

**CINCO CUESTIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR VICIOS
CONSTRUCTIVOS DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN
DECIDIDAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN EL BIENIO 2013-2015**

Rosa Milà Rafel

*Investigadora Juan de la Cierva-Incorporación
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 7 de diciembre de 2015

Tras dieciséis años de vigencia de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, siguen plantándose ante los tribunales controversias sobre la interpretación y alcance del régimen de responsabilidad de los agentes de la edificación por vicios o defectos constructivos de los artículos 17 y 18 de la Ley. Este trabajo presenta una selección de los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes de la Sala Primera del Tribunal Supremo durante el bienio 2013-2015, que se han agrupado en cinco cuestiones. En particular, las principales cuestiones sobre las que se ha pronunciado el Tribunal Supremo son las siguientes:

1. Coordinación del régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE con otros regímenes de responsabilidad

La primera cuestión es la relativa a la coordinación del régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE con otros regímenes de responsabilidad por daños derivados de vicios o defectos constructivos. De acuerdo con el Tribunal Supremo, el régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE es, por un lado, incompatible con el régimen del artículo 1591.I CC y, por el otro, compatible con la responsabilidad contractual de los artículos 1101 y ss. y 1124 CC. En el período mencionado el Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido en:

La STS, 1ª, 4.10.2013 (RJ 2013\7054; MP: Francisco Javier Orduña Moreno), que rechaza la aplicación retroactiva del plazo de prescripción del artículo 18 LOE, en un caso en el que se discutía la responsabilidad por vicios constructivos de los agentes intervinientes en la construcción de un edificio con licencia de edificación solicitada con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, si bien la acción había sido ejercitada con posterioridad a aquella fecha. El Tribunal Supremo declara “el régimen de responsabilidad por ruina y el de la LOE...distintos e incompatibles”. Estos regímenes

tienen ámbitos de aplicación temporal diferenciados que vienen establecidos por la disposición transitoria 1ª LOE: los artículos 17 y 18 LOE son aplicables a las edificaciones con solicitud de licencia a partir de la entrada en vigor de la Ley, mientras que el artículo 1591.I CC se reserva para las construcciones anteriores. Esta resolución confirma la doctrina establecida en las SSTS, 1ª, 22.3.2010 (RJ 2010\2410) y 19.4.2012 (RJ 2012\5908).

La STS, 1ª, 27.12.2013 (RJ 2014\1021; MP: Ignacio Sancho Gargallo) rechaza la aplicación del artículo 1591.I CC a la responsabilidad de los agentes que participaron en la construcción de un edificio con licencia de edificación posterior a la entrada en vigor de la LOE. De acuerdo con el Alto Tribunal, ello es así, a pesar de que los daños no fueran indemnizables conforme a la LOE, ya sea porque se hubieran manifestado fuera de los plazos de garantía o porque hubieran sido reclamados fuera del plazo de prescripción. En la sentencia, el Tribunal Supremo parece optar por la tesis favorable a la derogación del artículo 1591.I CC, al afirmar que la LOE “no ha venido a superponer el régimen anterior de responsabilidad por ruina del art. 1591 CC,... sino a sustituirlo, sin perjuicio de la subsistencia de las acciones de responsabilidad civil contractual” (FD 17º). En este último inciso el Tribunal Supremo reconoce la compatibilidad del régimen del artículo 17.1 LOE con las pretensiones que los perjudicados puedan tener contra los agentes de la edificación por incumplimiento contractual, incluso en los casos en los que el tipo de daño sufrido coincida con los daños cubiertos por la LOE (en el mismo sentido véanse las anteriores SSTS, 1ª, 2.3.2012 (RJ 2012\4635) y 11.10.2012 (RJ 2013\2270)).

2. Cuestiones jurídicas que plantea la intervención provocada de un tercero en el proceso en virtud de lo previsto en el artículo 14.2 LEC y la disposición adicional séptima LOE

En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ocupado de diferentes cuestiones jurídicas que plantea la intervención provocada de un tercero no demandado que ha sido llamado al proceso por el agente demandado, en virtud de lo previsto en el artículo 14.2 LEC y la disposición adicional séptima LOE. En particular, el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre:

El estatuto procesal que asume el tercero interviniente en el proceso. Las SSTS, 1ª, 24.10.2013 (RJ 2013\7859; MP: José Antonio Seijas Quintana); 27.12.2013 (RJ 2014\1021; MP: Ignacio Sancho Gargallo) y 9.9.2014 (RJ 2014\5546; MP: Sebastián Sastre Papiol) confirman la doctrina jurisprudencial sentada en la STS, 1ª, Pleno, 26.9.2012 (RJ 2012\9337). De acuerdo con estas sentencias, la actitud procesal de los propietarios demandantes determina el estatuto procesal del tercero interviniente.

Si en el trámite de audiencia, en el que el actor puede alegar lo que considere conveniente en relación con la solicitud de intervención, aquel no ejercita acción o pretensión alguna frente al tercero, solicitando de manera expresa su condena, el emplazamiento del tercero no equivale a la ampliación forzosa de la demanda. En este caso, el tercero interviniente, desde un punto de vista formal, dispone de las mismas oportunidades de alegación y defensa que la LEC concede a las partes, pero, desde un punto de vista material, no es parte demandada y la sentencia que se dicte no le puede condenar, ni absolver. Ahora bien, el tercero únicamente queda vinculado en un eventual y posterior procedimiento por las declaraciones que se hagan en la sentencia en relación con su actuación en el proceso constructivo. Esta tesis se funda en los principios, reconocidos en la LEC, de justicia rogada o dispositivo y de aportación de pretensiones (art. 216) y de congruencia de la sentencia (art. 218). Además, de acuerdo con la STS, 1ª, 9.9.2014 (RJ 2014\5546) si la sentencia de instancia no aplica esta doctrina y condena a los terceros intervinientes, a pesar de que el actor no haya ejercitado una pretensión frente a los mismos, el Tribunal Supremo puede intervenir de oficio para declarar la nulidad de los pronunciamientos de condena de los terceros intervinientes contenida en la sentencia, recurrida en casación por uno de ellos.

El régimen de atribución de costas del tercero interviniente. La STS, 1ª, 27.12.2013 (RJ 2014\1021) resuelve, por primera vez, la cuestión relativa a quién asume y en qué supuestos las costas del tercero interviniente. Hasta el momento se trataba de una cuestión controvertida en las Audiencias Provinciales, debido a la insuficiencia de lo establecido en la regla 5ª del artículo 14.2 LEC, que únicamente es aplicable cuando “en la sentencia resultase absuelto el tercero”. De acuerdo con el Tribunal Supremo, si la parte actora no amplía la demanda frente el tercero interviniente, el demandado que lo llamó asume sus costas si lo hizo injustificadamente. La intervención provocada del tercero no estará justificada “si de la sentencia no se desprende su responsabilidad” (FD 22º). Con todo, considero que, en este último caso, excepcionalmente y con la debida motivación, el juez podrá estimar que en el momento en el que el demandado solicitó la intervención del tercero su responsabilidad presentaba “serias dudas de hecho o de derecho” (art. 394.1 LEC), en cuyo caso el tercero deberá soportar sus costas. Por el contrario, si la parte actora amplía la demanda frente el tercero, en la imposición de costas es de aplicación el criterio del vencimiento del artículo 394 LEC, con la particularidad que la absolución del tercero permitirá la imposición de las costas a quién solicitó su intervención conforme lo dispuesto en la regla 5ª del artículo 14.2 LEC.

La intervención provocada únicamente es procedente respecto a agentes mencionados en la LOE y en procedimientos en los que el actor ejerce la acción de responsabilidad del artículo 17 de la Ley. En este sentido, se pronuncia la STS, 1ª, 19.1.2015 (RJ 2015\1029; MP: Francisco Javier Orduña Moreno). En el caso, una empresa contrató a diferentes profesionales para construir cuatro naves en una finca de

su propiedad. Antes de finalizar la obra, una ellas se derrumbó. La aseguradora, tras indemnizar al propietario, demandó a los técnicos, solicitándoles la devolución de la cantidad pagada. Aquellos solicitaron la intervención provocada de la constructora y la subcontratista. El JPI condenó a los demandados y estimó que no cabía condenar o absolver a los terceros, si bien quedaban vinculados en los siguientes términos: exoneración de la constructora y responsabilidad de la subcontratista. La AP confirmó. El TS deja sin efecto el pronunciamiento de la SJPI relativo a la subcontratista, pues su intervención provocada al proceso no es procedente: no se trata de “una obra construida y recibida que permita la aplicación de la LOE”, por lo que la acción ejercitada por la aseguradora era contractual. La incorporación al proceso de los agentes no demandados se autoriza “exclusivamente para las acciones basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la citada Ley” y solo “para los agentes mencionados en la Ley, entre los que no se encuentra el subcontratista” (FD 2º).

3. Naturaleza de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación a los efectos de determinar el carácter propio o impropio de la misma y su incidencia sobre la prescripción de las acciones

Uno de los problemas que plantea la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación es la interrupción de la prescripción. ¿Suponen las actuaciones llevadas a cabo por los propietarios frente a uno de los agentes demandados (por ejemplo, el promotor), la interrupción de la prescripción, no sólo respecto con la reclamación de aquél, sino también en relación con la reclamación efectuada frente al resto de agentes (por ejemplo, el arquitecto o el aparejador)? El Tribunal Supremo examina esta cuestión en **las SSTS, 1ª, Pleno, 16.1.2015 (RJ 2015\277; MP: José Antonio Seijas Quintana) y 20.5.2015 (RJ 2015\2256; MP: Francisco Javier Orduña Moreno)**, en las que analiza la naturaleza de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación, regulada en el artículo 17 LOE, a los efectos de determinar el carácter propio o impropio de la misma y su incidencia sobre la prescripción de las acciones. La doctrina sentada en estas sentencias ha sido aplicada por las posteriores **1ª, 17.9.2015 (resolución 3824/2015; MP: José Antonio Seijas Quintana) y 1ª, 17.9.2015 (resolución 3834/2015; MP: José Antonio Seijas Quintana)**.

Regla aplicable a la interrupción de la prescripción en la solidaridad propia y en la solidaridad impropia. El artículo 1974, párrafo primero, CC establece la regla aplicable a las obligaciones solidarias: “la interrupción de la prescripción de acciones...perjudica por igual a todos los...deudores”, es decir, “la reclamación del

acreedor contra cualquiera de los codeudores interrumpe la prescripción de todos”¹. Según jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, establecida por primera vez en la STS, 1ª, Pleno, 14.3.2003 (RJ 2003\3645), esta regla únicamente es aplicable a las **obligaciones solidarias en sentido propio** -aquellas previstas en el artículo 1137 CC y ss., cuyo carácter solidario deriva de una norma legal o un pacto previo de las partes-. En las **obligaciones solidarias en sentido impropio u obligaciones *in solidum***, -que dimanen de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido en su producción, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades-, no son aplicables todas las reglas previstas para la responsabilidad propia y, en especial, la regla del párrafo primero del artículo 1974 CC. En consecuencia, “la interrupción de la prescripción instada por la víctima del daño contra uno de los potenciales corresponsables solidarios no perjudica al resto, cuyos plazos de prescripción corren independientemente”². Con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, esta era la regla aplicable a los efectos de la interrupción de la prescripción en la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación por ruina *ex* artículo 1591.I CC. Pues la solidaridad, calificable de impropia, tenía su origen en la sentencia que la declaraba cuando no era posible la identificación de la causa origen de la ruina o no era posible concretar la participación de cada uno de ellos en la causación del resultado.³

Naturaleza de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación regulada en el artículo 17 LOE y su incidencia sobre la prescripción de las acciones. De acuerdo con las sentencias citadas del Tribunal Supremo, cabe distinguir entre la responsabilidad solidaria:

- i. **Del promotor** (art. 17.3, *in fine*, LOE): que es una solidaridad propia, pues nace de la propia Ley, la cual establece una “obligación solidaria inicial”. A diferencia del resto de agentes de la edificación, la LOE establece la responsabilidad solidaria del promotor junto con el agente o los agentes de la edificación a los cuales les sea imputable el daño, en todo caso. Es decir, incluso cuando en el juicio se determine la causa de los daños, estos se imputen a la actuación de uno o varios agentes de la edificación y se fije el grado de intervención de cada uno de ellos en la causación del daño. Además, el promotor responde solidariamente con independencia de la forma de distribución de la responsabilidad entre el resto de agentes de la edificación condenados. En consecuencia, en aplicación de la regla del artículo 1974, párrafo primero, CC, la acción contra cualquiera de los agentes

¹ Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 129.

² GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, op. cit., p. 133.

³ Véase en la jurisprudencia reciente la STS, 1ª, 30.7.2008 (RJ 2008\4639).

de la edificación, interrumpe el plazo de prescripción respecto al promotor, pero, por los motivos que se exponen a continuación, no a la inversa.

- ii. **De los proyectistas cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista y de los directores de obra por los daños imputables a la actuación conjunta con aquellos con quien fueron contratados** (art. 17.5 LOE): en este caso también estamos ante una solidaridad propia, establecida en la LOE como una “obligación solidaria inicial”. En consecuencia, cuando la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, el plazo se interrumpe respecto del otro director o proyectista, pero no respecto del resto de agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos “en todo caso”.

- iii. **Del resto de agentes de la edificación** (art. 17.3, *ab initio*, LOE): por regla general, la responsabilidad de los agentes de la edificación –excluida la del promotor– es parciaria (artículo 17.2 LOE), por lo que cuando los daños sean imputables a más de un agente, cada uno de ellos responderá en función de su grado de intervención en la causación de los mismos. Excepcionalmente, su responsabilidad es solidaria “cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido” (artículo 17.3, *ab initio*, LOE). La LOE recoge en este punto la jurisprudencia que el Tribunal Supremo instauró bajo la vigencia del artículo 1591.I CC, lo que ha creado una confusión en las Audiencias Provinciales sobre la naturaleza jurídica de esta solidaridad. De acuerdo con el Tribunal Supremo: “se podrá sostener que la solidaridad ya no puede calificarse en estos casos de impropia puesto que con la Ley de Ordenación de la Edificación no tiene su origen en la sentencia, como decía la jurisprudencia, sino en la Ley. Lo que no es cuestionable es que **se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 CC**”. En consecuencia, el Tribunal Supremo declara que se mantiene la regla de interrupción de la prescripción en la forma que ya venía establecida en la STS, 1ª, Pleno, 14.3.2003. Así, dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación -incluido al promotor- no se interrumpe el plazo de prescripción respecto el resto, con excepción de lo señalado en i) y ii) (STS, 1ª, Pleno, 16.1.2015 (RJ 2015\277); 20.5.2015 (RJ 2015\2256); 1ª, 17.9.2015 (resolución 3824/2015); 1ª, 17.9.2015 (resolución 3834/2015)).

4. Legitimación activa en la responsabilidad del artículo 17.1 LOE.

En cuarto lugar, en la jurisprudencia de la Sala Primera del bienio 2013-2015, destacan varias sentencias que se ocupan de precisar los sujetos protegidos por el régimen de responsabilidad de los agentes de la edificación regulada en el artículo 17 LOE. El Tribunal Supremo estima que:

No están legitimados para ejercitar la acción del artículo 17 LOE los titulares de un derecho de servidumbre de paso para personas y vehículos constituido voluntariamente sobre la rampa de salida del garaje afectada por los vicios y defectos constructivos. De acuerdo con la **STS, 1ª, 18.10.2013 (RJ 2013\7906; MP: Francisco Javier Orduña Moreno)** el artículo 17.1 LOE “expresamente cierra o fija el ámbito de la legitimación resultante, conforme el principio de seguridad jurídica” y “la naturaleza del derecho de servidumbre, como derecho real autónomo sobre cosa ajena, no puede confundirse o asimilarse al derecho de propiedad, ni a la adquisición resultante con este título” (FD 2º).

En cambio, está legitimada para ejercitar la acción del artículo 17 LOE la arrendataria financiera, a pesar de que la propietaria de la edificación era la sociedad de *leasing*. La **STS, 1ª, 27.12.2013 (RJ 2014\1021; MP: Ignacio Sancho Gargallo)** tiene en cuenta la especial naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero en nuestro ordenamiento jurídico. En particular, fundamenta la legitimación activa del arrendatario financiero en que éste goza de amplias facultades para promover la construcción de la edificación, usarla y explotarla durante un largo período de tiempo y, además, es titular de un derecho de opción de compra que comportaría, de ser ejercitado, la adquisición de la propiedad del inmueble. Según la **STS, 1ª, 28.2.2014 (RJ 2014\1160; MP: José Antonio Seijas Quintana)** también está legitimada para el ejercicio de la acción del artículo 17 LOE, la **cooperativa de viviendas** que en el momento de interponer la demanda no se encontraba disuelta y, que conservaba la propiedad de alguna de las viviendas, si bien había transmitido la mayor parte de ellas a los cooperativistas o terceros. Y, sin perjuicio que, además, la cooperativa, como comitente de la obra, esté legitimada activamente para exigir responsabilidad por los vicios constructivos con base en las normas del Código civil por incumplimiento del contrato de obra frente aquellos agentes con los que está vinculada contractualmente.

5. Defecto estructural: lo es la falta de protección contra incendios de la estructura del edificio que compromete de manera potencial la estabilidad y la resistencia del edificio

Una última cuestión relevante resuelta por el Tribunal Supremo es la relativa al concepto de vicios o defectos estructurales (artículo 17.1.a) LOE). Para que el tribunal pueda aplicar la letra a) del artículo 17.1 LOE debe apreciar la concurrencia de dos presupuestos: primero, los daños materiales han de ser consecuencia de vicios o defectos que afecten a elementos estructurales; y, segundo, los vicios o defectos deben comprometer directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. El alcance de esta segunda exigencia ha sido discutido por la doctrina y la jurisprudencia. La cuestión es establecer si la expresión “comprometer directamente” debe interpretarse en sentido estricto y, en consecuencia, exigir el compromiso presente, actual y real de la resistencia y estabilidad del edificio; o si debe considerarse suficiente para aplicar el plazo decenal que la afectación sea futura o potencial, esto es, que pueda llegar a producirse en el futuro.

La STS, 1ª, Pleno, 5.5.2014 (RJ 2014\3293; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas) se pronuncia a favor de que **el compromiso a la resistencia y estabilidad del edificio pueda ser potencial**. Los hechos del caso son los siguientes. La edificación había sido construida sin sectorización de las viviendas y sin aislamiento ignífugo de las vigas metálicas y del forjado, pese a que era un requisito técnico ineludible. Ello supone un vicio o anomalía en los elementos estructurales e incluso puede afectar sensiblemente la estabilidad del edificio. La comunidad de propietarios demandó al arquitecto proyectista, a los arquitectos directores de obra, al arquitecto técnico, a la compañía de seguros y a la promotora-constructora y solicitó la reparación de los daños. El JPI estimó en parte la demanda y condenó solidariamente a la promotora, al proyectista y a los directores de obra a pagar 22.093,68 euros por la ausencia de protección contra incendios en las zonas comunes del garaje y 1.632.166,34 euros por la ausencia de protección contra incendios en las viviendas, absolviendo al resto de demandados. La AP estimó el recurso de apelación interpuesto por los directores de obra, al entender que no se produjeron daños en el edificio que puedan reclamarse al amparo del artículo 17 LOE: “las deficiencias de protección ignífuga... suponen vicios o anomalías en elementos estructurales e incluso pueden afectar sensiblemente la estabilidad del edificio. Empero dichas anomalías no se han materializado en daño material alguno, además de no comprometer directamente dicha estabilidad, por lo que mientras no se manifiesten no es dable accionar con asidero jurídico en el art. 17.1 a), sin perjuicio de ejercitar las acciones derivadas del incumplimiento contractual...”. El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios y casa la sentencia recurrida. “Debemos reconocer que en las viviendas y elementos comunes se ha producido a los propietarios y comuneros un grandioso menoscabo patrimonial... esta

Sala debe declarar que el menoscabo patrimonial padecido es no solo un vicio de la edificación sino un auténtico daño material por el infravalor de las viviendas que carecen de un elemento de seguridad básico...”. “El daño se ha manifestado de modo concreto y grosero, sin necesidad de que provoque un incendio, es más, el art. 3 de la LOE solo exige que “comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio” y como recuerda la doctrina ello significa que “comprometan la solidez o la estabilidad del edificio aunque no afecten aún a ella”. Es decir, el daño material es actual y no de futuro y compromete la resistencia y estabilidad potencialmente. En resumen, son daños materiales que comprometen la estabilidad y resistencia del edificio en cuanto la exponen o ponen en riesgo y porque la subsanación o reparación de los defectos tiene un coste cierto y evaluado económicamente” (FD 6º). La sentencia cuenta con un voto particular formulado por el magistrado José Antonio Seijas Quintana al que se adhiere el magistrado Antonio Salas Carceller, en el que se pronuncian a favor de los argumentos dados por la sentencia de la Audiencia.