RJ 1995, 2930]
STS de 27 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2143]
STS de 11 de junio de 1994 [RJ 1994, 5227]
STS de 8 de febrero de 1994 [RJ 1994, 836]
STS de 28 de enero de 1994 [RJ 1994, 575]
STS de 23 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 10111]
STS de 4 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 9832]
STS de 29 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 9183]
STS de 29 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6659]
STS de 16 de abril de 1993 [RJ 1993, 2886]
STS de 17 de marzo de 1993 [RJ 1993, 2018]
STS de 10 de octubre de 1992 [RJ 1992, 7545]
STS de 8 de junio de 1992 [RJ 1992, 5168]
STS de 4 de junio de 1992 [RJ 1992, 4997]
STS de 16 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9715]
STS de 28 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7242]
STS de 1 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7522]
STS de 24 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6279]
STS de 30 de julio de 1991 [RJ 1991, 5424]
STS de 28 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 10377]
STS de 18 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 10286]
STS de 8 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7585]

STS de 22 de junio de 1990 [RJ 1990, 4861]
STS de 1 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1656]
STS de 19 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8843]
STS de 4 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8793]
STS de 22 de junio de 1989 [RJ 1989, 4776]
STS de 5 de junio de 1989 [RJ 1989, 1296]
STS de 20 de febrero de 1989 [RJ 1989, 1212]
STS de 14 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8444]
STS de 26 de marzo de 1988 [RJ 1988, 2478]
STS de 9 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1609]
STS de 29 de junio de 1987 [RJ 1987, 4828]
STS de 17 de junio de 1987 [RJ 1987, 4535]
STS de 13 de julio de 1987 [RJ 1987, 5461]
STS de 22 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 4781]
STS de 10 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2677]
STS de 22 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1468]
STS de 23 de noviembre de 1985 [RJ 1985, 5634]
STS de 20 de junio de 1985 [RJ 1985, 3625]
STS de 16 de junio de 1984 [RJ 1984, 3245]
STS de 13 de junio de 1984 [RJ 1984, 3236]
STS de 8 de junio de 1984 [RJ 1984, 3222]
STS de 5 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1200]
STS de 13 de febrero de 1984 [RJ 1984, 650]
STS de 7 de octubre de 1983 [RJ 1983, 5314]
STS de 30 de septiembre de 1983 [RJ 1983, 4690]
STS de 20 de febrero de 1981 [RJ 1981, 1007]
STS de 30 de diciembre de 1980 [RJ 1980, 4815]
STS de 17 de noviembre de 1980 [RJ 1980, 4206]
STS de 3 de octubre de 1979 [RJ 1979, 3236]
STS de 1 de abril de 1977 [RJ 1977, 510]
STS de 11 de octubre de 1974 [RJ 1974, 3798]
STS de 24 de marzo de 1952 [RJ 1952, 1209]

Sentencias de audiencias provinciales

SAP Barcelona de 2 de enero de 2018 [JUR 2018, 81878]
SAP Zaragoza de 17 de mayo de 2017 [JUR 2017, 164034]
SAP Guipúzcoa de 29 de marzo de 2017 [JUR 2017, 139028]

SAP Las Palmas de 29 de marzo de 2017 [JUR 2017, 146550]
SAP Tarragona de 28 de marzo de 2017 [JUR 2017, 204358]
SAP Barcelona de 21 de marzo de 2017 [JUR 2017, 158977]
SAP Madrid de 17 de febrero de 2017 [JUR 2017, 90696]
SAP Lérida de 30 de enero de 2017 [JUR 2017, 108582]
SAP La Coruña de 17 de enero de 2017 [JUR 2017, 28970]
SAP Zaragoza de 5 de enero de 2017 [JUR 2017, 23399]
SAP Zaragoza de 13 de diciembre de 2016 [JUR 2017, 6872]
SAP Zaragoza de 13 de diciembre de 2016 [JUR 2017, 6867]
SAP Zaragoza de 5 de diciembre de 2016 [JUR 2017, 5730]
SAP Barcelona de 12 de noviembre de 2016 [JUR 2016, 10069]
SAP Pontevedra de 10 de noviembre de 2016 [JUR 2016, 267527]
SAP La Rioja de 18 de julio de 2016 [JUR 2016, 209477]
SAP Pontevedra de 13 de junio de 2016 [JUR 2016, 184816]
SAP Islas Baleares de 10 de junio de 2016 [JUR 2016, 173188]
SAP Vizcaya de 2 de junio de 2016 [JUR 2016, 202976]
SAP La Coruña de 19 de mayo de 2016 [JUR 2016, 154046]
SAP Cádiz de 17 de mayo de 2016 [Ac 2016, 1236]
SAP Alicante de 11 de mayo de 2016 [JUR 2016, 213398]
SAP Vizcaya de 29 de abril de 2016 [JUR 2016, 141613]
SAP Las Palmas de Gran Canaria de 29 de febrero de 2016 [JUR 2016, 114965]
SAP Madrid de 17 de diciembre de 2015 [JUR 2016, 10698]
SAP Huesca de 27 de noviembre de 2015 [JUR 2016, 7900]
SAP Cantabria de 12 de noviembre de 2015 [JUR 2016, 35504]
SAP Málaga de 22 de octubre de 2015 [JUR 2016, 25596]
SAP Tarragona de 21 de octubre de 2015 [JUR 2016, 8132]
SAP Soria de 6 de octubre de 2015 [JUR 2015, 247497]
SAP Ciudad Real de 15 de julio de 2015 [JUR 2015, 193940]
SAP Pontevedra de 4 de junio de 2015 [JUR 2015, 164127]
SAP Salamanca de 5 de marzo de 2015 [JUR 2015, 100706]
SAP Islas Baleares de 11 de noviembre de 2014 [JUR 2015, 50792]
SAP Lérida de 10 de noviembre de 2014 [JUR 2015, 41989]
SAP Navarra de 12 de junio de 2014 [JUR 2014, 264821]
SAP Madrid de 5 de junio de 2014 [JUR 2014, 235431]
SAP Madrid de 13 de mayo de 2014 [JUR 2014, 238816]
SAP Sevilla de 13 de mayo de 2014 [JUR 2014, 221493]
SAP Zaragoza de 21 de abril de 2014 [JUR 2014, 151903]
SAP Barcelona de 8 de abril de 2014 [JUR 2014, 149653]

SAP La Coruña de 20 de noviembre de 2013 [Ac 2013, 2025]
SAP Barcelona de 17 de octubre de 2013 [JUR 2013, 356171]
SAP Zaragoza de 25 de junio de 2013 [JUR 2013, 249577]
SAP Madrid de 23 de noviembre de 2012 [JUR 2013, 10023]
SAP Islas Baleares de 4 de abril de 2012 [JUR 2012, 163018]
SAP Barcelona de 5 de marzo de 2012 [JUR 2012, 217593]
SAP Asturias de 5 de marzo de 2012 [JUR 2012, 91933]
SAP Huesca de 15 de febrero de 2012 [JUR 2012, 94192]
SAP Murcia de 10 de noviembre de 2011 [JUR 2011, 422945]
SAP Huelva de 15 de marzo de 2011 [JUR 2011, 228784]
SAP Las Palmas de 21 de febrero de 2011 [JUR 2011, 250775]
SAP Cáceres de 20 de octubre de 2010 [JUR 2010, 411694]
SAP Murcia de 29 de julio de 2010 [Ac 2010, 1164]
SAP Madrid de 30 de junio de 2010 [JUR 2010, 304120]
SAP Islas Baleares de 2 de diciembre de 2009 [JUR 2009, 43432]
SAP Madrid de 16 de noviembre de 2009 [Ac 2010, 92]
SAP Valencia de 20 de julio de 2009 [JUR 2009, 375038]
SAP Barcelona de 22 de junio de 2009 [Ac 2009, 1720]
SAP Gerona de 26 de noviembre de 2008 [JUR 2009, 144855]
SAP Málaga de 17 de marzo de 2008 [Ac 2008, 1302]
SAP Sevilla de 25 de septiembre de 2007 [JUR 2008, 49706]
SAP Asturias de 7 de octubre de 2005 [JUR 2005, 232932]
SAP Granada de 20 de septiembre de 2005 [JUR 2006, 163201]
SAP León de 3 de febrero de 2005 [JUR 2005, 77017]
SAP Sevilla de 30 de septiembre de 2004 [JUR 2004, 286241]
SAP Córdoba de 23 de marzo de 2004 [JUR 2004, 128158]
SAP León de 5 de noviembre de 2003 [Ac 2003, 64]
SAP Pontevedra de 26 de febrero de 2003 [JUR 2003, 181009]
SAP Soria de 30 de enero de 2003 [JUR 2003, 75930]
SAP Barcelona de 12 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 107118]
SAP Cantabria de 15 de noviembre de 2002 [Ac 2003, 440]
SAP Toledo de 28 de junio de 2000 [JUR 2000, 246038]
SAP Murcia de 29 de mayo de 2000 [Ac 2000, 1643]
SAP Islas Baleares de 2 de mayo de 2000 [Ac 2000, 2288]
SAP Barcelona de 11 de febrero de 2000 [Ac 2000, 4430]
SAP Murcia de 25 de mayo de 1999 [Ac 1999, 6155]
SAP Jaén de 19 de septiembre de 1997 [Ac 1997, 1859]

Jurisprudencia recaída en jurisdicciones del common law

- Jenson & Anor v Faux (Rev 1)* [2011] EWCA Civ 423
Consarc Design Ltd v Hutch Investments Ltd [2002] 84 Con. L.R., 36-59
Robt Jones (363 Adelaide Street) Pty Ltd v First Abbot Corporation Pty Ltd [1999] QCA 049, [24]-[25]
Bailey v Redebi Pty Ltd [1999] NSWSC 918, [45]
Corfield v Grant [1992] 59 B.L.R. 102-119
Lindenberg v Canning and Others [1992] 62 B.L.R. 40
Murphy v Brentwood D.C. [1991] 1 AC 398-475
D&F Estates Ltd v Church Commissioners for England and Wales [1989] AC 177
Townsend v Sims [1984] 27 B.L.R. 26
Kensington etc. Health Authority v Wetttern Composites [1984] 31 B.L.R. 50-70
Perry v Tendering District Council [1984] 30 B.L.R. 118
Anns v London Borough of Merton [1978] AC 728
Sutcliffe v Thackrah [1974] AC 727
Moresk Cleaners Ltd v Hicks [1966] 2 Lloyd's Rep. 338
Lister v Ranford Lee and Cold Storage Co. [1957] 2 Weekly Law Report 158
Stevenson v Macdonald [1952] 1 TRL 101-111
Donoghue v Stevenson [1932] AC 562
Rylands v Fletcher [1868] UKHL 1
Pickard v Smith [1861] 10 CBNS 470
Quarman v Burnett [1840] 6 M&W 499

Bibliografía

ABRIL CAMPOY, J.M. (2003), “La responsabilidad del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre)” en VVAA, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 1233 a 1250.

ADRIAANSE, J. (2016), *Construction Contract Law*, Palgrave Macmillan, Londres.

ÁLVAREZ OLALLA, P. (2002), *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Navarra.

– (2015), *El Tribunal Supremo aclara su doctrina relativa a la inaplicación del artículo 1974 CC en el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 11, consultado en versión electrónica, sin números de página.

AMAT LLOMBART, P. (2011), “Responsabilidad civil de los profesionales de la edificación. Garantías legales y aseguramiento” en VVAA, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Editum, Murcia, págs. 395 a 413.

ARNAU MOYA, F. (2004), *Los vicios en la construcción. Su régimen en el Código civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

ATAZ LÓPEZ, J. (2002), “Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)” en Caffarena Laporta, J./ Ataz López, J. – Coords.–, *Las obligaciones solidarias*, Jornadas de Derecho Civil en Murcia, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 75 a 162.

ATYIAH, P. S. (1967), *Vicarious liability in the law of torts*, Butterworths, Londres.

BAILEY, J. (2011), *Construction Law*, Informa Law, Londres.

BARCELÓ DOMÉNECH, J. (1995), *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid.

BELUCHE RINCÓN, I. (2010), *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial núm. 25, págs. 207 a 219.

BELUCHE RINCÓN, I./ MARTÍN SALAMANCA, S. (2016), “Capítulo 3. La responsabilidad por hecho ajeno” en Soler Presas, A./ Olmo García, P. –Coords.–, *Practicum daños 2017*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2000), *La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la reciente Ley de Ordenación de la Edificación*, Anuario de Derecho Civil núm. 2, pág. 405 y ss.

CADARSO PALAU, J. (1970), *El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1970*, Anuario de Derecho Civil núm. 3, págs. 670 a 677.

– (2000), *La responsabilidad de los constructores en la Ley de Ordenación de la Edificación*, El Consultor Inmobiliario núm. 7, pág. 3 a 10.

– (2003), “Gestores de proyecto, arquitectos y Ley de Ordenación de la Edificación” en VVAA, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 1525 a 1538.

CAFFARENA LAPORTA, J. (2015), “Artículos 1137 a 1148” en Paz-Ares Rodríguez, C./ Bercovitz Rodríguez-Cano, R./ Díez-Picazo Ponce de León, L./ Salvador Coderch, P. –Dirs.–, *Comentario del Código civil*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

CARRASCO PERERA, Á. (2002), *La jurisprudencia post-LOE: ¿Ha cambiado algo en el régimen de responsabilidad por ruina?*, Aranzadi Civil núm. 21, pág. 15 y ss.

– (2004), “Artículo 1101” en Albaladejo, M. –Dir.–, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Volumen 1, Edersa, Madrid, consultado en versión electrónica, sin números de página.

– (2006), *Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina*, InDret núm. 320.

CARRASCO PERERA, Á./ CORDERO LOBATO, E./ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012), *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Aranzadi, Navarra.

CARRASCO PERERA, Á./ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2006), *Una introducción jurídica al Código Técnico de la Edificación*, InDret núm. 358.

CASTRO BOBILLO, J.C. (2001), *Del artículo 1591 del Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Actualidad Civil núm. 12, Editorial La Ley, del 19 al 25 de marzo de 2001, consultado en versión electrónica, sin números de página.

CAVANILLAS MÚGICA, S. (1987), *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra.

– (1992), “Primera Parte. La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Derecho sustantivo” en Cavanillas Múgica, S./ Tapia Fernández, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, págs. 3 a 161.

– (2004), “Responsabilidad por hechos ajenos” en Márquez de Prado, J. –Ed.–, *Responsabilidad civil “ex delicto”*, Cuadernos de Derecho Judicial, págs. 103 a 145.

CORDERO LOBATO, E. (2000), “Artículo 17. Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación” en Carrasco Perera, Á./ Cordero Lobato, E./ González Carrasco, M.C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Navarra, págs. 293 a 350.

– (2008), *El CTE como norma jurídica. A propósito de la eficacia jurídica y los límites del RD 314/2006*, Thomson-Aranzadi, Navarra.

– (2011), “Parte III. Agentes de la edificación” en Carrasco Perera, Á./ Cordero Lobato, E./ González Carrasco, M.C., *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Navarra, págs. 381 a 489.

CRISTÓBAL MONTES, A. (1989), *La responsabilidad del deudor por sus auxiliares*, Anuario de Derecho Civil núm. 1, pág. 5 y ss.

DEL ARCO TORRES, M. A./ PONS GONZÁLEZ, M. (2003), *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales*, Comares/Urbanismo, Granada.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1979), *La responsabilidad civil hoy*, Anuario de Derecho Civil núm. 4, pág. 727 y ss.

– (2000), *Ley de Edificación y Código civil*, Anuario de Derecho Civil núm. 1, pág. 5 y ss.

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2006), *Algunas cuestiones sobre las responsabilidades en la construcción*, Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho y Vivienda, CGPJ, Madrid, pág. 135 y ss.

– (2011), *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Civitas, Madrid.

– (2016), “Artículo 1591” y “Artículo 1596” en Cañizares Laso, A./ De Pablo Contreras, P./ Orduña Moreno, J./ Valpuesta Fernández, R. –Dir. –, *Código civil comentado. Volumen IV. (Arts. 1445 al final)*, Civitas, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

FEMENIA LÓPEZ, P. J. (2000), *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, Tirant lo Blanch, Valencia.

– (2004), *La responsabilidad del arquitecto en la Ley de ordenación de la edificación*, Dykinson, Madrid.

FERNÁNDEZ COSTALES, J. (1977), *El contrato del arquitecto en la edificación*, Edersa, Madrid.

FLEMING, J. G. (1987), *The law of torts*, The Law Book Company Limited, Sydney.

FURST, S./ RAMSEY, V. (2012), *Keating on construction contracts*, Sweet&Maxwell, Londres.

GARFIELD, C./ AVENS, E. (2017), *Forward funding: borrowers, developers and financiers*, publicado originalmente en Butterworth's Journal of International Banking and Financial Law, enero 2017, y consultado en internet: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f3cf1483-514d-48df-8f6a-9bce2a84ead5>

GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2002), “Capítulo VII. Los criterios de imputación de los distintos agentes de la edificación: la delimitación de su ámbito de responsabilidad” en Ruiz-Rico Ruiz, J.M./ Moreno-Torres Herrera, M.L. –Coords.–, *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares/Urbanismo, Granada, págs. 157 a 180.

GARCÍA CANTERO, G. (1963), *La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código civil*, Anuario de Derecho Civil núm. 4, págs. 1053 a 1114.

GARCÍA MUÑOZ, O. (2003), *Exoneración de responsabilidad de los agentes de la construcción por vicios del suelo previsibles*, InDret núm. 173, Barcelona.
– (2004), *Vicios en la ejecución de obra, ¿quién responde?*, InDret núm. 239.

GARCÍA VARELA, R. (2008), *La responsabilidad por hecho ajeno*, Diario La Ley núm. 6874, Año XXIX, 1 de febrero de 2008, págs. 1597 a 1598.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. (2011), *El litisconsorcio pasivo necesario en el proceso sobre responsabilidad por daños en la edificación*, Práctica de Tribunales núm. 83, págs. 6 a 13.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. (2000), *Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación*, Revista Derecho Urbanístico núm. 177, pág. 13 y ss.

GÓMEZ CALLE, E. (2014), “Capítulo VI. Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno” en Reglero Campos, L. F./ Busto Lago, J. M. – Coord.—, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

– (2017), *La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado*, Anuario de Derecho Civil núm. 1, págs. 80 a 117.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1994), *La responsabilidad civil de los promotores, constructores, y técnicos por los defectos de construcción (Estudio del artículo 1591 del Código Civil y su problemática actual)*, Bosch, Barcelona.

GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2007-a), *Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad*, InDret núm. 490.

– (2007-b), *Solidaridad y Derecho de Daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Aranzadi, Navarra.

GÓMEZ POMAR, F. (2004), *Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría*, InDret núm. 193.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2007), *Subcontratación en la construcción y responsabilidad en cadena*, InDret núm. 398.

– (2011), “Capítulo 8. Proyecto” en Carrasco Perera, Á./ Cordero Lobato, E./ González Carrasco, M.C., *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Navarra, págs. 257 a 293.

GONZÁLEZ POVEDA, P. (2001), “III. Responsabilidades y garantías. La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación” en Sala Sánchez, P. – Coord.—, *Derecho de la edificación*, Bosch, Barcelona, págs. 235 a 298.

– (2008), “Capítulo IV. Responsabilidades y garantías” en García Varela, R. –Coord.— *Derecho de la Edificación*, Bosch, Barcelona, págs. 327 a 388.

GONZÁLEZ TAUSZ, R. (2000), *El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm. 661, pág. 2691 a 2726.

– (2010) *La promoción inmobiliaria encubierta: un fraude de ley*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm. 717, págs. 93 a 124.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2015), *Cuando el empresario responde casi solo por el hecho de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm. 750, págs. 2342 a 2364.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2009), *La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación*, Revista de Derecho Patrimonial núm. 23/2009, Aranzadi, Navarra.

– (2016), “Capítulo 8. La responsabilidad en el sector de la construcción” en Soler Presas, A./ Olmo García, P. –Coords.–, *Practicum daños 2017*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2002), *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, Civitas, Madrid.

HERRERA CATENA, J. (1974), *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, volumen 1, Granada.

– (1977), *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, volumen 2, Granada.

– (1983), *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, volumen 1, Granada.

JIMÉNEZ MORAGO, J.T. (2001), *Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación: ¿Subsiste el artículo 1591 CC?*, La Ley núm. 5389, jueves 4 de octubre de 2001, consultado en versión electrónica, sin números de página.

JORDANO FRAGA, F. (1994) *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid.

LACRUZ BERDEJO, J. L./ SANCHO REBULLIDA, F./ LUNA SERRANO, A./ DELGADO ECHEVERRÍA, J./ RIVERO HERNÁNDEZ, F./ RAMS ALBESA, J. (2002), *Elementos de Derecho Civil. I Parte General, Vol. I*, Dykinson, Madrid.

– (2005), *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*, Vol. II-2, Dykinson, Madrid.

LARROSA AMANTE, M. A. (2011) *Problemas específicos de la intervención provocada del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*", *Práctica de Tribunales* núm. 83.

LÓPEZ RICHART, J. (2003), *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la LOE*, Dykinson, Madrid.

– (2002), *La responsabilidad derivada de la utilización de materiales defectuosos en la construcción*, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 37, págs. 3 a 18.

LUCAS FERNÁNDEZ, L. (2004), "Artículo 1591" y "Artículo 1596" en Albaladejo, M. –Dir.–, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, Volumen 2, Edersa, Madrid, consultado en versión electrónica, sin números de página.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. (2003), "El promotor, garante y responsable de la edificación" en VVAA, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 2443 a 2454.

MARTÍ FERRER, M. (2000), *La Ley de Ordenación de la Edificación: el punto de vista del promotor*, *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 177, págs. 67 y ss.

MARTÍN CASALS, M./ SOLÉ FELIU, J. (2003) "Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law" en Spier, J –Ed.–, *Unification of tort law: liability for damage caused by others*, Kluwer Law International, La Haya, págs. 217 a 229.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2003), *Concurrencia de responsabilidades en los agentes que intervienen en el proceso de edificación*, tesis doctoral, Universidad de Valladolid.

– (2007), *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Lex Nova, Valladolid.

– (2015), *Análisis práctico de la responsabilidad por defectos de construcción*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

MASON, J. (2016), *Construction Law: from beginner to practitioner*, Routledge, Londres.

MILÀ RAFEL, R. (2009), *Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda*, InDret núm. 617.

– (2014-a), *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas*, Aranzadi, Navarra.

– (2014-b), *Intervención provocada, costas y relevancia de la actitud procesal de la parte actora en los procesos sobre responsabilidad por vicios constructivos*, Revista CESCO de Derecho de Consumo núm. 10/2014.

– (2016), *Cinco cuestiones sobre el régimen de responsabilidad por vicios constructivos de la Ley de Ordenación de la Edificación resueltas por el Tribunal Supremo en el bienio 2013-2015*, Revista CESCO de Derecho de Consumo núm. 16/2016.

MONSERRAT VALERO, A. (2008), *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, Difusión Jurídica, Madrid.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L. (2002), “Capítulo VIII. Los plazos de garantía y el juego de la prescripción” en Ruiz-Rico Ruiz, J.M./ Moreno-Torres Herrera, M.L.

–Coords.–, *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares/Urbanismo, Granada, págs. 181 a 264.

MORÉTEAU, O. (2008), “Capítulo 6. La responsabilidad por otros” en Martín-Casals, M. –Coord.–, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, págs. 157-166

ORTÍ VALLEJO, A. (2013), “La responsabilidad civil por defectos constructivos en la Ley de Ordenación de la Edificación” en Sánchez Ruiz de Valdivia, I./ López García de la Serrana, J. –Coords.–, *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

– (2014), “La responsabilidad civil en la edificación” en Reglero Campos, L. F./ Busto Lago, J. M. –Coord.–, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

PANTALEÓN PRIETO, F. (2001), *Responsabilidades y garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación*, II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro. Conferencia publicada en internet: <http://civil.udg.edu/cordoba/pon/pantaleon.htm>

PARRA LUCÁN, M.A. (2009), “Artículo 1903” en Pasquau Liaño, M. –Dir.–, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, Tomo III, Comares, Granada, pág. 3924 y ss.

– (2015), “Artículo 136” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. –Coord.–, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

– (2016), “Capítulo 27. Responsabilidad civil extracontractual” y “Capítulo 29. Responsabilidad por hecho ajeno” en Martínez de Aguirre Aldaz, C. –Coord.–, *Curso de Derecho Civil (II), Volumen II. Contratos y Responsabilidad Civil*, Edisofer, Madrid, págs. 374 a 379 y 440 y ss.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (1981), *La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del derecho)*, Anuario de Derecho Civil núm. 3, págs. 601 y ss.

PÉREZ-CABALLERO ABAD, P. (2017), *La responsabilidad del projectista por la intervención de otros técnicos en el proceso de la edificación*, InDret núm. 4/2017.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. (2011), *La intervención procesal. Especial consideración de la previsión contemplada en la disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación*, Práctica de Tribunales núm. 83.

PORTO REY, E. (2000), *Aspectos técnicos de la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación*, Montecorvo, Madrid.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2014), “La prescripción de las acciones en la Ley de Ordenación de la Edificación: una lectura desde la jurisprudencia” en VVAA, *La prescripción extintiva*, XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 495 a 511.

REGLERO CAMPOS, L. F. (2014), “Capítulo I. Conceptos generales y elementos de delimitación” y “Capítulo II. Los sistemas de responsabilidad civil”, capítulos actualizados por Peña López, F., en Reglero Campos, L. F./ Busto Lago, J. M. –Coord.–, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

REGLERO CAMPOS, L. F./ MEDINA ALCOZ, L. (2014) “Capítulo V. El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, capítulo actualizado por Medina Alcoz, L. y Domínguez Martínez, P., en Reglero Campos, L. F./ Busto Lago, J. M. –Coord.–, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

REVERTE NAVARRO, A. (2003), “Notas sobre el arquitecto, jurisprudencia del Tribunal Supremo y Ley de Edificación” en VVAA, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 2847 a 2867.

ROCA TRÍAS, E. (1998), *La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil*, Anuario de Derecho Civil núm. 1, pág. 7-39.

ROGERS, W.V.H. (1994), *The law of tort*, Sweet & Maxwell, Londres.

– (2003) “Liability for Damage Caused by Others under English Law” en Spier, J – Ed.–, *Unification of tort law: liability for damage caused by others*, Kluwer Law International, La Haya. Pág. 63 a 84.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (2002), “Capítulo I. La responsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil como antecedente de la Ley de Ordenación de la Edificación: su fundamento y las reglas básicas de su funcionamiento”, “Capítulo VI. La responsabilidad por vicios o defectos constructivos en la LOE: sus caracteres básicos” y “Capítulo VII. Los criterios de imputación de los distintos agentes de la edificación: la delimitación de su ámbito de responsabilidad” en Ruiz-Rico Ruiz, J.M./ Moreno-Torres Herrera, M.L. –Coords.–, *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares/Urbanismo, Granada, págs. 5 a 14, 87 a 109 y 131 a 157.

SALAS CARCELLER, A. (2015), *La prescripción de la acción de responsabilidad frente a los agentes de la edificación en relación con los vínculos de solidaridad*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 10, consultado en versión electrónica, sin números de página.

SALINERO ROMÁN, F. (2004), *La incidencia de la LOE en los criterios jurisprudenciales interpretativos del art. 1591 del Código civil*, Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación, Estudios de Derecho Judicial núm. 47, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 175 a 204.

SALVADOR CODERCH, P. (2015), “Artículo 1591” y “Artículo 1596” en Paz-Ares Rodríguez, C./ Bercovitz Rodríguez-Cano, R./ Díez-Picazo Ponce de León, L./ Salvador Coderch, P. –Dirs.–, *Comentario del Código civil*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

SALVADOR CODERCH, P. *et alii.* (2002), *Respondeat Superior I*, InDret núm. 79.

SALVADOR CODERCH, P./ FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2006), *Causalidad y responsabilidad*, InDret núm. 329.

SALVADOR CODERCH, P./ GAROUPA, N./ GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2005), *El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva*, InDret núm. 309.

SALVADOR CODERCH, P./ GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2002), *Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización*, InDret núm. 88.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, J. A. (2013), *La intervención provocada de la disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tesis Doctoral, Universidad de Huelva.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2003), “Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos” en VVAA, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 1201 a 1232.

SANTOS BRIZ, J. (1997), *La responsabilidad por hecho ajeno. Su proyección en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y en el nuevo Código Penal*, Revista de Derecho Privado, mayo de 1997, Edersa, Madrid, págs. 339 a 350.

SANTOS MORÓN, M.J. (2001), “Artículo 17. Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación” en Parejo Alfonso, L. –Dir.–, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tecnos, Madrid, págs. 317 a 355.

SEIJAS QUINTANA, J.A. (2000), “La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación” en Fernández Valverde, R./ Díez Delgado, J. –Dirs.–, *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*, Estudios de Derecho Judicial núm. 27, Consejo General del Poder Judicial, págs. 89 a 139.

SEOANE SPIEGELBERG, J. L. (2018), “Las acciones de regreso y subrogación en reclamaciones de responsabilidad civil” en Herrador Guardia, M. J. –Dir.–,

Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales, Lefevbre-El Derecho, Madrid, págs. 183 a 239.

SLAPPER, G./ KELLY, D. (2015), *The English legal system*, Routledge, Londres.

SOLÉ FELIÚ, J. (2012), *Responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Reus, Madrid.

STEELE, J. (2010), *Tort Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Nueva York.

TAPIA FERNÁNDEZ, I. (1992), “Segunda Parte. Tratamiento procesal de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual. Una teoría general sobre la identificación de las acciones y su acumulación en el proceso” en Cavanillas Múgica, S./ Tapia Fernández, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, págs. 165 a 298.

TRIMARCHI, P. (1961), *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè Editore, Milán.

TORRALBA SORIANO, O. (1971), *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, Anuario de Derecho Civil núm. 4, pág. 1143 a 1166.

TORRES MATEOS, M. A. (2007), *Ruina y vicios no ruinógenos: doctrina general y modalidades*, Thomson-Aranzadi, Navarra.

TYAS, J.G.M. (1982), *Law of torts*, M&E Handbooks, Londres.

VARGAS BENJUMEA, I. (2007), *La responsabilidad del promotor en el proceso de la edificación*, El Consultor Inmobiliario núm. 76, págs. 3 a 40.

VICENTE DOMINGO, E. (2000), *Régimen actual de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el*

artículo 1591 del Código Civil?, Actualidad Civil núm. 37, semana del 9 al 15 octubre 2000, consultado en versión electrónica, sin números de página.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001), *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid.

– (2006), *Apuntes sobre la responsabilidad civil de los intervinientes en la construcción*, Revista Española de Seguros núm. 128, págs. 636 a 649.

ZELAYA ETCHEGARAY, P. (1995), *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Aranzadi, Navarra.