

N I, 25254
E-12543

R. 21400

CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN
Nº 29

RUINA Y SEGURO DE
RESPONSABILIDAD DECENAL

Autor: Inés Elena Molina



junio, 1996

ISBN: 84-89429-11-1

Depósito Legal: M 22.398-1996

LISTA DE CUADERNOS DE LA FUNDACION MAPFRE ESTUDIOS EDITADOS:

1. Filosofía Empresarial
 2. Resultados de la Encuesta sobre "Altos Profesionales de Seguros" (A.P.S.)
 3. Dirección y Gestión de la Seguridad
 4. Los Seguros en una Europa cambiante: 1990-1995 (No disponible)
 5. La Distribución Comercial del Seguro: Sus Estrategias y Riesgos
 6. Elementos de Dirección Estratégica de la Empresa
 7. Los Seguros de Responsabilidad Civil y su Obligatoriedad de Aseguramiento
 8. La Implantación de un Sistema de Controlling Estratégico en la Empresa
 9. Técnicas de Trabajo Intelectual
 10. Desarrollo Directivo: Una Inversión Estratégica
 11. El Concepto de Seguridad en la Ciencia y la Ciencia de la Seguridad
 12. Los Seguros de Salud y la Sanidad Privada
 13. Calidad Total y Seguridad
 14. El Reaseguro de Exceso de Pérdidas
 15. El Coste de los Riesgos en la Empresa Española 1991
 16. La Legislación Española de Seguros y su Adaptación a la Normativa Comunitaria
- Número Especial: Informe sobre el Mercado de Seguros 1993
17. Medio Ambiente Seguro: Desarrollo Futuro
 18. El Seguro de Crédito a la Exportación en los países de la OCDE (Evaluación de los resultados de los aseguradores públicos)
 19. Una Teoría de la Educación
 20. El Reaseguro en los Procesos de Integración Económica

21. **La Nueva Regulación de las Provisiones Técnicas en la Directiva de Cuentas de la C.E.E.
Provisiones Técnicas de Seguros de Vida en las Directivas Comunitarias**
22. **Rentabilidad y Productividad de Entidades Aseguradoras**
23. **Análisis de la Demanda de Seguro Sanitario Privado**
24. **El Seguro: Expresión de Solidaridad desde la Perspectiva del Derecho**
25. **El Reaseguro Financiero**
26. **El Coste de los Riesgos en la Empresa Española 1993**
27. **La Calidad Total como Factor para elevar la Cuota de Mercado en Empresas de Seguros**
28. **La Naturaleza Jurídica del Seguro de Responsabilidad Civil**
29. **Ruina y Seguro de Responsabilidad Civil Decenal**

Copyright: F.M.E.

Prohibida la reproducción total o parcial de este trabajo sin el permiso escrito del autor o de la FUNDACION MAPFRE ESTUDIOS.

**RUINA Y SEGURO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL DECENAL**

Autora: Inés Elena Molina

Trabajo resultante de una Beca Riesgo y Seguro 1991-92, concedida a la autora por la Fundación MAPFRE Estudios.

PRESENTACIÓN

La obra que ofrecemos al lector es producto de una Beca de Investigación desarrollada por la autora en colaboración con la Fundación MAPFRE Estudios.

El trabajo de investigación recorre la naturaleza jurídica de la responsabilidad por ruina y la de carácter decenal, llegando a la cobertura aseguradora practicada en diferentes países y aplicada al ámbito español con aspectos prácticos para el profesional de la edificación.

Conocemos el rigor y tesón de la autora a la que felicitamos por su excelente trabajo que, sin duda, contribuirá al mejor conocimiento profesional de estos riesgos.



<u>RUINA Y SEGURO DE RESPONSABILIDAD DECENAL</u>		<u>PÁGINA</u>
<u>I. INTRODUCCIÓN</u>		13
<u>II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS</u>		17
a) El Derecho Romano y Las Partidas		17
b) El Proyecto de Código civil de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888		18
<u>III. EL CÓDIGO CIVIL DE 1889: NORMATIVA VIGENTE</u>		19
a) Ambito contractual		19
b) Ambito extracontractual: El artículo 1.909		20
<u>IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD POR RUINA</u>		23
1. Planteo e importancia de la cuestión		23
2. Naturaleza extracontractual de la Responsabilidad por ruina		23
3. Naturaleza legal de la Responsabilidad por ruina		25
4. Naturaleza Contractual de la Responsabilidad por ruina		26
<u>V. INDISPONIBILIDAD PRIVADA DE LA CLAÚSULA DE GARANTÍA</u>		30
<u>VI. REQUISITOS CONDICIONANTES DE LA REPARACIÓN POR RUINA</u>		32
a) Noción de edificio		33
1. Criterios de determinación de edificios amparados		36
1.1. Gros-ouvrages y Mé nus-ouvrages		36
1.2. Otros supuestos		38
1. Obras de construcción y reparación		38
2. Obras no permanentes o provisorias		39
b) Noción de ruina		42
1. Ruina total y parcial		45
2. Ruina inminente o peligro de ruina		46



	<u>PÁGINA</u>
c) Los vicios o defectos generadores de ruina	47
1. Los vicios ocultos y aparentes	47
2. Defectos de construcción	48
1. Los conocimientos técnicos: La normal previsión exigible	49
2. El incumplimiento de disposiciones de índole administrativa	50
3. Los vicios ruinógenos. Especies	48
1. Vicios de construcción	48
Supuestos	49
2. Vicios del Suelo	50
1. Vicios del Terreno	50
Supuestos	50
3. Vicios del Proyecto	51
Supuestos	51
4. Vicios de dirección	56
Supuestos	56
d) La Recepción definitiva de la obra: "Conclusión de la construcción y punto de partida del plazo decenal"	57
1. Aspectos generales	57
2. Tipos de Recepción	58
3. Actos previos a la Recepción definitiva	61
1. La Recepción provisoria	61
2. La Verificación	62
3. La Aceptación - aprobación	62
4. La Recepción definitiva: Conclusión de la obra	63
4. Alcances de la Legislación sobre contratación del Estado	65
5. Recepción y vicios	67
6. Recepción, Vicios y Garantías en el Sistema francés	69
7. El supuesto de la Recepción tácita	71
8. La recepción de la obra en el Proyecto de Directiva comunitaria sobre construcción (CEE)	73
VII. <u>CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL</u>	77
a) Sistema subjetivo de responsabilidad. Presupuestos	77
b) Presunción de culpabilidad	77
c) Supuestos en que no existe responsabilidad decenal	79
1.c) Caso fortuito y fuerza mayor	79
2.c) El hecho del propietario o de un tercero	79



	<u>PÁGINA</u>
<u>VIII. LOS RESPONSABLES</u>	81
<u>A. Los profesionales intervinientes</u>	81
1. Los técnicos	82
a) Los arquitectos	82
a.1. Formas de ejercicio profesional	82
a.2. Colegios de Arquitectos. Atribuciones. Responsabilidad	84
b) Los Arquitectos técnicos o aparejadores	85
b.1. Atribuciones	85
b.2. Colegios de Aparejadores. Atribuciones. Responsabilidades.	87
c) Los Ingenieros	88
d) Otros técnicos	88
e) Control Técnico (arts.8/11 Ley francesa 78-12)	89
2. Funciones profesionales	90
a) El proyectista de obra	90
b) El director de obra	92
c) El contratista	94
c.1. Formas de ejercicio profesional	94
c.2. Empresas o sociedades constructoras	96
d) La figura del subcontratista. Criterios sobre la responsabilidad	97
e) El promotor inmobiliario. Importancia	99
1. El promotor productor de viviendas	102
2. Atribuciones y tipos	104
2.a. Previsiones normativas	104
2.b. Tipos de promoción inmobiliaria	106
(a) Promotor-vendedor	106
(b) Promotor. constructor	108
(c) Otras modalidades	110
(d) Previsiones legislativas específicas	112
1. Llei de l'Habitatge de Catalunya	112
2. Régimen de Viviendas de Protección Oficial	113
f. Los suministradores	114
1. Elementos, instalaciones y otros bienes suministrados	115
a) Las instalaciones del edificio	115
b) Las pertenencias del edificio	115



	<u>PÁGINA</u>
c) Las obras o partes prefabricadas del edificio	116
c.1. Tipos	116
c.2. Funciones y responsabilidades	117
2. Deficiencias normativas	118
a) Actividad legislativa	119
a.1. Derecho francés	119
a.2. Derecho español: El ante-proyecto G.I.T.S.E.	120
b) Criterio jurisprudencial	122
3. Materiales defectuosos o de mala calidad:	
Vicios de construcción y responsables	124
1. Supuestos especiales	125
a) Vicios ocultos	125
b) Prefabricados	126
2. Acciones de repetición	127
3. Llei de l'Habitatge de Catalunya	128
4. Derecho francés: Los E.P.E.R.S. (éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire)	129
5. Criterios de Derecho comunitario:	132
a) Directiva sobre Productos de Construcción	132
b) Proyecto Directiva sobre Responsabilidades en la construcción	137
B. <u>Aplicación de la garantía decenal por vía del art.1596Cc.</u>	138
C. <u>La Defensa al consumidor: La responsabilidad por ruina y por daños de productos</u>	140
a) Los suministros	140
b) Los inmuebles	142
c) Criterios de Derecho Comunitario: Responsabilidad derivada del uso de productos defectuosos y de la prestación de servicios	145
D. <u>La solidaridad en la Responsabilidad decenal</u>	146
E. <u>La conducta culpable del propietario y la obligación de reparar prevista por el art.1591 Cc:</u>	150
1. Su incidencia respecto de los profesionales intervinientes	150
2. Conductas que engendran responsabilidad. Supuestos	151
3. Normas que imponen el deber de conservación	154
a) Régimen de Viviendas de Protección Oficial	154
b) Llei de l'Habitatge de Catalunya	155



	<u>PÁGINA</u>
4. Medidas de necesaria adopción	156
<u>F. Criterios de Derecho Comunitario: La responsabilidad de los intervinientes y del promotor</u>	157
a) Aspectos generales	157
b) Responsabilidad de los prestadores de servicios	157
c) Propuesta específica sobre construcción	159
1. Ambito de aplicación	160
2. La responsabilidad en la construcción: La Garantía jurídica	161
3. La Garantía jurídica y su cobertura financiera	164
<u>IX. LOS DAMNIFICADOS. LA LEGITIMACIÓN EX ART.1.591 CC.</u>	168
a) Normativa: El comitente y los terceros	168
b) Jurisprudencial:	
1. La figura del adquirente o subadquirente	168
2. El promotor inmobiliario	170
3. La comunidad de propietarios y su Presidente	171
<u>X. PLAZOS DECENAL Y DE PRESCRIPCIÓN</u>	173
a) Caracterización del plazo decenal como plazo de garantía	173
b) Plazos decenal y de prescripción: Distinción	174
c) Cómputo de plazos	176
<u>XI. LA RESPONSABILIDAD DECENAL Y SU COBERTURA ASEGURADORA: SEGUROS LEGISLADOS Y CONSTRUCCIÓN</u>	179
<u>I. Introducción</u>	179
<u>II. Seguros legislados</u>	180



	<u>PÁGINA</u>
<u>A. Aspectos del Seguro contra daños</u>	181
a) Valor del interés asegurado. Suma asegurada y daño efectivo	181
b) Modalidades de contratación: Multiseguro y pacto de coaseguro	182
c) Subrogación contractual	182
d) La cobertura del siniestro. Requisitos	183
1.d) Deber de información	183
2.d) Determinación de la indemnización	183
3.d) Existencia de créditos preferentes y privilegiados	184
4.d) Subrogación en los derechos del asegurado	185
5.d) Exclusiones de cobertura	186
<u>B. Aspectos del Seguro de Responsabilidad Civil</u>	186
a) Generalidades	186
b) El asegurador frente al reclamo: Dirección jurídica y acción directa	188
c) Características de la Responsabilidad civil objeto de la garantía	189
<u>C. Aspectos del Seguro Todo Riesgo de Construcción (all risk contractors). Un tipo no legislado</u>	190
a) Vigencia del Seguro	191
b) Riesgos garantizados	191
<u>III. El aseguramiento obligatorio</u>	193
<u>A. Los seguros obligatorios en España</u>	193
a) La Ley N*50: El contrato de seguro de Responsabilidad civil obligatoria	193
b) La Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado	194
c) Modalidades de la obligatoriedad asegurativa	195
d) Razones, ventajas e inconvenientes de la implementación del Seguro Obligatorio	196
<u>B. Seguro obligatorio y construcción</u>	200
a) Entidades Colaboradoras en España	200
b) Miembros de asociaciones profesionales	202
c) Otras alternativas: La Llei del Habitatge de Catalunya de 13 de noviembre de 1991	203



	<u>PÁGINA</u>
1. Seguro obligatorio	203
2. Garantías suficientes	203
IV. <u>El Seguro Obligatorio: Cobertura decenal por defectos de construcción. Tendencias</u>	205
1. Reforma legislativa	206
2. La modalidad de obligatoriedad más adecuada	207
XII. <u>LOS SEGUROS DE COBERTURA DECENAL EN ESPAÑA</u>	209
a) ¿Qué se debe asegurar?	209
b) Razones que hacen necesario el seguro	210
c) ¿Qué y cómo se asegura? Distintos tipos de pólizas	211
1. El Seguro decenal de daños	211
1.a) Características generales	211
1.b) Sujetos obligados y el propietario	213
1.c) El seguro decenal de daños en el Derecho francés	214
2. El Seguro específico de Responsabilidad decenal	215
2.a) Características generales	215
2.b) Sujetos obligados y el tercero	216
2.c) El seguro obligatorio de responsabilidad decenal en el derecho francés	217
3. El Seguro de Responsabilidad Civil Profesional	218
3.a) Caracteres de la Responsabilidad Civil Profesional	218
3.b) Los Seguros de Responsabilidad Civil Profesional	220
3.c) Las pólizas Colectivas de Responsabilidad Profesional y el art.1591 Cc.	223
1. Lineamientos generales	225
a. Sujetos	225
b. Ambito de aplicación	226
c. Objeto del Contrato de seguro	226
d. El plazo de garantía	229
e. Cálculo de prima	230



	<u>PÁGINA</u>
2. Consideraciones finales	230
4. Análisis crítico de las Pólizas Decenales existentes	231
4.a) Sujetos a los que se refieren las pólizas decenales	231
1. El tomador	231
2. El asegurado	232
3. El tercero	232
4. El beneficiario	232
4.b) Objeto de cobertura de las pólizas decenales	233
1. El asegurador y la obligación de indemnizar (en España)	233
1.a) Daños materiales a la construcción	233
1. Limitación del resarcimiento	233
2. Orígen y consecuencias de los daños resarcibles	236
1.b) Otros rubros de la obligación de indemnizar	236
2. Aspectos contemplados en el Derecho francés	237
4.c) Obras asegurables mediante pólizas decenales	239
1. Edificio. Obra civil. Construcción: Distinción	239
a) Edificio	239
b) Obra civil o de ingeniería	239
c) Construcciones	240
d) La obra civil o de ingeniería y el Seguro	241
2. Derecho francés	243
3. Criterios de Derecho Comunitario: Proyecto de Directiva sobre construcción	246
4. Las garantías y las Viviendas de Protección Oficial	248
a) Generalidades y Garantías	248
1. Inmuebles amparados	248
2. La calificación definitiva. Efectos	249
3. La garantía administrativa por defectos de construcción y el seguro	250
b) Responde el Estado por la garantía del art.1591 Cc?	255
4.d) El período de garantía o de cobertura decenal	255
1. Punto de partida: La recepción	255
a) Generalidades en España. Derecho y práctica	255
b) El juego de las garantías y el seguro	258



	<u>PÁGINA</u>
4.e) La Oficina técnica o de control. Caracterización:	261
1. Particularidades de la contratación. Obligaciones	262
2. Las funciones de las Oficinas de control	265
3. Efectos de las "reservas" o "reparos" de la Oficina de Control. Su corrección o incumplimiento	266
4.f) Límites de cobertura: Las Sumas aseguradas	268
4.g) La franquicia o deducibles	273
1. Caracterización general	273
2. Particularidades de los Seguros decenales	275
4.h) La prima y su pago	276
1. Bases de tarificación y regulación	276
2. Las primas en las Pólizas decenales	278
a) Prima única	278
b) Tipos de prima	279
c) La incidencia del Control técnico sobre la prima	279
3. Derecho francés: Le Fonds de Compensation des Risques de l'Assurance de la Construction	280
4.i) Las exclusiones de cobertura en el Seguro decenal	281
1. Tipos de exclusiones	281
2. La conducta del propietario como exclusión de cobertura	285
d) Criterios de Derecho Comunitario: La cobertura financiera de la garantía jurídica sobre construcción	287



ANEXOS NORMATIVOS:

1) Lineamientos básicos del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 25 de enero de 1993	290
1. Principios Generales	292
2. Proceso de edificación	294
a) Alcances prácticos	294
b) Exigencias administrativas	295
c) Exigencias técnicas	295
3. Los Agentes de la edificación	296
a) Promotor	296
b) Director del Proyecto y Colaboradores	297
c) Contratista y Subcontratistas	299
d) Director de control de ejecución de obra y Colaboradores	301
e) Suministradores	302
f) Propietarios y usuarios	303
4. Responsabilidades y garantías	304
a) Principios generales en materia de responsabilidad	304
b) Las garantías obligatorias en el proceso de edificación	305
c) Calificación profesional	307
d) El aseguramiento obligatorio y otras garantías	308



	<u>PÁGINA</u>
5. Modificaciones normativas y Comentario final	310
2) <u>Llei de l'habitatge de Catalunya</u>	312
a) Generalidades	312
b) Emplazamiento y requisitos constructivos	313
c) La transmisión de viviendas	314
d) Sujetos intervinientes en el proceso de construcción de viviendas	315
e) Deberes a cargo de propietarios y usuarios	317
f) La Actividad Administrativa de Fomento de viviendas	317
g) Régimen disciplinario	318
h) Comentarios sobre la Lley de l'habitatge de Catalunya	318
3) <u>La Legislación en materia de Viviendas de Protección Oficial:</u>	321
a) Régimen normativo	321
b) Promotores	321
c) Caracterización del I.N.V.	322
d) Obras comprendidas	323
e) Tipos de obras de construcción	323
f) Usos y utilidades. Requisitos para su ocupación	323
g) Calificación definitiva	324



	<u>PÁGINA</u>
h) Garantías especiales previstas	324
i) Régimen Sancionatorio	325
j) Obligaciones impuestas a los propietarios	325
4) <u>Pólizas decenales. Comparación de Cláusulas relativas al objeto y extensión de cobertura</u>	326
<u>JURISPRUDENCIA</u>	326
Cuadro de Jurisprudencia por materias, por fechas y por páginas	327



RUINA Y SEGURO DE RESPONSABILIDAD DECENAL

I. INTRODUCCIÓN

La ruina de edificios constituye una preocupación socio-económica constante para los Poderes públicos por la amplia gama de consecuencias que de ella se desprenden, no solo para los perjudicados sino también para las Administraciones y asimismo, para los profesionales que desenvuelven su actividad en el ámbito de la construcción.

La relevancia de esta cuestión ha merecido un tratamiento legislativo diverso. Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, regulador de las relaciones entre el Estado y los particulares, no han sido pocos los preceptos que se han ocupado de la ruina ni insignificantes los reclamos instados contra la Administración por quienes resultaron damnificados en su ocurrencia.

La doctrina distingue este enfoque de la cuestión como "ruina administrativa" cuya finalidad principal reside en la demolición de edificaciones peligrosas, inadecuadas o antirreglamentarias. De su tratamiento normativo se ha ocupado la Legislación Urbanística, del Suelo y Planeamiento Urbano¹, la ley de Contratos del Estado², el régimen de Viviendas de Protección Oficial³ que

¹Fernández Hierro, J. La responsabilidad civil por vicios de la construcción, Universidad de Deusto, Bilbao, 1977, pág.89. Se refiere también a la "ruina administrativa" y transcribe el art.170 L.S. de 12 de mayo de 1956. Redactada nuevamente por Ley 19/75 (BOE 5 mayo). Del Arco, M.A. y Pons, M. Derecho de la Construcción. Ed.Marcial Pons. Madrid. 1976. pág.378, distingue el concepto de ruina elaborado y regulado por el derecho civil (art.1591Cc) del regulado en el art.183 L.S..

²Art.56 "Si la obra se arruina con posterioridad a la recepción definitiva por vicios de la construcción debidos al incumplimiento doloso del contrato por parte del empresario, responderá éste de los daños y perjuicios en el término de quince años. Transcurrido este plazo quedará totalmente extinguida la responsabilidad del contratista". Del Arco, op.cit., pág.363, considera el término de quince años, que se acerca más al plazo prescriptivo ordinario que a la garantía decenal. Cabanillas Sánchez, J. La evolución de las responsabilidades en la construcción. Centenario del Código civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Pensamiento jurídico. Ed.Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pág.351 relaciona el tratamiento de la ruina en el código civil con la Ley de Contratos del estado de 8 de abril de 1965, modificada en 17 de marzo de 1973 en sus arts. 55 y 56 al igual que el Reglamento General de dicha Ley de 25 de octubre de 1975 en sus arts.174 y 175 se ocupan del tema tratado.

³D. 2114/1968 de 24 de julio (vivienda) por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, art.111. 2: "...Si en el transcurso de cinco años, desde la calificación definitiva, se manifestasen vicios o defectos de construcción que hiciesen necesarias obras de reparación, podrán imponerse su ejecución al promotor o realizarlas a costa de este ..."; Fernández Hierro, op.cit. pág.90; Del Arco, op.cit. pág.378. Este último, entiende que este artículo contiene una "norma equivalente" al art.1591Cc, criterio que no parece tan adecuado como considerarlos "obligaciones



se enrola en la concepción más moderna al centrar el objeto de responsabilidad en los "vicios o defectos de la construcción". También, merecen una destacada mención los esfuerzos materializados en borrados y anteproyectos tendientes a alcanzar una Legislación unificada sobre ordenación edilicia⁴.

Sin desmedro de la importancia que el tratamiento administrativo merece, se destaca el más amplio desarrollo del tema alcanzado desde tiempo atrás en el ámbito del derecho privado cuyos antecedentes se remontan al derecho romano y al derecho español histórico. En la actual normativa del Código civil, la cuestión se aborda desde el más amplio marco de las relaciones de vecindad (arts.389/91 y 1907/9 Cc) así como desde el estatuto aplicable al contrato de Arrendamiento de obra "por ajuste o precio alzado" (art.1591 y ccdtes.).

La "Responsabilidad por ruina" o "Responsabilidad decenal", obedece a la denominación tradicional dada en doctrina al supuesto normativo contemplado por el art.1591 Cc. El objeto de esta responsabilidad se centra en la "ruina de edificios", producida por vicios de construcción imputables al contratista o por vicios del suelo o de dirección, achacables al arquitecto cuyas consecuencias dañosas deberán ser advertidas y reclamadas por el perjudicado dentro del plazo de diez años a partir "conclusión de la obra" (art.1591.1 Cc). Sin embargo, si la ruina se produce por otros incumplimientos del contratista no será aplicable tal plazo decenal de garantía aunque la "acción de indemnización durará quince años" (art.1591.2 Cc).

En mérito a esta distinción, algunos autores prefieren optar por la denominación "Responsabilidad especial por ruina" ya que será abarcativa de ambas previsiones⁵.

Por su parte, el art.1909 C.c. también reconoce a terceros la posibilidad de ejercer la acción resarcitoria contra los mencionados profesionales de la construcción cuando la ruina se deba a "defectos de construcción" ya que en los demás supuestos, podrán dirigirla contra el propietario del edificio ruinoso (art.1907) a cuyo cargo también estará la adopción de medidas preventivas de seguridad (art.389 Cc).

paralelas", sobretodo, a la luz del art.111. 4 "... Quedarán a salvo, en todos los casos, las acciones ... de los arts.1484 (saneamiento de vicios ocultos de la cosa vendida) y siguientes, 1591 y 1909 y demás de pertinente aplicación del Código civil ..."

⁴Por citar el más reciente, el Borrador de Ley de ordenación de la Edificación de 14 de marzo de 1990, elaborado por

⁵Fernández Costales. El contrato del arquitecto en la edificación, Ed. Revista de Derecho Privado, 1977, pág.299; García Cantero, G. La responsabilidad por ruina de edificios ex art.1591 del Código Civil, Anuario de Derecho Civil 1963, Fasc.IV, pág.1056.



A pesar de que desde su sanción, a fines del siglo pasado, la normativa mencionada no ha sido objeto de reformas ni actualizaciones, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado múltiples criterios de ajuste a las necesidades de nuestro a efectos de zanjar el anacronismo de este régimen, mediante soluciones -a veces, aunque forzadas- de gran trascendencia práctica.

Esta inquietud sobre los nuevos problemas derivados de la construcción, también fue motivo de una circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1* de diciembre de 1965 en la que se llamaba la atención sobre las imprudentes conductas de ciertos técnicos que no adoptaban las medidas más elementales en el cumplimiento de las obligaciones de su especialidad sin previo y completo conocimiento de la realidad como tampoco las medidas de garantía y seguridad necesarias, "... dando ocasión al fallo e incluso al hundimiento de las construcciones con el daño económico consiguiente, y, en el peor de los casos, con la pérdida de vidas humanas, dignas por todos los conceptos de la protección y garantía de la Ley".

Por su parte, las Cortes españolas haciéndose eco del malestar existente, elevaron un ruego al Gobierno en los años setenta a efectos de que "se tome en consideración el problema planteado y se dicten con urgencia las disposiciones necesarias para la garantía, hasta los límites técnicamente posibles, de la seguridad de los edificios que se construyan y la revisión de los construidos a petición de los usuarios". En respuesta a tal petición, se formó un Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación que redactó dos memorias: La primera sobre la necesidad de implantar un seguro obligatorio para la edificación y la segunda, sobre la necesidad de una urgente reforma del art.1591 Cc que no llegaron a materializarse en disposiciones legales⁶.

De lo anterior, resultan dos consecuencias de sumo interés: Por una parte, es imperiosa la necesidad de creación de un seguro con entidad propia y definida, obligatorio preferentemente, pero que además de cumplir una función social, satisfaga las expectativas reales del mercado de la construcción y sus nuevos avances, manteniendo indemnes a los profesionales asegurados frente a las consecuencias de gran magnitud que resultan de cada siniestro. En segundo lugar, a efectos lograr una adecuada reforma legislativa, merece la pena aprovechar el momento actual en el que se han puesto en juego, conjugándose casi, los intereses primordiales relativos a esta cuestión a nivel Comunitario⁷, de los Poderes Públicos, de los técnicos y constructores y de los

⁶ Pavelek Zamora, Eduardo. La construcción y el Seguro, conferencia con motivo del tratamiento del seguro por ruina de edificios, de

⁷En este sentido, caben destacar la Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de la construcción (89/106/CAE) y el Borrador de la Directiva Europea sobre la construcción (noviembre de 1991).



movimientos de consumidores, siempre atentos a fin de encontrar la más adecuada tutela de sus derechos.- el por lo prola resulta más que adecuado el momento actual para una modificación legislativa omnicompreensiva de todas las cuestiones que se desprenden en este ámbito.

En esta inteligencia, será desarrollado el tema del "Riesgo y Seguro de Responsabilidad decenal", mediante una previo análisis del **riesgo** que va a ser materia del seguro, las **coberturas** ofrecidas, delimitadas por las pertinentes condiciones de póliza y acotadas por el precio (prima) que se aplicarán según las especiales modalidades que serán objeto del amparo asegurador.

Mediante el estudio de tales elementos, se podrá dimensionar la exacta obligación asumida por el Asegurador a la luz del principio de "**equivalencia**" entre **riesgo y prima** que es fundamental para neutralizar, eliminar, compensar a través de la **mutualidad o reunión de asegurados**, los efectos desfavorables económicamente de eventos inciertos. Se conjugan en este tema aspectos que en los últimos años han tomado gran difusión y trascendencia como la **responsabilidad civil profesional** con motivo del "mayor grado de conocimientos científicos y técnicos que se exigen" en cada actividad y del "aumento de concientización de los damnificados sobre la violación de sus derechos y la necesidad de su reparación". También se abarca la **función cumplida por el seguro**, no solo como el dispositivo más adecuado para "mantener indemne el patrimonio del responsable" sino también, como "impulsor tanto del desarrollo industrial y tecnológico como del espíritu de empresa", al proveer posibilidad de afrontar ingentes reparaciones que superarían los patrimonios individuales o de la pequeña y mediana empresa⁸.

⁸Morandi, Juan Carlos Félix, síntesis de las palabras con las que me honrara al prologar mi libro La responsabilidad de los profesionales de la construcción por ruina, Ed. Abaco, 1988, pág.10.



II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

a) El Derecho Romano y Partidas

Los antecedentes de esta particular responsabilidad que concierne a arquitectos y constructores se remontan al Derecho Romano⁹ y asimismo, a la Legislación de Partidas fuente de la que abreviará la Codificación civil española¹⁰, las pautas aplicables a esta institución. Desde sus albores en Roma y hasta el Proyecto de Código civil de 1851 en que introdujo el plazo decenal, en caso de ruina, se observaba el máximo de quince años para exigir la responsabilidad de dichos profesionales. Los Proyectos anteriores guardaban silencio en cuanto al plazo legal aplicable para que el damnificado pudiera hacer efectivos sus derechos de configurarse la ruina o arruinamiento¹¹.

En el Derecho histórico español, se ocupó de este tema la Legislación de Partidas: La Ley N° 21, Tít.32, Partida 3 que se refería a la obligación general de garantía de vicios por parte del constructor y las Leyes N° 16 y 17, título 8, Partida 5 hacían lo propio regulando minuciosamente el destajo aunque carecían entre sí de armónica concordancia normativa¹².

⁹Cadarso Palau, J., La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, pág.31 y ssgtes.: "... Por vicio de construcción: si operis vitio id accidit, Ley 62, título 2, Libro 19 del Digesto ...". Así respecto a este pasaje se ha dicho que Labeon imponía el riesgo por pérdida de la obra al "conductor" aunque proviniera de fuerza mayor, atribuyendo a los compiladores la precisión de Paulo al invertir la regla para el "vitium operis" ... "el conductor no soporta el riesgo de destrucción de la obra por "vitium soli". En la cita a Arangio Ruiz (Responsabilità Contrattuale in Diritto romano, reimprisión de la 2a.edición, Napoli, 1958), queda de manifiesto su opinión en cuanto a la distinción entre el "soli vitium" y el "operis vitium" propuesta en Paulo D.19.2.62 y que refleja la preferencia de los clásicos por los criterios objetivos de responsabilidad al prever la asunción de riesgos por el "locator" (como propietario, los derivados de la materia) y por el "conductor" (los derivados de su trabajo) y el "periculum" (ajeno a cualquier matiz de diligencia) como elementos aplicables. También cita a García Goyena ("Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español" Vo.III y IV, 1852, pág.483), "La formulación es sugerente, pero ha de recibirse con cautela ..., habida cuenta de las bases sutiles en que se asienta ... Una seria dificultad estriba en la heterogeneidad de hipótesis de "locatio-condutio operis...". "La Ley Romana decidía este caso, en sentido contrario, si vitio soli id accidit, locatoris erit periculum, de aquél para quién se hizo la obra; pero, el arquitecto está obligado por su profesión a saber, no solo construir un edificio bueno o sólido, sino a conocer si el suelo podía resistir el edificio ..."

¹⁰Rubio San Román, J.I.: La responsabilidad Civil en la Construcción, Ed. Colex. Madrid, 1987. pág. 34. "...Las Leyes 8, título 12, Libro 8 del Código de Justiniano y la 21 título 32, Partida 3 que guardan entre sí evidente paralelismo extendían a quince años la responsabilidad en las obras públicas: los intérpretes por igual razón las han extendido también a obras privadas ..." (García Goyena, op.cit. pág.483).

¹¹Rubio San Román, J.I., op.cit. pág.33; Cadarso Palau, J. op.cit. pág.37 y ssgtes.

¹²Cadarso Palau, op.cit. pág.37/41, por su parte, sostiene que el encaje de las Leyes 21 y 16 no podía decirse que fuera perfecto y de tal defecto de armonización, se vería resentida la doctrina del siglo XIX e incluso la propia regulación del Código Civil; Fernández Hierro, J.M. op.cit., pág.56; Rubio San Román, op.cit. pág.30; Gregorio López: Glosa de Las Siete Partidas II, Madrid 1789.



b) El Proyecto de Código Civil de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888

En el Derecho español, la responsabilidad decenal por ruina es consagrada por el Proyecto de 1851 que viene a modificar criterios anteriores de temporalidad¹³, a través de su art.1532:

- * "El arquitecto o empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruinase por vicio de la construcción o del suelo. Esta responsabilidad tiene lugar, respecto del arquitecto, aún cuando no haya contratado la obra por un ajuste alzado".

Sin embargo, la doctrina científica mayoritaria sostiene que el antecedente más inmediato del actual artículo 1591 del Código civil de 1889 vigente, ha sido el artículo 47 del Libro IV, del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888 por cuanto recibió textualmente el citado artículo 1532 del anterior Proyecto¹⁴. A todo evento, cabe señalar que el texto vigente, en relación a dicha norma antecedente, ha sido modificado en diversos aspectos de considerable importancia¹⁵.

El artículo 1591 en vigor, introduce por primera vez en el Derecho español, las siguientes consideraciones: a) La distinción entre los sujetos responsables según su profesión (contratista o arquitecto) y, entre los vicios ruinógenos, según las funciones cumplidas por éstos en el proceso de construcción (de construcción; de dirección y del suelo); b) La fijación del punto de partida del lapso decenal, se establece aunque de manera muy poco precisa "desde que concluyó la construcción", y, c) finalmente, en su segundo apartado, prevé "la falta del contratista a las condiciones del contrato" como una causal distinta de ruina a la que no será aplicable la garantía decenal, sin perjuicio del plazo quincenal de prescripción (conf.art.1964) para las acciones pertinentes¹⁶.

¹³Fernández Hierro, J. op.cit., pág.57; Este texto parece derivado del art.1792 del Code Napoléon, en su redacción original, más que de Las Siete Partidas; García Goyena, op.cit. pág.484, considera que se prevé un concepto de ruina más estricto y se introduce la responsabilidad del arquitecto respecto a quién, se crea una presunción "iuris- tantum".

¹⁴Cadarso Palau, op.cit., pág.70 y ssgtes; Fernández Hierro, op.cit., pág.58 y ssgtes.; Rubio San Román, op.cit., pág.34 y ssgtes.

¹⁵Cadarso Palau, op.cit. pág.78/80.

¹⁶ García Cantero, op.cit., pág.1055, señala la innovación normativa de este párrafo al igual que la diferencia de estructura gramatical que existe con el anterior ya que para su correcta interpretación, sería necesario completarlo de la siguiente manera: "Si la causa de la ruina del edificio fuera la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización



III. EL CÓDIGO CIVIL DE 1889: NORMATIVA VIGENTE

a) Ámbito contractual

En la actualidad, la mayor parte de los ordenamientos civiles consagran la "responsabilidad por ruina" o "por vicios de construcción", mediante una normativa específica y distinta de la que regula los vicios ocultos o la garantía de evicción en otros contratos como por ejemplo, la compraventa. Tal circunstancia obedece a que en estos supuestos, son alcanzados edificios destinados a "larga duración" en los que recién podrán exteriorizarse las consecuencias de defectos constructivos al cabo de cierto tiempo.

Como la mayoría de los Códigos civiles, el español ubica -con buen criterio- la garantía decenal por ruina en el ámbito del contrato de arrendamiento de obra. No obstante, algunos autores apuntan ciertos inconvenientes resultantes de tal inclusión: a) que debido a tal ubicación "es difícil concluir que esta responsabilidad, en los distintos períodos de garantía que marcan las distintas legislaciones, sea una responsabilidad contractual" y b) que este "tipo" contractual, no siempre vincula al propietario con los arquitectos y/o técnicos¹⁷.

El arrendamiento de obra, está regulado por el Código civil de 1889, en el art.1544 que fija su concepto:

"En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto".

Asimismo, su régimen está establecido por los artículos 1.588 a 1.600 de la Sección Segunda, Capítulo III, Título VI del Libro IV "De las obras por ajuste o precio alzado"¹⁸.

Según lo antes dicho, la responsabilidad por ruina tendrá lugar, **luego de que la conclusión de la obra** (más precisamente, desde la recepción- entrega) ya que el cómputo del plazo

durara quince años". Asimismo, distingue las funciones distintas correspondientes al plazo decenal de garantía y al quincenal de prescripción; Cadarso Palau, op.cit. pág.79.

¹⁷Fernández Hierro, op.cit., pág.80.

¹⁸Este articulado viene a reproducir, sustancialmente, la regulación que aparecía en el Proyecto de 1851 y en el Anteproyecto de 1882-1888.



de garantía decenal comienza recién a partir de ese momento y solamente, tendrá lugar por vicios de construcción, del suelo y/o de dirección (art.1591.1).

Merece la pena recordar, que **antes de la entrega**, la obra también puede "**destruirse**" (por caso fortuito o fuerza mayor) y, que este supuesto es contemplado por los artículos 1589 y 1590. Se trata de una distribución de riesgos, atribuidos al empresario que o bien aporta los materiales y su trabajo o solo este último, respectivamente. Se configura así, un "régimen de responsabilidad" a su cargo de la cuál podrá liberarse acreditando la negligencia o morosidad del propietario.

De tal modo, se puede decir que en la mencionada Sección, queda enmarcado el régimen de responsabilidad del arrendador de obra o contratista¹⁹.

b) Ámbito extracontractual: El art.1909

Aunque la enunciación regulatoria de la norma vigente, difiere de sus antecedentes²⁰, conserva la misma atribución de responsabilidad decenal; en este sentido, el artículo 1909 Cc establece:

"Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, contra el constructor, dentro del tiempo legal".

Este precepto debe ser aplicado cuando los daños previstos en los artículos 1907 (daños por ruina de edificios) y 1908 (daños por explosiones de máquinas, inflamación de sustancias,

¹⁹ Cadarso Palau, op.cit., pág.81; Fernández Hierro, op.cit., pág.58; Rubio San Román, op.cit., pág.48/9.

²⁰ Sus precedentes han sido: (a) Proyecto de 1851, art.1901.2: "El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si acaeciese aquélla por falta de las reparaciones necesarias. Si el daño resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra podrá repetir contra el arquitecto que dirigió la obra, y dentro del tiempo que fija el art.1532"; (b) Anteproyecto de 1882-1888, Cap.II del Título referido a las obligaciones que se contraen sin convención, Libro IV, fascículo 3), art.18 dispone: " El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta proviene por falta de reparaciones necesarias. Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1) Por explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2) Por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o propiedades. 3) Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando aquélla no sea ocasionada por fuerza mayor. 4) Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectadas, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen. Si el daño resultare por defecto de construcción el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto o el constructor, dentro del tiempo legal".



humos excesivos, emanaciones, caídas de árboles, etc.)²¹ obedezcan a "**defectos de construcción**". Esta expresión es abarcativa de todos los vicios a que alude el art.1591 CC²², "norma autónoma y de interpretación propia" que se coordina y cohesionan con las restantes, no obstante delinear el sistema de responsabilidad especial en el cuál se incardinan²³.

La acción resarcitoria **sólo** podrá ser dirigida contra los profesionales responsables en tal supuesto: el constructor y el arquitecto; el propietario quedará exento de cualquier reclamo, si la ruina se produce por defectos de construcción dentro del plazo decenal. Precisamente en este tan peculiar criterio de imputación, la singularidad de la norma española de cara al Derecho comparado²⁴.

La expresión "**dentro del tiempo legal**" enunciada en la parte final del art.1909 sin ofrecer mayores especificaciones, ha suscitado diversas interpretaciones doctrinarias en cuanto a su connotación normativa.

La fracción minoritaria²⁵, teniendo en cuenta la sede sistemática del precepto, lo

²¹Art.1907: "El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de las reparaciones necesarias". Art.1908: "Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1. Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2. Por humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3. Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materiales infectantes contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen". Se alejan notablemente de l vertical criterio subjetivo de atribución, El inc. 2 constituye un supuesto de responsabilidad objetiva, así como a los inc. 1 y 4, de responsabilidad por riesgo, se apartan en cierta forma de la verticalidad del criterio subjetivo de atribución; Herrera Catena, Responsabilidad en la construcción, T.I-1, Granada, 1983, pág.233 y ssgtes., se ocupa de un detenido análisis de los supuestos de ruina en relación con el art.1908Cc.

²²Cadarso Palau, op. cit., pág.80

²³ Rubio San Román, op.cit., pág.35: "El art.1591 no puede interpretarse adecuadamente si no es relacionándolo con el art.1909 actual, cuyo precedente es el párrafo 2* del art.1901 del Proyecto de 1851"; Del Arco Miguel Angel, op.cit., pág.361 y Fernández Hierro, J.M., op.cit., pág.60: "... de igual modo se deben tener en cuenta los arts.1907 y 1908 ..." resultando aquél precepto (art.1909) también contemplado en estos últimos; Cadarso Palau, op.cit., pág.80, "Los arts.1907, 1908 y 1909 retoman los tres párrafos de su antecedente, el art.18 del Anteproyecto de 1882-88".

²⁴La responsabilidad por ruina, extracontractual se imputa en el Derecho comparado (C.francés art. 1386 y C. italiano art.2053) al **propietario de la obra o comitente**, sin perjuicio de las acciones de repetición correspondientes contra los responsables. En mérito a esta norma peculiar, desde un primer momento -aunque refiriéndose al art.1903 del Proyecto de 1851-, García Goyena realzó en el espíritu del Legislador español una mayor "justicia y humanidad" que en el Derecho Comparado.

²⁵Albaladejo. Instituciones de Derecho Civil. Parte General y Derecho de Obligaciones. Barcelona. 1960. pág.999. Este autor justifica la aplicación del plazo decenal (art.1591.1) desde que se concluyó la obra, en favor del propietario debido a que los vicios suelen manifestarse con el transcurso del tiempo pero, si resultaran daños a terceros (art.1909) por "defectos de construcción" no encuentra razón para la aplicación de dicho plazo, en vez del normal de un año (art.1968.2 Cc) que se computa a partir de que el tercero tiene conocimiento del daño; tampoco comparte el criterio de que vencido el plazo decenal (art.1591.1)



considera, simplemente, una mera aplicación del art.1902 Cc. En mérito a ello, cabrá aplicar el **plazo anual de prescripción** (art.1968.2 Cc)²⁶ que se computa a partir de que el perjudicado tiene conocimiento del daño.

En la corriente mayoritaria, prevaleció la postura de identificar, necesariamente, este precepto con el art.1591.1 Cc²⁷ a la luz del **lapso decenal** entendido como plazo de garantía²⁸ o término legal dentro del cuál debe tener lugar la reclamación.

En virtud del contenido y ubicación metodológica en el Código civil de los preceptos mencionados que sistematizan la Responsabilidad especial por ruina, no ha sido pacífica la doctrina científica al intentar determinar la naturaleza jurídica de ésta última. Desde todas las ópticas que la cuestión fue analizada, no pudo dejar de advertirse la conexión o relación evidente que vincula los aspectos extracontractuales y contractuales, conjungándolos y armonizándolos en un mismo instituto²⁹ cuyos alcances no se puede decir que se limiten a la normativa civil (conf.arts.1591, 1909, en concordancia con los arts.389 y 1907) sino que, por el contrario, se hacen extensivos a leyes especiales como por ejemplo, las correspondientes a urbanismo y edificación³⁰.

pierda el tercero el derecho de reclamo contra el constructor o arquitecto, por lo cuál, considera procedente que pueda hacerlo también durante el año siguiente a que tuvo conocimiento de la producción del mismo; Cadarso Palau, op.cit. pág.81-82; Del Arco, M. op.cit., pág. 362.

²⁶ Art.1968.2 "Prescriben en el transcurso de un año: ...2. La acción para exigir la responsabilidad civil por calumnias y por injurias, y las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el art.1902, desde que lo supo el agraviado."

²⁷Cadarso Palau, op. cit. pág.81/3. Este autor destaca que en el Proyecto de 1851, antecedente del Código en vigor, el art.1903 equivalente del art.1909 citado, **remitía expresamente** al art.1532 fuente del actual art.1591 C.c. No obstante señalar que " por los propios términos que emplea, el art.1909 parece referirse al tiempo de prescripción de la acción y como tal, sería difícilmente aparejable al plazo decenal del 1591.1, si éste se considera como plazo de duración de la garantía diferente a su vez, por lo tanto, del plazo de quince años fijado por el segundo párrafo del propio artículo. Como tiempo de duración de la acción, el "tiempo legal" se coordinaría mejor, por lo antedicho, con el plazo del art.1968.2 ...", finalmente, concluye que "Sin perjuicio de la justeza que, en otros aspectos, cabe atribuir a las observaciones transcritas, **todo parece indicar que, no obstante la defectuosa redacción (del art.1909), la intención del legislador fue la de reiterar en el Código Civil, la misma idea que formulaba el art.1903 del Proyecto de 1851 ..."**

²⁸ García Cantero, op.cit., pág.1108, nota 194; Cadarso Palau, op.cit., pág.83.

²⁹Santos Briz, J.: El Contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica.en Revista de derecho Privado, 1972, págs.410-411 y La responsabilidad Civil, Montecorvo, Madrid, 1970, pág.562.

³⁰Cabanillas Sánchez, Antonio. La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (Comentario a la Sentencia del TS de 1 de abril de 1977) en Anuario de Derecho Civil, julio-setiembre de 1978, págs.671-2.



IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD POR RUINA

1. PLANTEO E IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN

El interés que la **naturaleza jurídica** de la Responsabilidad por ruina ha despertado desde su recepción en la normativa civil, supera el mero afán científico del jurista, debido a que representa además, un aspecto a definir de enorme utilidad práctica. Esta afirmación se apoya en que una vez determinada tal naturaleza, los operadores del derecho sabrán cuál es el marco adecuado para su aplicación, partiendo desde las distintas perspectivas tendientes a alcanzar la efectivización de los derechos que garantiza (legitimación procesal, prescripción de la acción por el reclamo resarcitorio, entre otros).

Las diversas alternativas que ofrece el contexto iusprivatista (naturaleza legal, extracontractual y contractual) al respecto han sido receptadas por la doctrina y la jurisprudencia aunque siguiendo -en uno y otro caso- cauces muy distintos que aún no han llegado a converger en un criterio clasificatorio uniforme. Sin duda que la cuestión se ve aún más complicada en el Derecho civil español, dada la particular modalidad dual con que se ha abordado el tratamiento de la cuestión (contractual y extracontractual). En este sentido, algunos autores consideran que la conexión entre ambos aspectos impone que la responsabilidad derivada sea calificada de manera uniforme.

Pero, se impone circunscribir su planteo, solamente, al primer apartado del tan citado artículo 1591Cc en mérito a la especialidad de su contenido. Las consideraciones doctrinarias por tratar se han centrado en ese punto ya que su segundo apartado se enrola muy claramente en la Teoría general de la responsabilidad contractual por incumplimiento, del mismo modo que el artículo 1909 cuadra en el Código civil dentro la esfera extracontractual "De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia".

2) Naturaleza extracontractual de la Responsabilidad por ruina

Esta caracterización de la Responsabilidad decenal ha tenido abundante predicamento y es vertiente de importancia en España. La postura doctrinaria que la sustenta, considera que



la responsabilidad prevista en el art.1591.1 es independiente de toda relación contractual, a diferencia de la contenida en su segundo apartado. Se trataría de una sanción por específico incumplimiento de ciertos deberes impuestos por el legislador, el específico "deber de no dañar el patrimonio ajeno" ni directa ni indirectamente, contenido -en forma general- por la norma del art.1902 y aludido por remisión en el art.1909. Esta sanción se haría extensiva también al arquitecto por cuanto, según el supuesto normativo, faltaría al "deber de pericia profesional" (cumplimiento de las reglas del arte, según tradición jurídica española y garantía profesional de conocimientos técnicos y científicos a aplicar)³¹.

Por la estrecha relación existente entre los arts. 1909 y 1591, se ha dicho que se impone una calificación uniforme de la responsabilidad que no puede ser otra que extracontractual³².

Esta calificación armonizaría con ya citado fundamento de orden público originariamente atribuido a la responsabilidad decenal, basado en el interés de toda la comunidad de que las edificaciones destinadas a larga duración estén construidas conforme a las reglas del arte.

Para sus seguidores, esta tesis quedó aparentemente confirmada por el criterio jurisprudencial adoptado por el Tribunal Supremo, al hacer extensiva la legitimación procesal del dueño de la obra -al margen de toda vinculación contractual-, al subadquirente e incluso a la arrendataria de un local de negocio (SS. de 19 de febrero de 1959, de 19 de febrero de 1970, se rechaza la pretensión del arrendatario contra el contratista porque no se fundó en el art.1591.1 sino en el art.1124Cc³³). De allí, que resultaría viable el reclamo formulado contra cualquiera de los responsables por cualquier perjudicado (art.1591.1 y 1909 Cc) dentro del plazo de prescripción anual previsto por el art.1968.2 Cc.

³¹García Cantero, op.cit. pág.1091 y ssgtes.; Bonet, Código Civil. Aguilar. Madrid. pág.1266; Fernández Hierro, op. cit. pág.63, alude a la naturaleza no contractual del art.1591.1 por tratarse de una norma necesaria o de ius cogens, invariable a la voluntad de partes y, agrega, que este precepto adolece de una mala ordenación sistemática en el Código civil ya que podrá ser exigible "por cualquier perjudicado y contra todo responsable sin que haya vínculos contractuales". Sustenta su opinión en la Jurisprudencia francesa e italiana, así como algunas Sentencias del Tribunal Supremo; Cadarso Palau, op.cit., págs.84/91, brinda un detallado estudio de la doctrina que apoya este criterio.

³²Santos Briz, El contrato de ...cit. pág.413 y La Responsabilidad ...cit. pág.562, sin perjuicio de agregar luego que se trata de "... una obligación derivada de un contrato pero que tiene una innegable trascendencia social ...".

³³Cadarso Palau, J. 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. 1970, pág.670 y ssgtes.



3) Naturaleza legal de la Responsabilidad por ruina

Cabe distinguir de la anterior, la tesis que asigna naturaleza legal a la responsabilidad³⁴ decenal³⁵ a pesar de que algunos autores³⁶ se refieren a la "responsabilidad legal o extracontractual³⁷".

Las obligaciones que nacen del artículo 1591.1 -según Herrera Catena³⁸- tienen origen *ex lege* (art.1090³⁹ C.c.) y un régimen normativo principal que emana del Código civil y de las leyes especiales, por oposición al accesorio que constituyen las estipulaciones contractuales y que se aplica supletoriamente. En consecuencia, no se trata de una norma dispositiva que admita el "libre juego de la autonomía y libertad de contratación sino de una norma imperativa y, como tal, rígida e inflexible", aplicable a todo contrato de obra "por evidentes motivaciones de justicia y seguridad pública"⁴⁰.

Como los defensores de la tesis anterior, los legalistas, también caracterizan como de índole contractual los incumplimientos a que hace referencia el art.1591.2 y de clara naturaleza extracontractual, el art.1909.

34

³⁵Cadarso Palau, op.cit. pág.91; Del Arco, M. op.cit. pág.366; Herrera Catena, op.cit. T.I, Vol.I, págs.194 y 195; Fernández Costales, op.cit. pág.314 y ssgtes. considera que el art.1591.1 Cc no pone bajo su influencia las consecuencias de la construcción ruinosa -hecho generador de obligaciones- sino que establece éstas, concretadas en las responsabilidades correspondientes del contratista y del arquitecto según el tipo de vicio determinante del arruinamiento; Tribunal Supremo, en igual sentido, sobre la legitimación del comprador contra el vendedor- constructor en base al art.1591.1, SS de 5 de mayo de 1961, 18 de octubre de 1974, de 18 de noviembre de 1975.

³⁶Fernández Hierro, op.cit. pág.63, alude también en este sentido a García Cantero, Boner y Santos Briz.

³⁷Los incumplimientos de obligaciones (reglamentadas o disponibles) convencionalmente asumidas generan la responsabilidad contractual mientras que la de índole extracontractual al igual que la legal, tiene por única vertiente, el incumplimiento de obligaciones creadas por la voluntad del Legislador, tuitiva del orden público y por ende, inmodificable por los particulares. Este último fundamento es, sin duda, el mismo justificativo que el sistema emplea no solo para establecer ese régimen de obligaciones legales sino además para limitar la autonomía de la voluntad de los contratantes.

³⁸Herrera Catena, op.cit. T.I, Vol.I págs.194 y 195.

³⁹Art.1090 C.c: "Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código y leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro".

⁴⁰Del Arco, op.cit., pág.367.



4) Naturaleza Contractual de la Responsabilidad por ruina

- a) Por su parte, la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal es la concepción predominante en el Derecho Comparado⁴¹. Sus sostenedores se resisten a apartarla del régimen jurídico del contrato de arrendamiento de obra y, consideran los vicios de construcción, un "verdadero incumplimiento contractual" debido a que el contratista se obligó a entregar la obra exenta de vicios y conforme a las reglas del arte.

Atendiendo a la índole del objeto sobre el cuál recayó la voluntad de las partes - edificio- inmueble (de larga duración)-, se deja de lado la regla general por la cuál, la "recepción definitiva" libera al arrendador de responsabilidad sobre el destino de la obra pero, respecto de ciertos vicios (art.1591.1 Cc) cuyas consecuencias solo pueden apreciarse con el transcurso del tiempo, establecido como plazo de garantía⁴². Durante ese lapso, los profesionales de la construcción intervinientes quedarán sujetos a una presunción de culpabilidad "iuris- tantum".

Castán Tobeñas⁴³, agrega a este argumento, la necesidad de proteger a los propietarios por su inexperiencia, justificando así, el carácter excepcional de la responsabilidad por ruina frente a la regla de derecho común antes aludida. Por otra parte, en el mismo criterio tutelar, se ha fundado la legitimación del adquirente (ex art.1591.1) por la jurisprudencia quién le considera un simple tercero sino el causahabiente a título particular del comitente, superando así el obstáculo del art.1257 Cc⁴⁴.

⁴¹Del Arco, op.cit. pág.365, nota 11, cita la Sentencia de la Cour de Cassation, 18 décembre 1972 (Revue Trimestrielle de Droit Civil, Année 1976, pág.235) que se pronuncia sobre la naturaleza contractual de la responsabilidad por ruina del arquitecto o del contratista **ni la gravedad de la falta ni tampoco el hecho de la recepción varía tal naturaleza, sin perjuicio de la comisión de una falta dolosa que permite calificar su conducta de delictiva.**

⁴²Manresa, op.cit. pág.676/7, al referirse a la compatibilización de los arts.1589 y 1590 con el art.1591; Cadarso Palau, op.cit. pág.94/96 quién, en igual sentido, también cita a Puig Peña. Compendio de Derecho Civil español. t.III. vol.2, Barcelona, 1966, pág.845 y a Puig Brutau: Fundamentos de Derecho Civil, T.II, Vol.2, Barcelona, 1956, pág.395.

⁴³Castán Tobeñas, J. Derecho Civil español común y foral T.IV, 9a.edic., Madrid, 1961, pág.460 y ssgtes.

⁴⁴Cabanillas Sánchez, Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria. Responsabilidad del Promotor. Legitimación de los subadquirentes de pisos en régimen de propiedad horizontal. Legitimación del Presidente de la comunidad de propietarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979), Anuario de Derecho Civil, 1980, pág.202 y ssgtes. y La legitimación ...cit. ADC 1978, pág.672, al comentar la Sentencia de 1 de abril de 1977, considera que el Tribunal Supremo sigue la tesis contractual, dados "sus esfuerzos a efectos justificar que el adquirente no es tercero y que está legitimado como causahabiente del comitente-vendedor (art.1257), en los términos previstos para la acción de la responsabilidad decenal del profesional de la construcción". En tal sentido, afirma EL Tribunal dada la **imprecisión conceptual del término "tercero"**, se entiende "que solamente quedan marginados de la eficacia de los contratos, los terceros que son completamente extraños a los contratantes, o sea, los llamados **penitus extranis**, consiguientemente, y por virtud de la regla **nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet**, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que sufluyan en el contenido del derecho transmitido..." (en el supuesto de



- b) A este argumento, se agregó el referente a la **ubicación sistemática en el Código civil** (Sección segunda del Título III) del art.1591 que regula el "Contrato de arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado" del cuál no se puede prescindir⁴⁵. Sin perjuicio de que -según afirma Cadarso Palau- sin extenderse en un examen profundo de la cuestión, la generalidad de nuestra doctrina abunda en la excepcionalidad de la regla del art.1591 sin que de ello deba seguirse que se trata rigurosamente de una responsabilidad extracontractual⁴⁶.

En el derecho español, la responsabilidad decenal no es operativa únicamente en el ámbito contractual (arts.1591 y 1909) sino también fuera de éste ya que la **impericia profesional** es considerada una **culpa** que por aplicación de los principios generales debe engendrar responsabilidad frente a cualquier perjudicado⁴⁷.

La referencia al "plazo legal" formulada por el art. 1909Cc., interpretada a la luz del art.1591.1 -según su nota-, no obsta al carácter contractual de la responsabilidad decenal.

Esta última norma⁴⁸, al igual que el cumplimiento de las reglas del arte⁴⁹ por los profesionales de la construcción, preexisten a cualquier contrato de arrendamiento de

autos se ejercita la acción personal del art.1591, dimanante del contrato de obra) y agrega, " los compradores de los pisos del edificio litigioso, no son terceros por completo ajenos a los contratantes que intervinieron en el contrato de ejecución de obra, sino causahabientes de uno de ellos, vinculados, por tanto, a dicho contrato ...".

⁴⁵Salom Antequera; La responsabilidad aquiliana de propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas según el Código civil, Universidad de Valencia 1940, pág.61 y ssgtes. Este autor se remite a la Ley 21, Título 32, Partida 3a. a fin de justificar en la culpa contractual, la génesis de esta responsabilidad, añadiendo que es doctrina concordante con la del art.1591 del C.c.; Manresa, J: Comentarios al Código Civil, Tomo X, 4a.ed. (Libro III, Tit.VI, Capítulo III, art.1591); Fernández Hierro, op.cit. pág.63; Cadarso Palau, op.cit. pág.94 y 95, además, agrega la preminencia de esta tesis en la doctrina comparada (italiana, portuguesa y francesa) así como en la jurisprudencia francesa; Del Arco, op.cit. pág.365, en igual sentido, manifiesta que esta es la doctrina seguida por la jurisprudencia francesa mayoritaria sobre la base de "que no se puede prescindir del contrato de arrendamiento de obra que es la cobertura jurídica de los trabajos de construcción".

⁴⁶ op.cit. pág.94.

⁴⁷Cadarso Palau, op.cit. pág.97; En igual sentido, Tribunal Supremo, Sentencia de 30 de setiembre de 1983.

⁴⁸Cadarso Palau, op.cit. pág.101, se inclina por la integración de la responsabilidad decenal al contrato de arrendamiento de obra, no obstante que, por su singular origen (Legislación de Partidas, Leyes 21 y 16).

⁴⁹Cadarso Palau, op.cit. pág.100, señala que los constructores están obligados a construir bien aún con independientemente del compromiso contractual asumido, en tal sentido se estaría en presencia "de un supuesto más de determinación heterónoma de la relación contractual (art.1258)..."; Díez Picazo-Guillón Ballesteros, Instituciones de Derecho Civil, I, Madrid 1973, pág.531, siguen igual criterio; consideran integradas al contrato las reglas del arte (conf.art.1258), resultando por tal circunstancia de naturaleza contractual los correspondientes incumplimientos por parte de contratistas o técnicos.



obra a cuyo régimen se hallan integradas. En virtud del acuerdo, el contratista se obliga ante el dueño a construir una obra de conformidad con las reglas del arte, exenta de vicios, con la solidez y estabilidad que la seguridad pública requiere. De tal principio resulta que los vicios determinantes de la ruina de un edificio no son sino **meros incumplimientos de tales reglas.**

Tal concepción se refuerza, en la inteligencia de que la responsabilidad decenal se incardina en una **teoría general de la garantía del contrato de obra**⁵⁰ que no es ajena al Código civil sino que por el contrario, evidencia un "exceso de precisión"; por su parte, el art.1591 sienta la regla básica de garantía aunque limitada al caso singular de las construcciones inmobiliarias. En tal sentido, de la interpretación concordada de éste precepto y del artículo 1590 surgirá una regla en materia de riesgos y no un principio de responsabilidad⁵¹.

Del análisis de las tres tesis esbozadas, me inclino por esta última, ya que se presenta como el criterio más ajustado al derecho de fondo y a su sistemática sin que, de manera alguna, pueda llevar a confusión su aunque implícita, obligada presencia en el contrato de arrendamiento de obra (edificación). La autonomía de la voluntad como sólido "poder jurígeno" reconocido a los contrayentes por el ordenamiento, también halla en éste su justo límite el que siempre estará fundado en el orden público, la moral y las buenas costumbres. Sin lugar a dudas que en tal extremo, se funda la índole contractual del art.1591.1Cc que viene a tutelar al dueño o comitente frente a los intervinientes en la construcción, asegurándole los responsables en los supuestos que expresamente prevé.

⁵⁰Según doctrina del Tribunal Supremo, para que la responsabilidad contractual opere será necesario que el evento dañoso acaezca **dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del negocio jurídico preestablecido**, pues, en otro caso, cuando el suceso dañoso deriva de acontecimientos ajenos al marco del negocial no es suficiente la existencia del contrato entre partes para que opere la responsabilidad contractual. Esta doctrina no parece contrariar la inclusión en esta esfera de la responsabilidad por ruina.

⁵¹Diez Picazo, Fundamentos de Derecho Privado, pág.686 y ssgtes. considera que el art.1591 prevé un supuesto de "cumplimiento inexacto de la obligación", de ejecución defectuosa y no de incumplimiento; asimismo, entiende como necesaria la previsión de una regla general de garantía por no considerar adecuado el empleo analógico de las normas de compraventa por las dificultades que presentan especialmente respecto de los plazos procesales previstos para ejercitar las acciones correspondientes. Por otra parte, señala que cabría liberar al contratista por los vicios aparentes aunque no por los ocultos, luego de la entrega- recepción de la obra. En fin, señala la insuficiencia normativa en este aspecto del Código civil español, ya que la realidad actual reclama una ampliación del supuesto legislado.



Por lo tanto, este precepto **"forma parte de la regulación legal del contrato de arrendamiento de obras, en cuanto determina la responsabilidad decenal del contratista ejecutor material, y personal técnico y económico interviniente en el proceso constructivo, frente al arrendador dueño de la obra, y a los sucesivos adquirentes de las viviendas, teniendo por tanto la naturaleza de una responsabilidad contractual directamente derivada del pacto celebrado entre las partes contratantes las cuáles están legitimadas para exigir y responder recíprocamente de su incumplimiento"** (T.S. S.de 17 de julio de 1990).

La situación de los adquirentes de inmuebles será desarrollada en párrafos posteriores pero, en este punto, vale la pena recordar que la Jurisprudencia no les asigna el carácter de "terceros" totalmente extraños a la Contratación de obra. Sin perjuicio de las críticas que, por falta de solidez científica, pueda merecer este argumento, no ha podido serle desconocida su utilidad práctica. Desde que concluyó la obra -es decir, desde la recepción definitiva⁵²-, queda consolidada una "responsabilidad profesional latente" que pesará sobre los intervinientes y que desde entonces, se traducirá como una garantía decenal "inmanente al inmueble" y a cuyos efectos -de producirse la ruina-, resultará indiferente en manos de cuál de los titulares sucesivos se encuentre éste.

⁵²Cadarso Palau, op.cit. pág.348/9; Cabanillas Sánchez, La evolución ... cit., pág.351, este autor afirma que "desde que concluyó la construcción, es decir, desde que tuvo lugar la responsabilidad decenal de obras inmuebles ya que solo puede considerarse concluida la obra "en sentido jurídico" cuando es aprobada y recibida definitivamente por el comitente ..."



V. INDISPONIBILIDAD PRIVADA DE LA CLÁUSULA DE GARANTÍA

La responsabilidad decenal, en los términos previstos en el art.1591.1, incumbe al contratista y al arquitecto frente al dueño de la obra por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Esta norma funciona como cláusula tácita integrada **ministerio legis** al régimen del Arrendamiento de Obra.

En éste como en muchos otros supuestos, la voluntad del Legislador interviene normativamente, fijando ciertas pautas del acuerdo privado. La supremacía de la voluntad convencional de los contrayentes no se ve transgredida sino acotada por razones de orden público (salubridad, seguridad, ornato público, etc.⁵³) que obedecen a motivaciones de interés común y que redundarán en su propio beneficio.

De tal forma, el dominio de la autonomía de la voluntad de las partes⁵⁴ queda limitado ya que deben acatar tales preceptos de "derecho necesario" o normas de "ius cogens" que pasan a integrar el régimen del acuerdo⁵⁵. La exoneración o reducción de la responsabilidad decenal contenida en el art.1591 no es admisible motivo por el cuál, toda cláusula de ese tenor debe tenerse por no escrita sin que por ello, invalide la totalidad del acuerdo⁵⁶. Por el contrario, sería perfectamente admisible que el profesional ofreciera una garantía mayor ya que tal compromiso de ningún modo estaría reñido ni con la buena fe ni con el orden público.

⁵³Herrera Catena, Responsabilidad en la construcción. Responsabilidad Decenal de técnicos y constructores. Granada, 1974, pág.13.

⁵⁴Molina, Inés E.: Cuadernos de Obligaciones, N°1. El Pacto Comisorio Tácito Ed.Hammurabi. 1985. Bs.As., pág.10 y Cuadernos de Obligaciones, N°3. La contratación privada: Vélez, la reforma de 1968 y las nuevas técnicas. Ed. Hammurabi. 1986. Bs.As.; pág. 70/73.

⁵⁵Fernández Hierro, op. cit. pág.64/5; Del Arco, op.cit. pág.364.

⁵⁶García Cantero, op.cit. pág.1110, se pronunció por la inadmisibilidad de las cláusulas de irresponsabilidad; Del Arco, op. cit.pág.364 considera " ...no serán válidos en derecho, las cláusulas contractuales que tienden a suprimir la responsabilidad fijada en el art.1591.1 ..."; Fernández Hierro, op. cit. págs.64 y 65, considera por su parte, que "...no es necesario pedir la declaración judicial de la nulidad de las convenciones que vayan contra la responsabilidad fijada en la Ley por ser preceptos de orden público y que, como tal, son nulos de pleno derecho ...". págs.66/7, considera que pueden admitirse las cláusulas que modifiquen la responsabilidad en tanto no afecten el orden público, es decir si "se aumenta o establece algún requisito para su ejercicio que no reduzca o limite la garantía legal ...". Asimismo, esta garantía deberá quedar siempre a salvo, frente a las cláusulas corrientes relativas a garantías específicas para determinados elementos integrantes por "pequeños defectos no comprendidos en el arruinamiento y que no constituyen vicios graves" (defectuosa colocación de elementos de decoración como por ejemplo, papeles, moquetas, etc.).



Sin embargo, el Tribunal Supremo en S. de 3 de julio de 1987⁵⁷, guardó silencio respecto la "reducción quinquenal" del plazo decenal del art.1591, pactada libremente las partes sobre cuya disponibilidad, considero que serían aplicables los argumentos antes expuestos.

⁵⁷Anuario de derecho Civil, 1990.1, pág.641. En esta oportunidad, el Tribunal Supremo resolvió que el plazo decenal del art.1591 es de garantía y que el plazo prescripción de la acción inherente es el quincenal previsto por el art.1964 (Conf. SS. de 11-4-74, 4-12-81).



V. REQUISITOS CONDICIONANTES DE LA REPARACIÓN POR RUINA

Previo abordar el análisis del art.1591Cc, se impone la determinación del contenido conceptual de ciertos términos empleados aunque no definidos, por el Legislador. Esta labor resulta indispensable para su correcta aplicación debido a que la importancia del precepto radica en el hecho de condicionar la procedencia del reclamo resarcitorio a ciertos requisitos o presupuestos relativos a los daños objeto de reparación⁵⁸.

Se entiende por **responsabilidad decenal**, la correspondiente a todos y cada uno de los profesionales intervinientes en la construcción (técnicos y constructores), según la normativa aplicable (arts.1591, 1909 y ccetes Cc)⁵⁹ la cuál en términos expresos, establece el régimen aplicable "sin que sea exigible ninguna otra condición"⁶⁰.

Los daños garantizados deben resultar de la "ruina de edificios" -no, de otro tipo de obra-, generada por ciertos vicios (de construcción, del suelo o de dirección) o por "defectos de construcción" (art.1909) que por su **gravedad** determinen tales consecuencias⁶¹.

El Código civil español al igual que la mayoría de los que consagran este tipo de responsabilidad profesional, no brinda una noción conceptual de ciertos términos que emplea como por ejemplo, "edificio", "ruina", "vicios" (de la construcción, del suelo, de dirección), "defectos de construcción", "conclusión de la obra" a partir de los cuáles deberá analizarse la procedencia de este instituto. Tampoco se refiere a la naturaleza ni de tales vicios o defectos (ocultos o aparentes) ni del plazo decenal legal motivo por el cuál, tanto la doctrina como la jurisprudencia debieron ocuparse de formular los distintos alcances conceptuales, en pos de una adecuada aplicación de la citada normativa.

⁵⁸Cadarso Palau, op.cit. pág.111; García Cantero, op. cit. 1102 alude a que no será posible accionar por cualquier clase de daño.

⁵⁹Herrera Catena, "Responsabilidades en la construcción" T.I- 1, págs.1 y 2.

⁶⁰Fernández Hierro, op.cit. pág.70, refiere que el art.1792 del Code civil preveía como requisito que la obra se hubiera pactado a precio alzado; la aclaración jurisprudencial de la norma pudo despejar tal exigencia. El Código civil español no plantea el problema de la necesidad de la construcción a "a precio alzado" para la aplicación de la responsabilidad decenal pero sí, que se trate de "edificios" aunque sin distinguir entre "obras grandes" y "obras menores" (art.2270 C.c.francés), o sobre su destino o larga duración. Del Arco, op.cit. pág.373.

⁶¹García Cantero, op.cit., pág.1101, opina que el daño será indemnizable según su origen, por lo tanto, corresponderá la aplicación del art.1591, a los derivados del supuesto de ruina de un edificio.



a) Edificio: Noción

La denominación "edificio" comprende, en un sentido amplio, todas las construcciones o elementos de construcción realizados con diversos tipos de materiales (ladrillo, cemento, piedra, madera, cemento armado, etc.) empleados usualmente en este tipo de actividad, a los que el hombre puede asignar cualquier destino que se conforme a sus necesidades (vivienda, templo, teatro, etc)⁶².

Dentro del género obras de construcción, la especie contemplada por el art.1591 Cc son los edificios⁶³, bienes inmuebles por naturaleza⁶⁴ a tenor el art.334.1⁶⁵ que deben tener de cierta importancia o entidad. Se ha sostenido que la responsabilidad se tipifica en razón de la obra ya que la obligación de reparar tiene su origen en la construcción de ésta⁶⁶.

Poca trascendencia tuvo la tesis restrictiva que pretendió circunscribir solo a cierto tipo de inmuebles (fincas urbanas)⁶⁷, la noción de edificio.

La doctrina ha seguido unánimemente la **interpretación amplia** del término, haciéndolo extensible a casi todo tipo de inmuebles. La adopción de tal criterio corre el riesgo de una mayor ambigüedad por lo cuál se impone necesariamente, una cuidadosa apreciación de cada supuesto. Los sostenedores de tal postura afirman que sin duda, ésta ha sido la orientación seguida por el Codificador español del que surge adecuado fundamento.

⁶²Molina, Inés E. La responsabilidad de los profesionales de la construcción por ruina, Ed.Abaco, Bs.As., 1988, pág.25.

⁶³ Otras denominaciones han seguido el Código civil alemán (BGB art.638) y el mejicano (art.2634) que adoptan el término "obras o construcción en general"; por su parte, el C.c.francés (arts.1792, 2270), así como en el portugués (art.1225) y el italiano (art.1669) se refieren -entre otras- a "edificaciones", "grandes obras" u "obras de envergadura o considerables"; expresa referencia a "edificio" (art.1591) formula el C.c.español y a "edificios u obras destinadas a larga duración" se refiere el Código civil argentino (art.1646).

⁶⁴Fernández Hierro, op.cit. pág.71, pone énfasis en que en el derecho español se exige como **requisito ineludible** que la construcción objeto de responsabilidad **sea un bien inmueble**. Resalta la tendencia jurisprudencial general y universal de hacer extensiva la normativa referida a "determinadas construcciones" a **cualquier clase de inmuebles**, concordando este aspecto con los demás requisitos legales impuestos por el legislador.

⁶⁵ "... son bienes inmuebles: 1*, Las tierras, **edificios**, caminos y **construcciones** de todo género adheridas al suelo ...".

⁶⁶Fernández Costales, op.cit., pág.317; Del Arco, op.cit. pág.374.

⁶⁷Cadarso Palau, op.cit. pág.111, centra esta tesis en la Sentencia de 22 de enero de 1973 de la A.T. de Barcelona (Sala 1) que equiparaba edificio con "finca urbana", como subespecie de inmuebles por su naturaleza; Del Arco, op.cita. pág.374, en igual sentido.



En este sentido, algunos autores⁶⁸ resaltan con frecuencia la compatibilidad normativa que surge del análisis del tan citado art.1591 y de los arts.334.1 (enumeración de "inmuebles"), 389⁶⁹ ("cautio damni infecti", en el supuesto de amenaza de ruina) y 391⁷⁰ (norma remisiva) que prevén las obligaciones del "propietario de edificios ruinosos" frente a terceros; también se suele agregar, en igual sentido, el art.1676 de la LECA ("... edificio, árbol, columna o cualquier objeto análogo ...").

Por lo tanto, no cabe mantener una noción restrictiva de "edificio", siendo aplicable -según Cadarso Palau- a las obras de construcción, género al que pertenece⁷¹. Sin embargo, han existido numerosos intentos por precisar mejor sus alcances conceptuales.

Así, por ejemplo, se formularon "enumeraciones no taxativas" de las obras comprendidas en la garantía, considerándola aplicable no solo a casas sino también a fábricas, almacenes, puentes, pantanos, carreteras, vías férreas, campos de deportes, etc.⁷². Aunque esta modalidad no contraría el sentido de la norma, no llega a satisfacer la formulación de una clara noción de "edificio" que resulta ser el fin perseguido, además, se plantearían problemas de aplicación (ambigüedad, imprecisión del término) normativa a aquéllos supuestos no comprendidos en tal listado.

Por tal motivo, considero necesario que aunque trazada a grandes rasgos, se debe contar con una noción de edificio que permita distinguir sus verdaderos alcances, así como aunar criterios, sin perjuicio de que tanto la apreciación del caso concreto como la aplicación normativa son aspectos reservados al criterio judicial⁷³.

⁶⁸García Cantero, op.cit. pág.1102 y Salom Antequera, op.cit. págs.44 y ssgtes; Del Arco, op.cit. pág.375; Fernández Hierro, op.cit., pág.70; Cardarso Palau, op.cit. pág.112: Este autor resalta el "buen criterio" con que se han relacionado dichos artículos.

⁶⁹art.389: "Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída. Si no lo verificare el propietario de la obra ruinoso, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo".

⁷⁰Art.391: "Si el edificio o árbol se cayere, se estará a lo dispuesto en los arts. 1907 y 1908". A través de este artículo se relaciona tales obligaciones del propietario del edificio (art.389) frente a terceros con los supuestos de los arts.1907 y 1908.

⁷¹Cadarso Palau, op.cit. pág.114.

⁷²García Cantero, op.cit. pág.1103.

⁷³Cadarso Palau, op.cit. pág.114.



En tal línea de razonamiento, se ha caracterizado este tipo de construcciones como "obras de albañilería", forjadas con materiales varios, adheridas al suelo en forma permanente (entendiendo en tal sentido, tanto subsuelo como superficie) y destinada a un fin de la vida humana⁷⁴.

Siguiendo similar conjunción, Fernández Hierro se refiere a "toda obra humana unida permanente al suelo ya se encuentre en la superficie ya en subsuelo". Su concepción se apoya en los precedentes históricos del derecho español y en el derecho comparado así como, en la finalidad del art.1591 que es ofrecer garantía jurídica a cualquier tipo de construcción (obra) permanente cuyos eventuales vicios ruinógenos no puedan evidenciarse sino con el transcurso del tiempo (viviendas, puentes, pantanos, etc.) y, finalmente, en el concepto de "edificio" en la lengua española ("obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etc."..)⁷⁵.

Otras de las definiciones propuestas lo identificaban con: una "obra de fábrica o construcción" que haya sido objeto de un contrato de empresa⁷⁶; "todas las construcciones de arquitectura" así como, "toda obra mural" (diques, puentes, etc.) debido a que existe la misma razón de decidir respecto a estos tipos de construcciones⁷⁷.

En fin, el término normativo "edificio" comprende **todas las obras de albañilería, de ingeniería o de arquitectura de carácter permanente**⁷⁸ que sirvan a las necesidades inherentes al hombre y a la sociedad (vivienda, espectáculos, culto, circulación, etc.) pasando desde un edificio público (Palacio de Justicia, escuelas, etc.) hasta una simple techumbre.

La Jurisprudencia se ha mostrado también partidaria de esta noción amplia⁷⁹, lo cuál se evidencia en la aplicación de la garantía decenal: al derrumbamiento parcial de un muro

⁷⁴Rubio San Román, J. op.cit., pág.155; Salom Antequera, op.cit. pág.46 y asimismo, por otros autores como García Cantero, Herrera Catena, Sanchez Calero, Fernández Costas y, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al abarcar muros, paredes ruinosas, etc. en una interpretación extensiva del término (S.de 9 de octubre de 1957 y de 2 de octubre de 1959).

⁷⁵Diccionario de la Lengua de Real Academia Española; Fernández Hierro, op.cit. pág.72.

⁷⁶Santamaría, J. Comentarios al Código Civil, II, Madrid, 1958, pág.638.

⁷⁷Cadarso Palau, op.cit, pág.112 y Del Arco, op.cit. pág.374, citan en este punto la postura de De la Cámara Mingo.

⁷⁸Herrera Catena, op.cit., vol.I pág.111.

⁷⁹TSS de 19 de febrero de 1959: Se equipara el concepto de "edificio" al término construcción y se identifica el verbo construir con fabricar, erigir y hacer de nuevo una cosa.



(conf. art.1591: TSS de 16-2-57) o bien al de una tapia de ladrillo (conf.art.1909, TSS de 29-2-72) o a la estructura de un edificio que observaba vicios graves (TSS de 5-5-61). También hizo extensiva esta responsabilidad al supuesto de construcciones de edificios industriales (TSS de 17-5-67 y de 19-2-70), a la reparación de un techado (TSS de 9-2-59) y a las filtraciones de un tejado (TSS de 23-5-89). Básicamente, quedan excluidas las obras muebles siendo aplicable la norma del art.1591 a los inmuebles por su naturaleza o destino (TSS de 18 de marzo de 1961).

En síntesis, por edificio debe entenderse no solo la obra en sí misma como un "todo" sino también los accesorios que la integran (Balcones, balaustradas, elementos ornamentales, etc.)

a.1) Criterios de determinación de edificios amparados

En el derecho español vigente no existe un criterio normativo que permita determinar el tipo de edificaciones comprendidas por la garantía decenal. En principio, podría decirse que el Legislador ha adoptado un criterio laxo y comprensivo de todo tipo de obra cuando, en realidad, tal interpretación podría configurar verdaderas situaciones abusivas que excederían su espíritu tutelar, más bien acotado a cierto tipo de inmuebles que desea proteger⁸⁰.

Correspondió a la doctrina analizar la cuestión y buscar las soluciones adecuadas y, así procuró hacerlo, atendiendo a los criterios adoptados por el derecho francés. Un sector situó en la "entidad o importancia" de la obra -según su valor económico o cuantitativo-, el criterio de distinción. La mayor o menor dificultad para la verificación de los defectos de construcción --desechada por el derecho francés-- pareció ofrecer a otro sector, una buena alternativa.

a.1)1. Gros-ouvrages y Ménus ouvrages

En Francia, el Legislador de 1967 adoptó como criterio de aplicación de la responsabilidad decenal (arts.1792 y 2270 Code C.) la distinción entre "gros-ouvrages" (obras de ingeniería) y "ménus-ouvrages" (obras de acabado).

⁸⁰Del Arco, op.cit. pág.377; Cadarso Palau, op.cit.pág.115 y ssgtes.; Fernández Hierro, op.cit. pág.73: se inclina por el sentido amplio, comprensivo de cualquier obra humana inmueble (art.1591). Mucius Scaevola, Código Civil, T.XXIV, parte 2, Madrid 1915, pág.85 y ssgtes.: Alude a que el art.1591Cc y el 1792 del Code civil son de marcado carácter restrictivo que solo comprende edificaciones.



Dentro de la primera de ambas categorías, quedan comprendidos los edificios y obras mayores, extendiéndose su aplicación -según elaboración jurisprudencial- no solo a obras de construcción sino también a las de reparación de inmuebles o accesorias⁸¹. Estas obras se benefician con la garantía decenal. Por el contrario, son "ménus-ouvrages" las obras menores en importancia en cuanto a la envergadura de los trabajos de construcción (trabajos de instalaciones eléctricas, de equipamientos, etc.). Son meramente secundarias y accesorias ya que están más cerca de los trabajos de acabado o terminación que de los fundamentales relativos a la solidez y estructura del edificio. No son consideradas "obras" en sí mismas, por lo cuál no les es aplicable la garantía decenal sino la garantía bienal "de buen funcionamiento"⁸².

Este criterio de distinción ha merecido críticas basadas en la imprecisión que podría resultar de la adopción de un determinado elemento clasificatorio cuyo contenido tampoco determine la ley (precio, volumen, destino, altura, ubicación geográfica, etc.)⁸³.

No obstante, esta tesis tuvo bastante eco entre los juristas españoles⁸⁴ aunque la falta de una adecuada recepción normativa⁸⁵, tornó improcedente su aplicación generalizada. Sin perjuicio de ello, fue la jurisprudencia española quién marcó la diferencia conceptual entre ambas expresiones "grandes- obras" y "obras menores", evidenciando un amplio criterio interpretativo del

⁸¹T.S.S. de 19 de febrero de 1959. Sienta este criterio expresando que "la culpa por impericia profesional lo mismo puede darse cuando se levanta un edificio de **nueva planta** que en el caso de una **reparación de sus elementos esenciales**, como lo es sin duda, la cubierta llevada a cabo por exceso de cargas, sin los cálculos apropiados con los riesgos de un futuro desplome por rompimiento de las vigas y paredes maestras"

⁸²Molina, Inés E., *La responsabilidad ...cit.*, pág.113. Esta garantía bienal está prevista por el art.1792.3 (Ley 78-12) y se basa en que todo elemento de equipamiento debe ser correctamente adecuado a las funciones para las que fue concebido. Comienza a correr desde la recepción de la obra, pudiendo ser ampliado su plazo de común acuerdo por las partes. Ampara todos los elementos de equipamiento de un edificio, no abarcados por la garantía decenal en mérito a no ser elementos que forman con les "gros-ouvrages" un todo indisociable. Responden por esta garantía: el vendedor, el promotor inmobiliario y los constructores en general (arts.1641.1, 1831 y 2270 Code civil).

⁸³García Cantero, *op.cit.* pág.1102

⁸⁴Fernández Hierro, *op.cit.* pág.72; Del Arco, *op.cit.* pág.377; Molina, Inés E., *Responsabilidad ...cit.*, pág.130/31; Cadarso Palau, *op.cit.*, pág.115; Mucius Scaevola, *op.cit.* pág.88, consideraba conveniente trasplantar esta distinción al derecho español, a fin de excluir las obras menores y algunas mayores de la garantía decenal por resultar excesivo el plazo decenal; sin embargo por no estar tal distinción expresada normativamente se la desconoce en este contexto.

⁸⁵Mucius Scaevola, *op.cit.* pág.86, manifiesta que el derecho español a fin de adoptar tal distinción debería contar con una norma similar al art.2270 del Code civil; Fernández Hierro, *op.cit.* pág.73; Díez Picazo, L. *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Tomo I, pág.628, tampoco se muestra partidario de la aplicación de tal criterio de distinción en el ordenamiento español.



art.1591Cc, al admitir la aplicación de tal garantía a obras parciales o de menor envergadura.

El concepto de "gros- ouvrages" cada vez ha ido abarcando más supuestos debido a la aplicación de las nuevas técnicas de construcción. Quedaron incluidos en esta categoría: a) los edificios de carácter definitivo (inmuebles) fijados al suelo en forma permanente con independencia de sus componentes y también, b) los edificios de carácter definitivo en función de su destino (puentes, diques, represas, postes, etc.) o, c) de su finalidad (vivienda o locales). Tales caracteres funcionales permiten que aún sin que estén fijadas de forma permanente al suelo queden comprendidas las edificaciones hechas a base de "prefabricados" o de "viviendas portátiles" ya que su naturaleza tiene un fundamento de permanencia distinto. La jurisprudencia emplea con cierta flexibilidad tales conceptos a efectos de posibilitar la aplicación del art.1591 a situaciones que merecen su tutela⁸⁶.

a.1)2. Otros supuestos

1. Obras de construcción y reparación

Sobre este tipo de obras no existe formulación normativa. Sin embargo, se ha ampliado la noción de construcción en un sentido dinámico, incluyendo no solo las emprendidas "ex-novo" sino también las **reconstrucciones, reparaciones, reformas, ampliaciones** de partes importantes de la obra⁸⁷.

En Francia, luego de la reforma de 1967 que dió nuevos alcances a los arts.1792 y 2270 del Code civil, la doctrina mayoritaria se inclinó por la aplicación extensiva de la garantía decenal a los "gros travaux" (trabajos de

⁸⁶Rubio San Román, op.cit. pág.53 y pág.54: La jurisprudencia ha considerado como grandes obras a los efectos de la responsabilidad derivadas de vicios de la construcción a las partes esenciales, instalaciones y pertenencias de grandes edificios. Ello nace a juicio de este autor de la interpretación de los arts.334 inc.4, 5, 6 y 7 y del art.1908 del C.civil, en relación con la posibilidad de aplicación del art.1591 que da la interpretación del art.1909, para supuestos como el 1908.1.

⁸⁷Fernández Hierro, op.cit. pág.75, luego de hacer referencia al derecho italiano y francés, se muestra partidario de la aplicación del art.1591 a este tipo de obras por serles aplicable el mismo fundamento legal que a las nuevas construcciones; Cadarso Palau, op.cit. pág.122, manifiesta que en Italia, la doctrina es favorable a la aplicación de la responsabilidad decenal a las "obras de reparaciones" aunque debe tratarse de "reparaciones importantes"; también, es admisible en el derecho portugués (art.1225,Cc de 1966) que contempla los supuestos de "modificación o reparaciones", pudiendo ser de toda la obra o solo de una parte de ella pero, en todo caso, se requiere que la parte de la obra que haya sido modificada o reparada tenga una "importancia mínima" en relación al todo.



importancia) "de construction", "de aménagement", "de reparation" relativos a partes esenciales o fundamentales de la edificación⁸⁸.

Así, también lo ha entendido la jurisprudencia española, al hacer extensiva la garantía decenal y la culpa por impericia del profesional interviniente a una "obra nueva" o "de reconstrucción" de una parte importante de la edificación u obra, tratándose o bien de vicios que la afecten en su "totalidad" o en "sus elementos esenciales"⁸⁹.

En contra de estos fundamentos, se pronunció parte de la doctrina que consideró que el art.1591 prevé una garantía decenal de la construcción⁹⁰ y no de las reparaciones.

También las "obras complementarias o accesorias" (conducciones de agua, de electricidad, instalaciones sanitarias, de ascensores, etc.) se consideran amparadas por la garantía decenal. En este sentido, no solo resulta ampliada la noción de "edificio" sino la más genérica de obra ya que supera la fundamentación tradicional, estrictamente relacionada con la solidez o estabilidad del edificio. Por tal motivo, este tema se halla íntimamente conectado con la gravedad o importancia de los vicios⁹¹.

2. Obras no permanentes o provisorias

A diferencia de otros Códigos civiles⁹², el español no determina expresamente (arts.1591, 1907, 1908, 1909), a qué tipo de obras es aplicable la

⁸⁸Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.128 y ssgtes.

⁸⁹En este sentido, se reproduce la fundamentación relativa a las nuevas construcciones en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero y de 20 de mayo de 1959; de 7 de junio de 1966, 12 de noviembre de 1970 y de 16 de diciembre de 1977. En Sentencia de 12 de noviembre de 1970, admite la aplicación del art.1591Cc a las obras de reconstrucción. Cadarso Palau, op. cit. pág.122, cita a Soinne, con referencia a las reparaciones incluidas y alude a las de edificios viejos y, especialmente, a todas aquellas de importancia o que solamente sean realizadas sobre un elemento considerado como "gros ouvrage". En este sentido, correspondería a las reparaciones en estructuras, cimientos, techados, etc.

⁹⁰Diez Picazo, L. Estudios sobre la Jurisprudencia civil, I. Madrid. 1966, pág.628.

⁹¹Cadarso Palau, op.cit. pág.120/1.

⁹²Código italiano, art.1669: "... las obras deben estar destinadas a larga duración ..."; Código portugués, art.1225: "La responsabilidad de arquitectos y empresarios se aplica solo a construcciones de carácter permanente ..."; Código argentino, art.1646: " Tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración ...".



garantía decenal. De tal modo, si bien el art.1591 Cc podría amparar tanto obras permanentes como provisionales, se interpreta limitada su aplicación solo a las primeras, es decir, a las "obras destinadas a larga duración", siguiendo la denominación usual asignada a esta especie en el Derecho Comparado⁹³. De todos modos, aún cuando se regulara expresamente sobre uno u otro tipo de obras, lo cierto es que de no existir formulación normativa sobre tales conceptos será función de la jurisprudencia determinar el contenido de tales expresiones.

En principio, tal exclusión se funda en que las **obras provisionales** son de sutileza y ligereza extraordinaria. No están adheridas al suelo en forma permanente dado su efímero destino, circunstancia que condiciona no solo su construcción -ajustada a una concepción constructiva distinta- sino también el tipo de materiales empleados por el escaso tiempo que deben resistir, circunstancias estas que también condicionan su precio. Por tal motivo, de la naturaleza decenal debe inferirse su aplicación respecto de las obras de carácter permanente o destinadas a larga duración; sería absurdo reconocer una garantía por diez años a obras destinadas a durar lapsos menores de tiempo⁹⁴.

La doctrina se ha ocupado de elaborar criterios de distinción entre ambos tipos de obras que pueden ser sintetizados en dos aspectos básicos a considerar: a) la adherencia al suelo y b) la temporalidad del destino⁹⁵.

Por su parte, Fernández Hierro⁹⁶ distingue entre obras provisionales

⁹³Rubio San Román, op.cit., pág.157, refiere que en el derecho francés quedan comprendidas dentro de la garantía por ruina las obras provisionales; Fernández Hierro, op.cit., pág.74, en igual sentido.

⁹⁴Mucius Scaevola, Código Civil. T.XXIV, parte 2, Madrid 1915, pág.87 y ssgtes.

⁹⁵Salom Antequera, La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas según el Código civil español", Anales de la Universidad de Valencia, 1940-41, cuaderno 129, pág.46, quién excluye de la garantía decenal a ciertas "obras no permanentes" (kioskos desmontables, circos o teatros ambulantes, etc.) cuyo destino, permanencia o adherencia al suelo está acotado en el tiempo: "... no son obras de albañilería ni están forjadas con materiales de varias clases ni están adheridas de una manera permanente al suelo.."; Cadarso Palau, op.cit. pág.122 y ssgtes.; Mucius Scaevola, op.cit. pág.87 (construcciones permanentes); Herrera Catena, op.cit. T.I-1, pág.273; Fernández Costales, op.cit., pág.319 (importancia de la "larga duración"); Del Arco, op.cit. pág.376/7; Rubio San Román, op.cit. pág.157, entre las características que deben reunir los edificios a efectos de estar garantizados alude a "...3) Ser destinado a larga duración...".

⁹⁶ Fernández Hierro, op.cit. pág.74: En nuestra opinión se debe hacer una diferenciación entre las construcciones provisionales:a) Aquéllas destinadas a un período de tiempo que aunque no sea largo **excede los diez años** de duración. b) Las destinadas a un tiempo **inferior a los diez años**. En cuanto a las primeras entendemos que es exigible la responsabilidad ex



destinadas a plazos de duración mayores o menores de diez años a efectos de dar una justa interpretación al art.1591 ya sea por aplicación del plazo legal previsto (decenal) o bien por el estipulado para la duración de la obra, respectivamente.

El argumento en que basa esta distinción reside en que aún las edificaciones provisionales pueden durar el tiempo suficiente para **necesitar una garantía legal superior a la simple recepción de la obra**, pero también señala que sería injusto darle un término de garantía más amplio que el propio término de vida de la obra.

Esta distinción aquilata su importancia dada la proliferación y las consecuencias dañosas que pueden deducirse de este tipo de construcciones temporarias o provisionales. La alternativa ofrecida podrá aplicarse favorablemente o no pero, en todo caso, advierte sobre los peligros que este tipo de obras ciernen no solo sobre las víctimas eventuales de la ruina sino también sobre los responsables de tales construcciones⁹⁷.

b) Ruina: Noción⁹⁸

El término "ruina" tiene amplia aplicación en el ordenamiento jurídico superando los límites del Derecho privado ya que es también relativo a la esfera del Derecho administrativo⁹⁹.

1591, si bien no sería aplicable a aquellas amenazas de ruina que no se prevean resulten efectivas hasta después del término de los diez años..."; "...en el apartado b) estimamos que solo se podrá exigir responsabilidad al arquitecto o al empresario dentro del término previsto para la edificación por el contrato o por la naturaleza de la misma por vicios que surgieran dentro de ese mismo período. Es decir si una edificación se prevé por un término de dos años solo se podría accionar en base al art.1591 dentro de esos dos años y no por ruina no inminente que hiciera sus efectos después de transcurrido dicho término ..."

⁹⁷Fernández Hierro, op. cit. pág.75. También alude a que aunque el Tribunal Supremo (S.de 23 de mayo de 1956) no se haya pronunciado sobre el tema, si lo ha hecho condenando en virtud de el delito de imprudencia (art.565 CP) a empresarios de edificaciones provisionales (plaza de toros) por los daños resultantes de la falta de requisitos de seguridad, verdaderamente determinante de una situación de ruina.

⁹⁸Fernández Hierro, op.cit. pág.77/8, cita como antecedentes históricos: Constitución de Teodosio XV, 1, 24; Código de las Siete Partidas, Leyes 16 y 18 del Título 8, Partida V y Ley 21, Tít.32, Partida III; Proyecto de Código Civil de 1891. Se refieren a obras cuyo carácter común era el de ser inmuebles, garantizadas respecto a cualquier clase de deterioro grave, excepto fuerza mayor.

⁹⁹Del Arco, op.cit. pág.378, menciona como supuestos de "ruina administrativa" el art.183 L.S. cuya finalidad es perseguir la demolición de edificaciones o inadecuadas: el Régimen de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968 (art.111.2) como norma equivalente al art.1591 pero que prevé una garantía quinquenal.



En el Derecho comparado, la inclusión normativa del término en los ordenamientos civiles no es uniforme ya que si bien algunos se refieren exclusivamente a la "ruina" (arts.1792/2270 C.Napoleón 1804; art.1639 C.italiano de 1865; art.1646 C.argentino), otros abundan también en "vicios o defectos de construcción" (art.1669 C.italiano de 1942, "... evidente peligro de ruina, vicio o defecto de construcción ..."; art.638 B.G.B. "... supresión de un vicio de la obra ..."; art.1225 C.portugués, "... Ruina total o parcial o graves defectos o peligros de ruina")¹⁰⁰.

Con el transcurso del tiempo, la noción de ruina ha sufrido una clara evolución doctrinaria y jurisprudencial, tendiente a una aplicación más flexible de la responsabilidad decenal. La doctrina distingue entre ruina (a) en sentido estricto y (b) en sentido amplio.

- a) **Ruina en sentido estricto o "ruina física o material"**: Este ha sido el criterio seguido por el Código civil, el más restrictivo y que la equipara con el derrumbamiento, desmoronamiento, desplome actual o previsible, siguiendo el sentido gramatical del término que corresponde a la acción de caer o destrucción de la cosa. Aunque la letra de la ley no lo especifica, puede ser total o parcial y hallar su causa generadora en "graves defectos" que afectan su estructura o elementos esenciales. Estos vicios hacen temer la pérdida del edificio ya sea porque ve afectada su estabilidad o conservación¹⁰¹ (cimientos, estructuras obras maestras, de ingeniería o arquitectura bien porque queda materialmente arruinado¹⁰²).

Los criterios tradicionales guardan estrecha relación con la fundamentación de orden público aplicable a la responsabilidad decenal. Sin embargo, no han resultado satisfactorios atento el alto contenido socio- económico del precepto ya que dejaría desprovistas de la garantía decenal las edificaciones cuyos defectos aunque no afectaran su solidez ni conservación, las hicieran inútiles para su destino, uso o finalidad.

¹⁰⁰Fernández Hierro, op.cit. pág.78.

¹⁰¹Cadarsó Palau, op.cit. pág.131; Fernández Hierro, op.cit. pág.78. Tal interpretación restringida, acorde con la seguridad pública, en principio, se vió superada por la labor de la jurisprudencia francesa que amplió la perspectiva normativa, haciendo extensiva la responsabilidad decenal a "vicios o defectos graves de construcción" (toutes les fautes graves commises dans la construction) para equipararla, finalmente, con los "defectos de construcción" o bien con la "falta que haga la obra impropia a su destino". Con la reforma de 1967, el Code civil distingue (arts.1792 y 2270) "gros-ouvrages et menus-ouvrages", quedando atrás la importancia del defecto o vicio y/o la afectación de la solidez o estabilidad de la construcción.

¹⁰²Molina, Inés op. cit. pág.128.



- b) **Ruina en sentido amplio o "ruina funcional"**: Esta tesis es más amplia que la anterior y más acorde con las necesidades actuales y las nuevas concepciones iusprivatistas ¹⁰³. Se centra en la posibilidad de que aparezcan vicios o defectos en la obra que no puedan apreciarse sino con el **transcurso del tiempo**¹⁰⁴.

Se la identifica con aquéllos **defectos o vicios graves** que exceden las meras imperfecciones corrientes (excesivos) y que hacen al inmueble "inútil, insuficiente o inservible para la finalidad que le es propia", configurando violaciones del contrato o que "inciden en la habitabilidad del edificio" (**ruina funcional**), aspecto éste último, íntimamente relacionado con el "derecho a una vivienda digna" que consagra la Constitución (art.47). Los vicios o defectos deben ser de importancia y se admite la **ruina potencial** cuando hagan "temer la pérdida futura del inmueble"¹⁰⁵. Este enfoque viene a nutrir el fundamento del reclamo del propietario que esperaba que la obra se mantuviera alzada y que fuera "propia a su destino" y que, así mismo, "le prestara los servicios inherentes a una construcción de su género" (T.S.S. de 5 de mayo de 1961, de 15 de febrero de 1972); tal expectativa no llegó a concretarse por cuanto los vicios que presentaba (art.1591) la hacían inadecuada (S. de 12 de diciembre de 1988). En igual sentido, se considera que se ha producido **ruina funcional** cuando "los defectos sobre todo en muros exteriores y terrazas que han trascendido al interior del inmueble, son más importantes que los que afectan a los defectos usuales anteriores, al fin de la obra ..." (S.de 28 de enero de 1988).

En recientes pronunciamientos, claramente, lo ha manifestado el Tribunal Supremo: "El concepto de ruina ... no es tan absoluto que lleve implícito en su planteamiento la debilidad o inconsistencia del inmueble, pues viene siendo doctrina constante de esta Sala, en su propósito de perfilar tal concepto, abundar en la idea de **no identificarle con el derrumbamiento** de un edificio, para comprender en él aquellos **defectos graves** que

¹⁰³Bercovitz Rodríguez Cano, R. La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios. Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores, 1987, pág.260 "... También es muy favorable para la protección del consumidor la forma en que la jurisprudencia viene entendiendo, cada vez de forma más amplia, el concepto de ruina del art.1591": Volveremos sobre este tema al tratar el binomio "responsabilidad decenal - responsabilidad por productos".

¹⁰⁴Cadarso Palau, op.cit. pág.141.

¹⁰⁵Cabanillas Sánchez, J. La evolución de las responsabilidades ...cit., pág.354. Tribunal Supremo Sentencias de 10 de diciembre de 1976; de 16 de diciembre de 1977; de 3 de octubre de 1979; 8 de febrero de 1982; de 27 de diciembre de 1983; de 5 y 16 de marzo de 1984; de 17 y 12 de febrero, de 4 de abril, de 25 de octubre y de 23 de noviembre de 1987. El concepto de "ruina funcional" aparece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1959 como "tan graves defectos de construcción que hagan temer la próxima pérdida de la misma si inmediatamente no se sustituye, como impropia o inútil para la finalidad que se destinó".



(que afectan elementos esenciales de la construcción) hagan temer la **pérdida** del inmueble o le hagan **inútil para la finalidad** que le es propia, así como a aquellos otros que por **exceder de las imperfecciones corrientes**, configuran una **violación del contrato** o incidan en la **habitabilidad** del edificio ..." (S. de 27 de octubre de 1987, de 28 de octubre de 1989, de 16 de diciembre de 1991, en igual sentido, de 21 de noviembre de 1981, de 5 de marzo y 13 de noviembre de 1984 y de 5 de junio de 1986).

Los defectos o vicios aludidos deben ser "**ruinógenos**", los contemplados en el art.1591CC ya que, en su defecto, se trataría simplemente de un incumplimiento contractual por inejecución o ejecución defectuosa del resultado (arts.1091, 1101 y 1258 Cc)¹⁰⁶.

La Jurisprudencia ha tenido por vicios de tal naturaleza, en sentido amplio, las filtraciones de agua, inadecuada impermeabilización, humedades, defectuosa colocación o instalación de colectores, canaletes y bajadas de agua, grietas, cornisas, balaustradas, defectuoso sellado de juntas en las cubiertas, techumbres, corrosión de la construcción por no aplicar los tratamientos antioxidantes adecuados, desprendimientos de ladrillos de muros y fachadas, etc. (TSS de 16 de junio de 1984, de 16 de febrero de 1985, de 1 de febrero de 1988, de 14 de julio de 1989, de 13 de julio de 1990, de 23 y 29 de enero y 30 de setiembre de 1991).

El art.1591.2 prevé el supuesto de ruina imputable a los mismos sujetos pero como consecuencia de otros incumplimientos contractuales, dando lugar también a la acción resarcitoria de prescripción quincenal (art.1964 Cc) pero, en este supuesto, no se beneficia el perjudicado con el plazo decenal de garantía (TSS de 29 de enero de 1991).

La responsabilidad decenal no se limita a supuestos que comprometen la solidez o subsistencia del edificio. Por el contrario, cabe extenderla a aquéllos **elementos o partes** que aún sin contribuir a tales caracteres, lo integren y participen de su destinación de **larga duración**, quedando excluidas las que no tengan permanencia duradera aunque sirvan a la utilización del inmueble. Todos los vicios o defectos "de importancia" que afecten la obra o tales partes o elementos, serán determinantes de ruina. Corresponderá al arbitrio judicial, la "delicada labor" de establecer las pautas de "delimitación" de las

¹⁰⁶Del Arco, op.cit. pág.378, relaciona la ruina con los vicios de construcción citando la doctrina legal sobre el sentido lato o amplio de arruinamiento, "extensivo a la estimación de tan graves defectos de construcción que hacen temer la próxima pérdida de la misma, si inmediatamente no se sustituye como impropia e inútil para la finalidad a la que se destinó ...".



obras, edificios o partes importantes "de larga duración" (no todo lo accesorio tiene tal destinación) y las de "determinación de la importancia" de vicios o defectos ya que quedan excluidos los de menor importancia y que, humanamente, no pueden ser evitados¹⁰⁷.

Corrècta resulta la elecci3n del "transcurso del tiempo" como fundamento de la responsabilidad por ruina ya que se trata de un elemento por dem1s necesario a efectos de poder apreciar la "buena construcci3n" de una obra, libre de vicios que la afecten y cuya aparici3n suele ser tard1a. De tal razonamiento, se desprende su estrecha vinculaci3n con el estudio de los vicios ruin3genos¹⁰⁸.

Si bien el art.1591CC presume la culpa de los profesionales intervinientes, si la ruina se produce dentro del plazo de garant1a, ser1 a cargo del perjudicado demostrar: a) el estado de ruina; b) que la misma se debe a vicios de la construcci3n derivados de cumplimiento defectuoso y c) su producci3n dentro del plazo decenal (TSS de 22 de abril de 1988, de 12 de diciembre de 1988; de 29 de setiembre de 1989). b)1._

b.1. Ruina total y parcial.

En la mayor1a de las legislaciones, es tendencia actual ampliar la noci3n tradicional, refiriéndose expresamente a la ruina total y parcial¹⁰⁹. El C3digo espa1ol -según Fern1ndez Hierro- es pr1cticamente, el 1nico europeo que alude solo a "ruina" sin perjuicio de que la doctrina considera que se trata de una referencia genérica y que la jurisprudencia interpreta en forma amplia y no restringida (derrumbamiento) sus alcances .

La ruina parcial se configura al resultar afectados los elementos esenciales o sustanciales del edificio o partes de 3ste que integran su estructura maestra (TSS

¹⁰⁷Cadarso Palau, op.cit. p1g.138, 141 y ssgtes. El Tribunal Supremo ha adoptado un criterio de mayor amplitud en sus Sentencias de 5 de mayo de 1961, de 15 de febrero de 1972, entre otras, ya que admite la extensi3n del concepto de ruina a los defectos en la estructura de un edificio que no amenazaba "per se" arruinarse aunque 3sta fuera una circunstancia temida, con relaci3n a su posterior construcci3n y, as1 mismo, incluye dentro de la garant1a decenal los defectos no relacionados evidentemente con la solidez y estabilidad de la construcci3n.

¹⁰⁸Cadarso Palau, op.cit., p1g.123 y ssgtes.

¹⁰⁹ Por ejemplo, el art.1646 Cc argentino, conf. Ley 17.711/68 de reforma prevé que "... El constructor es responsable por su ruina total o parcial" (de edificios u obras en inmuebles destinadas a larga duraci3n).



de 20 de noviembre de 1959)¹¹⁰. Según criterio jurisprudencial más reciente y absolutamente consolidado, se identifica con los vicios que afecten de forma relevante a la utilidad de la vivienda aún cuando sean relativos **sólo a partes** de la misma (humedades, filtraciones, etc.)¹¹¹.

La responsabilidad decenal garantiza al perjudicado por los daños resultantes en uno u otro caso, las consecuencias deben ser las mismas dónde el vicio se manifieste y cualesquiera sean sus efectos excepto caso fortuito o fuerza mayor. La pericia profesional exigida a los intervinientes se extiende no solo a la obra como un todo sino además, a cada una de sus partes¹¹² o elementos sustanciales aunque no se vea afectada la subsistencia de la construcción¹¹³ y siempre que se trate de elementos destinados a larga duración¹¹⁴ ya que el transcurso del tiempo permitirá conocer la eventual existencia de vicios ruinógenos.

b.2. Ruina inminente o peligro de ruina.

La doctrina coincide en que la interpretación amplia, antes referida, del art.1591Cc también comprende este supuesto de "ruina futura".

La "ruina virtual" es la "amenaza o peligro de ruina"¹¹⁵ que se caracteriza como una manifestación exterior por signos visibles de las alteraciones y modificaciones en la obra o en sus partes esenciales o de larga duración que hagan "temer la pérdida, latente pero segura a corto plazo".

¹¹⁰El Tribunal Supremo hizo lugar a la ruina parcial fundada en el art.1591, entre otras, en la S. de 6 de junio de 1966 respecto de aislamiento e impermeabilización de terrazas de hoteles, por voladuras de cubiertas por vientos huracanados; en la S. de 12 de noviembre de 1970 por caída parcial de una cubierta de techumbre y grietas de la parte no derruida en pabellones de una granja avícola.

¹¹¹Tribunal Supremo Sentencias de 12 de febrero y de 21 de abril de 1981; de 9 de mayo de 1983; de 17 de febrero y de 10 de julio de 1984; de 23 de noviembre y de 12 de diciembre de 1985; 17 de febrero y de 22 de marzo de 1986.

¹¹²Micius Scaevola, op.cit., Código Civil, Tomo XXIV, 2da.parte, pág.88; Cadarso Palau, op.cit.pág.125; Fernández Hierro, op.cit. pág.79 y 88; García Cantero, op.cit. pág.1103, nota 9. Por su parte, Santos Briz, (op.cit. pág.572), relaciona para determinar el alcance del vocablo "ruina" los arts.1591 y 1907 en el que, expresamente, se prevé ambas categorías "ruina de todo o parte del edificio".

¹¹³Del Arco, op.cit. pág.373.

¹¹⁴Cadarso Palau, op.cit., pág.123 y ssgtes.

¹¹⁵Según está prevista en el art.1669 del Código civil italiano de 1942.



Desde tiempo atrás, el Tribunal Supremo extendió la garantía decenal a este supuesto (Sentencia de 20 de noviembre de 1959), determinándose como "ruina incipiente", los "defectos que puedan generar la destrucción o ruina total y efectiva del inmueble" por el transcurso del tiempo (S. de 19 de abril de 1977, se trataba de la defectuosa instalación de tuberías de agua en un edificio).

Cabe caracterizar este tipo de ruina como los graves defectos de construcción que hacen temer la pérdida inminente del edificio o de sus partes si no se sustituye inmediatamente como impropia o inútil para la finalidad destinada. Los defectos o vicios en las instalaciones generales también pueden ser factores causales de la ruina inminente del edificio¹¹⁶.

c) Los vicios o defectos generadores de ruina

1. Los vicios ocultos y aparentes

El art.1591Cc se refiere a distintos tipos de vicios ruinógenos en función de la actividad de los intervinientes pero, ninguna referencia hace sobre su calidad de "ocultos o aparentes"¹¹⁷.

Para abarcar ambas categorías en el supuesto de responsabilidad decenal, se invocaron numerosas razones. Así, por ejemplo, se tuvieron en consideración, la seguridad y el orden público en cuanto a la solidez y conservación de los edificios; la tutela de los terceros afectados y la amplitud del tenor literal de la norma. En tales circunstancias, se apoya un sector de la doctrina para considerar irrelevante a efectos de la responsabilidad decenal que los vicios sean aparentes u ocultos en la medida en que se trate de vicios de importancia¹¹⁸.

En realidad, parecería no solo injusto sino reñido con la ética que si al momento de la recepción, el comitente no advierte un vicio aparente generador de ruina total o

¹¹⁶Del Arco, op.cit. pág.377; Cadarso Palau, op.cit. pág.125.

¹¹⁷Entre otros, Código francés art.1792, Código italiano art.1669, Código portugués art.1225, Código argentino art.1646.

¹¹⁸Cadarso Palau, op.cit., pág.144 y ssgtes; Fernández Hierro, op.cit. pág.84 y ssgtes; García Cantero, op.cit. pág.1104, se ha inclinado por la inclusión de ambos tipos de vicios dado que las consecuencias de la ruina exceden el propio marco contractual, tratándose de una garantía debida a terceros que no pueden verse perjudicados por una recepción sin reservas del comitente. Estos autores destacan las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales en el derecho comparado que se inclinan por este criterio.



parcial, el constructor quede liberado de responsabilidad decenal. En ello, se basa la necesidad de una interpretación concordante de la garantía prevista en el art.1591CC y del principio que establece que la "recepción sin reservas, libera de responsabilidad al contratista". En tal inteligencia, dicha recepción no liberará de responsabilidad decenal cuando las consecuencias resultantes de los vicios aparentes sean graves o ruinógenas¹¹⁹.

Cabría, además, distinguir el diverso tratamiento legislativo de los vicios en la compra-venta y en la construcción ya que en este supuesto se aplica la responsabilidad decenal más en cuanto "vicios latentes" que en cuanto vicios ocultos, carácter este último también referido a sus consecuencias (vicios aparentes de consecuencias inciertas)¹²⁰.

2. Defectos de la construcción

Bajo esta denominación, quedan comprendidos no sólo los vicios de construcción vinculados, generalmente, con la ejecución de la obra y la mala calidad de los materiales, sino, además, los del suelo que se relacionan con los del proyecto y los de dirección; éstos traerán aparejada la responsabilidad decenal en el supuesto de ruina (1909/1591 Cc). Sin embargo, como la mayoría de los Códigos¹²¹, el español guarda silencio sobre la noción y caracterización de tales vicios o defectos.

Esta cuestión -según criterio generalizado-, quedaría, entonces, dirimida mediante el propio análisis de la noción ruina (total o parcial)¹²² constitutiva de un justo

¹¹⁹Cadarso Palau, op.cit., pág.157 y ssgtes. expresa que no es lo mismo, la "apariciencia del vicio" que la apariciencia de sus "consecuencias". Cita a Mazeaud (La responsabilité contractuelle des entrepreneurs, pág.648) quién habla del "vicio oculto latu sensu" porque se produce una notoria ampliación del vicio oculto y una correlativa reducción de vicio aparente" y a Cantelaube, C.(La responsabilité Décennale des entrepreneurs en Droit public français, 2e.edition, Paris, 1967. pág.62) que considere que ante la menor duda acerca de la concreción de un perjuicio, la recepción definitiva no liberará de responsabilidad decenal al profesional de la construcción.

¹²⁰Cadarso Palau, op.cit. pág.144 y ssgtes.

¹²¹ No así, por ejemplo, el Código italiano de 1942 que hace referencia a su gravedad.

¹²²Del Arco, M. op.cit. pág.379; Fernández Hierro, op. cit., pág.81 y ssgtes., "... Si los vicios o defectos son importantes aun cuando no acarreen ni puedan acarrear la ruina del inmueble o si afectan la estructura del mismo, creemos que no hay duda en que es de aplicación la garantía del art.1591 ..." (pág.83). "La delimitación ... de estos vicios deberá ser casuística teniendo como guía dos principios fundamentales: que los mismos no afectan a la estructura y seguridad del inmueble y que tampoco sean, aun no afectando a ellas, de gravedad. (por ejemplo: para una instalación o servicio concreto). La gravedad del vicio puede venir determinada no solo cualitativa sino cuantativamente ..." (pág.84).



parámetro para la determinación de los supuestos en que resulta aplicable la responsabilidad decenal (arts.1591, 1909 y ccptes.CC)¹²³.

2.1. Los conocimientos técnicos: la normal previsión exigible

Por otra parte, se hace necesario distinguir entre los **vicios de construcción ruinógenos** y los **defectos residuales**, siendo éstos últimos los que humanamente no pueden evitarse aún cuando se hayan cumplido las normas tecnológicas que fijan los mínimos de seguridad exigibles según, el grado de evolución del arte de la construcción¹²⁴. En procesos de esta índole, los profesionales deberán actuar con **diligencia y precaución**, realizando los estudios necesarios de acuerdo no solo con las reglas del arte sino con los avances de la técnica. La "**normal previsión**" que les es exigible supera la diligencia del "buen hombre de negocios" debido a que ofrecen con su actividad, además de sus conocimientos, una garantía técnica y profesional resultante de su carácter de especialistas.

La protección del "damnificado- cumplidor"¹²⁵ es criterio generalizado, sobre el cuál se apoya la tutela del consumidor o usuario o parte más débil de la contratación quién una vez acreditado el estado de ruina, el vicio que la produjo y su ocurrencia durante el plazo decenal, se beneficia de la presunción de culpa contra los profesionales intervinientes; muy difícil les resultará a éstos exonerarse de responsabilidad durante el período de garantía ya que ante la menor duda, el criterio judicial no admitirá que sea la víctima quién cargue -sin culpa de su parte- con las consecuencias de los riesgos que entraña ese tipo de actividad.

En este sentido, la responsabilidad decenal recibe una nueva configuración más acorde con la responsabilidad contractual que con la de carácter excepcional, fundada en razones de seguridad y orden público, en mérito a que se ven

¹²³García Cantero, op.cit. pág.1103-1104; Fernández Hierro, op.cit. pág.81, alude al criterio categórico, seguido de forma generalizada por la Jurisprudencia francesa ya que ha admitido la aplicación de la garantía decenal a **todos los defectos provenientes de mala construcción que afecte "les gros-ouvrages"**. Contrasta éste, con el adoptado por el Tribunal Supremo, y jurisprudencia menor española que si bien se ha pronunciado sobre casos concretos de **ruina parcial** (S.de 19 y 20 de noviembre de 1959 y de 12 de noviembre de 1970), no lo ha hecho de manera tan terminante y explícito.

¹²⁴Del Arco, op.cit.pág.380; Fernández Hierro, op.cit., pág.80, 86; Molina, Inés E., Responsabilidad de los profesionales de la construcción por Ruina. Abaco, Bs.As. 1986. pág.106.

¹²⁵La Sentencia de 28 de enero de 1988, resuelve aún en el supuesto de incumplimiento del comitente por falta de pago de los honorarios del arquitecto que éste resulta responsable de la ruina funcional del edificio por los vicios o defectos en muros exteriores y terrazas que trascendieron al interior y respecto de los cuáles nada hizo por remediarlos.



ampliados su ámbito de aplicación y la protección del dueño de la obra¹²⁶.

2.2. El incumplimiento de disposiciones de índole administrativa

Los contratistas, arquitectos y demás técnicos tienen el deber de conocer y cumplir numerosas normas de carácter administrativo relacionadas con la construcción (reglamentación urbanística y edilicia, policial, vía pública, etc.). La infracción de tales preceptos¹²⁷ determinará la imposición de sanciones de esa índole como apercibimiento, multa, inhabilitación, clausura y hasta incluso, la demolición de la obra. La severidad de estos dos últimos supuestos generaría graves perjuicios al comitente o adquirente quién no podría disponer de la obra según lo convenido.

Además de cumplir las sanciones administrativas que le fueran impuestas, el infractor también debe hacerse cargo de los daños y perjuicios generados al dueño o comitente por su incumplimiento o defectuoso cumplimiento del acuerdo. Obvio resulta que el deber de conocer las normas que rigen en materia de construcción, pesa sobre todos los profesionales intervinientes en la obra respecto al área correspondiente a sus funciones.

Por consiguiente, si con motivo de la infracción administrativa se deducen daños y perjuicios para el dueño o comitente, la responsabilidad correspondiente a técnicos y contratistas -según Fernández Hierro¹²⁸- debería serles exigible durante el plazo decenal previsto por el art.1591Cc debido a que se configuraría un supuesto de ruina aunque no de índole técnica o natural sino de orden legal si la gravedad de los efectos de la sanción así lo determinan.

Toda obra de edificación debe ser proyectada y ejecutada de modo que garantice una **inserción armónica** en el entorno urbano o natural, teniendo en consideración el debido respeto al medio ambiente (art.45 CE), a la salud, a las exigencias de calidad de vida así como, la corrección de sus elementos constructivos y de diseño, la habitabilidad y la salubridad de sus espacios, la seguridad de su uso (protección contra el ruido, economía de energía y aislamiento técnico) y

¹²⁶Cadarso Palau, op.cit. pág.136.

¹²⁷Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.38.

¹²⁸Fernández Hierro, op.cit. pág.88.



asimismo, en caso de incendio¹²⁹. La multiplicidad de normas administrativas aplicables y de estricto cumplimiento para los profesionales intervinientes, se impone habida cuenta de la diversidad de factores a resguardar durante el proceso constructivo.

De tal modo, en todos los proyectos y obras deben ser aplicadas las normas básicas de edificación, los reglamentos e instrucciones técnicas obligatorias, las disposiciones urbanísticas y demás normas administrativas vigentes. Sin perjuicio de la responsabilidad y decenal correspondiente, la transgresión de estos preceptos al igual que de las reglamentaciones de trabajo, de seguridad e higiene determinará la **responsabilidad administrativa** de los profesionales.

3. Los vicios ruinógenos: Especies

Sin perjuicio de ampliar estos conceptos posteriormente al analizar las distintas actividades profesionales en el proceso de construcción de un edificio, cabe delinear en este punto los caracteres básicos de los vicios previstos como ruinógenos por el art.1591 Cc.

a) Vicios de construcción:

Según la norma legal citada, este tipo de vicios se relaciona con la actividad del contratista, siendo concernientes -según la doctrina¹³⁰- a los defectos de los materiales y a los fallos en la ejecución material de los trabajos. En esta relación "vicio- profesional", se ha basado abundante jurisprudencia o bien subsumiendo en este personaje la responsabilidad atribuible a otros intervinientes (suministradores, prefabricantes, personas contratadas, etc.) o bien, extendiéndola al promotor y al aparejador¹³¹.

¹²⁹Borrador de Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación en España de 18-10-91, en cuanto a "Exigencias y normas de la edificación" (art.3); Directiva 89/106/ CEE de 21 de diciembre de 1988; Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N°L.40/12, 11.2.89 y Proyecto de Directiva sobre construcción, FIEC 18 Octubre 1991/ GAIPEC/G 1-oct., siguen similar criterio.

¹³⁰García Cantero, op.cit., pág.1103/4; Del Arco, op.cit., pág.377; Fernández Hierro, op.cit., pág.81; Herrera Catena, op.cit., TI-1, pág.191 y ssgtes.. se ocupa de ambos aspectos de esta especie de vicios así como de otros aspectos que relaciona a estos (responsabilidad del constructor, del contratista por las personas que ocupare en la obra y del arquitecto). En igual sentido, T.S. S. de 22 de febrero de 1984.

¹³¹TS S.de 27 de octubre de 1987. "... Los aparejadores tienen a su cargo la consecución de la ejecución material de la obra y su desarrollo, de conformidad con el proyecto definidor, por lo que no pueden quedar ajenos al resultado defectuoso de los tan repetidos dilatadores, especialmente cuando, al igual que las restantes deficiencias merecieron la calificación de defectos de ejecución de obra ..." (Resultaron condenados por tales defectos el Promotor y el aparejador).



Necesariamente, este tipo de vicios debe relacionarse con el concepto de ruina "en sentido lato", comprensivo de "todo defecto grave que pase de las imperfecciones normalmente esperadas en la construcción". Según este criterio, quedarían comprendidas también las deficiencias correspondientes a las **instalaciones generales del edificio** (climatización, ascensores, etc.) de cuyo proyecto y dirección pueden haberse ocupado otros profesionales ya que la localización de tales defectos o vicios, pueden tornar la obra inadecuada a su destino o finalidad o bien, determinar su "ruina incipiente"¹³².

Entre otras causas, estos vicios pueden hallar su origen en las siguientes: desconocimiento de las reglas del arte; inadvertencia de defectos o fallas del proyecto (planos incorrectos); violación de disposiciones legales; uso de materiales inadecuados para la obra de que se trate. Ante tales supuestos, claro resulta que el principal problema que se planteará, será la dificultad de deslindar las diversas causas generadoras de ruina puesto que en la mayoría de los casos, éstas concurren, confundándose y conjugándose entre sí, haciendo prácticamente imposible la individualización del responsable, circunstancia que autoriza la aplicación del principio de solidaridad¹³³.

Los vicios de construcción abarcan también, los **defectos de los materiales empleados** (mala calidad o distinta de la pactada) ya sea provistos por el contratista además de su trabajo o bien, por el dueño (conf. doct.1589/90 Cc) y en este caso, siempre y cuando el profesional no se lo hubiera advertido oportunamente o ante la insistencia sobre su aplicación, no hubiera tomado todas las medidas preventivas necesarias¹³⁴.

Supuestos: Así, por ejemplo, se considera como "vicio de construcción" en los términos del art.1591Cc: "la utilización de áridos con una concentración tal de piritas sulfurosas que terminaron por destruir el hormigón en el que habían sido mezclados" (sic), situándose la culpa del promotor- constructor condenado en la falta de diligencia suficiente para detectar la presencia de tales piritas sulfurosas en las mezclas (TS S.de 22 de abril de 1988); también, la "mala calidad del hormigón" en algunos elementos estructurales que atribuye poca fiabilidad a la estructura del

¹³²Del Arco, op.cit., pág.387; Fernández Hierro, op.cit. pág.134.

¹³³Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.65; Fernández Hierro, op.cit. pág.134.

¹³⁴Molina, Inés E., La responsabilidad ...cit., pág.67; Herrera Catena, op.cit., pág.194/200. Ver, más adelante, el apartado correspondiente a los Suministradores en que se amplía este tema.



edificio y que determinó la responsabilidad del constructor y del aparejador que no llevó a cabo el debido control de las amasadoras de tal material (TS S.de 15 de noviembre de 1991).

El uso de materiales y técnicas corrientes, consideradas válidas en el momento de ser empleadas aunque no lo sean con posterioridad, configuran un vicio tan inherente a ellos que según la Jurisprudencia francesa no exoneran de responsabilidad al profesional que pretenda invocar tales circunstancias como fuerza mayor. Así, en Casación (C.Cass. 3*.Ch.Civ. arrêt 17.5.83), fue desestimado el pronunciamiento de la Cour d'Appel que se basaba en tal fundamento, considerando imprevisibles para el empresario los defectos técnicos producidos en el funcionamiento de una estación de depuración construida de la mejor manera posible en su momento, en mérito a que entonces no existía otro sistema biológico aplicable.

b) Vicios del suelo:

b)1. Vicios del terreno:

Tal vez, más correcto sería aludir a "vicios del terreno" sobre el cuál se emplazará la edificación porque, en realidad, esta especie de vicios abarca los inconvenientes o defectos que allí puedan presentarse y que, por no ser advertidos oportunamente, determinan la situación de arruinamiento total o parcial. Esta última quedaría configurada respecto de las construcciones inadecuadas que deban soportar ciertos terrenos (vgr. anegadizos, bajos o arcillosos) que no son ("per-se") intrínsecamente viciosos sino que, por el contrario, adquirirán o no tal característica de acuerdo al tipo de edificación que se emprenda¹³⁵.

Supuestos: De tal modo, si durante el vaciado de un solar colindante, por la falta de empotrado suficiente de un "muro pantalla prefabricado" que deja vacíos en el terreno, determinantes de la movilidad del empuje activo de las tierras, se produce la "alteración estructural del subsuelo" debida, entre otras causas, a la depresión de la capa friática, si bien éste podrá calificarse como "vicio del suelo", es indudable que se debe a un fallo técnico (S. de 17 de julio de 1987, condenó al arquitecto como proyectista y director de obra). Otro defecto de esta

¹³⁵Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.63/4.



índole, estaría representado por el "corrimiento del terreno" el que sin duda, se produce por falta de comprobación adecuada de sus peculiaridades previamente al inicio de la obra (estudios técnicos) por parte del proyectista (S. de 10 de mayo de 1986).

El arquitecto responderá tanto por los vicios del terreno como por las consecuencias de la falta de examen o de estudios previos relativos a la calidad, aptitud e idoneidad de aquél (S. de 14 de junio de 1985: Se trataba de las consecuencias dañosas determinadas por la desestabilización de un edificio en construcción cuyo asentamiento no era uniforme y que determinó el micropiloteaje para el reforzamiento de los cimientos).

b)2. Vicios del Proyecto:

Estos vicios son incluidos en una categoría más amplia, los **vicios del proyecto**¹³⁶, entendiéndose por tales, todos aquéllos que son imputables al técnico proyectista: vicios de concepción (falta de previsión de un muro de contención¹³⁷ o, de arrostramiento¹³⁸); por incumplimiento de las reglas del arte o de las disposiciones legales o administrativas o de servidumbres convencionales¹³⁹; por falta de informes y estudios de detalle que la obra requiera (S. de 27 de junio de 1986).

Supuestos: Generalmente, al configurarse el supuesto del art. 1591Cc, interviniendo un mismo profesional como proyectista y director de obra, la Jurisprudencia sin distinguir muy claramente si la condena obedece a un "vicio del proyecto", ha pronunciado condena en virtud de tales funciones:

- por "grietas" que dieron lugar a ruina parcial, debidas a la omisión de los

¹³⁶Spota, Alberto G., Tratado de locación de obra, Depalma, 3a. ed., Bs.As., T.II, n°319, cito su criterio en La responsabilidad ...cit, pág.64.

¹³⁷El Tribunal Supremo condenó al arquitecto, por vicio del proyecto de una explanación y construcción de campo de fútbol -determinantes de daños en la finca lindante- la falta de previsión del muro de contención que según quedó demostrado era imprescindible. Hubo también falta de dirección de obra por operarse al pie del talud sin adoptar las medidas correctoras previas o simultáneas para prevenir o evitar los daños (S. de 10 de mayo de 1986).

¹³⁸TS S.de 29 de noviembre de 1985, consideró tal falta de previsión como un vicio del proyecto, determinante de la responsabilidad del arquitecto por ruina (grietas y fisuras) de un hotel de playa.

¹³⁹Herrera Catena, op.cit., T.I-1, pág.257/63, desarrolla estos supuestos.



informes técnicos previos (geotécnico, relativo a las condiciones del terreno) así como de riostras de atado de cimentación y de zunchos de atado de los forjados del piso, determinantes de las deficiencias estructurales de la obra y de las modificaciones producidas en el subsuelo (S. de 10 de junio de 1986);

- por "condensación de humedad en muros y medianeras" debido a vicios del proyecto por falta de impermeabilización y del grosor suficiente de tales partes de la obra (S. de 12 de junio de 1987);
- por "defectos graves de proyecto" en el "esquema de fontanería y conducción" (falta de llaves de corte, grifos de vaciado, etc.) en la instalación de agua que determinó que reventaran las cañerías con la llegada de las heladas (S. de 26 de marzo de 1988);
- por "defectos considerables" en edificaciones en las que "se instalaron, inadecuadamente", las tuberías de agua por los suelos en lugar de por las paredes ya que si bien la Administración no exigió el cumplimiento de la normativa sobre ese tipo de instalación, el profesional no puede incumplirlas en el proyecto (S. de 20 de marzo de 1991).

El terreno vicioso puede ser de propiedad del dueño o comitente a quién el profesional debe advertírsele antes de iniciar los trabajos para que desista de la obra o bien, para que de llevarla a cabo se tomen todas las precauciones y medidas necesarias para prevenir y evitar daños ruinógenos. Esta obligación será a cargo del profesional y podrá determinar una eventual modificación de algunas pautas contractuales.

Respecto al contratista, cabe destacar que podrá negarse a realizar la obra siguiendo un proyecto defectuoso (vgr. con errores groseros) o sobre un terreno inadecuado cuando tales circunstancias no puedan pasarle inadvertidas en mérito a su profesión. En su defecto y a fin de dejar a salvo su responsabilidad, podrá avenirse a ejecutar la obra conforme a un nuevo proyecto en el que se hubieran salvado los errores advertidos mediando previa comunicación y aceptación del dueño de la obra¹⁴⁰.

¹⁴⁰Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit, pág.64/5.



c) Vicios de dirección:

De las funciones cumplidas por el arquitecto (ingeniero u otros técnicos) como **Director Técnico** de la obra en el proceso constructivo, deriva esta especie de vicios¹⁴¹. Estos surgirán como defectos en su funciones de control de la ejecución de la obra según los planos y la *lex artis* o en la verificación del empleo y de la calidad y consistencia de los materiales. Así también, quedarán comprendidos como tales el incumplimiento del **deber de vigilancia** que comparte con el Aparejador¹⁴² cuyas funciones se subordinan al Arquitecto y la omisión de **órdenes e instrucciones** oportunas a los profesionales intervinientes para obtener el resultado pactado. Tales funciones, relativas a la dirección técnica de la obra, no se establecen ni perfilan en el Código civil sino en las Leyes que reglamentan el ejercicio de estas actividades profesionales.

Estos vicios se encuentran muy relacionados con los del proyecto ya que, generalmente, el mismo profesional que ofició de proyectista es quién cumple la dirección de la obra.

Supuestos: La importancia que esta función cumple en el contexto del proceso constructivo ha sido consagrada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al manifestar que al arquitecto incumbe no sólo la correcta realización del proyecto, la elección de los materiales adecuados sino también, poner de manifiesto los

¹⁴¹La temática relativa a las funciones de los profesionales intervinientes en la dirección de obra será abordada "in extenso" en el capítulo

¹⁴²**Decreto de 16 de julio de 1935 (Aparejador):** "Cumplir funciones de dirección de obra en las poblaciones donde no residan arquitectos ni pueda ser atendida la dirección de las obras de su competencia por esta clase de técnicos" (art.5); comparte el "deber de vigilancia" con el Arquitecto- director y eventualmente, con otros aparejadores que intervengan y según criterio de distribución de éste último. **Decreto de 19 de febrero de 1971** (especifica las funciones del Arquitecto técnico en la dirección de obra): "ordenar y dirigir la ejecución material de la obra e instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando los trabajos de acuerdo con el proyecto que las define, con las normas y reglas de la buena construcción y con las instrucciones del arquitecto superior, director de obra" (art.1 A).1). **Decreto de 11 de marzo de 1971** regla la redacción de proyectos y la dirección de obra: art.3.1 "Los técnicos que en función de sus competencias, intervengan en la dirección y ejecución de las obras de edificación promovidas por particulares, deberán tener su residencia ..."; conserva la **subordinación funcional** respecto del Arquitecto Superior y, como competencias destaca la "inmediata inspección y ordenación de la obra" y "ordenación y dirección de la ejecución material" de ésta. **Decreto de 23 de diciembre de 1972:** Desglosa "el hecho edificatorio en seis fases o actuaciones distintas que confluyen complementariamente en la edificación y que pueden realizarse por Técnicos diversos" (preámbulo, 4* apartado); **O.M. de 27 de setiembre de 1974:** En cada fase, define "una distribución de actividades, confluyentes y complementarias, que sitúa a cada una de ellas dentro de un ámbito" (preámbulo, 2* ap.) y mantiene la mencionada subordinación funcional. Se distinguen los profesionales afectados a cada fase (arquitecto: "diseño, cálculo y valoración" y Aparejador o Arquitecto Técnico: "control", etapas: "inspección, vigilancia, verificación cualitativa y cuantitativa de la construcción") cuyas funciones se prevén pero, se definen y complementan en la normativa reglamentaria antes aludida); Herrera Catena, op.cit., T.I- 1, pág.268 y ssqtes.



desperfectos advertidos, la incorrección del proyecto y la utilización de materiales inadecuados en la obra que no se compatibilicen con lo pactado¹⁴³, el incumplimiento de tales extremos configurará vicios de dirección técnica, a su cargo.

Esta responsabilidad (art.1591.1 Cc) también se considera exigible ante la **carencia de inspección de los materiales y la falta de control sobre los mismos, o la omisión de órdenes o instrucciones** de lo cuál no lo eximen las obligaciones del aparejador (condena solidaria de ambos) (TS S. de 20 de mayo de 1991).

El profesional que se ocupa de la dirección técnica ha sido caracterizado como el **"supremo responsable de la edificación"** bajo cuyas órdenes y superior inspección (deber de vigilancia) actúan todos los demás y a quién no es exigible la común diligencia del buen hombre de negocios sino, por el contrario, la derivada de la "especialidad de sus conocimientos y de las garantías técnicas y profesionales que incumpla en su intervención en la obra (TS S.de 21 de diciembre de 1981, de 5 de marzo y 13 de noviembre de 1984, de 5 de junio de 1986)" (S. de 16 de diciembre de 1991).

d) La Recepción definitiva de la obra: "Conclusión de la construcción" y punto de partida del plazo decenal.

1.d) Aspectos generales:

Según el artículo 1591 del Código civil, cada profesional "... responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de los diez años, contados desde que **concluyó la construcción ...**".

En base a esta referencia legal un tanto ambigua, resulta difícil establecer concretamente y con un criterio uniforme, el punto de partida del plazo decenal. Tal circunstancia motivó que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia en la

¹⁴³En este supuesto (TS S.de 20 de junio de 1989), se trataba del empleo en tabiquería de hormigón aligerado Ytong, utilizado con autorización del director en sustitución del inicialmente previsto y tal circunstancia "... contribuyó de manera importante a la producción de aquéllas (causas imputables a la dirección), siendo así que al arquitecto incumbía la realización de los oportunos análisis sobre la procedencia de su utilización a los fines pretendidos, sin que pueda excusarse en el mal resultado del citado material, lo que no consta sucediese ... como sucede en el presente caso, la prestación de **responsabilidad solidaria no puede prosperar**, debiendo significarse que la **sustitución inadecuada** de los concretos materiales se produjo en fase de proyecto del que es responsable el arquitecto como director técnico de las obras ...".



materia, equipararan ese momento (conclusión de la construcción) con la "recepción de la obra". Este acto jurídico, formal en cierto modo (certificación de final de obra¹⁴⁴), permite la verificación fehaciente del momento a partir del cuál podrá hacerse efectiva la Responsabilidad por ruina. El Código civil prevé un distinto régimen jurídico según que los vicios surjan antes o después de la **recepción definitiva**, acto jurídico que supone la aprobación y aceptación de la obra y por lo tanto, la conclusión de los trabajos. Pero, sin embargo, si la **recepción es provisional** constituye una **garantía contractual** cuyo objeto es la comprobación de que los trabajos se adecuan a lo pactado¹⁴⁵.

Por lo tanto, la edificación solo se considerará concluida, una vez aprobada y recibida definitivamente por el dueño o comitente (TS S.de 14 de octubre de 1968 y 24 de octubre de 1978)¹⁴⁶. A partir de entonces, se trasladan a éste los riesgos que se pudieran cernir sobre la cosa (pérdida, destrucción, deterioro por el uso, etc.) con excepción del relativo a la situación de ruina o arruinamiento.

En tales términos, podría decirse que la "recepción definitiva" resulta un **presupuesto de aplicación de la responsabilidad decenal** aun cuando no esté regulada ni prevista expresamente en el Código civil. A pesar de ello, cuenta sin duda con un discreto desarrollo normativo en el campo del Derecho Administrativo (Ley sobre Contratación del Estado (LCE) y reglamentación (RLCE) correspondiente, Régimen de Viviendas de Protección Oficial)¹⁴⁷.

2.d) Tipos de Recepción:

En el arrendamiento de obra, los contrayentes pueden pactar al momento de celebrar el acuerdo, las características que tendrá la recepción; al efecto, cuentan con distintas tipos alternativos que comparten el mismo sentido esencial de "aceptación- aprobación" de la obra.

¹⁴⁴Decreto de 11 de marzo de 1971, establece que la expedición del certificado de final de obra debe ser suscrito por el Arquitecto director de obra y por el Arquitecto Técnico y visado por los respectivos Colegios, siendo éste requisito previo para la ocupación de cualquier inmueble de promoción privada (art.6.1).

¹⁴⁵Cabanillas Sánchez, La evolución ...cit., pág.352.

¹⁴⁶Cadarso Palau, op.cit. pág.348/9.

¹⁴⁷Ley de Contratación del Estado de 8 de abril de 1965, modificada en 17 de marzo de 1973 y su Decreto Reglamentario N°923 de 29 de diciembre de 1967. Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por D.2131/63 de 24 de julio y 3964/64 de 24 de julio. Del Arco, M., op.cit., pág.288.



De tal modo, en esta materia, la recepción admite diversos criterios de clasificación¹⁴⁸:

- a) 1. **Recepción expresa:** se instrumenta mediante acta labrada por ambas las partes.
2. **Recepción tácita:** se exterioriza a través de actos o hechos que evidencien la voluntad de aceptar, que autoricen a suponerla o que permitan tal valoración (vgr. ocupación o bien utilización de la obra; arrendamiento, pago total del precio, etc.¹⁴⁹).
- b) 1. **Recepción "pura y simple":** la obra se aprueba con total conformidad sin que su ejecución merezca cuestionamiento alguno.
2. **Recepción "con reservas":** luego de la entrega, se advierten los vicios o defectos de cuya corrección dependerá la aprobación definitiva de los trabajos.
- c) 1. **Recepción total:** corresponde a la entrega y aprobación de todos los trabajos. Si en el contrato, nada se especifica al respecto, se presume que esta modalidad ha sido la pactada.
2. **Recepción parcial:** tiene lugar por etapas, motivo por el cuál debe ser expresamente pactada.

Esta especie no solo está legislada por el Régimen sobre las Contrataciones del Estado¹⁵⁰ sino también por el Código civil¹⁵¹ que prevé la modalidad de ejecución de la obra "por piezas o por medidas" cuya "recepción es por partes" y el pago del precio en proporción (art.1592 Cc, equivalente a los arts.1791 C.francés y 1666 C.italiano). De modo

¹⁴⁸Molina, Inés Elena, La responsabilidad ...cit., pág.80 y ssgtes.

¹⁴⁹Herrera Catena, op.cit., T.I-1, pág.51/55.

¹⁵⁰Asímismo, aluden a la recepción parcial: arts. 54.2, 45.1, 47.1 LCE y arts.171.3, 137, 142.2/3 RLCE.

¹⁵¹Art.1592: "El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medidas, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha".



tal, se presume que las partes que han sido recibidas han sido aprobadas salvo prueba en contrario.

Para algunos autores, no parece aconsejable admitir como definitivas las recepciones parciales que determinen puntos de partida independientes de responsabilidad decenal ya que, en la realización de posteriores trabajos, pueden surgir "defectos extrínsecos o de coordinación con las partes restantes" que sean advertidos una vez finalizada la obra¹⁵².

- d) 1. **Recepción Provisional:** Esta modalidad carece del sentido esencial de "aceptación- aprobación" que caracteriza a la "recepción definitiva". Se trata de una garantía contractual en favor del dueño o comitente que le permitirá a partir de la entrega de la obra y durante un lapso de tiempo previamente pactado, advertir eventuales vicios o deficiencias que serán objeto de reservas y de cuya subsanación deberá ocuparse el arrendador.

De no existir tales reservas, vencido el plazo de garantía podrá aceptar y aprobar la obra expresa o tácitamente, teniendo lugar entonces la "Recepción Definitiva".

2. **Recepción Definitiva:** A partir del momento en que tiene lugar este acto jurídico bilateral, instrumentado mediante un acta o certificación de recepción, culmina por cumplimiento el contrato de arrendamiento de obra y comienza -según la doctrina tradicional- el cómputo decenal. Este supuesto sería el equivalente a la "conclusión de los trabajos" a que hace referencia el texto legal (art.1591).
3. **Entrega:** En este punto, parece adecuado hacer referencia a este término, empleado como equivalente de la expresión legal citada (conclusión de los trabajos). Hay quienes consideran que puede coincidir con la toma de posesión de la obra por el propietario aunque no sea equivalente a la recepción¹⁵³ que consiste en la manifestación de voluntad conforme con

¹⁵²Herrera Catena, op.cit., T.I.-1, Pág.83, 178.

¹⁵³Del Arco, M. op. cit., pág.289, hace referencia a la S. del T.S de 18 de abril de 1979 cuyo pronunciamiento arrojaría luz sobre la "entrega y la recepción", sin perjuicio de que ya en la S. de 14 de julio de 1933 se hace referencia a la "aprobación y recepción definitiva".



la ejecución de los trabajos (tácita o expresa). Pero, sin embargo, el criterio doctrinario más extendido distingue un acto de otro. A la **entrega** se la caracteriza por su índole material mientras que a la **recepción**, por su fuerte contenido voluntario (aprobación- aceptación) que debe ser manifiesto (T.S. S. de 14.10.68). Este concepto va más allá del mero asentimiento del dueño o comitente porque requiere además un examen previo, un acto de prueba o una declaración en la que se consigne que la obra se adecua al contrato o bien, que existen objeciones a formular¹⁵⁴

3.d) Actos previos a la Recepción definitiva

A la "recepción definitiva", se llega una vez cumplidas ciertas etapas previas que contribuyen a formar la convicción del dueño o comitente de que la obra ha sido ejecutada de acuerdo a lo pactado.

1) **La Recepción provisional**¹⁵⁵: En la práctica privada de la construcción de edificios aunque sin estar legislada al igual que se prevé en el régimen de Contratación de obra pública¹⁵⁶, una vez terminadas las obras procede la recepción provisional de las mismas. Tiene por efecto que el Promotor compruebe que los trabajos se encuentran cumplidos con arreglo a las prescripciones previstas, haciendo constar en el acta de recepción, los defectos de escasa importancia que no impidan que este acto tenga lugar, como los que fueran imputables al Constructor pero no al Promotor o al usuario por uso de la construcción. Tales defectos deberán ser subsanados por el Constructor a su costa.

Al pactar las condiciones del acuerdo, los contratantes además de establecer la fecha de conclusión de los trabajos (entrega- recepción provisional), pueden establecer que a partir de entonces empieza a correr el plazo correspondiente al período de mantenimiento o de conservación que opera respecto de los defectos antes mencionados como una verdadera garantía

¹⁵⁴Cabanillas Sánchez, La Recepción de la obra. ADC, Fasc.II, 1978, pág.289.

¹⁵⁵Fernández Pirla, Santiago. Arquitectura Legal y tasaciones inmobiliarias. 2a. Edición. Madrid. pág.613. Molina, Inés. La responsabilidadcit. pág.81.

¹⁵⁶En el art.170 RLCE (D.3410/75) prevé la recepción provisoria.



contractual a cargo del Contratista. Durante este lapso que se fija libremente o según los usos y costumbres, deberán llevarse a cabo los trabajos de reparación y complementarios respecto de los vicios o defectos objeto de reservas señaladas en el acta de la recepción o bien, mediante notificación posterior¹⁵⁷.

- 2) **La Verificación**¹⁵⁸: Una vez que la obra ha sido entregada, corresponde al dueño o comitente verificar¹⁵⁹ que ha sido ejecutada conforme a las **reglas del arte**¹⁶⁰ y a las condiciones pactadas para lo cual debe contar con el debido asesoramiento técnico¹⁶¹. Esta etapa tiene lugar durante el período de mantenimiento aludido y se caracteriza por las operaciones materiales de examen o control funcional minucioso que se llevan a cabo y porque opera como presupuesto para la aceptación de la obra.

No se trata de un acto formal sino voluntario en beneficio del comitente quién de no proceder en tal sentido, debería soportar las consecuencias perjudiciales de su falta de diligencia. Los vicios o defectos que se adviertan con motivo de la verificación deben ser corregidos -antes de la recepción definitiva- durante el período de mantenimiento.

- 3) **La Aceptación- aprobación**: Satisfactoriamente verificada y sin que medien reservas, se reconoce la buena ejecución de la obra que será **aceptada** (declaración o exteriorización del conocimiento) y **aprobada** mediante la certificación del cumplimiento de la obligación principal a cargo del arrendador. En general, aunque no esté expresamente legislada, suele hacerse aplicación extensiva del art.1592 (obras por piezas y medidas) en cuanto expresa "se presume aprobada y recibida" la parte satisfecha.

¹⁵⁷Del Arco, op.cit., pág.300.

¹⁵⁸Spota, Alberto G., op.cit., Vol.II, pág.656; Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.79 y ssgtes.

¹⁵⁹RLCE art.192 regula el procedimiento de la verificación.

¹⁶⁰Cabanillas Sánchez, J. La recepción ...cit., pág 290, considera que las "reglas del arte" son aquéllos criterios técnicos dictados para determinado género de trabajos que aunque no se convengan ni incluyan expresamente en el acuerdo, deben ser atendidos por el constructor ya que su aplicación deriva de la Ley y de la costumbre profesional (art.1258 Cc) vigentes al momento en que se construya la obra.

¹⁶¹Los arts.54 LCE y 170 RLCE, se refieren al "buen estado" de los trabajos de acuerdo con las prescripciones previstas y a los técnicos intervinientes en la verificación de las obras públicas.



La **aprobación** es el acto por el cuál se declara aceptada la obra por el propietario (o por un tercero según el art.1598 Cc) y puede ser expresa o tácita. Tal manifestación consiste en el "reconocimiento del correcto cumplimiento de lo pactado" con la consiguiente "obligación de recibir la obra" que es la consecuencia jurídica necesaria a la que el comitente no podrá negarse¹⁶².

4) La Recepción definitiva: Conclusión de la obra:

De acuerdo con el criterio seguido en este análisis, mediante este acto queda configurada jurídicamente la conclusión de la obra y por cumplido el contrato, una vez corregidas las reservas dentro del plazo establecido. Las partes pueden pactar libremente sus condiciones y modalidad (expresa o tácita) aunque, **generalmente**, tiene lugar **por escrito** mediante certificación de final de obra o acta de recepción, documentos en los cuáles el arrendatario exterioriza su voluntad de aceptar y aprobar los trabajos en presencia del contratista y del director de obra.

A partir de ese momento y encontrándose las obras en las debidas condiciones se recibirán con carácter definitivo quedando el Contratista relevado de toda responsabilidad, salvo la decenal prevista en el art.1591 Cc. Se le devolverán la fianza depositada en la formalización del contrato o retenida en cada certificación o se cancelará el aval en caso de que hubiera procedido a prestar tal garantía¹⁶³. En este sentido, se ha resuelto que la recepción definitiva será determinante de la expiración de los plazos de garantía, de la devolución de cantidades retenidas como fianza (del contratista) o como saldo o resto de precio aplazado (T.S. S. de 25.6.70).

Existirá, entonces, un **doble juego de intereses** tendente a una rápida concreción de este acto y extinción del contrato tanto por parte del propietario o promotor que espera disponer, utilizar y usar la obra como por parte del Contratista que pretende percibir el precio total así como liberarse de las obligaciones y garantías a su cargo.

¹⁶²Fernández Costales, El contrato del arquitecto en la edificación, Madrid, 1977, pág.158.

¹⁶³Fernández Pirla, Santiago. Arquitectura Legal y tasaciones inmobiliarias. 2a. Edición. Madrid. pág.613.



La ausencia de regulación sobre la recepción en el Código civil español, permite a las partes elegir con mayor flexibilidad la modalidad más adecuada a sus intereses. De existir cualquier duda al respecto, se estará por la recepción definitiva.

La obra no se estima "de recibo" hasta tanto no se ajuste a las condiciones normales de idoneidad y aptitud¹⁶⁴.

El período de conservación o mantenimiento, antes mencionado podría interpretarse como el lapso que transcurre entre la recepción provisoria y la definitiva. Pactadas ambas recepciones, esta última no cubre los vicios aparentes de la construcción que pudieron ser apreciados oportunamente por el propietario ya que éste se reserva el derecho a examinar la obra durante aquél período. Si a su vencimiento no se han denunciado deficiencias en el edificio, el constructor debe intimarle a que proceda a la recepción definitiva. El silencio del propietario debe entenderse como una recepción tácita¹⁶⁵

Las nuevas tendencias legislativas relacionadas con la edificación, se ocupan de regular la recepción de la obra, fijando sus pautas sin imprimirle mayor formalidad. En general, se sigue la línea adoptada por el Derecho francés (art.1792.6 Cc) al consagrarla como un acto único en virtud del cuál se aprueba y recibe la obra con o sin reservas.

La entrega y recepción tienen lugar dentro de un breve plazo (vgr. un mes) contado a partir de la terminación de los trabajos. Se instrumenta mediante un acta que suscribirán el promotor, el contratista y la dirección. La negativa injustificada o la demora en hacerlo, podrá determinar que se recurra a la recepción judicial o mediante arbitraje oportunamente pactado, siendo de aplicación el art. 1598 Cc en su caso. Con el acta pueden también acompañar-

¹⁶⁴Del Arco, M. op.cit., pág.299.

¹⁶⁵Fernández Pirla, Santiago. Arquitectura Legal... cit. pág.614.



se el certificado final de obra y la documentación final del edificio. La fecha que surge de ese instrumento será de fundamental trascendencia no solo para hacer efectivos los plazos de garantía sino también para ejercitar las acciones correspondientes¹⁶⁶.

De acuerdo con la caracterización precedente, no es **identificable** la recepción definitiva con otros actos jurídicos que no producen iguales efectos aun cuando prevean ciertas garantías. Por ejemplo, la **Calificación definitiva** consagrada en el Régimen de Viviendas de Protección Oficial (arts. 97/99 RVPO), consiste en un acto administrativo emanado del Instituto Nacional de la Vivienda, a solicitud del Promotor dentro de los treinta días de terminadas las obras y previa inspección a efectos de determinar si éstas se han realizado de conformidad con el proyecto aprobado por la cédula de "calificación provisional" y sus modificaciones.

Este Régimen (art.111.2) prevé una garantía especial pero de índole administrativa que se extiende por un plazo cinco años a partir de **calificación definitiva** respecto de los vicios o defectos que hicieren **necesarias obras de reparación** a cargo del promotor. En este sentido, se le exige un "seguro bastante" a fin de garantizar ante el Instituto Nacional de la Vivienda el cumplimiento de dichas obligaciones pero, dejando a salvo, sin embargo, "las acciones que puedan ejercitar los propietarios y adquirentes de viviendas al amparo de los arts.1484 y siguientes, 1591 y 1909 y demás de pertinente aplicación del Código civil" (art.111.3 RVPO)¹⁶⁷.

4.d) Alcances de la Legislación sobre Contratación del Estado

En otros sistemas jurídicos comparados que como el español no legislan en sus Códigos civiles decimonónicos, la recepción en el Arrendamiento de obra, la doctrina se ha servido de las disposiciones que fijan el marco normativo del Contrato administrativo de obra pública (LCE N°5/1973, de 17 de marzo y DRLCE N°3410/1975, de 25 de noviembre) para abordar la elaboración teórica del tema. Estos cuerpos legislativos tienen una naturaleza e importancia tal que han influido de forma decisiva en la contratación privada ya que este ha

¹⁶⁶Borrador de Proyecto de L.O.G.E. art.6.

¹⁶⁷Vid. Capítulo XI, ap.2.



utilizado y utiliza con gran frecuencia, la estructura y cautelas de la contratación pública¹⁶⁸.

En tal sentido, puede afirmarse que en la esfera del Derecho administrativo se halla una rica fuente normativa que consagra los distintos alcances de la **recepción provisional y definitiva**. La primera de ellas debe ser pactada expresamente y tendrá lugar dentro del **mes siguiente a la terminación** de los trabajos. Si las obras se encuentran en buen estado y cumplen las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante las **dará por recibidas en forma provisional y se entregarán al uso público correspondiente**. A partir de ese momento, comienza el **plazo de garantía** cuya duración se fijará atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra contratada (art.82 RCE) aunque no podrá ser inferior a un año. Durante este período, estarán a cargo del Contratista la reparación de vicios o defectos advertidos y la conservación de la obra. Por lo tanto, si por el descuido de la obra se configura una situación de peligro, la Administración ejecutará los trabajos necesarios para evitar el daño a costa de aquél¹⁶⁹.

Por el contrario, si en el momento de la recepción provisional, las obras no se encuentran en estado de ser recibidas, se hará constar tal circunstancia en el acta correspondiente en la cuál, el funcionario técnico designado por la Administración dará las instrucciones precisas y detalladas para que el Contratista remedie los defectos dentro del plazo fijado. Al vencimiento de éste, tendrá lugar un nuevo reconocimiento a fin de proceder a la recepción provisional y si el Contratista no hubiera cumplido, se resolverá el Contrato por no terminar la obra a tiempo con pérdida de la fianza. No obstante, la Administración podrá conceder de un nuevo plazo de cumplimiento aunque esta vez será improrrogable¹⁷⁰.

En lo que concierne a la **recepción definitiva**, cabe destacar que opera dentro del mes siguiente al cumplimiento del plazo de garantía (art.173.1 RCE). Si las obras se encuentran de acuerdo con las previsiones prescritas, conforme al

¹⁶⁸Fernández Pirla, Santiago. op.cit., pág.609.

¹⁶⁹Fernández Pirla, Santiago. op.cit., pág.640.

¹⁷⁰Fernández Pirla, Santiago. op.cit., pág.638.



proyecto y en perfecto estado, se recibirán con carácter definitivo, quedando el Contratista relevado de toda responsabilidad (art.174.1 REC). En defecto de ello, se procederá de manera similar al supuesto anterior, se darán instrucciones al contratista para que lleve a cabo la debida reparación de los construido en un nuevo y último plazo, ampliándose el período de garantía y de conservación de la obra¹⁷¹.

A pesar de que mediante la recepción definitiva queda relevado el contratista de toda responsabilidad, sin embargo, legalmente se reconoce una excepción. Si, con posterioridad a la recepción definitiva, la obra se **arruina por vicios ocultos** de la construcción debidos al **incumplimiento doloso** del contratista, éste responderá por el plazo de quince (15) años a partir de entonces por los daños y perjuicios correspondientes (arts.175 RCE y 56 LCE), quedando a su vencimiento totalmente extinguida su responsabilidad.

En virtud de estas disposiciones del Régimen de Contratación de obras públicas de propiedad del Estado en cuanto tal, surge con claridad que aún cuando éste no se beneficie con la Responsabilidad decenal (art.1591 Cc) de índole iusprivatista, cuenta con la mencionada **garantía por vicios constructivos posteriores a la recepción definitiva** que el Derecho administrativo bien le ha sabido reservar.

5.d) Recepción y vicios¹⁷².

La responsabilidad derivada de la aparición de vicios o defectos en la obra, sigue distinto régimen normativo según que éstos sean ocultos o aparentes, ruínógenos o no y que se evidencien antes o después de la recepción definitiva.

En cuanto a las responsabilidades aplicables a los profesionales intervinientes y de acuerdo a la caracterización precedente, la recepción definitiva constituye un "hito" de gran relevancia práctica y jurídica en la contratación de obra no solo como punto final de las típicas obligaciones contractuales sino además, -reitero- como punto de partida de otras garantías. En esta última categoría, se enrola la "Responsabilidad por ruina" o "por defectos constructivos" que constituye en

¹⁷¹Fernández Pirla, Santiago. Arquitectura Legal... cit. pág.640.

¹⁷²Molina, Inés La responsabilidad ...cit., pág.30 y ssgtes.



materia contractual una clara excepción al tradicional principio liberatorio basado en el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

a) Antes de la recepción definitiva, los profesionales de la construcción pueden responder:

1. Frente al arrendatario por incumplimiento contractual (arts.1096/98, 1101, 1124 Cc) (Régimen General de Responsabilidad Contractual).
2. Frente a terceros, por los daños que se hubieran derivado a éstos de su obrar culposo (arts.1902 y ccetes.Cc) (Régimen General de Responsabilidad Extracontractual).

b) Después de la recepción definitiva: Los profesionales intervinientes pueden responder:

1. **Por vicios ruinógenos:**

- a) Frente al arrendatario, en los términos del art.1591.1 Cc.
- b) Frente a terceros, según el juego de los arts.1909 y 1907/8 del Cc.

2. **Por otros incumplimientos contractuales:**

- a) Frente al arrendatario según el art.1591.2 Cc y 1964 Cc (TS S.de 29 de enero de 1991).

3. **Por vicios no ruinógenos:**

- a) Frente al arrendatario será aplicable el régimen general de Responsabilidad contractual (arts.1091, 1096/98, 1101Cc) por cumplimiento defectuoso o bien, por incumplimiento (art.1124Cc), según la importancia del vicio de que se trate a la luz de los principios de la buena fe (art.1258) y de conservación del contrato.
- b) Frente a terceros, por los daños resultantes de conductas no determinantes de defectos constructivos ruinógenos se aplicarán también las reglas generales sobre Responsabilidad civil (art.1902 y ssgtes.).

El profesional interviniente asume mediante el Contrato de Arrendamiento de obra, el compromiso (obligación de resultado) de construir la obra



exenta de vicios y según la "lex artis", por tal motivo una vez comprobados "vicio"- "daño" y "relación causal" se considera infringido el deber contractual de resultado y cabe su responsabilidad. La recepción definitiva (art.1591 Cc) no cubre (no exonera) ningún vicio oculto (aceptada la obra con o sin reservas) ni tampoco aquéllas consecuencias de los vicios aparentes¹⁷³ que resulten causa adecuada de ruina¹⁷⁴, criterio que comparto en mérito a las razones de orden público que con toda solidez permiten fundamentar la garantía decenal.

El criterio de distinción entre vicios ocultos y aparentes, es subjetivo y depende de la diligencia y conocimiento medio de la persona que llevará a cabo la verificación.

En definitiva y según los propios términos del art.1598 Cc. ("a satisfacción del propietario o juicio pericial" y "a criterio de un tercero"¹⁷⁵), el dueño de la obra debe contar con **asesoramiento técnico** para aceptar y aprobar la obra ya que no puede depender de su solo arbitrio la determinación del adecuado cumplimiento del resultado prometido por el arrendador (art.1256 Cc). En este caso, la diligencia exigida dependerá del nivel de los conocimientos técnicos de quién deba llevar a cabo la verificación y aprobación de la obra, del cuál también dependerá el grado de apariencia que el vicio o defecto en cuestión pueda tener para ese sujeto.

6.d) Recepción. Vicios y garantías en el Derecho francés

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia española parecen inclinarse mayoritariamente por el criterio que consagra a la recepción definitiva como hito jurídico

¹⁷³En Francia, las Leyes de 3 de enero y de 7 de julio de 1967 -modificadorias de los arts.1792 y 2270 Cc- prevén a cargo del promotor la garantía por vicios aparentes respecto de nuevas construcciones.

¹⁷⁴García Cantero, op.cit. pág.1104, considera que aun cuando la ruina fuera manifiesta al momento de la entrega-recepción, el dueño cuenta con la garantía del art.1591.1; Cadarso Palau, op.cit., pág.115 y 159, hace referencia, en definitiva, a "vicios ocultos latentes"; Herrera Catena, op.cit., T.I-1, pág. 86 y ssgtes.; Spota, A.G. op.cit., Vol.X, pág.547 y ssgtes, también se inclinan por el criterio amplio.

¹⁷⁵Herrera Catena. op.cit., pág.173, desarrolla ampliamente los distintos supuestos de aprobación: "A satisfacción del propietario" con la aplicación subsidiaria del juicio pericial en caso de disconformidad y "a decisión de un tercero" la cuál aunque es definitiva y constituye prueba preconstituida, no se trata de un laudo arbitral que resuelva el litigio sino que se ocupará de la aprobación de los trabajos.



de la contratación de obra en cuanto a los derechos, obligaciones y garantías dimanantes del acuerdo. Esta postura si bien presupone una doble caracterización de la recepción, no duda en que el único y absoluto valor radica en ese momento al que también se recurre en caso de duda.

Las tendencias normativas más modernas adoptan una orientación distinta al concebir la recepción como un acto único que coincide con la entrega de la obra y en cuya oportunidad, el dueño o comitente podrá formular las reservas a que dieren lugar los defectos o vicios advertidos en la obra no siendo conforme con las estipulaciones del contrato. Asimismo, determina el inicio de las garantías previstas en cada caso respecto de los defectos constructivos (decenal) o de menor importancia.

En esta postura, entre otros se destacan el Derecho francés que ha sido pionero en la materia así como también, los Proyectos de Directivas y demás normativa del Derecho comunitario europeo cuyos criterios no solo han seguido un camino similar sino que además han innovado en muchos aspectos que merecerán un próximo comentario.

El Code civil francés (conf.Ley 78-12) consagra la recepción como un acto único sin exigencias formales, existiendo para las partes total libertad al respecto (art.1792.6.) ya que puede ser tanto expresa como tácita. Mediante este acto, el dueño o comitente declara que acepta la obra con o sin reservas pudiendo formularlas en el acta de recepción o bien, con posterioridad, aunque fijándose de común acuerdo el plazo para la reparación correspondiente.

Asimismo, representa el momento a partir del cuál operan las garantías que este régimen consagran:a) de "buena ejecución" (durante diez años. Arts. 1792/1/2 y 2270 Cc);b) de "buen funcionamiento" (durante dos años. Art.1792.3 Cc) y c) de "perfecto acabado" (durante un año. Art.1792.6.2 Cc). En mérito a que todas éstas comienzan a operar en el mismo momento, surge obviamente la cuestión relativa a si existen o no superposiciones o exclusiones entre sí.

La distinta índole o gravedad de los vicios o defectos en cada caso, vale inicialmente como adecuada respuesta. En primer lugar, el "constructor" (categoría que abarca a todos los intervinientes: Contratista, arquitecto, ingenieros, técnicos, fabricante, importador, etc.) debe la garantía decenal que



se aplicará a los daños que comprometan la **solidez** de la obra en alguno de sus elementos constitutivos (infraestructura, estructura, fundaciones, cerramientos y cubiertas) o en alguno de sus elementos de equipamiento haciéndola **impropia a su destino** (art.1792) o bien que afecten la **solidez** de los elementos de equipamiento que formen un todo indisoluble con las obras de viabilidad, de fundaciones, de estructura, de cerramiento o de cobertura (art.1792.2).

Asimismo y por dos años también deben la garantía que corresponde a los restantes elementos de equipamiento (disociables) del edificio y. finalmente, la anual está prevista a cargo del empresario (contratista) y corresponde a la reparación de todos los defectos o vicios señalados por el dueño de la obra en las reservas formuladas en la recepción o mediante notificación escrita posterior (art.1792.6.2).

El plazo de la garantía decenal (arts.1792, 1792.2, 2270 Cc) de ninguna manera, se ve reducido a nueve años por aplicación de esta última garantía de perfecto acabado. Cada una de ellas conserva su extensión legal, conviviendo sin chocarse durante ese primer año. Si bien el propietario cuenta con la posibilidad de **optar** por una u otra (C.Cas. 3*Ch.Civ. Arrêt de 7.2.87), dicha posibilidad se reduce a aquéllos vicios o defectos posteriores a la recepción que **no hayan sido objeto de reservas en el acta labrada al efecto** ya que serían aparentes y por lo tanto, extraños a la garantía decenal aunque amparados por la garantía de perfecto acabado (C.Cass. 3*Ch.Civ. Arrêt de 29.4.87).

En esta distinción jurisprudencial se advierte cierto matiz en cuanto a los vicios y a la recepción que no ha sido recogido por la normativa citada y que permite pensar en que a pesar de la referencia expresa a un acto único, cabrían formular ciertas precisiones a fin de perfilar mejor su campo de aplicación.

7.d) El supuesto de la Recepción tácita

a) La recepción tácita integra junto con la expresa, uno de los binomios clasificatorios antes transcritos. Tendrá lugar mediante la realización de ciertos actos positivos que permitan conocer la voluntad del dueño o comitente en el sentido de aprobar, recibir y aceptar la obra (ausencia de reservas, pago sin protestas, utilización o arrendamiento de la obra, etc.).



Por lo general, en todos los contratos de obra, se prevé que a partir de un determinado momento expresamente individualizado como la fecha correspondiente a la "entrega" o "finalización de los trabajos" o bien, a la denominada "recepción provisoria", comienza un **período de mantenimiento o de conservación** (generalmente, un año) que opera como una verdadera **garantía contractual** a cargo del contratista. Asimismo y sin perjuicio de poder omitir toda referencia a la **recepción definitiva**, también pueden las partes establecer al efecto una fecha determinada o bien, hacerla coincidir con el momento de extinción del período de garantía citado.

En la mayoría de los casos, nada se establece sobre la **recepción definitiva** motivo por cuál y siguiendo con el criterio esbozado, parecería oportuno que ésta tuviera lugar al vencer el período de mantenimiento, una vez satisfechas las reservas formuladas y mediando actos que determinen la aceptación de la obra. Aun cuando así se admita, la práctica indica la conveniencia de precisar la fecha de dicha recepción mediante una notificación fehaciente dirigida por el más diligente de los contratantes a la otra parte, comunicándole que aquélla ha tenido lugar una vez concluido el período de garantía sin reservas pendientes y que el acuerdo está extinguido para ambos.

Esta postura tiene apoyo jurisprudencial. En tal sentido, se estableció que el tiempo transcurrido desde la recepción provisoria sin protestas del dueño de la obra que **utilizó la finca, implica recepción definitiva** de la misma (TSS de 28.6.58). Por otra parte, la recepción siempre debe ser "a satisfacción del propietario" (conf.art.1598) por lo cuál si se recibe y acepta la obra sin protestas, el propietario queda obligado al pago del precio mientras que el empresario queda exento de responsabilidad excepto el supuesto del art.1591, extinguiéndose así el acuerdo (TSS de 17.12.64).

- b) En el **Derecho francés**, aun cuando no se prevé normativamente la recepción tácita, la amplitud del artículo 1792.6.1 del Code civil antes citado, ha permitido su consagración jurisprudencial. Así se ha dispuesto que la recepción puede ser implícita y tener lugar tácitamente (Cour D'Appel d'Angen, Arrêt de 26.2.85). Cabe destacar algunos pronunciamientos mediante los cuáles se consideró tácitamente configurada la recepción: La ocupación del inmueble por el dueño de la obra (Cour de Cass.3e.Ch.Civ. Arrêt 23.4.86); la toma de posesión de la obra sin haber formulado reservas



de ningún tipo (C.C. 3e.Ch.Civ. Arrêt 16.7.87); la utilización comercial sin reservas durante varios meses luego de la terminación de los trabajos de los locales reformados de una sala de espectáculo (C.C. 3e.Ch.Civ. Arrêt de 30.11.83).

8.d) La recepción de la obra en el Proyecto de Directiva comunitaria sobre construcción (CEE)

Inicialmente, ha sido destacada la importancia de la problemática que siempre ha girado en torno de la construcción en inmuebles y que permitió en el siglo pasado, la consagración de la Responsabilidad decenal por ruina en la mayoría de los sistemas jurídicos que siguieron los lineamientos básicos del Código Napoleón.

Superada esta normativa decimonónica por el desarrollo que cupo a la técnica y a los procedimientos constructivos, a las necesidades sociales en relación con los escasos recursos económicos disponibles así como a los nuevos criterios jurídicos tutelares de los derechos individuales y sociales, fueron abriéndose distintas vertientes a fin de lograr la más justa aproximación de la realidad al derecho. Sin embargo, no todos los sistemas jurídicos han podido adaptarse con la misma facilidad a la situación que actualmente caracteriza este ámbito de la construcción. Cada uno ha obrado de acuerdo a sus posibilidades mediante la adopción de reformas legislativas o bien, consagrando nuevas doctrinas jurisprudenciales que tratan de armonizar el fiel respeto por el texto legal con las necesidades de la sociedad.

En el ámbito del Derecho privado comparado, existe sin duda un verdadero desfase normativo sobre el régimen de las garantías y responsabilidades derivadas de los vicios o defectos constructivos. Esta situación también se refleja en el contexto de los países miembro de la Comunidad Económica Europea (CEE) quién ha establecido a través de sus órganos colegiados, ciertos lineamientos uniformes sobre los productos de la construcción (Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, 89/106/CEE¹⁷⁶) y -aunque aun sin sanción normativa-, sobre la construcción en general, tendientes a concretar también en este sector la integración económica emprendida años atrás.

¹⁷⁶D.89/106/ CEE. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N°L.40/12, 11/2/89.



Sobre este último aspecto, se ha elaborado un Proyecto de Directiva Europea sobre la Construcción cuyos puntos esenciales versan sobre: su **campo de aplicación** que abarca las relaciones contractuales, la intervención exigida por normas positivas respecto de la construcción en general (edificación, residencial, obras de ingeniería civil, obras públicas); el régimen de la **recepción de obras** y la **responsabilidad de los intervinientes**.

Si bien, en principio, podrían identificarse las pautas normativas de este proyecto con algunos rasgos del sistema francés mencionado, no puede desconocerse su verdadero valor innovador plasmado en una profunda revisión de diversos elementos de este régimen. Así, podrían ser sintetizados como una muy concreta determinación de la responsabilidad correspondiente a cada sujeto y de los deberes a cargo no solo de los intervinientes sino también del dueño de la obra.

- a) **La Recepción:** En este apartado, corresponde abordar el análisis de la **recepción** según las previsiones comunitarias que la consagran como un **acto único con o sin reservas** cualquiera sea la forma de organización de la obra, que tiene por **objeto certificar** que los trabajos se compadecen con lo convenido a fin de su **aceptación** por el comitente (dueño o promotor). Su **fecha** se señala no solo como el principio del plazo de responsabilidad y de garantía sino además, -según, expresamente se consigna- como el momento a partir del cuál, el **dueño de la obra adquiere la custodia del edificio** y **asume la obligación de conservarlo y usarlo adecuadamente**.
- b) **Tipos de Recepción:** La recepción puede llevarse a cabo a solicitud de cualquiera de los contratantes o de común acuerdo (vgr. la recepción anticipada) pudiendo ser expresa o bien, en su defecto, **declarada judicial o tácitamente**. No tendrá lugar este último supuesto (tácito): Antes de finalizado el plazo contractual; antes de la terminación de los trabajos; en ausencia de solicitud de recepción por parte del contratista; sin que éste haya realizado el requerimiento de recepción ni antes del vencimiento del plazo fijado a tal efecto que no podrá ser inferior a un mes.

También se prevé la **recepción parcial** de las partes de la obra que constituyan un conjunto autónomo por su emplazamiento o destino.



El comitente (dueño o promotor) debe ocuparse de formalizar la recepción mediante un acta cuyos requisitos se enumeran (objeto, partes, funciones, fechas de terminación, recepción y reparación de reservas, etc.) explicitándose que las reservas se formulen en hoja anexa. El contratista debe repararlas dentro del plazo previsto en el acta mencionada bajo pena de sanciones legales o convencionales. Asimismo, estas reparaciones deben ser aceptadas de común acuerdo o, en su defecto, judicialmente.

El contratista debe ser convocado a las inspecciones que deban efectuarse con vistas a la recepción, debiendo ser realizarlas en presencia de éste.

La fecha de terminación de los trabajos que conste en el contrato, debe ser respetada y será a partir de entonces que el comitente (dueño o promotor) podrá proceder a la recepción que, en caso de ser anticipada, deberá convenirse expresamente.

El comitente (dueño o promotor) sólo podrá rechazar la recepción en razón de que la obra no esté terminada o de que no se adecue a las condiciones del contrato. El rechazo deberá ser motiva y hacerse por escrito no pudiendo ser de ningún modo irrazonable o vejatorio. Ante el rechazo o abstención de recibir la obra por razones distintas, el contratista debe requerir la recepción "en un cierto plazo de tiempo" (no inferior a un mes), transcurrido el cuál - a los efectos contractuales-, se considera que aquélla ha tenido lugar en la fecha del requerimiento.

- c) Efectos de la Recepción. En todos los casos, la recepción tendrá los siguientes efectos: De conformidad con lo convenido, la obra se considera acabada, exceptuando las reservas formuladas por el comitente (dueño o promotor) en el acta respectiva; el contratista queda liberado de responsabilidad por los vicios aparentes que no hayan sido objeto de reservas y asimismo, de la obligación de garantizar la seguridad de la obra y de las personas que en ella se encuentren; así mismo, fija a cargo de los intervinientes, el punto de partida de las responsabilidades y garantías y a cargo del comitente (dueño o promotor), la obligación de custodia de la obra así como la asunción de riesgos (estragos, pérdidas, etc.) que sobre ella, se ciernan.



En mérito a todo cuanto ha sido hasta aquí comentado, se impone precisar que actualmente en el Derecho español, rigen las disposiciones del Código civil de 1889 sobre Responsabilidad decenal por ruina de edificios aunque con el "aggiornamento" que supo imprimirle por vía interpretativa, el Tribunal Supremo español a través de su doctrina legal rica en sus soluciones aunque en muchos casos un tanto contradictorias con su fundamentación muy apegada por cierto, al más absoluto respecto por el texto legal.

En cuanto concierne a la recepción, cabe señalar que en este momento, son de entera aplicación las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales más tradicionales que en principio se abordaron. Estas fueron desarrolladas atendiendo -en cierto modo- a la regulación sobre Contratación de obra pública debido al silencio guardado sobre este tema de real importancia, por el Código civil. Por su parte, las tendencias legislativas más modernas no han sido aún adoptadas ni por la legislación ni por los Pronunciamientos judiciales, quedando relegada su aplicación por el momento.

Sin embargo, tanto en éste como en muchos otros aspectos del tema, se advierte un claro alejamiento del referido contexto jurídico español en la contratación de Seguros decenales. Los Aseguradores ofrecen un producto que si bien por sus condiciones de póliza parece enrolarse en el sistema francés, en realidad ni siquiera se adecua a éste porque configura un falso modelo que por incompleto no llega a cubrir las verdaderas necesidades del sector según más adelante se analizará.



VII. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL

a) Sistema Subjetivo de Responsabilidad; Presupuestos

El derecho español ha adoptado, tradicionalmente, el **Sistema subjetivo de responsabilidad** cuyo factor de atribución es la culpa (culpa y dolo). Este es uno de los cuatro presupuestos o elementos necesarios de la responsabilidad civil junto con la conducta (acción u omisión) antijurídica, el resultado dañoso y la relación de causalidad entre estos últimos¹⁷⁷. En materia de responsabilidad decenal, si bien el factor de atribución no es objetivo, cabe hacer notar que su tratamiento es especialmente riguroso, debido a que la culpa del arquitecto y del contratista se medirá de acuerdo según un criterio de **profesionalidad** en conexión con la idea de **resultado** que caracteriza las obligaciones derivadas del contrato de obra¹⁷⁸.

b) Presunción de culpabilidad

Más allá de una formulación general -de escasa significación- sobre el basamento subjetivo de la responsabilidad decenal, cabría precisar el funcionamiento concreto de la "culpa". En tal sentido, se evidencia un síntoma de objetivización ya que si la ruina ha obedecido a un defecto de construcción, en principio, se considera responsable al contratista mientras que si se tratara de un vicio del suelo o de la dirección de la obra, el juicio de reproche se formulará contra el arquitecto¹⁷⁹.

Con muy buen criterio, se parte de una **presunción de culpabilidad**¹⁸⁰ debido a que la demostración de la culpa a cargo del damnificado, podría resultar una probatio- diabólica que restaría toda eficacia a la misión tutelar y resarcitoria asignada a la norma del art.1591 Cc. Por otra parte, a esto debe sumarse que sobre los constructores pesan obligaciones de resultado y que la falta del que hubiese sido comprometido, determina su incumplimiento contractual. Procesalmente, esta circunstancia, determina la inversión de la carga probatoria.

¹⁷⁷ Tribunal Supremo, Sentencias de 10 de mayo y de 25 de octubre de 1968, 16 de marzo de 1984, entre otras..

¹⁷⁸ Cadarso Palau, op.cit., pág.162.

¹⁷⁹ Díez Picazo, Fundam ...cit, pág.697. Por otra parte, aunque el art.1591 se refiera a los vicios y no a la culpa, cabrá -según el criterio adoptado- la aplicación de los arts.1104 y/o art.1902 Cc.

¹⁸⁰ García Cantero, op.cit. pág.1106; Santos Briz, op.cit., pág.267; Fernández Hierro, op.cit. pág.91/94; Cadars Palau, op.cit. pág.197 y ssgtes.



Se quiere significar así, la atribución del riesgo de que, a falta de prueba, un hecho se dé por existente o inexistente¹⁸¹.

Respecto a la prueba a cargo del afectado, considero que rige el aforismo "ruina más vicio" mientras que, por su parte, el profesional no se liberará demostrando que obró con la debida diligencia sino que existieron otros hechos positivos (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero ...) que le impidieron obrar conforme a lo pactado y que su intervención ha sido totalmente ajena a los vicios y la ruina.

Esta presunción *iuris-tantum*¹⁸² debe ser desvirtuada mediante prueba irrefragable y actúa sobre dos esfera distintas¹⁸³: a) Sobre la causalidad, por cuanto de producirse la ruina dentro del plazo legal, será atribuida antes que al caso fortuito, a los defectos de construcción y b) sobre la imputabilidad, ya que permite atribuir tales vicios al constructor.

La Jurisprudencia española, ha recogido esta orientación, atenuando el principio subjetivista respecto de la responsabilidad por ruina al invertir la carga de la prueba o bien, al exigir una diligencia mayor o específica de los profesionales. De tal modo, "... aunque inspirada en un sistema de valoración del comportamiento y de la imputabilidad, se encuentra en muy buena medida objetivizada ..." ¹⁸⁴. Se da, así, una valoración casuística de la diligencia; no se exige la simple diligencia sino la que corresponda a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar¹⁸⁵.

El Tribunal Supremo (Sentencias de 19 febrero y 20 de mayo de 1959; de 29 de marzo de 1966; 10 de noviembre de 1970; de 22 de noviembre de 1971 y de 24 de enero de 1975) se aparta del criterio del art.1104 Cc.¹⁸⁶, al exigir -aunque nada diga el art.1591- una mayor

¹⁸¹Cavanillas Múgica, Santiago: La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Ed.Aranzadi, 1987. Pág.65; Santos Briz, op.cit. pág.889. Conf.art.1214 Cc "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento", por lo que corresponde al actor la prueba de la culpa como hecho generador de la obligación reparatoria

¹⁸²García Cantero, op.cit., pág.1106; Santos Briz, La responsabilidad ...cit., pág.567.

¹⁸³Cadarso Palau, op.cit., pág.172.

¹⁸⁴Diez Picazo, L. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid 1970. pág.700.

¹⁸⁵Diez Picazo, Luis. Estudios sobre la Jurisprudencia Civil. T.1, Madrid, 1966. pág.271; Cavanillas Múgica, op.cit., pág.53.

¹⁸⁶ Art.1104 Cc: " La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia."



diligencia basada en la especialidad de sus conocimientos y preparación profesional así como en la garantía técnica que implica su intervención. Obvio resulta, entonces, que se ha admitido con mayor facilidad la culpa del presunto responsable, al exigirle más rígidamente una mayor diligencia en su actuación¹⁸⁷.

c) Supuestos en que no existe responsabilidad decenal

1.c) Caso Fortuito y Fuerza Mayor

El caso fortuito al igual que la fuerza mayor, interrumpirían la relación de causalidad entre la conducta del profesional y el resultado dañoso, en la medida en que tales eventos además de "imprevisibles" fueran "inevitables" para aquél, en relación con los cometidos específicos de su actividad. En tal sentido, se ha expresado: "si la fuerza mayor no es totalmente inevitable -no solo imprevisible- con los conocimientos y medios técnicos que los profesionales de la construcción deben tener, no podrá servirles de disculpa"¹⁸⁸. Por tal motivo, resultan de aplicación muy escasa.

La ecuación caso fortuito- no culpa no es aplicable en todos los casos debido a que, por lo general, se mueven en esferas diferentes el hecho causante del impedimento de prestación y el canon valorativo del comportamiento diligente¹⁸⁹.

2.c) El hecho del propietario o de un tercero

1. Si la ruina total o parcial proviene de la falta de reparaciones necesarias, el art.1907 Cc (conf.art.1386 Code civil) atribuye responsabilidad al propietario; pero, si además contribuyeron en su producción defectos de construcción (art.1591 Cc), sería aplicable la figura de la "conurrencia de culpas" así como la compensación a efectos resarcitorios.

¹⁸⁷Fernández Hierro, op.cit. pág.97.

¹⁸⁸Fernández Hierro, op.cit., 98/100:

¹⁸⁹Diez Picazo, Fundamentos ...cit., pág.696.



Esta moderna tendencia ha sido también adoptada por el Tribunal Supremo¹⁹⁰, en procura de una adecuada distribución de responsabilidad. Para que sea procedente su aplicación, la **causa primera o primordial** de la ruina debe ser atribuible a la imprudencia de la víctima o a la falta de conservación de la obra pero, de ninguna manera, a defectos de construcción¹⁹¹. Estos últimos han sido consagrados por el art.1591 Cc como causal generadora de ruina y por razones de orden público, minimizan toda incidencia concausal preservando así, la efectividad del precepto.

En caso de ruina, los profesionales no exoneran su responsabilidad, alegando que los daños se produjeron por seguir las órdenes equivocadas del comitente. La "profesionalidad" como medida de la diligencia requerida, caracteriza la autonomía de su actividad y permite aventar -respecto del dueño- toda idea de obediencia exigida o debida¹⁹².

2. El hecho de un tercero que haya sido causa de la ruina o de los vicios de construcción, siguiendo el criterio general de exoneración de responsabilidad, es de aplicación respecto del art.1591 Cc. A tal efecto, debe ser delimitado el término "tercero" cuyo alcance abarca a todos los técnicos y constructores aún cuando "puedan mutuamente exigirse responsabilidad por los daños cometidos exclusivamente por algunos"¹⁹³.

¹⁹⁰Fernández Hierro, op.cit., pág.103, si las culpas a compensar no son de igual grado, puede disminuirse la indemnización a cargo del responsable principal en proporción a las correspondientes a las restantes culpas, siempre que existan bases ciertas y positivas para fijar la cuantía de la participación de cada persona en la responsabilidad.

¹⁹¹Fernández Hierro, op.cit., pág.104.

¹⁹²Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.41

¹⁹³Fernández Hierro, op.cit., pág.104.



VIII. LOS RESPONSABLES: **LOS PROFESIONALES INTERVINIENTES EN LA CONSTRUCCIÓN**

El art.1591 Cc solo hace referencia a dos profesionales, como posibles responsables por la ruina del edificio: el contratista y el arquitecto¹⁹⁴. Tal vez, este precepto lleve a confusión por no seguir el legislador un criterio de apreciación uniforme ya que tiene en cuenta por una lado las funciones constructivas y por otro, la titulación profesional¹⁹⁵.

El alcance de las funciones a cumplir por el arquitecto en la obra, surge del tipo de vicios por los que se le atribuye responsabilidad. Los vicios del suelo le alcanzan no solo como proyectista sino también como director de obra, sin perjuicio de serle también atribuibles, los vicios específicos de su actividad. Aún cuando el texto legal (art.1591.1) emplea el término "arquitecto", el mismo será aplicable a todo técnico que intervenga en la "dirección de obra"¹⁹⁶

Pero, en rigor de verdad, el Codificador de fines de siglo, legisló de acuerdo a la realidad que lo circundaba; ni las nuevas técnicas de construcción ni los requerimientos de una mayor diversidad de especialidades profesionales en el área, se dejaban siquiera vislumbrar. Por tal motivo, muy importante ha sido la labor integradora de la jurisprudencia quién ha contribuido mediante una interpretación actual y extensiva de aquella normativa a que la garantía por ruina, en ningún caso, perdiera efectividad frente al comitente.

La tendencia más generalizada ha sido **centralizar** la atribución de responsabilidad en las dos figuras principales (constructor y arquitecto) a las que sin darles una clara autonomía, el Código civil suele confundir (arts.1593, 1909). No obstante, en muchos otros supuestos se ha hecho aplicación analógica de dicha norma a otras categorías profesionales como por ejemplo, el subcontratista, el Arquitecto- Técnico o Aparejador, teniendo en mira las funciones cumplidas por éstos.

¹⁹⁴La actual redacción de los arts. 1792 y 2270 del Code civil, así como el art.371 del Código suizo de las obligaciones amplía además a otros técnicos tal responsabilidad, mientras que el Código italiano de 1942, solo se refiere al contratista.

¹⁹⁵El art.1646 del Código Civil argentino se refiere al constructor, al proyectista y al director de obra. Centra su selección en las funciones cumplidas en la obra dejando de lado las profesiones o titulaciones de quienes las cumplen que en cuanto a sus alcances tienen su propia regulación.

¹⁹⁶En contra, Torralba Soriano, citado por Fernández Hierro, op.cit., pág.113;



La **distribución** de responsabilidad deberá hacerse de conformidad con las competencias que la legislación vigente atribuye a los técnicos de grado medio y superior¹⁹⁷.

Actualmente, el sentido amplio atribuido a la aplicación del art.1591 Cc, obedece por una parte, a que se impone su normativa a las nuevas profesiones y/o especializaciones cuya aparición fue acompañando el avance de las técnicas de construcción y, por otra, al propio fundamento de la responsabilidad decenal que consiste en garantizar al comitente, en todos los casos posibles, de las consecuencias ruinosas de ciertos defectos de construcción de tardía aparición.

1. A.- Los técnicos:

a) Los arquitectos¹⁹⁸

En nuestros tiempos, la arquitectura -profesión liberal desde la Real Cédula del 30 de mayo de 1757- ha dejado de ser solo un arte para convertirse en una verdadera ciencia profesional¹⁹⁹ de dinámico desenvolvimiento y diversificación permanente.

a) 1. Formas de ejercicio profesional

Básicamente, el Arquitecto puede ejercer -en forma individual o conjunta-, las funciones de proyectista y/o de director de obra. Según la forma adoptada para el ejercicio profesional, deberá ser analizada la responsabilidad decenal²⁰⁰:

- a) Si actúan profesionales de la **misma clase y categoría**, en forma simultánea, sucesiva o conjunta se aplicará la regla general de la solidaridad, correspondiendo las acciones de repetición pertinentes en la medida en que se pueda determinar el sujeto responsable.

¹⁹⁷Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.71/72 y 92 sptes.; Fernández Hierro, op.cit., pág.117.

¹⁹⁸Fernández Hierro, op.cit. pág.108 y sptes.; Cadarso Palau, op.cit., pág.197; Del Arco, op.cit. pág.155; Muñoz de Dios, Gerardo: Artículo 1591 del Código Civil: Ruina en la construcción,. Responsabilidad y Legitimación Activa para exigirla. Revista Jurídica La Ley, de 6 de febrero de 1990, Año XI, Número 2417.

¹⁹⁹Fernández Costales, El contrato de arquitecto en la edificación. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1977. pág.29

²⁰⁰Conforme prevé el Reglamento de Normas Deontológicas de actuación profesional de arquitectos de 22 de noviembre de 1971, son admitidas las siguientes modalidades: a)El ejercicio libre de su profesión; b)en relación de dependencia con una empresa privada o con otro arquitecto o como c)en la Administración Pública como funcionario o técnico; Vid. tratamiento de la normativa aplicable, Del Arco, op.cit. pág.158.



- b) Si, por el contrario, existe un arrendamiento de servicios o bien un contrato de trabajo entre estos profesionales, el principal responderá por el hecho de sus subordinados. En el supuesto del contratista, similar es la solución prevista en el art.1596 Cc ("por las personas que ocupare en la obra"), sin perjuicio de las acciones de regreso que autoriza el art.1904 Cc²⁰¹.

A pesar de la claridad de tales preceptos, se ha admitido que el damnificado pueda ejercer la acción directa contra estos profesionales- dependientes, reconociéndosele así, una posibilidad más de garantizar sus derechos a la luz de la normativa vigente sobre responsabilidades profesionales (art.1591 Cc y disposiciones que reglan estas actividades técnicas específicas)²⁰².

- c) También, pueden constituir Sociedades de proyectos o de estudios - sociedades civiles o asociaciones en colaboración y participación, autorizadas por el Colegio de Arquitectos-, integradas por expertos y técnicos en distintas ramas con la finalidad de resolver diversos problemas que plantean las modernas técnicas de construcción. También pueden formarse asociaciones profesionales con miras a la realización de trabajos concretos²⁰³.

Las Consultoras (Consulting)²⁰⁴ no han sido objeto de tratamiento doctrinario ni jurisprudencial en cuanto a la responsabilidad que por ruina pudiera corresponderles. Al respecto, según Fernández Hierro²⁰⁵, cabe distinguirlas de sus integrantes quiénes, en definitiva, serán los verdaderos responsables por los fallos cometidos (de cálculo, proyecto o dirección). En tales supuestos, agrega, no les será aplicable la garantía decenal (art.1591 Cc) sino, por el contrario, la normativa concordante con los arts.1101 y 1902 Cc según se trate del comitente o de los terceros.

²⁰¹Fernández Hierro, op.cit. pág.120.

²⁰²TS S.de 5 de mayo de 1961, se ha exigido la responsabilidad profesional del aparejador aun cuando existía relación laboral con el constructor y S.de 10 de noviembre de 1970, se consideró que no se requería reclamación judicial contra el aparejador dependiente, siendo suficiente accionar contra el constructor.

²⁰³ Conf. Reglamento de Normas Deontológicas de Actuación Profesional de 22 de noviembre de 1971, arts.4 y 5; Del Arco, op.cit., pág.159; Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.97 y ssgtes.

²⁰⁴Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.98.

²⁰⁵Conf. op.cit. pág.118/9.



Legalmente, se exige su intervención en el proceso constructivo, circunstancia relevante para analizar su responsabilidad. Los profesionales que desarrollan este tipo de actividad deben poseer título idóneo para su ejercicio y quedarían incluidos dentro de la categoría correspondiente a los "Técnicos".

Quizás, cabría incluir dentro de esta categoría a las denominadas **Entidades Colaboradoras** en el área de la construcción de actividad regulada y garantizada mediante Seguro de Responsabilidad civil obligatorio²⁰⁶. Pertenecen a ésta, los **Laboratorios de Ensayos para el Control de la Calidad de la Edificación**, en las áreas de: a) Elementos de acero para estructuras; b) Hormigón; c) Mecánica del suelo y d) Suelos, Áridos entre otra²⁰⁷.

a) 2. Colegios de Arquitectos. Atribuciones. Responsabilidad

Los **Colegios Oficiales de Arquitectos** fueron creados por Real Decreto de 27 de diciembre de 1929 y se hallan organizados conforme a sus propios Estatutos de Régimen y Gobierno²⁰⁸. Ejercen funciones de dirección, jurisdicción disciplinaria de sus miembros y administración al igual que pueden dictar su propia reglamentación interna.

Asimismo, estos organismos velan por los intereses de sus colegiados; se ocupan de la gestión y cobro de sus honorarios así como del visado que en la tramitación de trabajos y proyectos de obra es requisito indispensable de validez²⁰⁹. Se trata de un visado formal²¹⁰ de la documentación presentada (bases del cálculo de estructura, exposición sobre las características del terreno, cálculo de cimentación), es decir, del cumplimiento de los requisitos extrínsecos que son exigibles legalmente. No les compete analizar la exactitud ni la veracidad

²⁰⁶Pavelek Zamora, Eduardo. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento, Rev. Gerencia de Riesgos. Año X- N°38, 2do. trimestre de 1992. Fundación Mapfre Estudios, pág.38.

²⁰⁷Vid, Capítulo XI, pto.B.a).

²⁰⁸Decreto de 13 de junio de 1931 del Ministerio de Instrucción y Bellas Artes, confirmado por la Ley de 4 de noviembre de 1931.

²⁰⁹Decreto de 13 de junio de 1931, art.3 ap.G y Orden de 9 de mayo de 1940, art.1 y Decreto de 11 de marzo de 1971, art.2 respectivamente. Este último es de aplicación general para todas las construcciones que se realicen en España.

²¹⁰Orden de 23 de junio de 1945 (BOE de 8-7-45) dispone la obligación de los profesionales de someter todos los contratos profesionales a control e intervención de sus respectivos Colegios; esta disposición -respecto de los técnicos- se complementa con el Decreto de 11 de marzo de 1971.



del contenido de los proyectos como tampoco si éstos se adecuan a las reglas de buena construcción, funciones que, eventualmente, pueden corresponder a Oficinas Técnica de Contralor. Por consiguiente, los errores cometidos no traerán aparejada responsabilidad decenal sino, simplemente, responsabilidad civil²¹¹.

b) Los arquitectos-técnicos o aparejadores

La responsabilidad decenal se hace extensiva a estos profesionales según la doctrina mayoritaria²¹² y la jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹³ que si bien no la impone, la admite por vía de acción directa ejercitada por el comitente.

Si, por el contrario, la acción fuera dirigida contra el constructor o el arquitecto, éstos tendrán derecho de reembolso contra estos técnicos de resultar responsables.

b) 1. Atribuciones

Anteriormente, fueron comentadas las funciones del Arquitecto en el proceso constructivo, caracterizadas por una mayor relevancia que las atribuidas al Aparejador o Arquitecto- Técnico, según su nueva denominación legal²¹⁴.

Tradicionalmente, éste se hallaba afectado a reparaciones de menor cuantía y a tareas diversas que fueron sufriendo un tortuoso proceso de definición institucional hasta configurar su propia autonomía, independiente de la del arquitecto²¹⁵. Sus atribuciones están previstas legalmente²¹⁶ y son, entre otras: a) La ordenación y dirección material de las obras y sus instalaciones, cuidando el control

²¹¹ Fernández Hierro, op.cit. pág.123

²¹²García Cantero, op.cit. pág.1110 considera que la responsabilidad prevista en el art.1591 es aplicable a todos los técnicos intervinientes en la construcción; Cadarso Palau, op.cit. pág.199; Fernández Hierro, op.cit. pág.117; Del Arco, op.cit. pág.160.

²¹³T.S. S.de 5 de mayo de 1961, se condenó al aparejador aún cuando era dependiente del empresario en razón de vicios de la construcción; T.S. S.de 10 de noviembre de 1970, consideró que la responsabilidad del aparejador va incluida en la del constructor.

²¹⁴Decreto de 14 de agosto de 1965 que adopta esta denominación profesional y regula su actividad. Con anterioridad, estos técnicos eran denominados Aparejadores y el régimen aplicable estaba previsto en diversas normas (entre otras, Decreto de 16 de julio de 1935; Decreto de 14 de agosto de 1965; Decreto Ley de 28 de julio de 1970).

²¹⁵Cadarso Palau, op.cit. pág.197.

²¹⁶ Esta actividad está regulada por el Decreto Ley N* 9 de 28 de julio de 1970 y asimismo, por la Ley 12 de 1986, de 1* de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos.



práctico y ordenando los trabajos conforme al proyecto, a la normativa aplicable, a las reglas de la buena construcción (T.S. S.de 8 de enero de 1985 y de 15 de julio de 1987) y a las instrucciones del Arquitecto²¹⁷; b) la inmediata inspección de materiales, mezclas, etc.; c) el control de los medios auxiliares de construcción y de los sistemas de protección; d) la comprobación de la correcta disposición de los medios constructivos.

"...Los aparejadores tienen a su cargo la consecución de la ejecución material de la obra y su desarrollo, de conformidad con el proyecto definidor por lo que no pueden quedar ajenos al resultado defectuoso de los tan repetidos dilatadores, especialmente cuando, al igual que las restantes deficiencias, merecieron la calificación de **defectos de ejecución de la obra ...**"(T.S. S. de 27 de octubre de 1987). No son "meros ayudantes del arquitecto, al actuar con cierta autonomía, por su carácter técnico, deben estimarse incluidos en el art.1591 Cc a efectos de la responsabilidad decenal" (T.S. S.de 13 de febrero de 1984, de 15 de mayo de 1987 y de 5 de octubre de 1990).

Demandados por ruina del edificio contratista, arquitecto y aparejador, resultaron estos últimos excluidos de responsabilidad por la Audiencia interviniente. Planteado la cuestión ante el Tribunal Supremo se determinó la condena del Aparejador, en base a los siguientes argumentos: " Si los defectos ruínógenos se concretan en la mala calidad del hormigón en algunos elementos estructurales que atribuye poca fiabilidad a la estructura del edificio y, así mismo, cuando ello sea consecuencia de una **falta de vigilancia permanente y pormenorizada sobre las amasadoras de hormigón**, resulta claro que, dado que la normativa vigente, al tiempo de ejecución de la obra, y concretamente el art.2 (D. 15-7-35), delineaba la **función del Aparejador** como consistente en inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas, regulación esta que reproduce la normativa vigente, al atribuir el art.1 (D. 19-19-2-71), a los aparejadores la función de inspeccionar los materiales a emplear, dosificación y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación ..." (T.S.S de 15 de octubre de 1991).

²¹⁷ En mérito a tales funciones, ha sido considerado como el Director de Obra Técnico aunque la máxima Dirección corresponda al Arquitecto- Superior.



Asimismo, responderá por la solidez del edificio y en aquellas poblaciones en las que no residan Arquitectos- Superiores, también está autorizado a ocuparse de la dirección de obra.

Estos profesionales deben ser titulados. Su intervención obligatoria en el proceso de construcción está legalmente prevista²¹⁸ y jurisprudencialmente recogida²¹⁹.

Si bien corresponde a los arquitectos la dirección de obra, ésta se extenderá tan solo a la inspección y vigilancia general que suele ser primaria en las fundaciones y, tan solo, genérica en cuanto a las partes restantes de la obra. Estas no precisan de una especial vigilancia superior, motivo por el cuál se le asigna tal misión al aparejador quién se ocupa de la inspección asidua de los trabajos, de la vigilancia de los materiales y de que la obra se adecue al proyecto²²⁰.

b) 2. Colegios de Aparejadores

Los Colegios de Aparejadores tienen múltiples funciones entre las cuáles figuran: Autorizar todo género de actuación de estos profesionales²²¹; controlar e intervenir en los contratos que celebren; gestionar el cobro de los honorarios profesionales; en fin, ocuparse de velar por los intereses de sus miembros.

En cuanto concierne a la eventual responsabilidad que pudiera corresponderles por errores o fallas en el cumplimiento de las funciones que les están reservadas, valga aquí todo cuando ha sido dicho respecto de los Colegios de Arquitectos.

²¹⁸Decreto de 16 de julio de 1935, art.3, en toda obra de arquitectura de nueva planta, de reformas, de reparación o demolición.

²¹⁹T.S. Sentencias de 19 de febrero, de 11 de marzo de 1971.

²²⁰Del Arco, op.cit., pág.159.

²²¹Conforme Orden de 9 de mayo de 1940, art.3 y art.38 del Reglamento aprobado por Orden de 23 de junio de 1945.



c) Los Ingenieros:

La aplicación de nuevas y complejas técnicas industriales a la construcción, así como la creciente especialidad requerida para realizar ciertos trabajos, imponen cada vez más con más frecuencia la presencia de estos técnicos en la realización de ciertas obras.

La actividad profesional de los ingenieros está debidamente reglamentada y para su ejercicio, se requiere título habilitante²²². Se han distinguido dos modalidades de intervención, según se trate de obras en las que legalmente pueden ostentar la dirección o bien, de obras en las que se requiera la presencia de un arquitecto²²³. La dirección técnica de cierto tipo de obras públicas (puentes, caminos, canales) debe ser llevada a cabo en forma exclusiva por ingenieros.

Si bien el texto del art.1591 Cc no los menciona, en la práctica, su aplicación les es extensiva en la medida en que tengan asignadas las funciones correspondientes al arquitecto como proyectista o director de obra²²⁴.

d) Otros técnicos

Estos profesionales se encargarán de realizar estudios específicos de diversos aspectos de la obra y surgen, también, con motivos de la aplicación de nuevas técnicas. Cabría incluir dentro de esta categoría a los decoradores (Decreto de 1 de abril de 1977, art.1), calculistas, geómetras²²⁵, y asimismo, a los geólogos quiénes se ocuparán de efectuar un estudio del suelo y del subsuelo a pedido del proyectista²²⁶.

²²²Fernández Hierro, op.cit. pág.111, en nota 13) refiere la normativa aplicable. Del Arco, op.cit., pág.165 y ssgtes.

²²³Fernández Hierro, op.cit. pág.110; Del Arco, op.cit. pág.116.

²²⁴La jurisprudencia francesa administrativa y civil hacen extensivo el art.1792 del Code civil a los ingenieros, siendo aplicable en el derecho español, en el sentido antes indicado, el art.1591 Cc.

²²⁵Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.97.

²²⁶Decreto 462/1971, de 11 de marzo, art.1, párr.2 ap.2, que al aludir a tales actividades se refiere a "técnicos competentes"; Del Arco, op.cit. pág.167.



e) Control Técnico

En el Derecho francés²²⁷, el Control Técnico en materia de construcción se rige por las normas de la Ley 78-12 (arts.8 a 11) y el Decreto de 7 de diciembre de 1978. El Consejo de Estado -mediante decreto-, imponer su obligatoriedad respecto de ciertas construcciones que en razón de su naturaleza o importancia puedan representar riesgos particulares para la seguridad de las personas (art.11 cit).

La habilitación para el ejercicio profesional se otorga por Decreto del Consejo de Estado, teniendo en cuenta no solo la competencia técnica sino también la moral profesional del candidato. Por otra parte, es incompatible con cualquier otra actividad de concepción, de ejecución o de peritajes de obra (art.10 cit.).

Estos organismos fueron previstos en la citada Ley básica de reformas en materia de construcción aunque sin ceñir su intervención a los supuestos en que proceda el seguro de riesgos relacionados con el art.1792.

Independientemente de que los aseguradores así lo exijan, los propietarios o empresarios -en su propio interés- pueden requerir sus servicios a efectos de que mediante su opinión sobre cuestiones de orden técnico que especialmente afecten la solidez de la obra y la seguridad de las personas, contribuyan a la prevención de las distintas áreas de esa índole que puedan surgir a lo largo del proceso constructivo (art.8 cit.). De tal modo, el interesado que contrate sus servicios se beneficia con su intervención, de un verdadero control de calidad²²⁸.

Por otra parte, en cuanto concierne a la misión confiada por el dueño de la obra está comprendido dentro de los presuntos responsables previstos por los arts.1792, 1792.1 y 1792.2, en los términos previstos por el art.2270 Cc (art.9 cit.).

El objetivo de esta previsión normativa ha sido mejorar mediante un adecuado control, la calidad de la construcción. A tal efecto, fue creada una Comisión que se encarga de autorizar el ejercicio de estos profesionales en la medida en que reúnan determinadas cualidades consideradas necesarias. También se establecen ciertas restricciones al

²²⁷Le Code de l'Assurance Construcción. Ed.L'Assurance Française. 3a.Ed. París.1989, pág.8 y 9.

²²⁸Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.98.



prohibir por considerar incompatibles con esta actividad la realización de peritajes, proyectos, dirección técnica de obras²²⁹.

Al cabo de cierto tiempo después de la citada sanción legislativa, se fueron evidenciando algunos inconvenientes prácticos desde la óptica aseguradora. En primer término, se considera que las restricciones aludidas merman las posibilidades de acrecentar la experiencia de estos profesionales al alejarlos de actividades que los mantienen en permanente contacto con patologías constructivas y en la búsqueda de la mejor forma de prevenirlas. Asimismo, en los seguros obligatorios que les atañen en virtud de la presunción legal citada (arts.1792 y ccdtes.), las primas pueden verse incrementadas si de los cuestionarios previos surge la participación de aquéllos en anteriores siniestros; por tal motivo, se teme por una mayor preocupación en preparar la prueba exonerativa de su responsabilidad que en cumplir con el control técnico debidamente. Finalmente, se postulan los beneficios de una mayor libertad de elección y de un sistema menos coactivo y más flexible a la evolución de las necesidades sociales y técnicas a fin de alcanzar el más adecuado ajuste de la legislación vigente y de los seguros más efectivos²³⁰.

1. B.- Funciones profesionales

a) Proyectista de obra²³¹:

En la actualidad, es muy común que la realización del proyecto y la dirección de la obra, se deslinde en dos profesionales; tal circunstancia puede obedecer a razones diversas, entre otras: La situación económica del comitente, de la que dependerá o bien, que pueda ejecutar el proyecto inmediatamente después de confeccionado o bien, que pueda continuar con el proyectista, la dirección de obra; la especialidad y el prestigio de ciertos profesionales que los circunscribe en uno u otro campo; el tiempo disponible con que cuente el proyectista para poder ocuparse dirigir la obra.

²²⁹Le Code de l'Assurance Construction. Recueil de textes relatifs a l'assurance construction. Association française des assureurs construction. Ed. L'Assurance française. París, 1989. pág.67.

²³⁰Le Code ...cit, pág.67 y ssgtes. Lebourg, El seguro de construcción francés en 1990. Problemas no resueltos. Un proyecto Europeo para 1992; Reassurance. La garantie decennale. Scor. 1991, págs.1 y ssgtes.

²³¹Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.69.



No obstante que el art.1591 no haga expresa referencia al proyectista²³², la doctrina hace una amplia interpretación de su texto, abarcando a aquéllos profesionales que cumplan tales funciones²³³. De modo tal, la responsabilidad del arquitecto- proyectista -aunque no legislada- quedaría absorbida por la responsabilidad del arquitecto- director de obra quién tiene a su cargo el control de los técnicos intervinientes, así como la adecuación de la obra al proyecto que cuando lo estime oportuno podrá rectificar o revisar²³⁴. Sin embargo, este criterio parecería injusto si se tiene en cuenta que el proyecto ha sido elaborado por otro profesional técnico competente y, legalmente, habilitado al efecto.

Si en la misma obra y en forma independiente, existieran un proyectista y un director de obra, cada uno sería responsable en la medida de las atribuciones que le hayan sido conferidas. Pero, a todo evento, el director de obra también será responsable por las consecuencias dañosas que no haya advertido o rectificado en el proyecto antes de la ejecución de la obra o bien, por haberlo suscrito aún cuando no lo hubiese elaborado. También será responsable por haber emprendido un proyecto redactado por quién no sea competente al efecto.

La elaboración del proyecto, además de cumplir con las normas o reglas de la buena construcción, debe ser objeto de un detallado estudio de las condiciones del suelo²³⁵ y subsuelo, de las hipótesis de cálculo de la cimentación y del régimen urbanístico y de edificación aplicable en el lugar en que deba construirse la obra. De considerarlo necesario, el proyectista podrá exigir determinados estudios previos de "profesionales competentes" que serán a cargo del comitente o del promotor, a efectos de cumplir adecuadamente con la labor encomendada²³⁶. En mérito a ello, los vicios del suelo se consideran, entonces, una especie de vicios del proyecto debido a la estrecha relación que vincula a ambos.

²³²Como, por ejemplo, ocurre con el art.1646 del Código argentino que expresamente se refiere a las funciones de los profesionales intervinientes (constructor, director de obra y proyectista). Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.69.

²³³García Cantero, G., op.cit., pág.1.110, considera que el precepto del art.1591 es de aplicación extensiva a todos los profesionales que posean conocimientos técnicos y que hayan intervenido en la obra. Fernández Hierro, op.cit., pág.108.

²³⁴Fernández Hierro, op.cit. pág.107, atribuye esta postura a López Mora y de la Cámara Mingo.

²³⁵T.S. S.de 20 de setiembre de 1989, determinado como causa de la ruina, un vicio del suelo, se aplicó el criterio individualizador de responsabilidad decenal, atribuyéndosele al arquitecto- proyectista.

²³⁶Decreto 462/71, de 11 de marzo, art.1* antes mencionado al referirnos a los otros técnicos, ya que el "técnico competente" al efecto será un geólogo o un calculista.



El Tribunal Supremo no aplicó el criterio de solidaridad respecto de los profesionales intervinientes en la obra, debido a que pudo ser individualizada la responsabilidad por ruina de uno de ellos, pues "... al arquitecto incumbía la correcta realización del proyecto, incluyéndose en su cometido la elección de los materiales adecuados, poniendo de manifiesto los desperfectos producidos, la incorrección del proyecto, así como el inadecuado material empleado en tabiquería pues el hormigón aligerado Ytong utilizado con su autorización en sustitución del inicialmente previsto contribuyó de manera importante a la producción de aquéllas, siendo así que a él incumbía la realización de los oportunos análisis sobre la procedencia de su utilización a los fines pretendidos sin que pueda excusarse en el mal resultado del citado material ...que no era el adecuado para el destino ... La sustitución inadecuada de los concretos materiales se produjo en la fase del proyecto del que es responsable el arquitecto director- técnico de las obras."(S.de 20 de junio de 1989).

b) Director de obra²³⁷

La dirección de obra debe ser cumplida por profesionales titulados (arquitectos, ingenieros, aparejadores, según los casos) que tienen a su cargo la dirección, control y vigilancia de la ejecución de la obra conforme al proyecto.

El comitente también podrá confiar al proyectista, la dirección de obra por tratarse de tareas compatibles pero, nunca podría ocuparse de hacerlo el contratista o constructor ya que se caería en el absurdo supuesto de que fuera "el controlado quién ejerciera su propio control", desnaturalizándose así la finalidad de tales funciones²³⁸.

Sin duda que la trascendencia socio-económica de la construcción de edificios determina el justificado interés por parte del Estado en cuanto concierne a la regulación, control y organización de la actividad de los profesionales intervinientes en el área.

²³⁷Molina, Inés E. op.cit, pág.70

²³⁸Molina, Inés E., La responsabilidad... cit. pág.71.



La referencia al "arquitecto que la dirigiere" formulada por el art.1591 Cc no es taxativa²³⁹, admitiéndose jurisprudencialmente una interpretación más extensa. Todo profesional técnico que cumpliera tales funciones podrá ver comprometida su responsabilidad²⁴⁰.

De ninguna manera, según opinión generalizada, podrá el arquitecto-director eludir la responsabilidad que le corresponde en base al deber de vigilancia y supervisión de la construcción, salvo en los supuestos de exoneración antes analizados.

"... La responsabilidad del arquitecto radica en la carencia de inspección de los materiales y falta de control sobre los mismos, funciones que no puede decirse totalmente excluidas de la dirección de la obra a que se refiere el art.1591.1., así como impartir órdenes o instrucciones como arquitecto- director de lo que no se le exime so pretexto de las obligaciones del aparejador ..." (T.S. S.de 26 de diciembre de 1990). También quedó configurada la responsabilidad del arquitecto "... por cuanto en su condición de director de 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 la derivada de la especialidad de sus conocimientos y de las garantías técnicas y profesionales que incumpla su intervención en la obra (SS de 21 de diciembre de 1981, de 5 de marzo y 13 de noviembre de 1984 y de 5 de junio de 1986) ..." (T.S. S. de 16 de diciembre de 1991).

Responden también frente a terceros por defectos de construcción, excluyendo incluso al dueño con quién no les une vínculo jerárquico ni de dependencia ya que el **arquitecto** (proyectista o director de obra) "realiza su cometido según las reglas de su arte, como **profesional independiente y sin subordinación alguna**, pues como dice la jurisprudencia (SS de 7 de octubre y de 10 de mayo de 1986) ninguna mayor diligencia puede exigirse a una persona que encomendar una determinada actividad a quién profesionalmente le corresponde realizarla en aplicación de la técnica que es titular ..." (T.S. S.de 23 de noviembre de 1990).

²³⁹Ver ut-supra, pág. , "Los técnicos".

²⁴⁰En tal sentido, entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1966, de 17 de mayo de 1967, de 26 de noviembre de 1970, de 22 de noviembre de 1971.



c) El contratista

El contratista o constructor celebra con el comitente el contrato de arrendamiento de obra del que surge su obligación de ejecutar la obra conforme al proyecto. Este profesional es quién asume el riesgo técnico y quién promete el resultado material, pudiendo también tomar a su cargo la provisión de materiales, de mano de obra, de herramientas o maquinarias inherentes al cumplimiento de su tarea²⁴¹.

El art.1591 Cc, en su primer apartado, prevé la responsabilidad decenal por ruina de lo edificado y en el segundo, se refiere a "si la causa fuera la falta del contratista a las condiciones del contrato ...".

Todas las legislaciones de derecho comparado exigen la responsabilidad del constructor y resulta evidente que lo sea por vicios o defectos de construcción. Por lo tanto, el único tema posible debatir a su respecto, será el relativo al deslinde de responsabilidades respecto de los restantes intervinientes²⁴².

La actividad del contratista no requiere ninguna titulación administrativa ni tampoco otros requisitos previos para su ejercicio. Se ha dicho que se desenvuelve de modo empresarial porque se ocupa de conjugar los diversos componentes, materiales y laborales que integran el proceso constructivo, incorporándolos al suelo -elemento estático- para obtener como resultado la edificación²⁴³.

c).1. Formas de ejercicio profesional

Diversas son las modalidades de contratación entre las que puede optar el propietario para la construcción de la obra. Por ejemplo, mediante "contratos separados" con varias empresas a quienes encomienda distintas partes de la edificación o bien, con un solo profesional que ejecute toda la obra personalmente o subcontratando con terceros²⁴⁴.

²⁴¹Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.69.

²⁴²Fernández Hierro, op.cit., pág.120.

²⁴³Muñoz de Dios, G., op.cit., pág.2.

²⁴⁴Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.70.



- a) El constructor puede ejecutar la obra en forma individual "ocupando personas en la obra"²⁴⁵ Actualmente, es muy usual que las empresas constructoras contraten profesionales, como por el ejemplo, arquitectos que se ocupen del proyecto o dirección. Habida cuenta de las características de tal actividad y de la calidad del profesional interviniente, ha habido distintas tendencias acerca de cuál sería la normativa aplicable; o bien, sería responsable el contratista por estos profesionales según el art.1596²⁴⁶ o bien, éstos quedarían comprendidos en el art.1591.1 Cc²⁴⁷. Si el contratista es demandado por el hecho del arquitecto, sin duda que, en la medida de su responsabilidad, podrá ejercitar las acciones de regreso pertinentes²⁴⁸.
- b) Al igual que los arquitectos, a fin de cumplir su cometido, varios constructores pueden actuar -según lo convenido-alternativa, sucesiva, o conjuntamente o bien operar como empresa constructora. Respecto a la actuación de múltiples profesionales, será aplicable el principio de solidaridad a todos los intervinientes sin perjuicio del correspondiente deslinde y distribución de responsabilidades²⁴⁹.
- c) Distinta sería la solución, si el único constructor subcontractara, a su vez, con otros gremios (losistas, gasistas, electricistas, etc.) que no tengan su misma categoría profesional frente al dueño de la obra con quién no existe vínculo convencional; en este caso y de conformidad con el precepto comentado, el reclamo resarcitorio se centrará en la figura del contratista sin perjuicio de las acciones y derechos que a éste pudieran corresponderle contra los subcontractistas.

²⁴⁵Art.1596: "El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra".

²⁴⁶Herrera Catena, op.cit. Vol.2 pág.199; Cadarso Palau, op. cit. pág.204, cita en este sentido a Traviesas (Contrato de arrendamiento (obras y servicios) RDP, 1919, pág.45) y a Torralba Soriano (Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el art.1591 del Código civil, Estudios de Derecho Civil en honor a Castán, T.II, Pamplona, 1969, pág.608).

²⁴⁷ García Cantero, op.cit. pág.1100. Considera que el art.1591 implica una excepción al art.1596.

²⁴⁸Cadarso Palau, op.cit. pág.205: Agrega que el comitente tiene contra el arquitecto abierta la vía directa de la responsabilidad aquiliana.

²⁴⁹ Fernández Hierro, op.cit. pág.121.



d) Ahora bien, la situación variaría radicalmente si fuera el dueño de la obra quién se ocupara de la ejecución y contratara con los distintos gremios debido a que así, asumiría -a los efectos del art.1591- la calidad de "contratista" frente a los adquirentes del inmueble.

c).2 Empresas o sociedades constructoras

El desarrollo económico, científico y técnico se ha reflejado en las necesidades del individuo en su vida privada y de relación y del mismo modo, en los procedimientos para alcanzar su justa satisfacción.

La figura del contratista individual ha cedido prácticamente su espacio a las "sociedades o empresas constructoras" en el ámbito de su actividad. Estas adoptan diversas formas de constitución y funcionamiento; generalmente, se opta por tipos societarios que permitan atomizar y limitar lo más posible, la responsabilidad que, eventualmente, pudiera haber como consecuencia de los trabajos efectuados.

En mérito a ello, si están constituidas como personas jurídicas, serán **responsables como tales** y no en forma individual, sus miembros. Este criterio ha sido consagrado por el Tribunal Supremo²⁵⁰.

La separación de patrimonios (social o empresarial y personal) pone en peligro la efectividad de la garantía decenal cuando las empresas se constituyen transitoriamente, al solo efecto de la realización de una obra o tal vez, más (v.gr. una urbanización). En estos casos, su período de supervivencia se extenderá poco más allá de la "conclusión" de la edificación, desapareciendo con su disolución o transformación los patrimonios afectados a tal actividad.

La responsabilidad decenal es atribuible a la empresa o sociedad constructora pero no al constructor persona física por la conducta de la sociedad constructora, salvo a sus representantes legales.

²⁵⁰Fernández Hierro, op.cit. pág. 124; T.S. S. de 15 de octubre de 1969; 10 de febrero de 1970 y 10 de noviembre de 1970.



Estas empresas o sociedades constructoras pueden ocuparse de la realización o ejecución de la obra ya que al efecto, no es necesario contar con un título personal de técnico competente.

De acuerdo al papel que desempeñen en la ejecución de la obra, pueden ser²⁵¹:

- a) **Empresa piloto:** Se encarga de la coordinación general, es la portavoz de un grupo de empresas a cuyo cargo está la ejecución de la obra.
- b) **Empresa o empresario principal:** Se vincula directamente con el comitente y subcontrata con otras empresas en forma total o parcial la realización de determinados trabajos.
- c) **Empresa o empresario subcontratante:** No se vincula con el comitente sino directamente con el contratista.

d) La figura del subcontratista. Criterios sobre su responsabilidad

Cuando la modalidad adoptada por el arrendamiento de obra es "por ajuste" o "precio alzado", el dueño o arrendatario encomienda al contratista la ejecución de la edificación, por lo general, refundiendo en ésta y desentendiéndose de todas las contrataciones parciales con los distintos gremios y/o especialistas o técnicos a cuyo cargo estarán parte de la trabajos, sin perjuicio de que ninguna relación convencional celebran con el comitente²⁵². La subcontratación resulta de relevante importancia en la actual actividad de la construcción inmobiliaria.

Asumida, por el contratista, la obligación de ejecutar la obra conforme al proyecto y a la *lex artis*, éste comenzará a **subcontratar con distintas personas** todos aquéllos trabajos que no pueda realizar por sí mismo. Responderá frente al comitente por estas personas (frente a éste, terceros) en quiénes delegará total o parcialmente la tarea que

²⁵¹Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.96.

²⁵²Manresa, J. Comentarios al Código ...cit., T.X, pág.687/688; Herrera Catená, Responsabilidad en la construcción, Voll-II, Granada 1985, pág.208; Cadarso Palau, op.cit. pág.205 y ssgtes.; Molina, Inés E., La responsabilidad ... cit. pág.43/4; Del Arco, M. op.cit, pág.430.



le fuera encomendada. Su colaboración se plantea como necesaria, le sustituyen aunque en forma limitada, en el cumplimiento de los resultados prometidos que a su vez, representan en la medida de cada acuerdo las obligaciones asumidas en tal sentido.

Este defectuoso cumplimiento o incumplimiento tendrá su origen en el hecho de los subcontratistas y dará lugar a las pertinentes acciones contractuales en su contra por parte del empresario. Fernández Hierro²⁵³ -aunque sin apoyo jurisprudencial, en tal sentido- admite que el comitente accione contra aquéllos por responsabilidad decenal (art.1591 Cc) solamente si la obra parcial a su cargo fuera de relevante importancia en el contexto de la contratación principal. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha reconocido a los adquirentes que también carecen de acción directa contra los subcontratistas (art.1591 citado) la posibilidad de formular reclamaciones en los términos del art.1902 con carácter solidario (Sent. de 23 de noviembre de 1985).

Los subcontratistas no están comprendidos en las previsiones del art.1591 Cc²⁵⁴ (principio de relatividad contractual) pero, de producirse la ruina en virtud de su negligente accionar, será responsabilizado directa, única y terminantemente²⁵⁵ en esos términos, el "contratista-subcontratante" (art.1596 Cc²⁵⁶) quién contará en su favor con las pertinentes acciones de repetición.

Esta responsabilidad es indirecta y de naturaleza contractual, siendo aplicable con tal

²⁵³Fernández Hierro, op.cit. pág.126, cita a López Vilas, Ramón (El subcontrato, Tecnos, Madrid, 1974, pág.134), quién admite que el comitente pueda "accionar a su vez y en un segundo momento, contra el subcontratista culpable si los vicios fueron producidos por él". Por su parte, aquél autor considera -aunque sin hallar apoyo jurisprudencial- que debe distinguirse si la subcontrata ha sido de obras mayores, importantes o globales o de aquéllas de menor envergadura o circunstanciales. En el primer supuesto, admite la garantía decenal frente al subcontratista que en condición de contratista realiza la obra parcial.

²⁵⁴García Cantero, op.cit. pág.1099, considera que el subcontratista debe ser excluido de los legitimados pasivos que admite el art.1591 Cc.

²⁵⁵Mucius Scaevola, op.cit. pág.135 y 136; Muñoz de Dios, Gerardo, op.cit. pág.2.

²⁵⁶A propósito del tratamiento del art.1596 Cc, ver en este mismo capítulo, pto.B. Sin perjuicio de que en este supuesto rija en el derecho civil argentino (art.1631) normativa similar, las resoluciones jurisprudenciales no son del todo semejantes. Interesante resulta la Sentencia de 15 de marzo de 1968 de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires que hace extensiva la responsabilidad al subcontratista cuándo "El comitente hubiera aceptado la propuesta del empresario o del director de obra, o prestara su consentimiento para la celebración de subcontratos entre éstos con profesionales, estará habilitado para demandar por responsabilidad contractual al subcontratante"(E.D. T.3-20; en igual sentido, se pronunció la Sala F del Fuero Civil, de ese Alto Tribunal, en Sentencia de 5 de julio de 1973; E.D. T.50-458).



extensión a daños derivados de la ejecución deficiente del contrato²⁵⁷.

En esta línea, se ha pronunciado el Tribunal Supremo²⁵⁸, no admitiendo la aplicación del tan citado art.1591 respecto de la subcontrata. En tal sentido, este Alto Tribunal ha resuelto que aunque "... Correctamente dirigida la acción del art.1591 y ccdtes. del C.c. contra el constructor, arquitectos y aparejador, carecen de legitimación los **subcontratistas**, al no ser válido el argumento de la pretendida subrogación de las acciones que pertenecen al contratista, pues **subrogarse es ponerse en el mismo lugar y posición jurídica de otro**, pero en modo alguno superposición y llamada conjunta, máxime si no se concreta como hecho probado el defecto o vicio achacable a cada uno de los numerosos subcontratistas intervinientes en **facetas diversas y resulta posible individualizar sus pretendidas responsabilidades ...**" (S. de 21 de marzo de 1988). Por otra parte y en cuanto a la legitimación adecuada se ha resuelto: "...siendo irrelevante la relación nominativa de sociedades (subcontratistas) y de una persona física (promotor) que se facilitó en conciliación, los que, atendida su denominación, debieron actuar como **subcontratistas** para determinados trabajos no existe pues la falta de legitimación pasiva por incompleta denuncia (T.S.S. de 27 de octubre de 1987).

e) El Promotor Inmobiliario. Importancia²⁵⁹

Este nuevo protagonista de la construcción, no está contemplado por el Código civil ni definido normativamente en la esfera del derecho privado español a diferencia de la reciente incorporación y tratamiento que ha merecido en marco legislativo

²⁵⁷Molina, Inés E., La responsabilidad ...cita. pág.44. Dado que el tratamiento del fundamento de la responsabilidad del contratista contemplada en el art.1596 desbordaría el marco de este trabajo, me remito en este punto a la doctrina mayoritaria: De Angel Yagüez, R., Lecciones sobre responsabilidad civil, Universidad de Deusto, Bilbao 1978, pág.59 y ssgts. que analiza la empresa como centro de imputación de los perjuicios que en su actividad genera; Cavanillas Mugica, La transformación ...cit en cuanto a la tendencia actual de la responsabilidad por el hecho; Cadarso Palau, op.cit, pág.207 y ssgtes; Herrera Catena, op.cit.Vol.I-II, pág.207; Del Arco, Miguel A. op.cit., pág.429 y ssgtes.; Fernández Hierro, op.cit. pág.125.

²⁵⁸Sentencias de 16 de marzo, de 13 de junio, de 26 de noviembre de 1984; Sentencias de 21 de marzo de 1988;

²⁵⁹Cabanillas Sánchez, A. La configuración del promotor como garante, Anuario de Derecho Civil, 1990, T*1, pág.227 y ssgtes. y Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria. Responsabilidad del promotor, Legitimación de los subadquirentes de pisos en régimen de Propiedad Horizontal. Legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios, Anuario de Derecho Civil, 1980, pág.194 y ssgtes. Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., págs. 90 y ssgtes.



francés²⁶⁰. Tales carencias, determinaron que la Jurisprudencia y la Doctrina españolas se ocuparan -aunque menos del desarrollo conceptual que de su marco operativo- de forjar los lineamientos generales de esta figura que, en nuestro tiempo, ha alcanzado una incidencia generalizada en el proceso de construcción. Siguiendo tal criterio, la tendencia fue hallar la más adecuada interpretación extensiva de la normativa vigente que aún dando poco de sí, fue fructificadora en este campo mediante ciertas analogías que seguidamente se analizarán. Básicamente, la motivación que llevó adelante esta concepción fue procurar a los adquirentes de pisos y locales edificados según esta nueva modalidad de "**promoción inmobiliaria**" (construcción, comercialización, etc.), el merecido amparo de su integridad patrimonial a la hora de la consolidación de eventuales vicios ruinosos.

Tales circunstancias que apartan al promotor del tradicional tratamiento del contratista y del arquitecto como categorías legalmente responsables por la eventual ruina de edificios (arts.1591, 1909 y ccdtes), imponen un análisis un tanto más detenido de los alcances actuales de su actividad.

La explosión demográfica sufrida en las ciudades en los últimos tiempos ha determinado el "fenómeno de colectivización en la edificación urbana" tarea que ha dejado de ser asunto "estrictamente individual para convertirse en un asunto colectivo" en el que participan no solo el contratista y el arquitecto sino además, el promotor, noción de contenido más económico que jurídico²⁶¹.

El promotor emprende y concreta un negocio jurídico complejo; puede ocuparse no

²⁶⁰Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.90/1, El estatuto del promotor inmobiliario está regulado en el derecho francés por la Ley de 16 de julio de 1976 que modifica los arts. 1831.1 a 1831.5 del Code civil, analizándolo como un **mandato** ...Con anterioridad a la Ley 78-12, solo se garantizaban los vicios ocultos (conf. Ley de 16/7/76) pero luego de la sanción de aquella, por la modificación que importó la normativa civil, pesan sobre el promotor las obligaciones previstas para el constructor (arts.1792 a 1792.3 Cc) en la norma específica del art.1831 del Code citado ... es decir la garantía decenal debida al dueño o comitente de la obra.

²⁶¹ Cabanillas Sánchez, Antonio. Ejecución defectuosa ... (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979) cit., pág.217.



solo de aportar el terreno sino también los materiales y la materia principal, de financiar la obra, de las formalidades administrativas previas, de la celebración de los contratos de arrendamiento de obra y de seguros necesarios, etc.²⁶². Por consiguiente, durante el desarrollo del proceso constructivo, podrá asumir el papel de propietario del terreno, de constructor, de dueño, enajenante o vendedor de la obra de edificación generalmente bajo el régimen de Propiedad Horizontal y una vez concluido aquél, será el único beneficiario final. No obsta a la atribución de responsabilidad decenal, que la obra no haya sido realizada por el promotor personalmente sino mediante la participación de profesionales de la construcción, contratados a efectos de elaborar el proyecto y llevarlo a cabo (arquitectos, constructores, aparejadores, etc.)²⁶³.

El Tribunal Supremo ha caracterizado la actividad del promotor como empresarial, asimilándolo al constructor a los efectos del art.1591²⁶⁴, confundiéndolos en la mayoría de los casos, hasta el extremo de que en la práctica se alude a **promotores-constructores**²⁶⁵ sin que obste a la atribución de las responsabilidades inherentes (art.1591), la circunstancia de que sea propietario del terreno. El tratamiento jurisprudencial de sus actividades en el ámbito de la construcción ha permitido la caracterización de este personaje²⁶⁶.

²⁶²Cabanillas Sánchez, La configuración ...cit., pág.228 y La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos, en Anuario de Derecho civil, 1982, pág.886 y ssgtes.; Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.91.

²⁶³Tribunal Supremo Sentencia de 11 de octubre de 1974. De esta caracterización de la figura del promotor parten numerosas sentencias del Tribunal citadas en nota 84.

²⁶⁴T.S. S. de 7 de marzo de 1988, se hace referencia, a propósito de su responsabilidad, a que asume el "riesgo de su actividad empresarial"; S. de 20 de junio de 1986 se equipara el promotor al constructor; S. de 9 de marzo de 1988, se refiere al **promotor- vendedor**, atribuyéndole carácter empresarial al constructor- empresario en cuanto a la responsabilidad aplicable conforme al art.1591 Cc, "... en tal motivo, se justifica que deba soportar la ruina causada por su conducta negligente (hecho propio) o bien, por otros elementos subjetivos (hecho ajeno) que comporta el riesgo empresario, del mismo modo que ocurre con el vendedor (art.1124 Cc) frente a los compradores ...".

²⁶⁵T.S. S de 27 de octubre de 1987 "...Es constante y reiterada la doctrina que viene manteniendo esta Sala, en el sentido positivo de equiparar la figura del promotor a la del contratista, a los efectos del art.1591 Cc, incluso aunque hubiese contratado con un conjunto de empresas la ejecución de la obra (SS 28-11-70, 17-10-74, 9-3-81, 16-6-84 y 11 y 25-2 y 28-3-85), siendo irrelevante, por tanto la relación nominativa de sociedades y de una persona física ..."; Del Arco, M. op.cit., pág.171, quién cita a Mullerat, (La responsabilidad del promotor de edificios. Acciones del comprador de viviendas y locales por causa de defectos, Rev. Jurídica de Cataluña, 1978, págs.165 y ssgtes) quién sigue el concepto que fija el T.S. en la S. de 11 de noviembre de 1974.

²⁶⁶Tribunal Supremo, Sentencias de 28 de noviembre de 1970, de 17 y de 28 de octubre de 1974; de 28 de enero de 1980; 9 de marzo y de 21 de abril de 1981; de 25 de enero y de 6 de octubre de 1982; de 23 de febrero y de 9 de mayo de 1983; de 1 de marzo, de 13 y 16 de junio y de 26 de noviembre de 1984; de 11 y de 25 de febrero y de 28 de marzo, de 20 de junio y de 20 de diciembre de 1985; de 30 de octubre de 1986; de 29 de junio, de 13 de julio de 17 de julio y de 27 de octubre de



En principio, cabe referir como característica fundamental la autonomía y libertad que se transunta en su obrar ya que actúa **"por su cuenta"** y **"en su beneficio"**. Le concierne una actividad directamente encaminada al tráfico inmobiliario, puesto que procura enajenar (venta, arrendamiento) a terceros las edificaciones que emprende.

En su intermediación se subsume la responsabilidad decenal (art.1591). Se hacen extensivos de modo jurídicamente viable los derechos del comitente frente al contratista y/o al arquitecto que prevé el art.1591 Cc. Esta garantía jurídica de la parte más débil en este tipo de contrataciones se impone, debido a que en su defecto, no sería admisible el **"desamparo de los compradores de los pisos adquiridos a través de esta modalidad de la construcción por medio de la cuál se lleva a cabo hoy en día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta ..."** (T.S.S. de 11 de noviembre de 1974).

1. El promotor. Productor de viviendas?

La Doctrina no cesa de "aggiornar" la figura del promotor dentro del contexto de las nuevas corrientes legislativas. Así, en mérito al auge adquirido en los últimos tiempos por la tutela al consumidor²⁶⁷ fue ubicado en **primera línea de responsabilidad frente al usuario** (o a quién disfrutará de la vivienda) sin perjuicio de las acciones de repetición que cupieran contra los profesionales intervinientes. Siguiendo tal línea conductiva, se identifica **promotor con productor** o verdadero **"fabricante de pisos y locales"** que luego se ocupa de vender. Por ende, no se trata un vendedor cualquiera sino de aquél que fabrica el producto para comercializarlo. No cabe duda de que existe una clara similitud entre la "función transmisiva" cumplida -en este supuesto- por la cosa vendida y por el cosa edificada en el arrendamiento de obra. Por tal motivo, las "anomalías" (defectos o vicios) que de ellas se desprendan si se relacionan con su "fabricación o producción" o "construcción" serán imputables, respectivamente: al vendedor y al constructor que incumplió el resultado final prometido²⁶⁸. Se trataría del "verdadero factor en

1987; de 12 y 22 de febrero, de 6, 9 y 21 de marzo y de 17 de mayo de 1988; de 20 de febrero, de 9 de marzo, de 9 de junio, de 17 de julio y de 25 de setiembre de 1989; de 8 de octubre, de 12 de diciembre de 1990; de 1 de octubre de 1991, entre otras tantas sobre este tema.

²⁶⁷Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984.

²⁶⁸Morales Moreno, M.A. El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa. Anuario de Derecho Civil, 1982, pág.681; En igual sentido, T.S. S.de 20 de junio de 2985 y de 20 de junio de 1987 consideran al promotor como un auténtico productor o fabricante de pisos y locales; Cabanillas Sánchez, La Configuración ...cit., op.cit.



cuanto a calidad, en cuanto a la utilidad de los servicios que va a producir esa obra" y, en definitiva, "quién va a lucrar fundamentalmente de ese producto que crea"²⁶⁹.

Este enfoque doctrinario del **promotor como productor de pisos y locales** ilustra con rigor jurídico, en brillante y acertado argumento, la necesaria justificación de la tan reiterada equiparación jurisprudencial de la figura del promotor con la del contratista.

El desarrollo de tales concepciones, permite conjugar adecuadamente, de cara a los adquirentes, su carácter de "garante de la buena construcción del inmueble" con la "garantía de veracidad de los mensajes publicitarios" que emita acerca de las características anunciadas de los pisos y locales de cuya venta se ocupan²⁷⁰.

Este profesional convocado, jurisprudencialmente, para asumir la responsabilidad por ruina frente a los adquirentes de los pisos y locales que enajena, cuenta con una organización empresarial que aplica al complejo negocio que emprende a efectos de coordinar diversas operaciones con las personas interesadas en ello; despliega su actividad como **propietario del suelo** (S. de 1 de marzo y de 13 de junio de 1984, de 25 de febrero de 1985, 9 de marzo y 30 de octubre de 1986), **constructor** (puede llevar a cabo o subcontratar con una empresa constructora la ejecución de la obra, S. de 13 de junio de 1984, 11 de febrero de 1985) y **propietario de lo edificado** (pisos y locales) que enajenará en su propio beneficio (S. 11 de noviembre de 1974).

pág.232.

²⁶⁹Cabanillas Sánchez, La configuración ...cit. pág.233, a propósito de una mesa redonda sobre el tema (9 de noviembre de 1985), citando a Muñoz Jiménez.

²⁷⁰Cabanillas Sánchez, La configuración ...cit., págs.234 y ssgtes; el Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de junio de 1976, de 27 de enero de 1977, entiende integrativos del escueto texto contractual, el contenido de los anuncios publicitarios; Morales Moreno, A.M., Publicidad engañosa y defectos de la cosa. Conferencia pronunciada en Albacete en 1989, hace referencia a ésta circunstancia como **garantía legal** ya ofrecida por el Código civil y renovada por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (arts.1.1 y 8). Bercovitz Rodríguez Cano, La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de Promotores y Usuarios, cit. págs.249, referencia los arts. 1258, 1281, 1282 Cc como antecedente del art.8.1. Molina, Inés E., La Contratación Privada ...cit. pág.71 y ssgtes: En igual sentido, considero que en materia contractual partiendo de uno de sus principios básicos, la Buena fe de los contrayentes que debe estar presente en la gestación y ejecución así como durante el desarrollo de la vida del acuerdo se arribará a igual solución, teniendo en cuenta, además, las nuevas modalidades de contratación masiva y la tutela que debe ofrecer el ordenamiento al contratante más débil (consumidor o usuario) frente al que, generalmente, detenta el mayor poder económico (empresario)



2. Atribuciones y Tipos

El promotor se ocupa de la **organización de la operación inmobiliaria** (venta de pisos o locales construidos: venta llave en mano) o de la **construcción de la obra inmobiliaria** (venta de pisos y locales "en construcción" o "sobre proyecto").

En este último caso, además de adquirir el terreno, se ocupa de determinar el tipo de construcción que sobre éste se llevará a cabo; de seleccionar y contratar a los profesionales intervinientes cuya actividad vigilará durante el curso de los trabajos; del cumplimiento de las formalidades fiscales y administrativas (v.gr. art.178 Ley del Suelo, art.25 Ley de Viviendas de Protección Oficial) y finalmente, cabe decir que "organiza la construcción de la obra inmobiliaria para que determinadas personas adquieran la propiedad, el arrendamiento o cualquier otro derecho sobre la misma"²⁷¹. La **comercialización de los inmuebles** ("en su beneficio") resulta ser el tópico de interés de su actividad.

2.a) Previsiones normativas

En el ámbito del Derecho administrativo español ha sido contemplada la figura del Promotor en el Legislación de Viviendas de Protección Oficial de 1963 y en su Reglamento (24 de julio de 1968, BOE 7 de setiembre de 1968)²⁷², dada la importancia que tienen en este sistema las **funciones de intermediación** que cumple entre la Administración y los particulares carentes de viviendas.

El "derecho a una vivienda digna y adecuada" (art.47 Constitución española) tiene un hondo contenido social y político hacia el cuál se encamina la actividad de los Poderes Públicos. La Administración necesita la ayuda de los promotores (personas físicas o jurídicas de índole privada o pública)²⁷³ para

²⁷¹Cabanillas Sánchez, Ejecución defectuosa de la obra ...cit., pág.218 y 219; Proyecto de Ley sobre protección pública a la vivienda (arts.12 y 31) y Ley de Viviendas de Protección Oficial de 1963 (arts.6, 10, 26 y 29); Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación (texto 1990), citado en nota 92.

²⁷²Ver, además, sobre este tema: Real Decreto Ley 31 de 21 de octubre de 1978 y Real Decreto 3148 de 10 de noviembre de 1978, relativos a la política de Viviendas de Protección Oficial; Baena del Alcazar, Las Viviendas de Protección Oficial en el ordenamiento español, Ministerio de la Vivienda. Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1968, pág.39 y ssgtes; García Bernardo Landeta, Sistema Jurídico de las Viviendas de Protección Oficial, Pamplona, 1970, pág.113 y ssgtes.

²⁷³art.10 L.V.P.O. "Los particulares, las Corporaciones o Entidades que soliciten y en su caso obtengan la aprobación de un proyecto de viviendas protegidas para habitarlas por sí mismos o para cederlas en propiedad o arrendamiento", asimismo, cabe compatibilizar esta norma con el art.22.5 del Reglamento que admite también en el ejercicio de esta actividad a "los que



umentar el número de viviendas. Estos se encargarán de ubicar los solares, adquirirlos, construir sobre éstos o suelo ajeno así como de vender lo edificado. A tal efecto, cuentan con el apoyo del Instituto Nacional de la Vivienda para el logro de su cometido. Sin embargo, su actividad no se reduce solo a este aspecto sino que abarca **todo el campo inmobiliario** (vivienda, locales, chalets, naves industriales, etc.).

Esta Legislación permite distinguir entre constructor y promotor debido a que hace expresa referencia a los contratos que entre "ambos" profesionales se pueden celebrarse²⁷⁴.

El Proyecto de Ley sobre Protección Pública a la Vivienda, prevé la creación de un Registro de promotores y constructores cuya inscripción será indispensable -formalizados, ciertos requisitos previos- para poder actuar en las **contrataciones de viviendas con el Estado**.

El Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación (abril 1985) define en su art.5 al Promotor de la edificación como "... la persona física, jurídica o, en su caso, la comunidad de bienes que asume su iniciativa y realiza la coordinación del proceso edificatorio en su totalidad, tanto si la edificación está destinada a su enajenación o arrendamiento a terceros, como a su uso y disfrute propio".

Este texto legal así como su Exposición de Motivos ubican al promotor como responsable principal y directo de los daños y perjuicios causados por el constructor y los técnicos intervinientes sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan corresponderle (art.16), pues, asumiría la responsabilidad de negocio globalmente²⁷⁵.

por Decreto puedan ser incorporados a esta relación". Las personas físicas pueden ocuparse de esta actividad individualmente o bien agrupándose según el régimen de Propiedad horizontal o de Comunidades propiamente dichas; también, las sociedades inmobiliarias y Cooperativas que se dediquen a la promoción y construcción de viviendas conforme a ciertas pautas normativas; Del Arco, M. op.cit., pág.170 y ssgtes.

²⁷⁴Cabanillas Sánchez, Ejecución defectuosa cit. pág.221

²⁷⁵Cabanillas Sánchez, La configuración ...cit, pág.228, hace referencia a este Anteproyecto de ley (Vid. La responsabilidad en la construcción, Zaragoza, 1987, pág.177/8) que se acomoda a las características que en el derecho comparado ha acogido la Ley francesa (4-1-78) de reforma al Code civil (art.1792) sobre responsabilidad y seguro en el ámbito de la construcción. La Exposición de Motivos, se refiere al promotor (persona física o jurídica) como quién que toma la iniciativa y realiza la coordinación de todo el proceso edificatorio, asumiendo la **responsabilidad de la correcta efectivización del mismo**.



Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación (versión al 14 de marzo 1990) retoma la noción de "Promotores" (art.8) en los siguientes términos: "... las personas físicas o jurídicas, pública o privadas que asuman, individual o colectivamente, la iniciativa, financiación y coordinación del proceso edificatorio ...", refiriéndose, a continuación, a ciertas exigencia para su ejercicio²⁷⁶.

2.b) Tipos de Promoción inmobiliaria

El promotor aparece no solo como (a) **vendedor de pisos** (llave en mano o terminados) actuando como un simple mediador entre el constructor- vendedor y los adquirentes o como testafiero de aquél constructor sino además como (b) **un auténtico contratista** (TSS de 3 de octubre de 1979 y S. de 11 y 17 de octubre de 1974, en tal sentido) que responde por los vicios de la obra construida y vendida como profesional interviniente (art.1591 Cc) y vendedor (art.1124 Cc), respectivamente.

(a) **Promotor- vendedor:**

También denominado **mero promotor**; su actividad corresponde a una mera intermediación para la venta de lo ya edificado que redundará en su propio beneficio económico. El objeto de la venta es una cosa actual, es un "contrato cuyo sinallagma se desinteresa, en principio, del proceso productivo y concierne sobre todo a una operación de cambio"²⁷⁷.

Partiendo de ello, parecería violenta la equiparación de la figura del promotor a la del contratista a los efectos del art.1591 Cc según ha resuelto el Tribunal Supremo (S.25 de setiembre de 1989):

"... si el promotor puede estimarse comprendido (art.1591 Cc)... cuestión que esta Sala tiene resuelta en el sentido de que conforme al citado

²⁷⁶ Además de ostentar la titularidad suficiente sobre el suelo que le faculte a edificar, debe ocuparse de los trámites previos administrativos (autorizaciones y licencias necesarias), de financiar por sí o a través de terceros la edificación; de la designación y contratación con los técnicos facultativos competentes para el proyecto, dirección y control de ejecución de la obra, con el/los contratista/s salvo que al propio tiempo actúe como constructor; del aseguramiento de daños y perjuicios por vicios o defectos y de las cantidades anticipadas "a cuenta de precio", entregando junto con la documentación final del edificio la **certificación pertinente**; asimismo, debe estar inscrito en el registro que este proyecto crea y cumplir con la normativa vigente sobre publicidad (Cap.II, Funciones y obligaciones específicas: art.8: Promotores)

²⁷⁷Cabanillas Sánchez, Ejecución defectuosa ...cit., pág.220.



precepto, cuando la responsabilidad decenal deba su origen a vicios de la construcción, corresponde y alcanza también, al promotor ... (S de 11, 17 y 24 de octubre de 1974; de 9 de marzo de 1981; de 1, 3 y 13 de junio de 1984; de 11 de febrero y 20 de junio de 1985; de 10 de octubre de 1986; de 19 de junio de 1987 y de 9 de marzo y de 17 de mayo de 1988); doctrina ésta en cuanto al **promotor que no haya sido constructor** -nunca respecto al que reúne ambas condiciones- **podría, tal vez, quebrar en ciertos supuestos verdaderamente excepcionales**, que no lo es el que aquí nos ocupa, pese a hallarse la entidad recurrente en la primera de las dos hipótesis ...".

No obstante, la Jurisprudencia ha ido extendiendo el alcance de su doctrina cada vez más, rompiendo con todos los esquemas conceptuales aunque permitiendo de manera muy operativa, a los adquirentes de inmuebles ya construidos, la posibilidad de que se dirijan contra el promotor- vendedor aunque no haya sido constructor. Así el adquirente podrá demandar por vicios en su vivienda al constructor o al arquitecto o al aparejador o al promotor o a todos juntos que quizás sea lo más seguro, ya dirá el Juez quién es el responsable; aunque medie solidaridad entre éstos, tal circunstancia no impide a los demandados, la prueba de una actuación diligente y ajena a tales vicios a efectos de exonerar su responsabilidad²⁷⁸.

"...La responsabilidad del contratista cuando se origina la ruina en vicios de la construcción, con expresa cita del art.1591 C.c., en orden a la responsabilidad atribuible a la entidad demandada en su calidad no discutida de **promotora y vendedora**, la derivan de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales ... por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el art.1591 Cc sanciona, corresponde a la demandada aquélla otra que por el incumplimiento de sus **obligaciones de vendedora** correspondan, entre las que se destaca por su fundamental importancia la de que la cosa objeto de la convención reúna las condiciones que la hacen **apta para ser habitada** lo que no sucede cuando existen vicios de construcción determinantes de su ruina ..." (S. de 13 de julio de 1987).

²⁷⁸Bercovitz Rodriguez-Cano, Rodrigo, La Responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores, Madrid, pág.260.



(b) Promotor-constructor

En la actualidad, se tiende a equiparar el constructor al promotor que realiza solamente la función contractual y la gestión de trámites, distinguiéndolo del concepto de contratista, correspondiente a quién materialmente construye la edificación²⁷⁹.

La figura del **promotor-constructor** ha sido perfilada por el Tribunal Supremo tanto en cuanto a la responsabilidad derivada del art.1591 como a determinar a quién ha de calificarse como tal; en ese sentido, además de las figuras del contratista y del arquitecto, "... debe matizarse esa delimitación a presencia de un **corpus de doctrina** en torno a la figura del **promotor** y constituido por las SS de 28 de noviembre de 1970, de 11, 17 y 24 de octubre de 1977, de 9 de marzo de 1981 y de 11 de diciembre de 1984, esclarecedoras de que la construcción de un edificio para su enajenación (a veces sobre plano) en régimen de Propiedad Horizontal, no determina aún cuando exista otra persona o sociedad que ejecutara la obra materialmente por encargo de la promotora ..., la exoneración de aquélla de la responsabilidad decenal en el concepto de contratista, pues esta expresión comprende al **promotor-constructor** y ... ostenta tal calidad el que **por su cuenta y en su beneficio, encarga la realización de la obra a un tercero** con intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener un beneficio económico ..." (S. 6 de marzo de 1990, recoge doctrina de S.de 12 de febrero de 1981 y de 11 de febrero de 1985, en igual sentido S. de 11 octubre de 1974, de 1* de marzo de 1984 y de 12 de diciembre de 1990).

En cuanto a las responsabilidades que asume el promotor frente a los adquirentes, cabe destacar que además de la correspondiente al defectuoso cumplimiento del deber de entrega, corresponde la derivada del art.1591 Cc "por su marcada intervención en la fase constructiva"; sobretodo, si además de solicitar la licencia de construcción y obtenerla como promotor, contrata en tal concepto, a los profesionales intervinientes en la edificación, "**figurando a todo lo largo de la construcción, con el mismo carácter de**

²⁷⁹Fernández Hierro, op.cit., pág.127. La jurisprudencia ha manifestado que el adquirente puede ejercer contra el constructor todas las acciones que le son transmitidas para garantizar su dominio " equiparando en otras ocasiones al promotor-vendedor con el contratista a efectos de la responsabilidad decenal y, no lo es menos que, en el caso que nos ocupa, hay un promotor, al tiempo contratista, constructor y vendedor, que viene dedicándose a tales actividades y está perfectamente determinado, debiendo responder de sus actuaciones ..." (T.S.S. de 20 de marzo de 1988)



promotor de la obra por su cuenta y beneficio, con la consiguiente responsabilidad decenal que consagra el art.1591 en la constante interpretación de este Tribunal²⁸⁰ ..., y también para el caso de que hubiese **encargado a otro, en todo o parte**, la realización material del trabajo ..."(S. de 8 de octubre de 1990).

La Jurisprudencia del Alto Tribunal (S. 1 de octubre de 1991) ha forjado un **criterio equitativo, un cuerpo de doctrina uniforme y constante**²⁸¹ incardinable en los arts. 1.6 Cc y 1692.5 L.E.C.y ha determinado la necesidad de concretar tal responsabilidad, "**... frente a los supuestos de insolvencia o desaparición de las entidades contratadas por él para la realización y ejecución material del proyecto ...**" cuando los vicios ruínógenos se manifiestan fuera del plazo de garantía. Esta postura "fue desde un principio unánime y pacífica, **equiparando la figura del promotor con la del contratista** a efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal prevista por el art.1591 Cc; y las razones que motivaron este criterio fueron las siguientes:

- a) que la obra fue realizada en su beneficio;
- b) que se encamina al tráfico de la venta a terceros;
- c) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial;
- d) que fue el promotor quién eligió y contrató al contratista y a los técnicos y,
- e) que adoptar criterio contrario supondría **limitar o desamparar a los futuros compradores** de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes ..." .

Otro de los fundamentos invocados en sustento de tal atribución de responsabilidad ha sido la que "viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió viviendas y locales radicales en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el art.1591 Cc sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el

²⁸⁰T.S. S de 24 de noviembre de 1977, de 9 de marzo de 1981, de 22 de febrero y 9 de marzo de 1988, de 4 y 19 de diciembre de 1989 y de 6 de marzo de 1990.

²⁸¹TS. S. de 9 de marzo de 1988, 19 de diciembre de 1989 y 8 de octubre de 1990.



incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponden" (S. de 13 de julio de 1987 y de 1 de octubre de 1991).

Sin perjuicio de la interpretación amplia que a efectos de proteger a los adquirentes de viviendas y locales sigue el Tribunal Supremo, la doctrina no comparte la fundamentación en que se apoyan sus soluciones.

Algunos autores han sostenido que el promotor que con la finalidad de vender un edificio "llave en mano", encomienda las obras a distintos gremios, no puede equipararse a un **contratista**, pues **falta el previo encargo de la obra**²⁸². Por el contrario, si la venta de la obra fuera "sobre proyecto" o "en construcción", concurriría el **dare** típico de la compraventa y el **facere** propio del arrendamiento de obra, confiriéndose así al contrato una naturaleza mixta, participativa de las características y beneficios de ambos tipos de acuerdos. Así, se podría "sostener sin violencia que el adquirente es comitente y el promotor- vendedor es **contratista**"²⁸³.

(c) Otras modalidades.

1. La absoluta equiparación del promotor con el contratista "... sólo se quiebra en aquéllos supuestos de la existencia de la figura que hemos llamado **promotor- mediador**, en la que la ausencia de intención lucrativa en su mediación, lo aparta del concepto general de la figura que estudiamos del **promotor- constructor**, sustrayéndolo del ámbito de aplicación del art.1591 ..." (S. de 1 de octubre de 1991).
2. Debe distinguirse la promoción inmobiliaria de la actividad desarrollada por el **vendedor de inmuebles** que solamente se ocupa de la intermediación como corredor de fincas o agente cuya misión concluye una vez contactadas las partes y celebrado el contrato de compra y venta.

²⁸²Cabanillas Sánchez, Edificación ...cit. pág.220 "...si el contrato final de venta no se puede convertir en un inicial de obra, mal se percibe como, a pesar de ello, el vendedor haya podido devenir "contratista" ..."; Cadarso Palau, op.cit. pág.246/7, En igual sentido.

²⁸³Cabanillas Sánchez, Edificación ...cit, pág.220; Cadarso Palau, op.cit. pág.250; sobre la equiparación del promotor al contratista, ver T.S. S. de 11 y 17 de octubre de 1974.



3. En realidad, se ha denominado "**falso promotor**" a aquélla figura que aparenta velar por los intereses de los adquirentes como "promotor" cuando, en realidad, solo mira por los del constructor de quién depende, careciendo de toda autonomía y libertad de actuación. De cara al público, sirve a éste de escudo ²⁸⁴.
4. Por su parte, la actividad de los "**promotores de comunidades de construcción**" es bastante frecuente en la etapa previa al inicio del proceso constructivo. Esta se caracteriza por ser de índole "organizativa" y "financiera". Así, una vez reunidos los fondos necesarios, previa contratación -por adhesión- individual con cada interesados²⁸⁵ se da comienzo a la obra por cuenta y encargo de éstos. En adelante, el promotor procederá como **mandatario** de estos.

En general, podrá cumplir tales funciones cualquier "persona física o jurídica, privada o pública que facilite u organice la edificación de todo tipo de viviendas para sus asociados" (S. de 25 de febrero de 1985). Esta breve caracterización permite determinar que no es finalidad de su actividad la venta o comercialización a terceros de los inmuebles a construir, lo cuál permite diferenciarlo del promotor ordinario.

Pero, aunque no exista una consolidada doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad de esta figura, parece razonable que pueda caberle la imputación por los daños resultantes de vicios de construcción ya que asume frente a la comunidad una **obligación de resultado: entregar la obra de edificación según lo encargado y libre de vicios**. De evidenciarse tales vicios como consecuencia del hecho propio o ajeno (contratista, arquitecto, etc.) cabrá la reparación pertinente ²⁸⁶, en este último supuesto como **garante principal** de los profesionales intervi-

²⁸⁴Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.61. Del Arco, op.cit. pág.171.

²⁸⁵Cabanillas Sánchez, op.cit., La configuración ...cit. pág.236. Según el art.1831.1 Cc es garante de la buena ejecución de las obligaciones que asumen las personas con las que ha contratado en nombre del dueño de la obra y también, por los vicios ocultos en las condiciones de los arts.1792 y 2270; En igual sentido, Molina, Inés E., op.cit. pág 90; Del Arco, M., op.cit., idem nota 91.

²⁸⁶Cavanillas Sánchez, La configuración ...cit. pág. 237, sostiene esta postura que comparto ya que podría decirse que sigue la línea trazado respecto a la procedencia de tal responsabilidad por Cadarso Palau, op.cit. pág. 251.



nientes que contrató²⁸⁷.

5. Las cooperativas de vivienda son dueñas de las obras que emprenden para los asociados y parientes de éstos, por tal motivo, estará legitimada para accionar en los términos del art.1591 Cc contra los profesionales de la construcción intervinientes en la edificación.

No pueden ser consideradas promotoras de vivienda ya que su actividad no tiene por objetivo el tráfico o comercialización con terceros a fin de obtener beneficios económicos; por tal motivo, mediante su gestión no se garantiza la "buena construcción de la obra" de conformidad con las previsiones del art.1591 Cc sobre Responsabilidad decenal (T.S.S. de 20 de febrero y 6 de marzo de 1989)²⁸⁸.

d). Previsiones legislativas específicas

1. Llei de l'Habitatge de Catalunya de 13 de noviembre de 1991

Esta Ley tiene por finalidad regular todas las etapas del **proceso edificador de viviendas**, desde el proyecto hasta su incorporación al tráfico jurídico, procediendo a determinar los intervinientes y sus funciones. Aunque sin desvirtuar la figura del **constructor**, especialmente, se caracteriza al **promotor** como el "agente cabal" de tal proceso sujeto a una serie de requisitos que como la inscripción en el registro correspondiente, serán fijados reglamentariamente (art.3.2).

Esta actividad profesional puede ser desempeñada por cualquier persona física o jurídica que decida, programe, impulse tanto la construcción, la rehabilitación y el suministro como ocasionalmente, la comercialización de viviendas en el mercado inmobiliario mediante transmisiones por cualquier título (de dominio, cesión, etc. art.3.1). También quedan comprendidos en esta categoría quiénes en forma individual o asociados con otros, se ocupen de **satisfacer su propia necesidad de vivienda** (art.3.3).

²⁸⁷Sobre la posición de garante del promotor aunque vendedor, ver T.S.S. de 20 de mayo de 1985 y de 29 de junio de 1987.

²⁸⁸Cabanillas Sánchez, La configuración ...cit. pág.237.



Los requisitos previos exigidos para iniciar la promoción de un edificio de viviendas son: a) Ser titular de derechos suficientes sobre el suelo que faculen a construir; b) haber obtenido todas las licencias y autorizaciones de edificación de las distintas Administraciones; c) haber designado los técnicos competentes para el proyecto y dirección; d) cumplir y "hacer cumplir" las obligaciones de la contratación de obra (arts. 3.4. y 5.).

La importancia de esta figura se destaca y regula con mayor detenimiento no solo en cuanto a los alcances de su actividad sino también de su responsabilidad. Al efecto, este profesional está obligado a la previa constitución de una "garantía de daños y defectos de construcción" en favor de los adquirentes. Esta exigencia se armoniza con el reconocimiento expreso del derecho de repetición contra algunas figuras intermedias como por ejemplo, técnicos, fabricantes, "colaboradores industriales" (categoría creada por esta ley) de acuerdo con las disposiciones legales y contractuales correspondientes.

Del mismo modo, se exige al **promotor-vendedor** una garantía de daños y defectos de construcción frente a los adquirentes cuyos tipos, términos, cantidades y demás requisitos también se reservan a la reglamentación correspondiente (art. 15) aún no sancionada.

Más allá de la regulación de cuestiones de índole administrativa, este régimen ha recibido comentarios desfavorables por abordar temas de derecho de fondo reservados al Estado por la Constitución española (art. 149 CE), competencias que no corresponde asumir a las Comunidades Autónomas (art. 148 CE).

2. Régimen de Viviendas de Protección Oficial

En el orden Nacional, esta Legislación condensada²⁸⁹ también reserva un lugar protagónico en su gestión al **Promotor**. Desde su enfoque original, esta actividad ha podido ser desarrollada por personas físicas o jurídicas de Derecho privado o público sujetas -según su categoría- a una serie de requisitos a efectos de cumplir su cometido (arts. 22/31 RVPO). Por una parte, particulares (individualmente o agrupados) que construyan viviendas para sí, o bien para arrendarlas o venderlas; Sociedades o Empresas constructoras; Corporaciones y Colegios profesionales respecto de

²⁸⁹Decreto 2114/68 de 24 de julio, de aprobación del Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decreto 2131/63, de 24 de julio y 3964/64 de 3 de diciembre.



empleados e integrantes del cuerpo; Cooperativas de vivienda para sus asociados; entidades benéficas; Cajas de Ahorro; empresas industriales, agrícolas y comerciales respecto de su personal; etc. y por otra, los Ayuntamientos, Diputaciones provinciales, Patronatos creados para construir viviendas para sus funcionarios, personal en general y sus familias o causahabientes, Sindicatos, Ministerios, etc. (art.22 RVPO).

Especialmente, cabe destacar que este régimen establece una garantía por vicios o defectos de construcción cuya reparación estará a cargo del promotor si se manifiestan dentro del plazo de cinco años a partir de la calificación definitiva (art.111.2 RVPO). Solo los **promotores no oficiales** estarán sujetos a la contratación de un "seguro bastante" por el lapso que se establezca y que **"no será superior al de cinco años desde la calificación definitiva"** a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones aludidas ante el Instituto Nacional de la Vivienda. (art.111.3). Esta garantía es de índole administrativa, sin perjuicio de las garantías civiles reconocidas en favor del **propietario** y de los sucesivos **adquirentes** por saneamiento de vicios o defectos ocultos de la cosa vendida (art.1484 Cc) y por responsabilidad decenal (arts.1591; 1909 Cc) (art.111.3 RVPO).

f) Los suministradores

Se ha ubicado dentro de esta categoría a aquéllos sujetos que se relacionan con la actividad de construcción, proveyendo ciertos productos que fabrican, arman o importan y que están concebidos para satisfacer, una vez aplicados, exigencias determinadas con anterioridad para la ejecución de la obra de edificación conforme a lo convenido (ascensores, turbinas, calderas, etc.)²⁹⁰. La mayor complejidad que ha ido adquiriendo el proceso constructivo con el correr del tiempo, ha determinado su aparición dentro de una amplia gama de especialistas cuya intervención resulta a veces imprescindible en este ámbito.

Actualmente y más allá del "contratista" o del "arquitecto", únicos responsables por ruina previstos por el codificador (Conf. arts.1591 y 1909 Cc), se han incorporado en el proceso de construcción, distintos técnicos que cumplen funciones específicas en cada etapa.

²⁹⁰Molina, Inés E. La responsabilidad... , cit., pág.103.



Es importante destacar que tanto para la Doctrina²⁹¹ como la Jurisprudencia²⁹², el término **construcción** no queda circunscrito a la realización "ex novo" de un edificio sino también a una planta que sobre el ya existente deba levantarse, así como a la reconstrucción y/o reparación del todo o de sus partes esenciales (techumbre, cimientos, columnas, etc).

1. Elementos, instalaciones, y otros bienes suministrados

a) Las instalaciones del edificio

Para el derecho español, existen ciertos bienes o elementos como señalara Salom Antequera, se consideran parte integrante del edificio con el cuál forman físicamente un todo, (instalaciones eléctricas, ascensores, calefacciones, tuberías de gas, etc.) **inmuebles por incorporación** (Conf.art.334.3 Cc)²⁹³. Estas **instalaciones**, también llamadas a ciertos efectos **obras complementarias**²⁹⁴, están incluidas en el ámbito de la responsabilidad decenal.

b) Las pertenencias del edificio

Por su parte, la doctrina caracteriza las **pertenencias**, como aquéllos elementos que **no forman con el edificio un todo** ya que no existe entre ambos una unidad real

²⁹¹Herrera Catena, J., op.cit. Vol.I, 1, pág.250; García Cantero, op.cit. pág.1103; Díez Picazo, Estudios sobre la Jurisprudencia civil, edit. Tecnos, Madrid, 1966, I, pág.628, considera plausible ensanchar mediante la jurisprudencia evolutiva el campo de aplicación del art.1591.

²⁹²Herrera Catena, op. cit., pág.249 cita las Sentencias del T.S. de 19 de febrero de 1959 ("reparación de alguno de sus elementos esenciales, como lo es sin duda la cubierta") y de 9 de junio de 1969 ("elevación de una planta en el edificio siniestrado").

²⁹³art.334 CC: Son bienes inmuebles: ...3) Todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto ..."

²⁹⁴Herrera Catena, op.cit., Vol.I-1, pág.246, criterio mantenido por el jurista uruguayo Sánchez Fontans. Idem; Díez Picazo-Gullón Ballesteros, Instituciones de Derecho Civil, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, Vol.I, pág.166, citan la **Sentencia de 18 de marzo de 1961 del T.S** que se ocupa de la cuestión respecto de cierto tipo de elementos (tuberías, lavabos, inodoros, bañaderas, radiadores, etc.) que "... aunque sean aisladamente muebles de por sí, desde el momento en que de manera fija se inmovilizan por **unión o agregación** a un inmueble, pierden su naturaleza peculiar y adquieren la consideración jurídica de bienes inmuebles por **incorporación** al quedar unidas a él de una manera duradera y precisa ...".



sino de servicio²⁹⁵ aunque no obstante, resultaría aplicable a algunos supuestos la responsabilidad decenal (Conf.arts.334.4, 5, 6 y 7, 1908, 1909 y 1591 Cc)²⁹⁶.

c) Las obras o partes prefabricadas del edificio

En la actualidad, dado el estado de complejidad de la construcción, la edificación requiere la aplicación de ciertos elementos tecnológicos, productivos, constructivos, que ya fabricados, llegan a la obra para ser montados o bien, ya cumplido este paso, simplemente para ser instalados. Se trata, entonces, de obras o partes de éstas "pre-fabricadas" o "fabricadas antes" *in situ*, reduciendo lo más posible el trabajo a realizar a pie de obra, limitándose a acoplarlas o fijarlas.

Tradicionalmente, lo prefabricado se caracterizaba por obras temporales (kioscos, stands, circos, etc.) y otras de carácter permanente (vivienda). Sin embargo, su aplicación fue haciéndose extensiva a otros empleos, a fin de adaptarse a las ingentes necesidades de la población y del mercado a fin de adquirir, de ese modo, múltiples implicaciones (procesos industriales, innovación de materiales clásicos y de concepción de proyecto, metodologías de ciencias aplicadas e ingeniería, etc.)²⁹⁷.

c)1. Tipos: En torno de la "permanencia", girará la aplicabilidad de la responsabilidad decenal a este tipo de obras, quedando excluidas de sus beneficios las de índole temporal. Vale lo dicho respecto a:

a) las obras totalmente prefabricadas -viviendas, móviles o no- que se adhieren al suelo (Conf. art.334.1 Cc)²⁹⁸.

²⁹⁵Herrera Catena, op.cit., Vol.I-1, pág.246.

²⁹⁶Según Herrera Catena, op.cit. Vol.I-1, pág.248, cabría relacionar a los arts.334 inc.4, 5, 6 y 7 con algunos supuestos del art.1908, a la luz del art.1909 Cc. Por ejemplo, si la maquinaria, entre otros que están "destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma" (art.334.5 Cc), explotara (art.1908 Cc) por "defectos de construcción", los daños resultantes a los terceros serán exigibles contra el arquitecto o constructor dentro del tiempo legal previsto por el art.1591 Cc).

²⁹⁷Fernández Ordoñez, Arquitectura y represión, Seminario de Prefabricación, Madrid 1973, pág.85 y ssgtes. es quién desarrolla ampliamente este tema; Herrera Catena, op.cit. Vol.I-1, págs.254 y ssgtes.

²⁹⁸Art.334.Cc. "Son bienes inmuebles: 1. Las tierras, edificios, caminos o construcciones de todo género adheridas al suelo..."



- b) las partes prefabricadas de una obra que uniéndose a ella, la integran constituyendo un todo indisoluble (Conf. art.334.3 Cc).

Estos elementos -según Fernández Ordoñez²⁹⁹- se pueden clasificar teniendo en cuenta la modalidad de su concepción y/o producción en:

- a) Prefabricación cerrada: Los elementos que constituyen las **partes fundamentales** de la obra o construcción se conciben **en conjunto**, se producen y unen adecuadamente en fábricas, dejándola casi lista o acabada para su colocación;
- b) Prefabricación Abierta: Los elementos capaces de constituir partes fundamentales de una obra tienen **distinta procedencia**, pudiendo estar completada totalmente en base a elementos prefabricados o en forma tradicional;
- c) Prefabricación de Subsistemas: Se trata de un subtipo de b) cuyos elementos de alto grado de acabado están compuestos, por elementos más simples de distinta procedencia que cumplen distintas funciones combinándose entre sí (instalaciones de ventilación, transporte vertical, instalaciones diversas, cocinas etc.);
- d) Otros tipos: Estos bienes "de catálogo", "de catálogo nacional" o "por encargo o a medida" en las que se fabrican los elementos (hornos, cocinas, ascensores, etc.) según las características (dimensión, textura, acabado, etc.) que determine el cliente y que deben adecuarse a una obra específica y concreta.

c)2. Funciones y responsabilidad

El prefabricante se ocupa, en su establecimiento, de la construcción de una obra que luego será adherida al suelo o de partes que serán montadas a la obra principal. Tiene a su cargo la obligación de realizar -antes de la entrega- todos

²⁹⁹Fernández Ordoñez, op.cit., T.I, págs. 42 y ssgtes. Este autor se ocupa de desarrollar ampliamente estas categorías.



los controles industriales de calidad, necesarios que aseguren la permanencia y la integridad de lo pre-fabricado conforme al destino previsto³⁰⁰.

De acuerdo con las funciones cumplidas, puede ser considerado como el "constructor"³⁰¹ de tales obras o "fabricante-constructor" a quién, según la incidencia que aquéllas hayan tenido en el acaecimiento de la ruina, cabría atribuir responsabilidad decenal (Conf. art.1591 Cc).

Por su parte, el constructor propiamente dicho será responsable por los vicios de construcción (art.1591 y 1909 Cc) que consistan en la inexactitud o deficiencia en la colocación, la instalación o el acoplado de lo prefabricado o bien en el control de éstas llevado a cabo por el suministrados y que deban ajustarse a las reglas del arte o a normas vigentes al efecto. Sin embargo, no le serán imputables los daños resultantes de vicios intrínsecos ni los incumplimientos de normas de control de lo prefabricado los que estarán a cargo del prefabricante.

Para Herrera Catena, "los protagonismos y responsabilidades de contratista y prefabricante dependerán de la medida en que la construcción haya sido prefabricada", en tal sentido, el damnificado contará " con la posibilidad de que el "prefabricante" sea demandado como constructor (sólo o junto al "strictu sensu") con un protagonismo y situación distintos a los que tuviere el suministrador de materiales viciosos en general"³⁰².

2. Deficiencias normativas

Las circunstancias antes expuestas no han sido receptadas legislativamente en toda su extensión motivo por el cuál, se impone un "aggiornamiento" normativo que si bien

³⁰⁰No se ha dudado en decir que el prefabricante ve reducidas las posibilidades de producir obras o partes con vicios o defectos ya que los controles a que debe someterlas son de fácil realización dado el lugar (in situ) y el momento (antes de su entrega) en que son llevados a cabo. En un sentido similar, Herrera Catena, op.cit. Vol.II, pág.200, citando a Fernández Ordoñez, en "Prefabricación (Teoría y práctica). Seminario de Prefabricación" (Ed. Técnicos Asociados S.A., Barcelona, 1974, T.I, pág.56).

³⁰¹ Conforme al Principio de "identidad de razón" consagrado por la Ley 3 de 17 de marzo de 1973, art.2, Base 2da.3. Se impone la aplicación analógica del precepto ya que el destino de lo prefabricado es el mismo que el correspondiente a aquéllo que fuera fabricado sobre el terreno.

³⁰²Herrera Catena, op.cit., Vol.I.2, pág.201 y ssgtes. Considera que el protagonismo como constructor del prefabricante se desprende de las diversas clases de prefabricación a las que se hizo referencia en el punto anterior c)1.



advierte la Doctrina, aún no ha tenido lugar en el Derecho español ni por vía de reforma del Código civil ni tampoco, mediante la sanción de ninguno de los tantos ante-proyectos y proyectos legislativos que abordaron las responsabilidades en la construcción. A través de la inquieta labor Jurisprudencial fiel a los textos legales aunque sensible a las nuevas exigencias impuestas por las nuevas técnica y procedimientos constructivos, en ocasiones, se han podido atemperar las deficiencias del sistema, en la solución concreta de cada litigio.

2.a) Actividad legislativa:

a)1. Derecho francés:

La actividad legislativa, sin embargo, ha sido implacable en otros sistemas jurídicos y ha cumplido una función innovadora en esta materia, especialmente, a la hora de ampliar el espectro de los "presuntos responsables por defectos de construcción". Sin duda, quién ha alzado el estandarte de esta nueva orientación, armonizando el vetusto articulado del Código civil con el progreso de las técnicas y procedimientos constructivos, ha sido el Derecho francés (Ley 78-12 de 4 de enero de 1978) a través de la revisión y reforma de los diversos plexos normativos que se vinculan estrechamente en éste tema. Así, se ha creado un verdadero régimen de Responsabilidad en la construcción (art.1792 y ssgtes. Code civil) haciendo extensivas las presunciones consagradas a los suministradores (fabricantes, importadores, etc., art.1792.4 Cc) e implementando el aseguramiento obligatorio a tal efecto (arts.241 y ssgtes. Code des Assurances)³⁰³.

En particular, sobre los suministradores se consagra una norma específica (art.1792.4 Cc) que amplía esta categoría al fabricante de una obra, de una parte de ésta o de un elemento de equipamiento, al importador de tales elementos fabricados en otros países así como a quién haya presentado una obra como suya haciendo figurar su nombre, marca de fábrica o signo distintivo sobre ella. Dichos elementos deben ser concebidos y producidos para satisfacer una vez aplicados o puestos en servicio, exigencias precisas y determinadas de antemano.

³⁰³Molina, Inés E., La responsabilidad... cit. págs.102 y ssgtes.



Estos sujetos serán solidariamente responsables de las obligaciones a cargo del locador de obra (arts.1792, 1792.2 y 1792.3 Cc)³⁰⁴ que ponga en funcionamiento, sin modificación y de conformidad con las reglas o instrucciones establecidas por el fabricante cualquiera de los elementos antes considerados. Esto significa que les serán atribuibles las garantías denominadas "de buena ejecución" (decenal) y de "buen funcionamiento" (dos años) procediendo al respecto los Seguros obligatorios correspondientes y adecuados a este régimen.

Por consiguiente, la referencia que legal o doctrinariamente se formule respecto de los intervinientes en el proceso constructivo comprende a estos sujetos sobre quiénes pesan además, los deberes de información y de consejo frente a aquéllos con quienes contratan por cuanto mayormente cumplen una actividad de comercialización de productos elaborados.

a)2. Derecho español: El Ante-proyecto GITSE:

En este ámbito, también merece la pena detener nuestra atención sobre la importancia de alguno de los trabajos tendientes a reformar el régimen de la Responsabilidad decenal de acuerdo con la realidad española pero, que sin embargo, vieron frustradas sus expectativas de consagrarse en textos normativos. En este sentido, cabe mencionar el Ante-proyecto de GITSE y el Proyecto de la Comisión General de Codificación³⁰⁵.

El primero de los mencionados, tuvo lugar en 1975. A iniciativa del entonces Ministerio de Vivienda se creó el Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación (G.I.T.S.E) a fin de que redactara un Proyecto de Reforma de los arts.1591, 1593, 1907 y 1909 Cc, adecuándolos a

³⁰⁴Según los arts.1792.1, .2 y .3 del Code civil modificados por la Ley 78.12 que prevén como obligaciones de los profesionales intervinientes: a) La obligación de responder -de pleno derecho- ante el dueño de la obra o adquirente de los daños que comprometan la solidez de la obra o que afecten alguno de sus elementos constitutivos o de equipamiento, haciéndola **impropia para su destino** (art.1792); b) La obligación de responder cuando los daños afecten elementos de equipamiento del edificio que forman un todo indisociable con las obras de viabilidad, fundaciones, estructura, cerramiento o cobertura, en el sentido de que una vez colocados su desmontaje o reemplazo no sería posible sin deteriorar la obra en cuestión (art.1792.2); c) La obligación de responder -de conformidad con la garantía de "buen funcionamiento" (de dos años como mínimo)-por los daños resultantes en los restantes elementos de equipamiento del edificio (art.1792.3).

³⁰⁵ Rubio San Román, J.op.cit. pág. 282. Según este autor fue solicitado a instancia del Ministerio y del GITSE, el Ministerio de Justicia encomendó a la Comisión General Codificadora, la elaboración de un Anteproyecto de reforma del Código civil que abarcaba la regulación del contrato de obra y de las garantías y responsabilidades por ruina de edificios.



circunstancias actuales. Estos trabajos pre-legislativos tuvieron en mira la protección del dueño de la obra y al mismo tiempo, asegurar a los intervinientes en la construcción a partir del momento en que se extingue la garantía que compromete su responsabilidad³⁰⁶.

En dicha normativa pretendía incluirse a "todos" los técnicos que hubieran intervenido en cualquiera de las etapas de la construcción de la obra - personalmente o integrando una empresa-, ejerciendo una función principal; asimismo, aplicaba el "principio de individualización de culpas" ya que en tal sentido, determinaba y distribuía entre aquéllos la responsabilidad por ruina.

El artículo 1591 tantas veces citado fue objeto de una innovadora reformulación conceptual. Además de determinar los alcances responsabilidad, se aludía a los técnicos cuyas funciones estarían demarcadas reglamentaria o legalmente o en su defecto, determinadas según la "índole y naturaleza de la intervención". Del mismo modo, este texto preveía distintos plazos, uno anual de prescripción, otro, decenal de responsabilidad reservado a los supuestos de "daños afectantes a los elementos fundamentales para la seguridad y habitabilidad del inmueble" (gros- ouvrages), y finalmente, un plazo trienal relativo a los restantes perjuicios (ménus- ouvrages). Con esta nueva concepción, se amplía el alcance de la responsabilidad al ampliar las circunstancias generadoras de daños, prescindiendo del término "ruina".

Asimismo, se hace extensiva "a los técnicos que intervengan en cualquiera de las fases del proceso edificatorio" como "en la fabricación de sus materiales, con función propia" quiénes "responderán de los daños que sufran las edificaciones y que sean atribuibles a faltas profesionales de su respectiva actuación ...".³⁰⁷

Para algunos autores, el mérito e importancia de este Proyecto reside en que la conciencia jurídica española supo anticiparse tres años a la sanción en

³⁰⁶Rubio San Román, J. op.cit.. pág.278.

³⁰⁷El tercer apartado se centra en el técnico que intervenga como empleado de los anteriores, quién responderá subsidiariamente sin perjuicio de las acciones de repetición correspondientes.



Francia, de la citada Ley 78.12³⁰⁸ que recogió en su articulado la **responsabilidad del fabricante**, uno de los distintos intervinientes a los que hizo extensiva la garantía decenal.

2.b) Criterio Jurisprudencial:

La Jurisprudencia española no se ha pronunciado aún de manera uniforme respecto del criterio de responsabilidad aplicable a los suministradores de materiales y equipos defectuosos o viciosos determinantes de la ruina del edificio.

En el arrendamiento de obra, los materiales pueden ser aportados por el dueño quién se vinculará directamente con el suministrador pero, si el contratista ha asumido tal obligación será éste quién contratará con aquél. En caso de incumplimiento total o parcial, el comitente podrá hacer efectivos sus derechos, respectivamente, frente al suministrador o frente al contratista o a ambos sujetos, guiándose por las pautas y estatutos contractuales pertinentes a cada supuesto.

Por otra parte, si los materiales y/o elementos de mala calidad, defectuosos o viciosos generaran daños al comitente o a terceros, es preciso determinar cuál será el criterio de responsabilidad aplicable (contractual- extracontractual general o bien si corresponde algún régimen específico: decenal, Ley General para la Defensa de Consumidores o usuarios, etc.) y quiénes los sujetos demandables.

Si bien el ceñido marco del art.1591 se refiere solamente al contratista y al arquitecto como sujetos responsables, la labor jurisprudencial ha sido capaz de ampliar su marco al Promotor inmobiliario, criterio que, auguramos, será extensivo a la categoría en tratamiento de conformidad con las tendencias legislativas antes comentadas.

A los efectos del art.1591 Cc, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia consideran comprendidos dentro de la categoría **vicios de construcción**, los concernientes a la ejecución de la obra y a los materiales (defectuosos o de mala

³⁰⁸Rubio San Román, J, op.cit. pág.283.



calidad) empleados en ello³⁰⁹.

1.1. Admitida esta causa alternativa de ruina y con el sustento del **principio de identidad de razón** ("cuando exista la misma razón, idéntica debe ser la regla aplicable")³¹⁰ se hizo extensiva la normativa sobre responsabilidad decenal "... a cuantas personas suministran los materiales que se utilizan en las construcciones de edificios", por entender que "... no hay razón alguna que justifique la exclusión, so pena de hacer de peor condición al fabricante de los materiales que al profesional que autoriza su empleo ...". Máxime, cuando hasta el Tribunal Supremo efectúa una amplia interpretación del citado precepto no solo en cuanto a la legitimación y a la noción de ruina sino también al tipo de obra cuya ruina esté "**originada por vicios de la construcción**", bajo cuya expresión se entienden los referentes a los **materiales empleados**"³¹¹.

Algunas Sentencias han declarado la **responsabilidad de las empresas suministradoras de materiales por defectos de construcción**, aún sin emplear como fundamento el art.1591 Cc.³¹².

³⁰⁹Herrera Catena, op. cit. Vol.I-II, pág.191 y ssgtes. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1959 hace extensiva la aplicación del art.1591 Cc al supuesto de ruina causada por **materiales defectuosos o de mala calidad**; la de 9 de diciembre de 1983, por su parte, hace extensiva dicha norma a **cualquier reclamación achacable a los materiales descritos en la oferta contractual o a los defectos de su colocación**, una vez concluida y recibida la obra de impermeabilización de una azotea; la Sentencia de 10 de enero de 1979, determinó como causa de la ruina de la obra, la **mala calidad del hormigón**, condenando solidariamente a los profesionales intervinientes; la Sentencia de 31 de octubre de 1979, también aplicó el art.1591 Cc por considerar como factores determinantes de la ruina de la obra además de los vicios del suelo no advertidos en los deficientes estudios realizados, en la **falta de resistencia y de impermeabilización de la solera**.

³¹⁰La "identidad de razón" autoriza la aplicación analógica del mismo precepto y se halla previsto legalmente en la Ley 3/73 de 17 de marzo, art.2, Base 2da.3; En igual sentido, se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de diciembre de 1925. y de 23 de marzo de 1944.

³¹¹ Audiencia Territorial de Valladolid, Sentencia de 12 de diciembre de 1965 citada por Del Arco, M., op.cit., pág.497/8; en igual sentido, Rubio San Román, J. op.cit., pág.266/7: "El mérito del Alto Tribunal reside, a nuestro juicio, en seguir la adecuación sufrida por este precepto y aplicarlo según ha ido evolucionando en Francia, a la realidad social española, haciéndolo extensivo no sólo en cuanto a los intervinientes, sino también a las causas productoras de ruina ...". " Valiosa orientación ...ofrece la jurisprudencia cuando, en sus sentencias va buscando, y en la mayoría lo logra, las causas remotas de la ruina, porque en el sistema de construcción actual ... de hecho se dan, circunstancias que, por la "construcción en fases", escapa a unos técnicos la especialidad de los intervinientes en otra fase anterior, pero que en consecuencia sea determinante en cuanto a los sujetos y determinante en cuanto al efecto ..."

³¹²Sentencias del Tribunal Supremo de 1* de junio y de 19 de setiembre de 1985; Rubio San Román, J. op.cit., pág.266, hace referencia "a los efectos de su similitud con las causas establecidas el art.1792.4 del Code civil y porque sirve de razonamiento a los efectos de que la inclusión de la figura del **suministrador** debe hallarse contemplada en la nueva redacción que propugnamos del art.1591". Este mismo criterio también fue seguido por el proyecto legislativo del G.I.T.S.E. de 1975 que incluía a los "técnicos intervinientes en la elaboración de materiales", responsabilizándolos civilmente frente al otro



1.2. La postura contraria, no obstante reconocer que la causa determinante de la ruina fue la defectuosa o mala calidad de los materiales aportados por el suministrador no admiten ampliar el círculo de los responsables fuera del marco normativo ni tampoco que la relación jurídico-procesal se extienda a ninguna otra de las innumerables personas que como técnicos, suministradores de materiales, instaladores de servicios, etc. pueden intervenir en el proceso de construcción³¹³

3. Materiales defectuosos o de mala calidad: Vicios de construcción

La deficiente o mala calidad de los materiales (aportados por el contratista o el comitente)³¹⁴, así como el deficiente control o realización del montaje y/o la defectuosa realización de éste, suelen ser subsumidas dentro de la esfera de la garantía decenal del contratista³¹⁵ como vicios de construcción (conf.art.1591 Cc)³¹⁶.

contratante y al perjudicado ya sea que hayan contratado personalmente sus servicios o a través de la empresa que integran, a efectos de cumplir todas o algunas de las operaciones de la obra o de la fabricación de los materiales.

³¹³ Audiencia Territorial de Granada, S. de 27 de octubre de 1973, citada por Del Arco, op.cit., pág.408. Tribunal Supremo S. de 26 de noviembre de 1984: Con motivo de la desestimación del recurso planteado por una empresa constructora condenada -solidariamente con el arquitecto y el aparejador intervinientes- a "corregir las deficiencias aparecidas en términos que incluyen la reconstrucción del inmueble", debido al empleo de hormigón de defectuosa elaboración técnica para la construcción de la estructura básica sustentante del edificio. No fue admitida la "pretensión de que se traiga al proceso a terceras personas a las que se achaca el suministro, en origen de los materiales defectuosos" por cuanto supone "una rechazable ampliación del círculo de personas legitimadas pasivamente en mérito al art.1591 Cc, el cuál impone una responsabilidad legal por arruinamiento de inmuebles, exigible a los técnicos bajo cuya dirección se ejecutó y con ello, solidariamente, al constructor cuando, como sucede en el presente caso, la ruina se produce por la concurrente mala calidad de los materiales empleados en la construcción, asociada a la negligente dirección de obra que no constató tales defectos como era obligado ..."; asimismo, se dispuso que no cabía "imponer al perjudicado la obligación de traer al proceso a todos cuantos pudieran tener responsabilidad derivada de vínculos contractuales con los inmediatamente imputables ... cargando sobre él, el propietario, más allá del texto de este precepto (art.1591) una tarea investigadora en la compleja organización en que, modernamente, se desenvuelve la construcción ..."; "la presencia del tercer suministrador de los materiales determinantes del arruinamiento del edificio, se postula la irresponsabilidad del constructor que, contrariamente, ha de ser afirmada como responsabilidad basada en ley, sin perjuicio de sus acciones frente a los que con él contrataron, junto a la de los técnicos directores de la obra cuando el resultado dañoso ha sido provocado por una acción plural, de derechos inescindibles, en cuyo fondo late una generalizada negligencia profesional, como se ha razonado ampliamente ..."

³¹⁴Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.67. En mérito a sus conocimientos técnicos y profesionalidad el constructor será responsable por no advertir la mala o deficiente calidad de los materiales al comitente; ante la insistencia de éste sobre su empleo, podrá negarse a seguir adelante con la obra a fin de no ver comprometida su responsabilidad profesional.

³¹⁵Herrera Catena, op.cit. Vol.1-II, pág.191, nota 30, menciona una clasificación de las atribuciones del contratista entre las cuáles merecen ser destacadas las vinculadas con los suministros: aportación de materiales simples y prefabricados, control de calidad, garantía, inspección y conservación en obra; aportación de elementos auxiliares, control, construcción, montaje, inspección y conservación de los elementos de trabajo y por último, aportación de medios, instalación de recursos para la elaboración de materiales complejos.



Por su parte, esta caracterización comprende distintos supuestos entre los cuáles cabe distinguir los que corresponden a la exclusiva responsabilidad del contratista³¹⁷ (materiales de distinta calidad, dimensión, potencia que los pactados³¹⁸; vicios internos no advertidos por impericia profesional³¹⁹), de los que involucrarían también la responsabilidad del suministrador, a saber:

1. Supuestos especiales

a) Vicios ocultos

Los vicios ocultos de los materiales aportados por el contratista serán exigibles a éste pero, no como saneamiento o garantía redhibitoria -característica del contrato de compraventa (arts. 1485 y ssgtes. Cc)- sino como **vicios de construcción** por las vías que autoriza el arrendamiento de obra³²⁰.

La adopción de este criterio, además de ser el que cuadra en derecho, permite cierta "compatibilización cronológica de acciones"; a saber, una vez demandado, el empresario (Conf. art. 1591 Cc) por la víctima, podrá entablar contra el **suministrador de los materiales defectuosos**, una acción personal emanada de la relación contractual entre ambos dentro del plazo de prescripción ordinaria (15 años, art. 1964 Cc). Halla razón tal fundamento en que "los vicios ocultos de los materiales no pueden advertirse en el plazo de seis meses (garantía redhibitoria, art. 1490 Cc) contados desde la entrega de la cosa vendida"³²¹.

³¹⁶Molina, Inés E., La responsabilidad... cit. pág.66. Por ejemplo, existen ordenamientos como el argentino (art. 1646 Cc equivalente al art. 1591 citado) que siguen un criterio clasificatorio distinto ya que expresamente prevén la **mala calidad de los materiales** junto con los vicios de construcción y del suelo como factores determinantes del arruinamiento. .

³¹⁷Cadarso Palau, op.cit. pág.200; Herrera Catena, op.cit. Vol.I-II, pág.194 y ssgtes; Rubio San Román, op.cit. pág.163; Molina, Inés, op.cit. pág.65.

³¹⁸Si nada se pactó, se considera que los materiales deben ser de "buena calidad", en el sentido de "calidad media" (art. 1167 Cc), excepto si la "lex artis" o la normativa vigente prevé una calidad superior; en su defecto, podrá estarse al precio pactado como parámetro de los materiales a emplear.

³¹⁹La impericia del constructor se evidencia en la falta de precauciones y/o en el inadecuado control del material utilizado que hacen la obra impropia para su destino por una carente aplicación de los conocimientos normales de su profesión.

³²⁰Herrera Catena, op.cit. Vol-1-II, págs.197/8.

³²¹Herrera Catena, op.cit. Vol1-II, pág.198/99.



Por otra parte, el constructor podrá desvirtuar la presunción (*iuris tantum*) de culpa que pesa sobre él, demostrando que le resultó imposible conocer el vicio o defecto o que el daño generado por éste, es absolutamente imprevisible según el empleo normal de tales materiales.

Antes bien, cuanto mayor sea el grado de elaboración de los materiales empleados o prefabricados (instalaciones eléctricas, de fontanería, refrigeración, calefacción, etc.) mayor cantidad de controles de calidad se llevarán a cabo por el suministrador "in situ"; al reducirse así las posibilidades de "control en obra" del contratista, cabrá responsabilizar subsidiariamente a ambos intervinientes por los daños resultantes³²².

Sin perjuicio de lo antes dicho, solamente las empresas suministradoras serán responsables por los errores o defectos de fabricación de tales bienes (v.gr. fallas en el sistema de seguridad, de mando, de bolcaje de puertas a cabina ausente de un ascensor)³²³.

1) Prefabricados

Los productos de previa construcción incorporados a la obra o los que por sí mismo la constituyan hacen -como antes se comentó- replantear el tema de la responsabilidad del **suministrador de materiales**. Este deberá ser considerado como "constructor" dadas las funciones y papel que desempeña en el proceso constructivo- productivo de tales bienes. No solamente se ocupa de su fabricación sino además de cumplir una serie de controles de calidad "in situ".

En la mayoría de los casos, la actividad del contratista se reduce solamente a acoplar y colocar los prefabricados y a cerciorarse del cumplimiento de las normas sobre control de prefabricados y por ello, resultaría injusto que cargara con una responsabilidad que corresponde al prefabricante. En virtud de tales consideraciones, podrá ser demandado como "constructor" según sea

³²²Rubio San Román, op.cit. pág.165 "... Responsabilidad subsidiaria por estos fallos que alcanza principalmente al aparejador, aunque como se ha dicho muy por último término, cuando se demostrara una evidencia en los defectos del material, realmente extraordinario ...".

³²³Rubio San Román, op.cit. pág.166.



el "protagonismo" que le corresponda de acuerdo a los distintos tipos de prefabricación (cerrada, abierta, etc.)³²⁴.

La responsabilidad del **abastecedor o suministrador de materiales** también podrá vincularse con la correspondiente al arquitecto a quién serán imputables no solo los vicios del suelo sino también de dirección (defectos debidos a fallas de diseño, falta de idoneidad del material previsto en el proyecto o erróneo método empleado para su colocación aún cuando hubiese seguido las especificaciones de origen de un producto o material, vulneración de los niveles mínimos NTE, etc.).

2. Acciones de repetición

Generalmente, la deficiente regulación normativa en esta materia impone **conjugado con otros vicios** (de construcción, de dirección), la defectuosa o mala calidad de los materiales pudiéndose aplicar la garantía decenal (arts. 1591 y ccetes. Cc) en favor de la víctima, a los inmediatamente imputables (arquitecto y contratista) quiénes.

Sin embargo, la normativa también vela por la tutela de los derechos que caben a estos profesionales, admitiéndoles ejercitar las **acciones ordinarias de repetición** frente a aquéllos intervinientes cuya conducta haya sido determinante en la ocurrencia del siniestro y, por lo tanto, vean comprometida su responsabilidad.

El criterio judicial³²⁵ vela por el damnificado y trata de evitar que su situación se vea agravada por la exigencia de requisitos innecesarios como, por ejemplo y a efectos de demandar, "**una investigación científica o de pesquisa a fin de determinar la verdadera causa y el verdadero responsable del siniestro**". Tal postura es extrema; no se trata de imponer al accionante tarea científica alguna sino por el contrario, de posibilitar la ampliación de la legitimación pasiva a los verdaderos responsables de la ruina y sobretodo, de facilitarle la efectivización de sus derechos

³²⁴Ut supra, Pto.c, c)1.

³²⁵ En este punto, cabe recordar "La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia", en la que su autor Cavanillas Mugica, citado anteriormente, analiza una clara tendencia tutelar frente a la víctima y la flexibilización del criterio aplicable respecto del factor de atribución que tiende a una mayor objetivización de la responsabilidad.



en caso de imposibilidad de ubicar al contratista o promotor. En tal circunstancia, hallaría sustento válido la responsabilidad decenal del **suministrador de materiales**, generalmente, no acogida por los Tribunales españoles³²⁶.

3. La Llei de l'Habitatge de Catalunya de 13 de noviembre de 1991.

En este texto legal, también se amplía el elenco de los "intervinientes en el proceso de construcción" ya que a las categorías tradicionales (vgr.promotor, constructor) se agregan los "industrials collaborators". Estos agentes deben estar debidamente habilitados en su ejercicio profesional y se definen como "los realizadores de una parte específica y detallada del proceso de construcción" según las especificaciones del proyecto bajo las órdenes de la dirección técnica y la coordinación del constructor (art.5). La delimitación conceptual de esta categoría evidencia cierta flexibilidad clasificatoria que permite hacerla extensiva a determinados tipos de suministradores antes reseñados.

Por otra parte, al tratar el "régimen disciplinario", se mencionan como responsables "en materia de construcción y rehabilitación de viviendas" a quienes intervengan en carácter de promotores, propietarios y constructores sino también a los fabricantes de materiales, comercializadores, instaladores, industriales y "cada uno en la medida de su intervención".

A pesar de que esta Ley de la Vivienda sea de carácter administrativo y de aplicación autonómica, no puede restársele importancia en mérito a sus válidas aportaciones desde el punto de vista del proceso de construcción.

Desde esta óptica, si bien una Ley administrativa puede ampliar a los suministradores la categoría de sujetos intervinientes en el proceso de construcción, no puede innovar en materia de Responsabilidad civil decenal (art.1591 Cc) al respecto porque tal modificación es materia reservada a la competencia del Estado (art.149 CE).

³²⁶Sentencias de 27 de octubre de 1975 de la Audiencia Territorial de Granada y de 26 de noviembre de 1984 del Tribunal Supremo, antes citadas.



4. Derecho francés: Los E.P.E.R.S. (Eléments Pouvant Entraîner la Responsabilité Solidaire)

La noción de estos elementos o productos de construcción parte de la ampliación de la lista de presuntos responsables en los términos del art.1792 del Code civil que consagra la citada Ley 78-12. En este sentido, se incluyen en el art.1792.4: 1. a los fabricantes de una obra, parte de ella o de elementos de equipamiento **concebido y producido** para que puesto en funcionamiento permita **satisfacer exigencias precisas y determinadas previamente**; 2. al importador de cualquiera de tales elementos y 3. a quién haya presentado como propio el producto sobre el cuál hiciera figurar su nombre, marca de fábrica o cualquier signo distintivo. Pesa sobre éstos como sobre el resto de los potenciales responsables la obligación de aseguramiento decenal correspondiente (art.L.241.1 C.A.).

Asimismo, estos sujetos tendrán a su cargo la promoción de sus productos frente a los "constructeurs" (latu sensu³²⁷). En este sentido, serán solidariamente responsables (conf.arts. 1792, 1792.2 y 1792.3 Cc)³²⁸ con el profesional ("constructeur") que haya incorporado en el proceso de construcción o puesto "en servicio" **sin modificaciones y conforme a las reglas previstas por el fabricante** cualquiera de los "productos" antes aludidos (obra, parte de ella o elemento de equipamiento). Esta presunción de responsabilidad en favor del propietario (promotor) de la obra, no obsta a las vinculaciones derivadas del contrato de compra-venta entre ambos intervinientes ni a la efectividad de la garantía de perfecto acabado a cargo del contratista.

Por su parte, el fabricante debe concebir sus productos en base a los estudios necesarios que le permitan afirmar que podrán satisfacer las exigencias a las que estén destinados sin que los usuarios deban proceder en cada caso a una verificación de sus "performances". La presunción de responsabilidad que pesa sobre estas nuevas categorías de sujetos intervinientes, es independiente del volumen de

³²⁷La ley 78-12 denomina "constructeurs" a todos los profesionales intervinientes en el proceso de construcción sobre los que pesan las presunciones de responsabilidad mencionadas.

³²⁸Chétivaux, S.C. op.cit., pág.49; Malinvaud, Philippe. L'action directe du maître d'ouvrage contre les fabricants de matériaux composants. *Révue de Droit Immobilier*, 1984, pág.1; Leguay, G. Pour une abrogation de l'article 1792.4 du Code civil. *Révue de Droit Immobilier*, 1988, pág.120; Saint- Alary, J. La préfabrication dans le bâtiment: Problèmes et solutions, *Révue de Droit Immobilier*, 1983, pág.409.



producción y de la dimensión de las series correspondientes³²⁹.

Tales productos son considerados como verdaderos "opus" (obras) y se denominan corrientemente E.P.E.R.S. (éléments prouvant entraîner la responsabilité solidaire). Esta nueva terminología empleada en el ámbito del Derecho administrativo, deja atrás la denominación más técnica de "composants" a la que se aludía en el proyecto de la Ley 78-12³³⁰. Si bien carece de un contenido conceptual específico en el Derecho privado francés, este vacío se cubre recurriendo a las pautas que fija la **Circulaire N°81-04 del Ministère de l'Environnement et du Cadre de Vie**, de 21 de enero de 1981³³¹ que, en el ámbito de la obra pública, permite caracterizar los E.P.E.R.S. a través de **cuatro criterios** que funcionan como **condiciones acumulativas** necesarias para invocar la solidaridad profesional aludida:

1. Una parte de la "concepción" (proyecto) de la obra se desplaza e incorpora al producto, separándose así de tal misión específica. Por su parte, el fabricante absorbe en su labor productiva parte de los estudios de concepción y ejecución que, de otro modo, estarían a cargo de los "constructores" (arquitecto, empresarios, técnicos, etc.) quienes tan solo se reducen a incorporar dichos elementos en la obra. De esta forma, se considera que éstos últimos trasladan al fabricante parte de la misión que le corresponde a cada uno. Si el proyectista no empleara este tipo de productos, tendría que diseñarlos y además, formular una serie de especificaciones relativas a su realización y funcionamiento.
2. Al "concebir" sus productos, el fabricante no solo debe **predeterminar la finalidad** que éstos deben cumplir sino además, **definir la utilización específica** que deba dársele.

³²⁹Circulaires N°81-04 de 21 janvier 1984 relative aux E.P.E.R.S. du fabricant et du metteur en oeuvre. Code de l'Assurance Construction. Ed. L'Assurance française, Normandie. 1989, pág.60 y ssgtes.

³³⁰Bigot, J. La notion de composant. Revue de Droit Immobilier, 1980, pág.132. Chétivaux, Simone Claire. Les Assurances Obligatoires des Travaux Batiments. Encyclopedie Dalmas pour la Vie des affaires. Collection française. Delmas. 1ère.Ed. 1990, pág.49, afirma que la definición de composant que figuraba en el art.A 243.2 del Code des Assurances fue anulada por exceso de poder del Consejo de Estado francés.

³³¹Esta circular es relativa a los elementos que puedan traer aparejada la responsabilidad solidaria (E.P.E.R.S.) del fabricante y del instalador. Le Code ...cit., pág.60 y ssgtes.



3. Una vez "incorporados" o "en servicio", estos productos deben satisfacer "exigencias precisas y pre-determinadas" ya que cuentan con el "potencial suficiente a tal efecto". El fabricante debe dar a conocer las características y "performances" correspondientes (vgr. catálogos, prospectos). La importancia de tal circunstancia radica en que, sin perjuicio de la función específica para la cuál han sido concebidos, estos elementos pueden también responder a otras múltiples expectativas de la obra (vgr. de higiene, de atenuación de ruidos, estéticas, de ventilación).
4. Estos productos deben ser aptos para su directa incorporación o puesta "en servicio" en la obra mediante simples operaciones de instalación según las instrucciones del fabricante quién debe definir claramente el modo de empleo sin que el "instalador" deba realizar modificaciones de ningún tipo.

Por su parte, la A.F.A.C. (Association Française de l'Assurance Construction) ha confeccionado una **lista contractual**³³² de los principales E.P.E.R.S. que obligan a los Aseguradores³³³ según las modalidades de los reaseguros correspondientes (régimen de semi-capitalización por el grupo GL). Esta lista no es taxativa, sin embargo, las pautas que establece, permiten interpretar la voluntad contractual de las partes en cuanto a aquéllos productos pre-fabricados cuyas funciones y características son idénticas o similares a las que allí se prevén, siéndoles aplicable la denominación de EPERS y exigible la obligación de aseguramiento (Ley 78-12).

Se formula una división bipartita de estos elementos (no taxativos): a) Productos que **constituyen por sí mismos** elementos de obras de viabilidad, de cimentación, de estructura, de cerramiento y cubierta (vgr. boxes de garage completamente pre-fabricadas, edificios metálicos modulares destinados a depósito, escaleras, blocs de aberturas, fosos sépticos) y b) Elementos de equipamiento que respondan a los criterios definidos de EPERS y que además estén

³³²Chétivuaux, SC. Op.cit., pág.157; Le Code de l'Assurance Construction ...cit. pág.201 y ssgtes.

³³³Vid, Reponse ministerielle J.O. Débats A.N. 2.9.85 sobre el Affaire Lutèce Projext relativo a la aplicación de enduido que trajo aparejados defectos constructivos, siendo determinada por la Administración -ante el rechazo de los aseguradores- la obligación de asegurar la Responsabilidad decenal de quienes empleaban esas técnicas peculiares de aplicación.



indisociablemente unidos a las obras de viabilidad, de cimentación, de estructura, de cerramiento y cubierta (vgr. blocs compactos no desmontables para el conjunto sanitario o técnico, pantallas receptoras de energía solar). Esta categorización también se hace extensiva a aquéllos elementos consagrados como tales por la Jurisprudencia³³⁴.

5. Criterios de Derecho Comunitario:

a) Directiva sobre Productos de construcción

La Directiva 89/106 del 21 de diciembre de 1988³³⁵ ha tenido por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los distintos Estados miembros sobre **productos de construcción**, siendo su objetivo fundamental proteger no solo a quiénes los emplean sino también a los usuarios de las obras en las que estos productos son integrados.

En tal sentido, queda comprendido "cualquier producto fabricado para su incorporación con carácter permanente a las obras de construcción incluyendo tanto las edificaciones como las obras de ingeniería civil" (art.1.2). Debe existir un acto de producción, de transformación ya que los elementos naturales (arena, cal, agua, etc.) no quedan comprendidos "per- se" en esta normativa. Del mismo modo, ésta solo será extensiva a los productos que sean incorporados de forma definitiva o quasi- definitiva ya sea a la obra- gruesa o fundamental o bien a las instalaciones (vgr. calefacción, ventilación, iluminación, revestimientos)³³⁶.

Los productos deben ser puestos en el mercado mediante un acto de comercialización³³⁷ y por consiguiente, los Estados miembros deben garantizar que solo

³³⁴Chétivaux, op.cit.pág.50, cita como ejemplo de EPERS: Las placas de escayola que forman el techo (Montpellier, 5 de mai 1987, Jurisdata n*1130); los productos de estanqueidad de un edificio (París, 13 de noviembre de 1987, Jurisdata n* 27353); las pantallas receptoras de energía solar (Nimes, 26 de mayo de 1986, Jurisdata n*524), etc.

³³⁵DOCE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas) de 11 de febrero de 1989.

³³⁶Crouzy, Veronique. L'Argus Dossier, Journal International des Assurances. 4 de décembre 1992: Les Chantiers Européens de la Construction. Se pone de manifiesto que "la construcción de Europa no ha dejado de lado la Europa de la construcción" pero, ahondando en ciertas cuestiones al respecto ya que esta materia preocupa a los Poderes públicos y a los profesionales.

³³⁷L'Argus ... loc.cit. Por consiguiente, quedan excluidos aquéllos productos de pre-fabricación cerrada.



accedan aquéllos que sean **"idóneos"** para el uso al que están destinados. Deben presentar las características necesarias para que las obras de construcción - adecuadamente, concebidas y ejecutadas- en las que se ensamblan, incorporan, aplican o instalan puedan **satisfacer los seis requisitos esenciales** previstos por esta normativa: de resistencia mecánica y estabilidad; de seguridad en caso de incendio; de higiene, salud y medio ambiente; de seguridad de uso; de protección contra el ruido y ahorro de energía y de aislamiento térmico, a las que se encuentren sujetos (art.2.1).

Desde la perspectiva de un **mercado común**, aunque cada Estado dicte para su territorio las disposiciones que garanticen la seguridad de las personas, de su patrimonio y de aspectos esenciales del bienestar general en cuanto a la concepción y a la ejecución de obras de construcción y de ingeniería civil, es necesario fijar ciertas pautas de aproximación tendientes a aunar criterios de evaluación.

Por consiguiente, cada ordenamiento establece ciertos **requisitos de seguridad** que influyen directamente sobre la naturaleza de los productos de construcción y que son recogidos en **documentos de idoneidad**, en **especificaciones técnicas** o bien, en otras "disposiciones (nacionales) que, por su disparidad, obstaculizan el comercio dentro de la Comunidad".

a) Bajo la denominación de **"requisitos esenciales"** quedan comprendidos todos aquellos criterios generales y específicos de seguridad que deben reunir las obras (de edificación y civiles o de ingeniería civil) de construcción para gozar de una **fiabilidad adecuada**. Por consiguiente, tales requisitos pueden influir en las características técnicas de un producto y asimismo, deben ser respetados durante un período de vida económicamente razonable (art.3.1).

Los seis requisitos esenciales antes mencionados que operan en relación con los productos de construcción, están previstos en forma expresa en lista anexa (Anejo I).

b) Tales requisitos sirven de base para la elaboración de **normas armonizadas a nivel europeo sobre productos de construcción**³³⁸ que tienen por finalidad:

³³⁸En tal sentido, quedan comprendidas las normas establecidas por el Comité Europeo de normalización (CEN, Cenélec para la electrónica) de conformidad con el mandato de la Comisión europea.



lograr el mayor beneficio posible para un mercado interno único; garantizar en la mayor medida posible su transparencia; proporcionar el acceso de mayor número de fabricantes y crear las condiciones de un sistema armonizado de normas generales en la industria de la construcción.

La **norma armonizada** es una especificación técnica (norma europea o documento armonizado) o norma de apoyo no obligatoria, aplicable en Europa y adoptada por organismos competentes (CEN y CENELEC) por mandato de la Comisión de la C.E. (conf. Directiva 83/189/CEE del Consejo del 28 de marzo de 1983). En ausencia de estas normas, serán de aplicación las **nacionales como normas armonizadas presuntas**, reconocidas por decisión comunitaria, habiendo sido enviadas previamente a los "Doce" y a consulta de la Comisión Permanente.

- c) Para la formulación de las citadas normas que se expresan "en términos de rendimiento" o más precisamente, **prestacionales** (¿qué debe obtenerse?), se crea la figura de los **documentos interpretativos**. Aunque no creados todavía, servirán para establecer los **niveles de rendimiento y los requisitos** a cumplir por los productos de construcción. De acuerdo con las posibles diferencias climáticas, geográficas, de hábitos de vida, de nivel de protección (nacional, regional o local), existentes en los Estados miembros, cabe la posibilidad de que existan distintos tipos de **requisitos esenciales** en los documentos interpretativos o especificaciones técnicas que den cuenta de sus diferentes niveles para determinadas obras.

En el ámbito de la normalización, **estos documentos** en cuya elaboración colaborará cada Estado, servirán de **vínculo** adecuado entre los **requisitos esenciales** y las **especificaciones técnicas concretas** (mandatos normativos).

Por otra parte, a efectos de asesorar a la Comisión de la CE sobre la ejecución y aplicación práctica de esta Directiva así como de resolver -con poderes suficientes- las cuestiones que al respecto pudieran deducirse, se crea un **Comité Permanente de la Construcción** integrado por dos representantes de cada Estado miembro y presidido por otro, perteneciente a dicha Comisión. Previa consulta al Comité, ésta última encargará a los **Comités Técnicos** la elaboración de dichos **documentos interpretativos**.



Del mismo modo, la Directiva establece las pautas a seguir por el **Documento de Idoneidad Técnica Europea (DITE)** (Anejo II). Este documento consiste en una apreciación técnica favorable de la aptitud de un producto para el uso previsto, basándose en la satisfacción de los requisitos esenciales respecto de aquéllas obras en las cuáles dicho producto debe ser utilizado.

- d) Un producto se presume adecuado para su uso (**producto idóneo**) cuando se ajusta a una norma armonizada, a un DITE o a una especificación técnica nacional no armonizada pero, reconocida a nivel comunitario o bien, apartándose de tales especificaciones, cuando se haya **certificado la idoneidad** de su uso por un **organismo autorizado**.

La conformidad de los productos con dichas pautas comunitarias se garantiza mediante **procedimientos de control**: a) de producción a cargo del fabricante, y, b) de vigilancia, ensayo y certificación llevados a cabo por éste o bien por terceras partes independientes y calificadas.

Por consiguiente, de acuerdo a esta normativa, las **nuevas obligaciones** de los **fabricantes de productos de construcción o de mandatarios de éstos establecidos en la CEE** (tratándose de un fabricante foráneo) son: Contar con un sistema de auto- control del producto fabricado en su planta; hacer certificar por un organismo autorizado la conformidad de los productos a las normas armonizadas o a los DITES y emplear la marca CE en los productos fabricados cuyo uso abusivo o incorrecto será posible de sanciones³³⁹.

- e) Los **Organismos autorizados**³⁴⁰ que están encargados del control aludido, son designados por cada Estado de acuerdo con los requisitos previstos por la Directiva (Anejo IV). De tal modo, les corresponde a éstos remitir una lista al respecto a la Comisión de la CE a efectos de que puedan intervenir en las tareas establecidas atinentes al marco de los DITE, de las certificaciones de conformidad, de las inspecciones y de los ensayos de conformidad.

El fabricante y/o su mandatario -instalado en la "Comunidad"- solo podrán

³³⁹L'Argus ...cit., pág.26. Al respecto, recepta la Directiva 89-106, el Décret du 8 juillet 1992: arts.10 y 12; 8, 6 y 15, respectivamente; pág.25. Se destaca que esta normativa no precisa el "nivel de exigencias a respetar" y reenvía a las reglas del arte y a las reglas de construcción de los Estados miembros en cuanto concierne a la concepción y ejecución de las obras.

³⁴⁰L'Argus ...cit., pág.25, cita el Arrêté du 31 du juillet 1992 en el cuál se formula una lista de organismos europeos habilitados para otorgar los DITE que se concederán por un plazo de cinco años prorrogable.



solicitar los documentos de idoneidad aludidos ante uno solo de los organismos autorizados a cuyo cargo está la publicación del DITE y la comunicación correspondiente a los restantes. Sin perjuicio de prestarse apoyo recíproco, los fabricantes y mandatarios pueden agruparse, en general, en Organizaciones que tengan por finalidad unificar criterios sobre los citados documentos bajo control y coordinación de cada Estado.

- f) En el ámbito comunitario, excepto³⁴¹ algunos productos que tienen poca incidencia en la salud y en la seguridad, los productos de construcción para ser comercializables deben llevar la marca CE. Esta dará cuenta de que se trata de productos idóneos que cumplen con las previsiones referidas por lo que tendrán libre circulación y utilización para el uso al que estén destinados. Se establece así, un sistema de certificación de conformidad (Anejo III) que contempla diversas posibilidades.

Si bien los Estados miembros de la Comunidad están obligados a la vigilancia del mercado, no podrán oponerse a la venta de productos que lleven la marca CE ya que su sola inscripción permite presumir que el producto es apto para su uso. Por otra parte, se interpreta que dicha marca tiene un sentido global, debido a que si dicho producto estuviera comprendido por distintas Directivas, se consideraría que cumple con todas ellas³⁴².

Por consiguiente, los productos de construcción para ser considerados aptos y comercializables en el mercado comunitario, deben responder a las previsiones apuntadas (vgr. norma de armonización europea, DITE) y haber sido declarados idóneos por un organismo autorizado al efecto mediante los procedimientos establecidos al efecto. Pero, aquéllos que no están comprendidos en dichas especificaciones también podrán ser comercializados, siguiendo un procedimiento especial establecido para "facilitar el reconocimiento de los resultados de los ensayos realizados en otro Estado miembro, de acuerdo con los requisitos técnicos del Estado miembro de destino".

³⁴¹L'Argus ...cit., pág.26. Se expresa que, sin embargo, dicha marca (CE) podrá ser empleada en productos de construcción respecto de los cuáles si bien no es aplicable una norma armonizada o un DITE, su idoneidad ha sido declarada por un procedimiento simplificado en mérito a que no revela serios inconvenientes ni para la seguridad ni para la salud; asimismo, en los productos "fabricados por pieza o unidad" respecto de los cuáles es suficiente la simple declaración de conformidad del fabricante sin intervención de ningún organismo de control. Sin perjuicio de lo cuál, se destaca también que aun no ha sido confeccionada la "lista de los productos comprendidos" bajo esta regulación.

³⁴²L'Argus ...cit., pág.25.



Durante los meses en que se lleve a cabo la adaptación normativa de los derechos internos de los Estados miembros, los profesionales alcanzados continuarán aplicando las reglas nacionales en vigor y no tendrán que individualizar sus productos con la sigla CE, debiendo adecuarse paulatinamente los sectores de la construcción a las numerosas modificaciones comunitarias. Para que el sistema implementado por la Directiva comentada sea puesto íntegramente en funcionamiento³⁴³, debe transcurrir cierto tiempo ya que deben ser publicadas las distintas listas faltantes así como, sancionados los reglamentos interministeriales necesarios para poner en aplicación los documentos técnicos correspondientes, algunos de los cuáles -a nivel comunitario- aun se hallan en elaboración.

En mérito a las disposiciones francesas e internacionales antes mencionadas, se ha planteado la cuestión de si la garantía del fabricante de E.P.E.R.S. (arts.1792.4 y ccptes. Code civil) con los inconvenientes que conlleva tal definición, se compatibiliza con las normas comunitarias sobre los productos de construcción. Otro interrogante lo representa el camino a seguir por la Jurisprudencia ante tal profusión de textos normativos. Frente a tal situación normativa, las Entidades que se ocupen de los seguros de construcción tendrán como tarea principal, "adaptar su política de suscripción y de tarificación", siendo ésta ciertamente menos estricta respecto de los productos que lleven la marca CE³⁴⁴.

b) Propuesta de Directiva Comunitaria sobre Responsabilidades en materia de Construcción

En este Proyecto³⁴⁵ que, en general, más adelante se comentará, se incluye a los **suministradores** entre los profesionales intervinientes y presuntos responsables en

³⁴³L'Argus ...cit., pág.26, hace referencia a las manifestaciones de Pierre Chemillier, président du CSTB y de l'EOTA (European Organisation for Technical Approval) "... dans ces conditions, il y a fort à parler qu'il ne se passera rien à l'échéance du premier janvier 1993 ...".

³⁴⁴L'Argus ...cit., pág.26. Y, agrega, "... Pour le reste, patiente, analyse et anticipation seront souhaitables ...".

³⁴⁵Según Informe GAIPEC de 11 de setiembre de 1991, a la Comisión europea. Ese año, a instancia de la Dirección General (DG) III, se formaron en el seno del G.A.I.P.E.C. (Groupement des associations interprofessionnelles européens de construction) cuatro grupos de trabajo a efectos de analizar los temas fundamentales sobre los cuáles debería versar una Directiva sobre responsabilidad en la Construcción. Vid. pto. F de este Capítulo VIII.



esta materia. Por lo tanto, obvio resulta que una vez convertido en derecho vigente, sus disposiciones formarán junto con la Directiva sobre productos de construcción (Nº89/106) antes comentada, un sólido plexo normativo cuya finalidad principal será garantizar no solo las mayores garantías y seguridad de propietarios, promotores, adquirentes y usuarios sino, además, una mejor calidad de la construcción de los obras en inmuebles destinadas a larga duración, en beneficio de toda la comunidad.

De este modo, se compatibilizarían las exigencias de idoneidad de los productos de construcción con la responsabilidad profesional de los fabricantes y suministradores.

Precisamente, a cargo de estos últimos, se imponen ciertos procedimientos de control de calidad a los que deben estar sometidos sus productos a fin de competir en el mercado comunitario, garantizando el mayor grado de transparencia posible y creando las condiciones adecuadas para un sistema normativo armonizado en el campo de la industria de la construcción³⁴⁶.

B. Aplicación de la garantía decenal por vía del art.1596.

En cierto modo, este precepto es concordante con el art.1564 Cc relativo al arrendamiento de cosas, y prevé:

"El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra"

Se trata de una consecuencia lógica del arrendamiento de obra "por ajuste o precio alzado"³⁴⁷; el comitente desea desentenderse de las contrataciones parciales con cada especialista y por ello, se vincula con uno solo, el contratista que asume el riesgo de la construcción de la obra conforme a lo convenido constituyéndose en el único responsable frente a aquél.

³⁴⁶Crouzy, Veronique. L' Argus ...cit., pág.27/28.

³⁴⁷Herrera Catena, op.cit., Vol.I-II, pág.209, hace alusión a esta justa expresión de Manresa, Cadarso Palau, op.cit. pág.204.



Asumirá los errores, faltas o defectos cometidos en la realización de sus trabajos por los técnicos y especialistas que hubiere contratado (ocupare) y, responderá por las consecuencias dañosas (art.1591 Cc) de tales conductas. También en este supuesto legal, cuenta con las acciones ordinarias de repetición por culpa o dolo contra los verdaderos responsables (art.1904 Cc).

Esta norma debe ser interpretada en sentido amplio (conf. art.3.1 Cc) y por lo tanto, la alusión que formula sobre "las **personas ocupadas en la obra**", no debe circunscribirse a obreros, auxiliares o ayudantes en relación de dependencia laboral sino también muchos otros profesionales intervinientes.

Así, por ejemplo, puede ocupar los servicios de: un arquitecto para proyectar y dirigir la obra; subcontratistas o sustitutos³⁴⁸ del empresario en la realización de ciertas tareas quiénes cuentan con cierta autonomía o independencia; especialistas para encargarse de las instalaciones y servicios del inmueble; suministradores de materiales, etc.

Estos supuestos de responsabilidad por el hecho ajeno, obedecen a fundamentos múltiples (culpa in eligendo, in vigilando, organizativa, etc.) que de alguna manera, objetivizan la responsabilidad del contratista. No obstante, aún en este supuesto, se ha admitido el reclamo contra el arquitecto por vicios del suelo o de dirección por vía directa o por acción subrogatoria³⁴⁹, ambas, alternativas consagradas en doctrina³⁵⁰.

³⁴⁸ Según la doctrina italiana a que alude De Cupis (Teoría General de la responsabilidad civil, traducción Angel Martínez Sarrión, Bosch, 1975, pág.696 y ssgtes.), citado por Del Arco, (op.cit., pág.434), se trata de una sustitución parcial o limitada en la ejecución de determinadas tareas u obligaciones asumidas por el contratista. Los comitentes se convierten en **dadores de trabajo** que confieren una cierta esfera de competencia a los trabajadores o **encargados** de realizarlo. Si el daño es causado por una actividad que realiza este último, conforme a la competencia que le fuera atribuida por el dador de trabajo y en su favor, éste será el responsable por haber introducida aquélla conducta del sustituto como causa mediata de tal efecto. Existe un innegable paralelo entre la responsabilidad del deudor por el daño producido por sus auxiliares en cumplimiento de su cometido y la del dador de trabajo que ha vinculado a su beneficio la actividad del trabajador. En tal razón, se funda la responsabilidad de aquél ante tercero aunque no mediara culpa de su parte.

³⁴⁹Santamaría, Comentarios al Código ... cit., T.II, Madrid, 1958 pág.639 y ssgtes; Herrera Catena, op.cit. Vol.I-II, pág.212, considera, en contra de la doctrina mayoritaria que sería procedente accionar contra el subcontratista.

³⁵⁰Sobre la imputación de responsabilidad al contratista o empresario en el supuesto del art.1596, Cadarso Palau, op.cit. pág.200; Del Arco, M. op.cit. pág.429 y ssgtes.; Herrera Catena, op. cit., Vol.I-II, pág.207 y ssgtes.



C. La Defensa al Consumidor: Responsabilidad por ruina y por daños de productos

a) Los Suministros

Los productos o elementos incorporados a la obra mediante instalación por el suministrador o bien por el constructor y contratados por éste, pueden dar lugar -en caso de ruina- a la garantía decenal en favor del dueño de la obra en los términos antes analizados.

La situación no sería la misma, si el comitente pusiera de su cuenta materiales y equipos, contratando directamente con los suministradores (fabricantes, intermediarios, importadores). Ahora bien, sin olvidar las consideraciones ya efectuadas respecto de las responsabilidades del contratista por la mala calidad o defectos del material, se abre una nueva alternativa para el dueño de la obra nacida de su relación (contractual o no) con los suministradores.

Si, por ejemplo, fuera mediante un contrato de compraventa, se beneficiaría no solo de las garantías que son propias de éste sino, además, de las que prevé la **Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de junio de 1984 (LGCU)**. En su contexto la responsabilidad civil por productos³⁵¹ es solo uno de los instrumentos establecidos dentro de su objetivo más amplio y primordial: la protección del consumidor o usuario.

Esta responsabilidad³⁵² será exigible al empresario que haya elaborado (fabricante) y/o comercializado productos y/o servicios defectuosos, quién deberá abonar las reclamaciones por daños y perjuicios que pudieran derivarse de ello, a usuarios y consumidores.

³⁵¹Mapfre, Seguridad y responsabilidad de productos. Madrid, 1986.

³⁵²Angel Rojo y Fernández Río, La responsabilidad del fabricante en el derecho español. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, pág.140 y ssgtes.; Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto y Rodrigo, Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Madrid 1987; De Angel Yagüez, R., Lecciones sobre responsabilidad civil, Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, pág.60; Parra Lucan, M.A., Daños por productos y protección al consumidor, pág.120 y ssgtes.



En este supuesto, podrán caber acciones de responsabilidad contractual contra el vendedor sin que ello obste, al ejercicio de las de índole extracontractual³⁵³ frente al fabricante o al importador.

La cuestión puede complicarse cuando intervienen en el proceso de producción varios fabricantes o cuando el productor propiamente dicho utiliza elementos o partes que otro le suministra en el propio país o provenientes de un país distinto o cuando interviene entre el productor y el consumidor o usuario una cadena más o menos larga de distribuidores o comercializadores que en algunos casos tienen además la misión de "dar instrucciones" sobre el uso del producto o "de aplicarlo directamente ellos mismos"³⁵⁴.

Por consumidores y usuarios debe entenderse: "Las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como **destinatarios finales**, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quiénes los producen, facilitan, suministran o expiden" (art.1.2).

Esta norma está encaminada a proteger a todo consumidor o usuario de todo tipo (muebles o inmuebles) que sea destinatario final de tales productos. Por tal motivo, quedarían excluidos, en principio, quiénes profesionalmente adquieran o utilicen bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros³⁵⁵. Trasladando tal integración al proceso constructivo, este criterio sería aplicable al "contratista" que aporta para la ejecución de la obra además de su trabajo, el material (art.1589 Cc); en este supuesto, tanto su pericia profesional como sus conocimientos técnicos para advertir la deficiencia o mala calidad de los materiales que emplea, serían un importante factor que permitiría reforzar tal exclusión.

³⁵³Bercovitz Rodríguez Cano, La responsabilidad del constructor ... pág.258; De Angel Yagüez, R. op.cit. pág.210 "si quien dañado por el uso o consumo de un producto, lo ha adquirido de un comerciante o distribuidor y dado que entre el perjudicado y el productor no ha habido relación contractual alguna, la norma a aplicar en principio, es la de la responsabilidad extracontractual, consagrada en el art.1902 del Código civil".

³⁵⁴De Angel Yagüez, R. La Responsabilidad civil, citada, pág.209

³⁵⁵Parra Lucan, M.A. Daños por productos y protección del consumidor, op.cit. pág.341; De Angel Yagüez, op.cit. pág.211.



b) Los Inmuebles

Aunque de manera tangencial, el enfoque doctrinario sobre ciertas cuestiones relativas a las garantías que dimanarían de la LGCU, fue tratado al analizar la actividad del **promotor inmobiliario**. En honor a la brevedad, sobre tales aspectos me remito a lo antes dicho³⁵⁶; sin embargo, me parece oportuno agregar dos referencias que, aunque breves por ser objeto de expresa previsión legislativa, merecen ser destacadas en este punto.

En primer lugar, la inclusión de los bienes inmuebles en el ámbito de LGCU (art.1.2) evidencia un espíritu legislativo claramente tutelar de todo "consumidor- usuario- adquirente", en cuanto destinatario final de cualquier tipo de bien. Por consiguiente, serían aplicables las disposiciones sobre "responsabilidad por daños de productos" (LGCU, art.25 y ssgtes.)³⁵⁷ cuyo criterio de imputación radica, básicamente, en el perjuicio sufrido por el damnificado- adquirente del bien inmueble³⁵⁸ por circunstancias atribuibles al empresario (fabricante, productor, promotor o constructor, etc).

Ahora bien, en lo relativo a los vicios de construcción, el texto legal nada nuevo aporta en defensa de los derechos del consumidor ya que únicamente, se circunscribe a "consolidar en algo su posición", al establecer la **solidaridad** de todos los

³⁵⁶Ut-supra, en el capítulo "El Promotor inmobiliario", la referencia a su actividad como "productor o fabricante de la cosa vendida" que le determina como garante de la buena construcción de la obra y de la publicidad que enuncia; Morales Moreno, A. El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa, Anuario de Derecho Civil, 1982, pág.681 y ssgtes. y Publicidad engañosa y defectos de la cosa, Conferencia en Albacete, 1989.

³⁵⁷Resulta de interés referir algunos de los artículos de la LGCU. Así, por ejemplo, el art.25 parece objetivizar la responsabilidad al establecer el derecho del consumidor o usuario a ser indemnizados por los daños y perjuicios que irroguen el consumo de bienes o la utilización de servicios salvo que estén causados por su culpa o la de las personas por las que deba responder; el art.26 mantiene el tradicional factor de atribución, la culpa por daños y perjuicios resultantes de las acciones u omisiones de los productores, importadores, suministradores, distribuidores de productos o servicios frente a los consumidores y usuarios excepto que acredite la debida diligencia que reglamentariamente o según la naturaleza del producto, servicio o actividad corresponda. Por su parte el art.28, establece la responsabilidad objetiva (riesgo creado) con tope indemnizatorio limitado, respecto del agente que ponga en el mercado ciertos bienes o servicios que por su propia naturaleza o por determinación reglamentaria sean considerados causa de peligro. El art.27 sienta el principio de la responsabilidad de todos los intervinientes (en cadena).

³⁵⁸Morales Moreno (Vid, nota 94, sobre "El Promotor, productor de viviendas") abarca en la denominación "producto" también a los bienes inmuebles, siéndoles extensiva la LGCU; en igual sentido, la Convención de La Haya (art.2.a); Parra Lucan, M.A. op.cit. pág.242; De Angel Yagüez, op.cit. pág.220. En sentido contrario, el art.2* de la Directiva de la CEE de responsabilidad, define producto como "cualquier bien mueble aún cuando está incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble" y el Informe de la UNCITRAL (ptos.30, 31, págs. 280/1) que también apunta a la posibilidad de excluir los inmuebles de un posible futuro régimen uniforme aunque la cuestión resultaría dudosa, en algunos casos como por ejemplo: Casas prefabricadas, equipos de perforación ... sin perjuicio de consagrar la inclusión de los bienes muebles incorporados a inmuebles aun cuando hayan perdido su individualidad.



intervinientes "en la cadena" hasta llegar al destinatario final sin perjuicio de las acciones de repetición según la participación en la causación del daño (LGCU art.27.2)³⁵⁹. Según la doctrina seguida por el Tribunal Supremo se quiebra tal principio ante la determinación del verdadero responsable.

La indeterminación de un plazo legal de garantía por parte de la LGCU, podría constituir una ventaja en cierto modo para el adquirente de inmuebles (consumidor o usuario) frente al plazo fijado en diez años por art.1591 Cc³⁶⁰.

La compraventa y el arrendamiento de viviendas se consideran una actividad cotidiana y trascendente en la vida del consumidor o usuario, por lo tanto, surgió la necesidad de regular en forma sistemática "la información que ha de serle suministrada" respecto de tales operaciones inmobiliarias, de conformidad con el art.22 LGCU, en cuanto concierne a los materiales de construcción, gastos que pueden repercutir en el comprador y documentación correspondiente a entregar³⁶¹. Estas disposiciones (R.D. 515/89) son aplicables por igual a la oferta pública y privada de viviendas.

A pesar del buen criterio legislativo evidenciado por el Régimen tutelar comentado (LGUC), sus disposiciones no se adecuan a los parámetros de la Normativa comunitaria en esta materia. Tal circunstancia fue advertida en reiteradas ocasiones aunque sin hallar solución hasta el presente. Aunque la Ley española fuera anterior, nada obstaba a su adaptación a la mencionada Directiva porque ésta preveía a tal efecto, un plazo de tres años a partir de su sanción³⁶².

³⁵⁹"Si a la producción de daños concurrían varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados". De Angel Yagüez, op.cit., pág.218 y ssgtes.; Bercovitz Rodríguez Cano, R., La responsabilidad del constructor ...cit., pág.258: "El art.27 ... es un precepto caótico, dónde se trata conjuntamente la responsabilidad extracontractual y contractual del empresario". "... Esa responsabilidad frente al consumidor- adquirente, es una responsabilidad contractual que, luego, por la construcción doctrinal de nuestra jurisprudencia, beneficia también a los terceros que sucesivamente hayan adquirido la vivienda ..."; en igual sentido, Parra Lucan, op.cit. pág.346/7.

³⁶⁰De Angel Yagüez, op.cit. pág.214, distingue esta normativa de la directiva de la CEE que establece un límite decenal de responsabilidad a partir de la "puesta en el mercado" del producto; en igual sentido, Parra Ducan, op.cit., pág.347.

³⁶¹Real Decreto 515/89 de 21 de abril, Sobre Protección de los Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, arts.3, 5.2.j, 10.1.c) y 13.2.

³⁶²La Directiva sobre Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos, publicada en julio de 1985, preveía un plazo de tres años (julio de 1988) para que los Estados miembros procedieran a la adaptación de sus respectivos Ordenamientos jurídicos al texto comunitario.



Según lo dicho, este plazo se halla holgadamente vencido para España sin que aun nada se haya decidido. Algunos observadores sitúan la causa de esta demora en las desinteligencias existentes entre los redactores de la citada Ley (LGUC. 1984) y el Ministerio de Justicia quién se mostrado favorable a la citada Directiva³⁶³. Desde esta perspectiva, parece haber sido enfocada la cuestión por quiénes sugirieron que la adecuación al Derecho comunitario procediera mediante la sanción del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación³⁶⁴, seguramente, con la intención de que se vea entorpecido el camino emprendido hacía la esperada integración comunitaria.

De todos modos, tal circunstancia no agravará la situación de los adquirentes de inmuebles quiénes siempre contarán con la garantía decenal por defectos constructivos prevista en el citado artículo 1591 Cc que fue llevada a sus justos límites por una constante evolución jurisprudencial. Aunque estas Sentencias hayan merecido críticas en términos conceptuales por las incorrecciones técnicas o teóricas de los fundamentos utilizados, es indiscutible la efectividad de los resultados obtenidos³⁶⁵. Sin lugar a dudas, estas consideraciones han llevado a sostener que los subadquirentes de inmuebles no podrán encontrar en las disposiciones de tutela al consumidor, una más aceptable protección que en el propio art. 1591 Cc³⁶⁶.

La alternativa de proteger al propietario o subadquirente de inmuebles desde la óptica de la normativa tutelar de consumidores y usuarios ha sido también recogida por las disposiciones de Derecho comparado y de Derecho comunitario, así como por algunos Proyectos legislativos españoles orientados hacía la búsqueda de la mejor protección de los propietarios como usuarios de inmuebles. También ha sido éste, el criterio que

³⁶³Según opinión de la Comisión de Seguros Patrimoniales, R.C. y Transportes de U.N.E.S.P.A, Grupo de Trabajo "Ley de Ordenación de la Edificación"; Madrid, 8 de mayo de 1992.

³⁶⁴Según opinión de la Comisión de Seguros Patrimoniales, R.C. y Transportes de U.N.E.S.P.A, en reunión de 7 de mayo de 1992 del Grupo de Trabajo "Ley de Ordenación de la Edificación".

³⁶⁵Cabanillas Sánchez, La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, Anuario de Derecho civil 1978, pág.676; Ejecución defectuosa de la obra ...cit., pág.198 y ssgtes.; La configuración jurisprudencial del promotor ...cit. pág.230 y ssgtes; Cadarso Palau, op.cit., págs. 193/94; Bercovitz, op.cit. pág.259 .

³⁶⁶Bercovitz, loc.cit. pág. 259, refiere que éste es el único precepto que permite tomar como punto de apoyo la defensa de los consumidores frente a los vicios de la construcción; agrega que es "...el único clavo ...del que "colgar" la defensa de los sucesivos adquirentes de una vivienda, por los vicios de la misma ..."; Parra Lucan, op.cit. pág.347, determina como diferencia entre el art.1591 Cc y la LGUCU, "... que la responsabilidad del art.1591 Cc sólo es exigible cuando aquéllos se manifiestan dentro de los diez años siguientes a la recepción de la obra cosa que por el contrario no sucede en el capítulo VIII de la L.C.U...".



alientan los Contratos de Seguro de cobertura decenal (de daños y de Responsabilidad civil)³⁶⁷.

c) Criterios de Derecho comunitario: Responsabilidad derivada del uso de productos defectuosos y de prestación de servicios

En los últimos diez años, el binomio "Seguridad- responsabilidad" ocupa un lugar de creciente importancia en los trabajos que ha emprendido la Comisión europea sobre protección de los consumidores. La Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos N°85- 374, de 25 de julio de 1985 ha dado gran impulso a la cuestión, al determinar como "producto defectuoso" a todo el que no ofrezca la seguridad que se espera de él. Siguiendo el mismo criterio, ha sido elaborado un Proyecto de **Directiva sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios**, también en protección de los consumidores, debido a que más del 60% de la población activa europea se desempeña en ese sector generador de más del 50% del valor agregado de la producción comunitaria³⁶⁸.

El juego armonizado de ambas textos normativos se haría sentir en la actividad de los profesionales y/o empresas de la construcción.

Por una parte, el ámbito de aplicación de la Directiva (N°85- 374) se extiende a todo producto incorporado a otro mueble o a un bien inmueble. Desde este punto de vista, quedan comprendidos todos los productos y materiales utilizados en la construcción y resultan responsables por los daños que éstos generen fabricante, proveedor, importador, distribuidor...

En ocasiones, no resulta nada fácil armonizar los criterios de fondo sostenidos por los ordenamientos nacionales con los consagrados por las Directivas comunitarias. Tal circunstancia se ha hecho evidente en algunos casos concretos: Sin perjuicio del antes comentado respecto del **Derecho español**, merece también ser mencionado el supuesto del **Derecho francés**, debido a que aún continúan los debates parlamentarios sobre el correspondiente Proyecto de Ley de fecha 23 de mayo de 1990.

³⁶⁷Vid Capítulo XII.

³⁶⁸Crouzy, Véronique. L'Argus Dossier, ...cit., pág.26.



Siguiendo las pautas marcadas por la Directiva aludida que consagra el régimen específico de "responsabilidad sin culpa", éste se haría extensible al ámbito de la construcción una vez sancionado el citado Proyecto que sin duda, se superpondría a los criterios previstos por art.1792.4 y ssgtes. del Code civil³⁶⁹.

Sin duda el Derecho comunitario persigue un objetivo distinto al que puedan tener los Derechos nacionales. Claramente, se orienta hacía la creación de un espacio económico único en el que regirán las mismas pautas normativas para todos los profesionales y/o empresas intervinientes que estén radicados en el territorio de un Estado miembro o bien que, sin estarlo, desarrollen en éstos su actividades o los efectos de éstas se dejen sentir dentro de tales confines.

En la hipótesis de que aún no se haya armonizado el derecho interno a la normativa comunitaria, se ha planteado la cuestión relativa a si un Juez nacional puede aplicar una Directiva invocada por el reclamante. Por su parte, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha sostenido³⁷⁰ un criterio adverso, al denegar el "efecto horizontal de las Directivas" aunque, sin embargo, admitió que en semejantes circunstancias, los Magistrados se inspirasen en tales disposiciones.

En Francia, por ejemplo, quién se vea afectado por la falta de "armonización" de la normativa interna a la comunitaria, podrá formular su reclamación contra el Estado mediante una acción de responsabilidad por los perjuicios que se deriven de tal circunstancia³⁷¹.

D. La solidaridad en la Responsabilidad decenal³⁷²

El Código civil establece como responsables por el arruinamiento de edificios -mediando contrato de arrendamiento de obra (art. 1591)- al contratista por los vicios de construcción y al arquitecto (técnicos) por los vicios del suelo (del proyecto) y de dirección. Sin

³⁶⁹L'Argus ...cit., pág.27.

³⁷⁰Sentencia de 13 de noviembre de 1990.

³⁷¹L'Argus ...cit., pág.27.

³⁷²El tratamiento de la solidaridad pasiva como creación jurisprudencial consolidada, considero que impone en este punto hacer hincapié en la doctrina del Tribunal Supremo, sin perjuicio de la prestigiosa obra jurídica también analizada: Fernández Hierro, op.cit. pág.128 y ssgtes; Cadarso Palau, op.cit. pág.253 y ssgtes; Del Arco, op.cit. pág.385 y ssgtes.; Rubio San Román, op.cit. pág.252 y ssgtes.; Cabanillas Sánchez, Ejecución ...cit., pág.240; La configuración jurisprudencial ...cit., pág.231; Muñoz de Dios, G., op.cit. pág.3.



embargo, en la práctica, una vez producida la "ruina", nada fácil resulta determinar cuál fue la causa exclusivamente determinante dada la complejidad de las nuevas técnicas constructivas y de comercialización en las que se van agregando otros personajes que podrán resultar eventualmente responsables.

El criterio jurisprudencial ha debido ajustar la interpretación de la normativa vigente a esta realidad y, lo ha hecho, en base a asegurar suficientemente el interés más digno (T.S. S.de 17 de febrero de 1986) que es el del perjudicado por la ruina de la obra a cuyo efecto consagra la **solidaridad pasiva** de todos los intervinientes en la construcción.

En este sentido, aunque no esté expresamente prevista por el art.1591.1 Cc, el Tribunal Supremo considera que dicha norma autoriza a deducirla sin que el art.1137 Cc represente un obstáculo al efecto³⁷³. Al respecto, se resolvió que "... Se da la solidaridad impropia para salvaguardar el interés social, aun en los casos de responsabilidad contractual y concretamente en el de obra, cuando la responsabilidad (de los intervinientes) ...no es posible deslindarla en el ámbito respectivo (SS 17-2, 28-5 y 20 y 27-10-82) sin perjuicio de que los responsables solidarios delimiten entre sí la que acrediten, respectivamente, les incumbe, procediendo a aplicar el art.1137 CC cuando, según las pruebas, la responsabilidad de los participantes en la obra esté individualizada (S 7-6-89) ..." (S. de 5 de octubre de 1990).

Por sobre todas las cosas, quede claramente de manifiesto que la normativa se inclina por la determinación de quién o quiénes hayan sido los responsables de la ruina concretamente. Por lo cuál, "al quedar perfectamente delimitadas las respectivas responsabilidades del constructor y del arquitecto, no entra en juego la solidaridad que solo se aplica a los supuestos en que el supuesto dañoso ha sido provocado por una acción plural y no puede precisarse la proporción en que cada uno de los factores intervinientes ha influido en la ruina, ocasionada por conjunción de causas (T.S.S. de 7 de julio de 1990)".

Sin embargo, ante la imposibilidad de su individualización, la Jurisprudencia entiende que la presunción de culpa prevista por el art.1591 se hace extensiva a **todos** los profesionales

³⁷³Art.1137 "La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir ni cada uno de estos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de **solidaria**". Bercovitz, op.cit., pág.259, en tal sentido, refiere que para el Tribunal Supremo esta prescripción legal no representa ningún obstáculo y, adpta una doctrina "criticable en términos conceptuales" pero evidentemente, "muy operativa" para la defensa de intereses de los adquirentes de inmuebles.



intervinientes³⁷⁴, cuando aquélla no queda concretada individualmente (T.S.S. de 10 de julio de 1990, de 16 de diciembre de 1991).

El Tribunal Supremo ha resuelto que resulta procedente la doctrina aludida "ante la ausencia de conductas ilícitas civiles determinadas u concretas, pues a la **responsabilidad ex lege** del citado art.1591 (S. 29-10-89), supone que en los supuestos de **ruina acreditada** se le agregue la **presunción iuris tantum** de que intervinieron en el proceso constructivo y, en consecuencia, han de ser tenidas como **responsables solidarias** de las consecuencias derivadas para la reparación de aquél estado, que **más que constructivo es no constructivo correcto**, con arreglo a la ciencia y buenas artes de este hacer humano, observancia de la disciplina urbanística de aplicación, así como de la administrativa vigente en cada momento, con sujeción tanto a estas partes como a las correspondientes licencias previamente obtenidas ..." (S. 30 de setiembre de 1991).

Ahora bien, conforme a tales pautas, el damnificado debe demostrar el estado de ruina, los vicios constructivos derivados de la actividad de los profesionales y su ocurrencia dentro del plazo de garantía (S. 22 de abril de 1988)³⁷⁵; pero, si no puede determinar la naturaleza de éste ni, por lo tanto, el responsable, podrá dirigir su acción contra todos o contra cualquiera de los profesionales intervinientes (arts.1144 Cc) sin perjuicio de que será el Sentenciante quien determine -según las pruebas producidas- a quién es imputable la ruina. Según tal criterio, el Tribunal Supremo dispuso -en favor de la víctima- que **no es preciso el litis consorcio pasivo** y, por lo tanto, resulta **improcedente oponer tal excepción**³⁷⁶ por el profesional demandado.

³⁷⁴T.S. SS de 27 de octubre de 1987 "...la jurisprudencia se ha decantado favorable a la exigencia de una responsabilidad solidaria, a excepción de los casos concretos que permiten la fijación de responsabilidades individualizadas (SS de 12-2 y 21-4 /81, 15-10-83, 16-6-84, 12-3-85 y 26-4-86)... dado que los vicios o defectos ...fueron debidos a la defectuosa ejecución de la obra y descuido en su dirección técnica sin posibilidad de discernir o delimitar las respectivas responsabilidades ..."; de 25 de noviembre de 1988 "... Es doctrina legal constante (SS de 17-2 y 16-6-84, 31-1-85, 9-3-88) la de ser la solidaridad, obligada consecuencia de la falta de precisa individualización de la responsabilidad de los distintos intervinientes en la construcción ..."; de 12 de diciembre de 1988 "... porque lo decisivo sigue siendo que acreditados los defectos constructivos y no siendo posible establecer si la causación de ellos se debió exclusivamente a negligencia de los técnicos o de la constructora, la responsabilidad decenal del art.1591 Cc les alcanza solidariamente a todos (SS 18 y 27 de enero, 9 de marzo y 17 de mayo de 1988)". En igual sentido. de 22 de julio de 1991, de 30 de setiembre de 1991, de 5, 16 y 26 de diciembre de 1991, de 20 de mayo de 1991, entre otras.

³⁷⁵Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.41. Corresponde probar "ruina más vicio". Con tal expresión se quiere significar que la ruina debe ser causada por cualquiera de los vicios determinados por el art.1591 Cc y no por otros motivos, como por ejemplo, la defectuoso mantenimiento del edificio que cumple el propietario.

³⁷⁶T.S. Sentencias de 26 de noviembre y 1 de diciembre de 1984; de 31 de enero, de 30 de diciembre de 1985; 6 de junio y 30 de octubre de 1986; de 27 de octubre de 1987; de 10 de noviembre y de 12 de diciembre de 1988, entre otras.



La solidaridad sólo cesará si el demandado demuestra que la ruina fue provocada por la actuación exclusiva de uno o algunos de los intervinientes o bien que de su parte no hubo culpa³⁷⁷, por haber observado la diligencia obligada en mérito a la especialidad de sus conocimientos y a la garantía técnica y profesional que implica su intervención³⁷⁸ o bien, si puede llegar a cuantificar³⁷⁹ su influencia en el resultado final.

De todos modos, quién resulte condenado cuenta con las acciones de repetición (art.1145 Cc) correspondientes frente a los verdaderos responsables.

Tanto la presunción "iuris tantum" de culpabilidad³⁸⁰ que invierte la carga de la prueba como la regla de la solidaridad pasiva de los intervinientes se traducen en favor del damnificado ya que la determinación del vicio ruinoso concreto y del verdadero responsable además de resultar -por la complejidad probatoria- excesivamente costosa, podría también convertirse para aquél, en una "prueba diabólica"³⁸¹.

Siguiendo el mismo criterio, parece lógico descartar el caso fortuito y la fuerza mayor abriendo camino a la presunción de culpabilidad ya que la responsabilidad de los intervinientes estará latente durante el plazo de garantía, comprendido como el tiempo necesario para la consolidación de eventuales vicios. La orientación legislativa y jurisprudencial se orienta hacia una finalidad no solo jurídica sino también política, que la Constitución española consagra como derecho a una vivienda digna (art.47) y necesaria

³⁷⁷Doctrina del Tribunal Supremo consolidada entre otras por las SS de fechas: 9 de marzo, 10 y 15 de julio de 1983; 17 de febrero, 5 y 16 de marzo, 26 de noviembre y 1 de diciembre de 1984; 23 de noviembre y 30 de diciembre de 1985; 1 de marzo, 22 de mayo, 7 de junio y 30 de octubre de 1986; 27 de octubre de 1987; 10 de noviembre y de 12 de diciembre de 1988.

³⁷⁸García Cantero, op.cit. pág.1105.

³⁷⁹T.S. S.de 25 de setiembre de 1989 (conf. SS de 16-3-84, 17-6-85, 22-5, 6-6 y 22-9-86, 27-10-87 y 17-5-88) "... cuando no se puede establecer una conducta como exclusivamente causal de la ruina (vicios de la construcción o del suelo o de la dirección) o cuando como ocurre en este supuesto, habiendo intervenido ambas causas, vicios de construcción y dirección, no se puede cuantificar su influencia en el resultado ...".

³⁸⁰El Tribunal Supremo recoge tal presunción en las Sentencias de 31 de enero de 1985; de 16 de junio, de 28 de octubre y de 7 de noviembre de 1989, entre otras.

³⁸¹Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.74 "... Exigirle (al damnificado) el profesional que, técnicamente, ha sido responsable, sería una tarea casi imposible y de muy difícil comprobación, puesto que carece de los conocimientos técnicos que tal determinación requiere. Los mismos profesionales serían, en todo caso, quiénes, basados en sus conocimientos técnicos en el arte de construir, tendrían a su alcance la posibilidad de individualizar la causa del siniestro ..."; págs.39 y 75. "... Deberá probar (el damnificado) ... la ruina y las causas de ésta (vicios del art.1591 Cc) pero no la culpa del profesional. Rige el aforismo "ruina más vicio"..."



tutela de consumidores y usuarios (arts.51 y 53.2) abarcando, en este último sentido, al consumidor- adquirente frente al promotor inmobiliario³⁸².

E. La conducta culpable del propietario y la obligación de reparar prevista por el art.1591 Cc:

1. Su incidencia respecto de los profesionales intervinientes:

En todo estudio relacionado con la Responsabilidad Civil, una vez analizados sus elementos configurativos, se impone abordar el relativo a las causas de eximición jurídicamente admitidas, a saber, el "Caso fortuito o Fuerza mayor", el "hecho del tercero" y el "hecho de la víctima". En cuanto atañe a la de índole decenal (arts 1591, 1907 y 1909 Cc) y a las modalidades asegurativas correspondientes, son de aplicación los criterios generales por los cuáles aquéllas se rigen, resultando solo de interés -en este punto- ciertas particularidades que presenta la última nombrada.

El propietario o promotor está vinculado a estos profesionales por un Contrato de obra. De este modo, se convierte en acreedor de las obligaciones del arrendador, incluida la correspondiente a la responsabilidad decenal³⁸³.

En ocasiones, al lado de la conducta negligente del deudor hay culpa en el proceder del perjudicado o acreedor de la reparación. Por lo tanto, solo dependerá del grado de incidencia del comportamiento del perjudicado en la producción del daño la exclusión, moderación o disminución de la responsabilidad del causante del daño³⁸⁴.

Aunque la concurrencia o compensación de culpas del causante del daño y del perjudicado ha sido aplicada sobretodo a la Responsabilidad extracontractual -según

³⁸²Cabe recordar que el promotor interviene covayudando a la Administración en la concreción de sus objetivos de política habitacional. Con su intervención, incrementa la construcción y se beneficia con ese negocio que representa una ganancia empresarial que se conjuga con el consiguiente riesgo de pérdida que en tal sentido asume, respondiendo ante el consumidor-adquirente por la imposibilidad de disfrute del inmueble.

³⁸³Molina, I.E., La responsabilidad ...cit., pág.39.

³⁸⁴Diez Picazo- Gullón, Sistemas de Derecho ... cit. (II), Technos, sexta edición. 1989, pág.221. "... según que aquéllas culpa sea intensa en grado de anular cualquier otra o, por el contrario, coexista con ésta..."



Diez Picazo³⁸⁵-, puede serlo también a la responsabilidad contractual. En este caso, cabría analizar la conducta culpable o negligente del propietario según su incidencia en la producción del daño sin olvidar que está fuera de discusión que la culpa del perjudicado puede exonerar al deudor cuando es la única causa del hecho dañoso.

Sin embargo, esta hipótesis no cabe respecto de la responsabilidad decenal (art.1591 Cc) porque para su procedencia debe existir ruina o un defecto constructivo en los términos allí previstos. Si bien éste artículo no prevé la hipótesis aludida, nada indica que deba desterrarse su análisis a la hora de analizar la relación de causalidad adecuada y despejar las causas verdaderas que concurren a configurar el daño. Tal silencio normativo puede ser suplido por los lineamientos generales en la materia, partiendo de la base de la "culpa" del propietario afectado como factor subjetivo de imputabilidad.

2. Conductas que engendran responsabilidad: Supuestos

A la luz de la normativa vigente en materia de responsabilidad por ruina (contractual y extracontractual), la conducta negligente o culpable del propietario puede ser analizada desde el punto de vista de un obrar positivo (acción) al impartir órdenes o instrucciones erróneas o indebidas a los profesionales (a) o bien, negativo (omisión) al no ejecutar las reparaciones necesarias para mantener en buen estado de conservación la obra de construcción (b).

a) El propietario es la persona (física o jurídica) que ha contratado a determinados profesionales para que cumplan con la construcción de una obra determinada cuyas condiciones se definen en el acuerdo³⁸⁶. Desde este punto de vista, se le reconoce el derecho de impartir órdenes acordes con lo pactado en procura del resultado esperado. Sin embargo, aun cuando se tratara de instrucciones indebidas o equivocadas no podrán ser invocadas para liberarse de responsabilidad por los profesionales que -sin más- las hayan ejecutado debido a que por sus conocimientos técnicos, profesionales, prácticos o teóricos pudieron haber advertido al

³⁸⁵Diez Picazo-Gullón. Sistema de Derecho ... loc. cit.

³⁸⁶Rubio San Román, op.cit., pág.259.



propietario su error o bien, negarse a cumplirlas³⁸⁷. Actualmente, en los textos más recientes de los ordenamientos jurídicos comparados existe prácticamente unanimidad "en omitir esta causa de liberación de arquitectos y empresarios"³⁸⁸.

Tales parámetros evidencian una "notoria competencia" que despierta una confianza especial en quién contrata por lo cuál, corresponde imponer al profesional un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. En este caso, la diligencia exigible se mide con un criterio más severo³⁸⁹ que el aplicable al propietario al que corresponde la "de un buen hombre de negocios" (art.1104 Cc "del buen padre de familia").

Aun cuando el profesional demuestre que el comportamiento imprudente del propietario ha sido de "ingerencia notable"³⁹⁰ en la producción del daño, no se admite que quede eximido de responsabilidad por ruina o defectos constructivos (art.1591 Cc) mientras que puede verse reducida y por lo tanto, moderada la obligación indemnizatoria a su cargo. Esta es la única alternativa posible y aunque carezca de expresa regulación en el Derecho español, Fernández Hierro la justifica en dos razones: la primera, en que el art.1591 Cc es una norma de orden público³⁹¹ por la que siempre se impone la responsabilidad de los intervinientes en la construcción y la segunda, en que las instrucciones indebidas o erróneas impartidas por el propietario relativas a las áreas de competencia de cada profesional no resultan vinculantes para estos.

El conocimiento que sobre la mala calidad de los materiales tenga el profesional y el dueño que indica su empleo a fin de abaratar costos, impone a cargo de ambos

³⁸⁷Molina, I.E. La responsabilidad ...cit. pág.65 y ssgtes.

³⁸⁸Fernández Hierro, op.cit. pág.100.

³⁸⁹Molina, I.E., op.cit. pág.40; Fernández Hierro, op.cit. pág.97. "no cabe confundir la simple diligencia del hombre cuidadoso sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe ser exigida ...".

³⁹⁰Fernández Hierro, op.cit. pág.101.

³⁹¹Fernández Hierro, op.cit. pág.112, al respecto hace referencia a Rubino (Dell' appalto en Comentario del Código civile, IV, Roma- Bolonia, 1961, pág.239) quién considera que la responsabilidad del contratista depende del concepto de interés público o privado que se tenga de su obligación, siendo que en el primer caso, el profesional debe responder aun cuando los defectos sean consecuencia de las instrucciones indebidas del propietario ya que debía haberse negado a seguirlas.



las consecuencias dañosas por defectos constructivos³⁹². Sin duda que ésta debe ser la solución más equitativa debido a que lleva la cuestión a sus justos límites, evitando enriquecimientos sin causa en favor del propietario.

- b) La ley impone el deber de mantener en buen estado de conservación cualquier construcción o edificio a su propietario en dos circunstancias distintas, ante la "amenaza de ruina" (art.389 Cc)³⁹³ y en caso de "ruina efectiva" (arts.1907³⁹⁴ y 1909 Cc)³⁹⁵.

La falta de reparaciones necesarias del edificio también trae aparejada la responsabilidad del propietario. En principio, no mediaría razón que impida hacer extensivo este criterio normativo extracontractual a la esfera de las relaciones convencionales (propietario- presuntos responsables).

La tendencia jurídica más moderna ha consagrado la concurrencia de causas determinantes del daño. En este sentido, se tiende a compensar con la culpa resultante de la propia imprudencia del perjudicado, el deber de indemnizar de quién en otro supuesto, sería el responsable. La compensación total no es posible en materia de Responsabilidad decenal debido a la índole de orden público y al sentido moralizador que la caracteriza. Sin embargo, parece de toda justicia consagrar la compensación parcial de culpas en esta materia, disminuyendo la indemnización a abonar por el/los profesional/es como principal/es responsables, en la medida en que sea cierta y claramente demostrable la ingerencia notoria o importancia de las aludidas omisiones del propietario.

En similar sentido, se ha manifestado la Doctrina al considerar que dicha teoría es de aplicación general y basada en evidentes principios de equidad, por lo cuál sería aplicable al art.1591 Cc "siempre que la causa primera o primordial de la ruina ... no fueran defectos de construcción ya que si así fueran, la falta de manutención

³⁹²En tal sentido, se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de mayo de 1959 y asimismo, entre otras, en las de 3 de enero de 1979, de 31 de enero de 1981, de 28 de mayo de 1982.

³⁹³Art.389: "Si un edificio, pared, columna o cualquier otra construcción amenazare ruina, el propietario estará obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída. Si no lo verificare el propietario de la obra ruinoso, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo".

³⁹⁴Art.1907: El propietario de la obra es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de las reparaciones necesarias.

³⁹⁵Díez Picazo- Gullón, Sistema ... cit. Vol.II, pág.632; Fernández Hierro, op.cit. pág.103.



no influiría, sino muy secundariamente en la edificación y el mantener entonces el principio de la compensación de culpa no haría sino debilitar una norma de orden público estatuida para la seguridad de la construcción³⁹⁶. Sin embargo, la Jurisprudencia es remisa a admitir esta apreciación de la culpa del propietario-damnificado.

Sin duda, aunque no sea admisible la compensación total ya que no cabe exonerar al profesional, debe admitirse la concurrente responsabilidad del propietario. A tal efecto, hay que tener presente que para que las reclamaciones basadas en citado art.1591 Cc tengan acogida judicial, es suficiente que los defectos constructivos excedan de las meras imperfecciones corrientes³⁹⁷. Los supuestos más frecuentes se refieren a "humedades interiores" debidas en muchos casos a la conducta negligente o culpable del propietario quién por falta de previsión o dejadez, contribuye a la agravación del riesgo por falta de mantenimiento o usos indebidos sin perjuicio de lo cuál, las condenas siempre recaen sobre los profesionales (vgr. defecto de proyecto) sin siquiera analizar tales cuestiones.

3. Normas que imponen el deber de conservación

Además de las disposiciones de Derecho positivo español antes citadas, otras actualmente en vigor, también se encargan de establecer ciertos deberes a cargo del propietario respecto del uso adecuado y mantenimiento de la construcción puesto que sin lugar a dudas estos comportamientos tienen una finalidad social y de orden público indiscutible que se nutre en la función social de la propiedad, constitucionalmente consagrada (art.33.2 CE).

- a) El Régimen de Viviendas de Protección Oficial consagra a cargo de los propietarios de tales inmuebles, la obligación de mantenerlos en buen estado de conservación" y a "cuidar de su policía e higiene" (art.111 RVPO). A tal efecto, quedan

³⁹⁶Fernández Hierro, op.cit., pág.104. Cita una Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 7 de junio de 1974 que admite la compensación de culpas basada en la falta de reparaciones necesarias.

³⁹⁷Por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala I) de fechas 27 de diciembre de 1983, 17 de febrero y 16 de julio de 1984, respectivamente, se analizan cuestiones relacionadas con humedades en general por los vicios en la cubierta debidos al mal resultado de las juntas de sellado; el desprendimiento de ladrillos de la fachada; las filtraciones de agua e inadecuada impermeabilización.



sometidos a la vigilancia del Instituto Nacional de la Vivienda el cuál "podrá llegar a realizar las obras que juzgue necesarias por cuenta de aquéllos" (arts.167/8 RVPO) en caso de juzgarlo necesario. Sin perjuicio de ello, se reconoce en favor de los propietarios el **derecho de reintegro** por las reparaciones de daños causado por dolo o negligencia de ocupantes, inquilinos o personas con quiénes éstos convivan (art.111 RVPO).

- b) Por su parte, la Llei de l'Habitatge de Catalunya (13-11-91), en su Título tercero, también se detiene en la regulación de tales deberes. En tal sentido, dispone que los propietarios y usuarios de viviendas están obligados a usarlas y conservarlas conforme a su destino y a garantizar el mantenimiento del "nivel de habitabilidad" según las condiciones establecidas y asimismo, a velar por su seguridad.

Cabe destacar que se prevé la contratación de un seguro obligatorio³⁹⁸ cuya cobertura abarque como mínimo los riesgos derivados de causas fortuitas, fuerza mayor y daños contra terceros (art.30).

En este supuesto como en el anterior, la Administración juega un papel de gran importancia en el efectivo cumplimiento de tales deberes ya que, aunque sujeto a reglamentación aun pendiente, se le atribuye la facultad de velar por ello y de aplicar las sanciones correspondientes que establezca el régimen disciplinario previsto. Tales pautas normativas vienen a complementar con la imposición del **Libro del Edificio** que se perfila como **documento básico** para "la identificación de los edificios y el seguimiento de su vida o desenvolvimiento" y asimismo, en cuanto al Documento de Especificaciones Técnicas (DET) que proporciona las pautas para el uso y la conservación de las viviendas (Título II, Cap.5)³⁹⁹.

- c) Igual criterio de apreciación se sigue en la materia por el Proyecto de Directiva Europea sobre Construcción. En primer término, se considera "Propietario" a "toda persona física o jurídica, publica o privada que obtiene la propiedad de una obra o de una parte de ella, susceptible de utilización individualizada, tanto a título permanente como temporal y tanto sea propietario del suelo como si no".

³⁹⁸Vid, capítulo XI, III pto.c).

³⁹⁹Vid, anexo Llei de l'Habitatge de Catalunya.



Dentro de las Responsabilidades previstas en este campo, luego de hacer referencia a las correspondientes a los "profesionales intervinientes", se establece que son obligaciones que incumben al Propietario y al Promotor, "el uso apropiado y el mantenimiento tal y como se establecen en el proyecto" (art.B.1).

Expresamente se incluye dentro de las causas de exclusión de la responsabilidad de los profesionales (art.C.6), la "culpa del perjudicado, en particular, en el caso de falta a los deberes de mantenimiento y uso adecuado establecidos por las normas generales o específicas de cada obra, así como la falta de denuncia prevista en el Artículo C.8". Este último se refiere a la obligación de denunciar al obligado, todo defecto dentro del mes siguiente a haberlo conocido para que la reparación pueda ser exigida, sin perjuicio de inmediatamente, poner todos los medios disponibles para evitar su agravamiento incluso antes de formular la denuncia. La falta de cumplimiento de tal deber, determinará que la obligación resarcitoria del obligado no abarque los daños que fueran consecuencia de tales omisiones (art.C.8).

4. Medidas de necesaria adopción:

Para completar armónicamente el funcionamiento de este sistema de Responsabilidad por defectos constructivos, es necesaria la consagración jurisprudencial de la culpa concurrente del propietario a fin de menguar consecuencias patrimoniales injustificadas para el profesional o bien, para su Asegurador con motivo de las reclamaciones fundadas en el art.1591 Cc.

Del mismo modo, se impone la necesidad de implementar de la mejor manera posible una adecuada información al propietario sobre las pautas básicas, mínimas exigibles respecto del mantenimiento o conservación de cada tipo de inmueble. Sin duda, este aspecto se complementa con el criterio normativo comunitario antes reseñado cuando impone a cargo del Propietario (de quién lo advierta) la obligación de denunciar inmediatamente cualquier "defecto constructivo" a fin de evitar cualquier agravación ya que de producirse por negligencia, sus consecuencias quedarán al exclusivo cargo de aquél.



F. Criterios de Derecho Comunitario sobre Responsabilidad de los profesionales de la construcción⁴⁰⁰

a) Aspectos generales:

Mientras no sea sancionada una Directiva que establezca un Régimen propio para los intervinientes en el sector de la construcción, éste no escapará al régimen específico de responsabilidad sin culpa, instituido respecto de los productores⁴⁰¹. En ese sentido, la orientación que han seguido los trabajos normativos emprendidos por la Comisión europea, ha sido la adecuada protección de los consumidores en los últimos tiempos, dando gran importancia al binomio "Seguridad- responsabilidad".

El ámbito de aplicación de algunas Directivas permite abarcar desde distintas miras a aquéllos profesionales en mérito a que las caracteriza una cierta amplitud conceptual. En este sentido y con la misma finalidad de tutelar al consumidor, se destacan la Directiva N°85- 374⁴⁰² (sobre Responsabilidad por productos defectuosos), la Directiva N°89- 106 (sobre productos de construcción)⁴⁰³ y, también, cabe mencionar la Propuesta que atañe muy de cerca a los profesionales de la construcción porque concierne, en general, a la "Responsabilidad de los prestadores de servicios"⁴⁰⁴.

b) Responsabilidad de Prestadores de Servicios:

Sobre este último tema, existe cierta disconformidad por parte de los Estados miembros en cuanto a las criterios comunitarios seguidos al respecto. Si bien la

⁴⁰⁰Mathurin, Claude. "Estudio de las responsabilidades, de las garantías y de los seguros en la construcción en vista de una armonización a nivel comunitario" de 30 de setiembre de 1989. Comisión de las Comunidades Europeas (Mercado interior y Asuntos industriales). Bruselas, 15 de noviembre de 1989. Si bien este trabajo ha sido bibliografía consultada, no será referenciado en adelante ya que difícilmente lo permitiría la metodología que emplea y por otra parte, porque sus puntos más trascendentes a los fines del presente capítulo han sido reflejados en la posterior Propuesta de Directiva sobre Construcción.

⁴⁰¹L'Argus Dossier, 4 décembre 1992, pag.26. En mérito al juego de las Directivas y Proyectos que tienden a tal equiparación en tanto no se establezca un régimen específico para este sector de la construcción.

⁴⁰²Vid, Capítulo VIII, pto. C.

⁴⁰³Vid, Capítulo VIII, pto.A. 5.4).

⁴⁰⁴Crouzy, Véronique. L'Argus Dossier, ...cit., pag.26. Cabe destacar la importancia que representará su sanción normativa dado que más del 60% de la población activa europea se desempeña en ese sector generador de más del 50% del valor agregado de la producción comunitaria.



creación de un espacio económico único impone en este tema, la aplicación de las mismas pautas normativas a todos los profesionales y/o empresas intervinientes en el proceso de construcción que en el territorio de un Estado miembro se radiquen, operen o dejen sentir sus efectos, tales pautas no conducen básicamente con los Derechos nacionales vigentes.

Tampoco se ha alcanzado una uniformidad de criterios sobre la necesidad de reglamentación del sector de servicios. Las críticas radican en el amplio campo de aplicación de la Propuesta de Directiva por cuanto, formula una definición por exclusión al considerar "prestación de servicios: todo lo que no sea fabricación y/o distribución de productos" en la medida en que pueda afectar la salud y la integridad física de las personas o sus bienes materiales. Por lo tanto, quedarían comprendidos los servicios vinculados a la concepción y/o construcción de inmuebles por lo cuál, han dejado oír sus voces algunas Entidades europeas relacionadas con el sector⁴⁰⁵.

El régimen previsto consagra una presunción de responsabilidad que el prestador puede desvirtuar mediante la prueba de la ausencia de culpa de su parte sin perjuicio, claro está, de que también podrá exonerarse de responsabilidad o ver esta reducida en la medida en que hayan incidido en la producción del daño el hecho de la víctima o de un tercero por el cuál ésta deba responder⁴⁰⁶. Asimismo, se admite la solidaridad cuando varias personas son responsables por el mismo daño.

En cierto modo, el texto propuesto refleja una mayor flexibilidad en cuanto a la apreciación del estado actual del desarrollo de los conocimientos y de la técnica. Esto se traduce en que si bien en el Régimen decenal español como en el comparado, tal circunstancia determina la responsabilidad del profesional de la construcción (art.1591 y ccdtes), de cara al "prestador de servicios comunitario" ello no ocurre puesto que no se admite responsabilizarlo sobre la única base de la existencia o posibilidad de un servicio que sea más perfeccionado no solo ulteriormente sino en el momento mismo de la prestación.

⁴⁰⁵L'Argus ...cit., pág.28. "... En efecto, la DG III (armonización) y la DG XI (Consumo) han encontrado inconvenientes para hallar al respecto, consenso de la Unión de las Confederaciones de la Industria y de Empleados de Europa (U.N.I.C.E.) y de la Federación de la Industria Europea de la Construcción (F.I.E.C.) por cuanto, éstas no adhieren al argumento de la Comisión según el cuál la diversidad de legislaciones y prácticas nacionales generarían inconvenientes de competencia en cuanto a los prestadores y a los daños que afecten la seguridad de los beneficiarios de tales servicios ...".

⁴⁰⁶Este régimen exterioriza una mayor flexibilidad que el sistema francés ya que según el art.1792 comentado, no está admitido al profesional, exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de ausencia de culpa de su parte.



Pero, especialmente, la cuestión que más afecta al sector de la construcción en la normativa proyectada es -según se ha sostenido⁴⁰⁷- el establecimiento de plazos más extensos que aplicables en general, a otros prestadores de servicios. En este sentido, el plazo de prescripción que se computa desde la fecha en que el reclamante tuvo o pudo tener conocimiento del daño será decenal y no trienal y el correspondiente a la extinción de derechos o "de garantía" que se inicia desde la realización de la obra de veinte en vez de cinco años. Sin duda, esta circunstancia determinará mayores costos en virtud de las medidas necesarias a adoptar a fin de ofrecer el mejor servicio y del incremento del precio de los seguros de responsabilidad, los que sin duda serán soportados por los consumidores.

Trasladando la cuestión al ámbito español, obviamente que traerá consecuencias -tal vez- no demasiado apetecibles para dicho sector que confía en la mayor elasticidad que al régimen de la Responsabilidad por defectos de construcción dará lugar un ajuste de la normativa decimonónica del Código civil (art.1591 y ccdtes.) como evidencian los proyectos legislativos nacionales⁴⁰⁸ sin perjuicio de los comunitarios que como se verá a continuación, procuran reducir los plazos vigentes a lo que consideran sus justos límites.

c) Propuesta específica sobre Construcción

De acuerdo a cuanto fuera dicho a lo largo de estas páginas, ninguna duda cabe de que la construcción constituye un área muy particular. Tanto esta circunstancia como la inquietud que ha despertado en este sector la aplicación del marco normativo general previsto para los prestadores de servicios, determinaron que la Comisión europea haya considerado necesario emprender el camino hacia la consagración de una Directiva específica sobre ese ramo específico de la actividad económica en España.

Con singular interés en 1991 y a instancia de la Dirección General III, han sido constituidos cuatro grupos de trabajo en el seno del G.A.I.P.E.C (Groupement des Associations Interprofessionnelles Européennes de Construction) con el fin de analizar

⁴⁰⁷ Así, por ejemplo, se ha manifestado recientemente la F.I.E.C. por considerar que se trata de una discriminación de severas consecuencias para el sector de la construcción; L'Argus Dossier de 4 décembre 1992 ...cit. pág.29, recoge el análisis que realiza Hugues Périnet Marquet, profesor de derecho de la Universidad de Poitiers (Francia) sobre el texto de la propuesta de Directiva comentada mediante la formulación de las tres hipótesis sobre la suerte que podrían correr los profesionales de la construcción: a) Si resulta adoptada por el Consejo; b) si se adopta y excluye al sector de la construcción aunque no cuente con una normativa especial y c) si éste queda excluido pero, pasa a ser el objeto de regulación de una Directiva específica.

⁴⁰⁸ Anteproyecto de Ley de ordenación de la Edificación de 15 de julio de 1992.



aquéllos temas que siempre han sido claves en esta cuestión: la recepción, la responsabilidad, la garantía de derechos, la cobertura financiera de ésta ...

Finalmente, como resultado de tal labor el 11 de setiembre de 1992 se remite un informe final a la Comisión expresando la importancia de adoptar una Directiva específica sobre las modalidades del **seguro construcción** en los doce Estados miembros⁴⁰⁹. Básicamente, su contenido es favorable a una "armonización" mínima a nivel europeo sobre aquéllos aspectos de mayor importancia cuyos alcances siempre merecieron revisiones y adecuaciones jurisprudenciales acordes con la evolución de la actividad constructiva.

1. Ámbito de aplicación

En esta propuesta de Directiva queda comprendido todo interviniente comprometido en la realización de obras sobre construcciones nuevas o existentes⁴¹⁰. Se entiende por **interviniente**⁴¹¹ toda persona física o jurídica, pública o privada que ejecuta o hace ejecutar bajo su responsabilidad, en todo o en parte, alguna de las tareas definidas en este texto⁴¹². Quedan también comprendidos como o "interviniente", el Promotor si efectúa una tarea y como "Promotor", el propietario en caso de transferencia total o parcial de la propiedad.

Desde el punto de vista de las obligaciones a cargo de estos sujetos, se incluyen no solo las de índole contractual sino también las previstas por la Ley. Si bien se menciona como sugerencia "añadir las reclamaciones de terceros" como fuente obligacional⁴¹³, en cierto modo, resultaría subabundante debido a que la propia Ley es fuente de tales derechos.

⁴⁰⁹L'Argus ...cit., pág.28.

⁴¹⁰FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 2. Responsabilidad en la construcción. A. **Ámbito de aplicación. párr.2.**

⁴¹¹FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 2. Responsabilidad en la construcción. B 1. **Definiciones.**

⁴¹²FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct: Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 2. Responsabilidad en la construcción. B 2. **Tareas, se definen en este punto las tareas como concepción, trabajos, Dirección externa de los trabajos, control de conformidad y control público.**

⁴¹³FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 2. Responsabilidad en la construcción. A. **Ambito de aplicación. NOTA...** "Se sugiere añadir las palabras "o de la reclamación de un tercero" después de imperativo legal"



Quedan comprendidos los edificios residenciales o no residenciales así como a trabajos de ingeniería civil, tanto públicos como privados⁴¹⁴. Sin embargo, a pesar de que esta propuesta se inclina por la adopción de definiciones normativas de los términos que emplea, se ha omitido precisar la noción de "edificio" sin tener en cuenta los inconvenientes que su determinación ha suscitado a lo largo de la evolución jurisprudencial del tema en el ámbito de los Derechos nacionales.

El tratamiento de las reglas relativas a la recepción no parece haber acarreado mayores dificultades al grupo de trabajo a quién se encomendó su estudio⁴¹⁵. Se mantiene el **principio de la recepción como acto único**. Las condiciones y efectos de este acto son de gran importancia porque a partir de ese momento, comienzan a computarse las distintas garantías previstas, se purgan los vicios aparentes y quedan extinguidas las obligaciones contractuales de los profesionales intervinientes⁴¹⁶.

2. La Responsabilidad en la Construcción: La Garantía jurídica

El régimen de responsabilidad propuesto es subjetivo o de "responsabilidad por culpa" por el cuál, todo interviniente es responsable por el incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales. En términos generales, éstas conciernen a la competencia técnica y a la diligencia profesional. No obstante, también se consagran y compatibilizan con éstas, las impuestas al propietario, promotor y sucesivos adquirentes quienes estarán "obligados al uso apropiado y a la conservación (de la obra) según las especificaciones del proyecto"⁴¹⁷.

⁴¹⁴FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 2. Responsabilidad en la construcción. A. **Ámbito de aplicación**, párr. 3º y 1º respectivamente.

⁴¹⁵FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. **Grupo de Trabajo 1. La Recepción**. Sin perjuicio de haber hecho referencia a estos criterios al analizar la recepción (Víd, Capítulo VI, d). g) cabe mencionar que además de ocuparse de determinar los alcances de este acto, la propuesta aborda el tratamiento del "acta", de las "condiciones", del "rechazo" y "significado" de la recepción.

⁴¹⁶Périnet Marquet, H. ...L'Argus ...cit., pág.30.



Asimismo, se prevé que toda persona con derecho a accionar por las responsabilidades previstas respecto de los intervinientes, debe probar tanto la culpa como el incumplimiento contractual del demandado. En este sentido, queda descartada toda posibilidad de que la víctima sea indemnizada en caso de que no haya existido culpa o de que no logre demostrarla. Al respecto, se ha destacado que si bien la situación no es la misma según se trate de una persona física o de una persona moral, este criterio no conduce con la tendencia comunitaria actual que tiende a proteger a las personas económicamente más débiles⁴¹⁸.

No cabe duda de que estas pautas contrastan con las previstas respecto a los "prestadores de servicios", no solo desde esa óptica sino también desde el punto de vista de la solidaridad ya que los intervinientes solo comparten mancomunadamente la responsabilidad de acuerdo a la proporción que surja de los peritajes correspondientes. Asimismo, podrán invocar con fines exoneratorios cualquiera de las causales previstas por el texto propuesto que comprende algunas de las más tradicionales como la fuerza mayor o el caso fortuito; la culpa de un tercero o de la víctima (en particular, la falta a los deberes de mantenimiento y uso adecuado antes mencionados así como, la falta de denuncia de todo defecto conocido previsto por el art.C.8) y otras más específicas como:

- la existencia de vicios ocultos en las construcciones preexistentes. Aún cuando se tratara de obras sobre construcciones existentes, no cabría imputar al profesional las consecuencias dañosas motivadas por tales vicios ocultos, eventualmente, achacables a quienes fueron intervinientes en aquéllas. Sin embargo, distinta sería la situación si estos defectos debieron ser advertidos en la concepción de la nueva obra y no lo fueron.
- el respeto por el estado de los conocimientos técnicos en la fecha del proyecto y de la construcción, comprendiendo aquéllos casos en que los daños hayan sido producidos por faltas que exceden las probabilidades sobre las que se basan las normas técnicas. A título comparativo, interesa contrastar este criterio con el más flexible que evidencia la propuesta de Directiva sobre "prestadores de servicios" citada, en cuanto descarta toda responsabilidad cuya única causa sea la existencia o posibilidad de un "servicio más perfeccionado" ulterior o contemporáneo a la prestación de la que se trate.

⁴¹⁸Périnet Marquet, H. ...L'Argus ...cit., pág.30.



- las innovaciones solicitadas y expresamente aceptadas por el dueño o promotor de la obra, en particular, si busca economizar costos. En este caso, queda claramente delineado un supuesto específico de culpa de la víctima. Sin embargo, es preciso analizar en cada caso, si el profesional ha advertido al propietario o promotor sobre las posibles consecuencias de tales innovaciones y si no se ha configurado un supuesto de culpas concurrentes en la producción del daño.
- el cumplimiento de alguna norma o disposición legal o administrativa obligatoria de índole nacional.

Los plazos de garantía por defectos de construcción se reducen a uno (1) o cinco (5) años y el de prescripción se reducen a un (1) año a partir de la notificación del defecto a la persona encargada de repararlo.

De este modo, se introducen dos modificaciones radicales a los criterios que sostienen en su mayoría los Derechos nacionales (especialmente, español y francés). Por una parte, el tradicional plazo decenal que ha calificado hasta el presente esta responsabilidad profesional ha experimentado una reducción y, asimismo, una bifurcación según sea la gravedad de los defectos descubiertos. Por otra, no solo se reduce el plazo prescriptivo sino que además, se consagra como punto de partida de éste la denuncia o notificación del defecto (acto formal) o bien, el momento en que éste hubiese sido descubierto⁴¹⁹.

Una vez que el defecto o vicio es advertido, quién lo descubre debe hacer lo posible para atenuar sus efectos y evitar su agravamiento incluso antes de llevar a cabo la denuncia al presunto responsable en plazo aludido. En este caso, se considera que la reparación no solo representa un deber que el profesional tiene que cumplir dentro de un plazo razonable sino también un derecho a su favor sustituible por el pago de una indemnización, "según el contrato o la propia Directiva". Este resarcimiento con exclusión de cualquier otra pérdida puramente económica, comprende: el coste directo del daño; los gastos inevitables motivados por las reparaciones y la pérdida de los alquileres siempre que el contrato estuviera

⁴¹⁹Périnet Marquet, H.L'Argus ...cit., pág.30. "Le texte laisse cependant aux Etats le choix du délai de notification (le texte précise qu'il devra être "raisonnable"), ce qui conditionnerait le point de départ du délai de prescription ..."



registrado⁴²⁰. Esta exigencia constituye la modalidad adecuada para acreditar la real existencia del perjuicio pertinente al rubro más general, denominado lucro cesante.

Por otra parte, el interviniente que durante la ejecución de la obra haya aceptado en forma tácita o expresa trabajos previos de otro interviniente sin formular las reservas que pudieran corresponder, habiendo tenido el derecho, el deber y la posibilidad de verificar los vicios aparentes o inmediatamente advertibles en dicho trabajo, podrá ver comprometida su responsabilidad en forma mancomunada y en la proporción de culpa que le corresponda⁴²¹.

Del mismo modo, el interviniente responderá ante el dueño o promotor y ante el resto de los intervinientes no solo por "sus propios actos, omisiones, decisiones y faltas de diligencia" sino también por los correspondientes a sus empleados o subcontratantes así como por los daños que causen los productos que libremente haya elegido aunque, en este caso, se le reconoce el derecho a repetir -de ser procedente- contra los subcontratantes y suministradores de productos de construcción en los términos previstos por las Directivas 89/106 y 85/374⁴²², las que han sido precedentemente objeto de un somero análisis⁴²³.

3. La Garantía jurídica y su Cobertura financiera:

En esta propuesta se recogen los criterios doctrinarios proclamados más recientemente aunque hasta el momento no plasmados normativamente. Sin duda alguna que la mera posibilidad de que las referidas pautas comunitarias sean adoptadas por los Derechos nacionales ha generado diversas opiniones en los distintos sectores alcanzados. Por su parte, el Gobierno francés ha hecho saber su firme oposición a que la futura Directiva cuestione la duración de la garantía decenal y la presunción de responsabilidad según están previstas en el Derecho

⁴²⁰FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 2. Responsabilidad en la construcción. C. Responsabilidades. 7.

⁴²¹FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 2. Responsabilidad en la construcción. C. Responsabilidades. 5.

⁴²²FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 2. Responsabilidad en la construcción. C. Responsabilidades. art.3.

⁴²³Vid., Capítulo VIII, Pto.A. 5) 3-4 y Pto.C c), respectivamente.



francés. Por el contrario, los "constructores" (según el art.1792 Cc) esperan anhelantes que la eventual adopción de "una Directiva específica vendrá a corregir los excesos del sistema francés", sin dejar de lado el necesario equilibrio con los intereses de los consumidores⁴²⁴.

Fundamentalmente, se **innova en materia de garantías jurídicas**. Se diversifican los plazos según la envergadura de las consecuencias dañosas y el plazo decenal se reduce a cinco años a contar de la recepción. Sin embargo, éste podrá prolongarse estando de acuerdo el dueño o promotor, el beneficiario y el garante "pero nunca por disposición legal de alguno de los Estados miembros"⁴²⁵.

El último capítulo de la propuesta analizada está dedicado a la garantía y a su cobertura financiera. En primer término, se formulan las definiciones⁴²⁶ de los términos que serán empleados.

Se entiende por "garantía", el contrato que tiene por objeto indemnizar al beneficiario por la pérdida financiera causada por un "estrago material". Este último es el titular de tal derecho y quién tiene a su cargo el mantenimiento y conservación del inmueble así como el deber de informar al garante lo antes posible sobre cualquier pérdida que pudiera dar lugar a una reclamación (B.14). Por otra parte, le será otorgada por el "garante", persona autorizada para ese tipo de actividad por un Estado miembro y sometida a la Ley comunitaria como por ejemplo, las entidades aseguradoras, bancarias o financieras.

En cuanto se refiere al objeto garantizado, cabe señalar que se define como "construcción", la obra y las construcciones o trabajos de ingeniería civil anejos a ella.

Este mecanismo se pondrá en funcionamiento ante el acaecimiento de un "estrago material". Este consiste en una infracción de las normas técnicas vigentes en la fecha de la obra con relación a las "Exigencias esenciales" previstas por la Directiva 89/106, que haya provocado un **daño físico directo en la construcción**

⁴²⁴Périnet Marquet, H., ...L'Argus ...cit., pág.30.

⁴²⁵FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 3. B. Modalidades de la Garantía. Duración, art.7.

⁴²⁶FIEC Directiva Europea sobre Construcción. Borrador. Grupo 3. apartado 3. A.Definiciones.



o que la afecte en su uso de manera importante y adversa según los aspectos previstos por aquella normativa⁴²⁷.

La noción de "estrago material" que se incardina en este texto (A.5) resulta de mayor amplitud que la típica noción de daño material garantizado por las Pólizas de Seguro decenal usualmente vigentes en España.

Finalmente, se abordan las "modalidades de la garantía"⁴²⁸ la cuál será transferible automáticamente a los sucesivos titulares del inmueble -durante el período de garantía- sin necesidad de declaración alguna. Asimismo, se determina que sus alcances se extienden a toda construcción a edificar así como a las ampliaciones en altura o superficie, renovaciones o reparaciones siempre que su costo en la fecha de recepción, haya sido superior a 10.000 Ecus (B.1).

Para que esta garantía pueda hacerse efectiva, se establece un límite mínimo de reclamación que podría funcionar, aparentemente, como una franquicia. En ese sentido, "se exige como condición previa para la aceptación de cobertura que la reclamación exceda del 3% de la suma total garantizada o de 10.000 Ecus, prevaleciendo el valor inferior" (B.8). Sin embargo, la responsabilidad del garante estará limitada a una cantidad que no podrá ser inferior al costo de la construcción en la fecha de la recepción (B.9).

Una vez aceptada, se debe proceder a la indemnización de las "pérdidas financieras" (costo de reparación, alojamiento alternativo o pérdida de alquileres y costo de traslados, durante el curso de la reparación⁴²⁹) generadas por los "estrags materiales" que el beneficiario acredite y que no sean motivados por su conducta (modificación de la construcción o del uso posterior a la recepción; falta de mantenimiento o uso inadecuado) (B.10). A tal efecto, no se tendrá en consideración la posible culpa de los participantes (B.4). Desde este punto de vista, existe cierta similitud entre esta garantía y el Seguro de daños según está

⁴²⁷A saber, según las pautas de la Directiva 89-106 sobre productos de construcción: resistencia mecánica y estabilidad, seguridad en caso de incendio, higiene, salud, medio ambiente y seguridad de uso, protección contra el ruido, economía de energía y aislamiento térmico.

⁴²⁸FIEC Directiva Europea sobre Construcción. Borrador. Grupo 3. apartado 3. B. Modalidades de la garantía.

⁴²⁹FIEC Directiva Europea sobre Construcción. Borrador. Grupo 3. apartado 3. B. Modalidades de la garantía. ap.5 y B. ap.6: No son considerados como tales los daños a construcciones cercanas o colindantes, a los bienes muebles situados en la propia construcción ni la muerte o lesiones causadas al beneficiario o a cualquier otra persona.



previsto por la Ley de Contrato de Seguro (Nº 50), sumado a que no se cubren otros daños como por ejemplo, los daños a las personas.

Abonada la indemnización, el garante se subroga en los derechos del beneficiario frente "al (a los) participante/s presunto/s culpable/s". Para hacer efectivos tales "derechos de reclamación" mediante los recursos legales correspondientes, se establece como **condición necesaria** haber permitido que el profesional ejerza su "derecho de reparar el estrago material" causado (B.11) y asimismo, demostrar la "culpa" o "incumplimiento contractual" en que éste hubiese incurrido (B.12).

Esta garantía tiene carácter obligatorio aunque no se establece con claridad si abarcará solamente las edificaciones residenciales o también todas las restantes. La obtención de ésta se establece como una obligación a cargo del Promotor quién en caso de incumplimiento "asumirá la misma responsabilidad que un garante" frente al propietario (B.13).



IX. LOS DAMNIFICADOS. LA LEGITIMACIÓN EX ART. 1591

a) Previsión legal: el comitente y los terceros

De producirse la ruina -según el Código civil-, el contratista y el arquitecto (art.1591) responderán frente al dueño o comitente y a los terceros (arts.1907, 1908 y 1909 Cc) por las consecuencias dañosas resultantes de tal evento. La inclusión de otros posibles demandados como los técnicos en general y el promotor, obedeció a la interpretación extensiva de la norma que con éxito consagrara la Jurisprudencia española.

Con relación a los terceros también resulta aplicable dicho criterio jurisprudencial respecto del daño derivado de los supuestos taxativos del art.1908 -aunque con algún apartado de difícil explicación- y del relativo a la ruina de edificios que contempla el art.1907, adecuándose a las pautas del art.1909 que centra en los "defectos constructivos", tal legitimación. En tal sentido, establece que "el tercero que lo sufra solo podrá repetir contra el arquitecto, o en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal" (remisión al 1591Cc). Rige, también aquí, el principio de solidaridad cuando sea indeterminable el verdadero responsable, sin perjuicio de las acciones de repetición correspondientes en favor de quién haya resultado condenado

b) La figura del adquirente o subadquirente:

La inclusión de subadquirentes y promotores como potenciales legitimados -ex art.1591 Cc- resultó de la labor jurisprudencial observadora de las nuevas modalidades que caracterizan el proceso constructivo, sin perjuicio de que la relación jurídica contractual por la cuál accedieran a éste fuera de diversa índole (compraventa, arrendamiento, etc.).



Los **adquirentes o subadquirentes de inmuebles** (vivienda o local) están legitimados para accionar contra el **promotor**, no solamente por las garantías propias del acuerdo que celebraron⁴³⁰ sino, además, por la garantía decenal por ruina⁴³¹ la cuál pueden también hacerla valer contra los **profesionales de la construcción** antes aludidos. A través del primer adquirente y del promotor, se legitiman los anteriores aunque a tal fin, haya debido ajustarse a nuestra realidad el alcance conceptual que en el área de los contratos se asigna al "tercero" y a su "efecto relativo"⁴³².

De manera casi constante, el criterio predominante se ha inclinado a fortalecer la tutela de los adquirentes o subadquirentes de inmuebles quienes en la necesidad de acceder a una única vivienda, se ubican en la contratación como la parte más débil de cara a las empresas de promoción y venta. En esta inteligencia se han desestimado argumentos de exclusión - planteados por los profesionales demandados- tales como la inexistencia de contratación de obra entre aquéllos y los contratistas y técnicos, la inexistencia o falta de oportunidad de las objeciones pertinentes a efectos del saneamiento por vicios ocultos⁴³³.

Por lo tanto, prescindiendo de excesivos rigores dogmáticos, se entiende que quién adquiere la finca **recibe de su propietario todas las acciones transmisibles** que garantizan el dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad y que puede ejercerlos -aunque no fuera parte del contrato de arrendamiento de obra- contra el constructor, el promotor- vendedor (equiparado con el contratista) y con mucha mayor razón aún, contra el **promotor al tiempo contratista, constructor y vendedor** (S.21 de marzo de 1988). Reviste al adquirente, la acción de carácter general que consagra el art.1101Cc⁴³⁴ al igual que la más específica del

⁴³⁰Cabanillas Sánchez, Ejecución ...cit., pág.204 y ssgtes.; La Configuración ...cit., pág.230 y ssgtes. ; Molina, Inés E., La responsabilidad ...cit. pág.76.

⁴³¹Sin perjuicio de la frondosísima jurisprudencia de Tribunal Supremo en este aspecto, solo a título ejemplificativo, cabe citar algunas de sus Sentencia de 13 y 16 de junio y de 1 de diciembre de 1984; de 11 y 25 de febrero, de 28 de marzo y de 20 de junio de 1985; de 22 de marzo y de 30 de octubre de 1986; de 13 de marzo, de 29 de setiembre y de 27 de octubre de 1987; de 9 de marzo y de 12 de diciembre de 1988; de 21 de marzo de 1988; 20 de febrero, de 25 de setiembre de 7 de julio de 1989; 8 de octubre, de 12 de diciembre de 1990; de 1 de octubre de 1991, entre otras.

⁴³²T.S. S.de 1 de abril de 1977. Considera al promotor excluido del concepto de tercero. En este sentido, la eficacia del contrato no solo alcanzará a los contratantes en el arrendamiento de obra sino también a sus causahabientes a título singular (donación, legado, compraventa) y/o universal. Ahora bien, estos últimos quedarán vinculados por los contratos que con anterioridad a la transmisión del bien haya celebrado el causahabiente en la medida en que incidencia en el derecho transmitido, sobre la base de la regla "nemo plus iuris ad alium ...". Por consiguiente, el concepto de **tercero** se restringe a aquéllas personas que sean totalmente ajenas a la relación contractual y a los contratantes (penitus extranei).

⁴³³T.S. S. de 9 de julio de 1989; en igual sentido, Cabanillas Sánchez, La configuración ...cit., pág.230.

⁴³⁴Art. 1101Cc: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas"



art.1591Cc debido a que esta norma si bien señala la "responsabilidad del arquitecto y del contratista", **no distingue si solo se refiere al comitente o primer propietario** (S.de 5 de mayo de 1961⁴³⁵).

Si se insta la acción que autoriza el art.1591 Cc, cabe recordar que este precepto forma parte de la regulación legal del contrato de arrendamiento de obra y que **determina la responsabilidad** de los profesionales citados y del personal técnico y económico intervinientes en el proceso constructivo "... frente al arrendador dueño de la obra y a los sucesivos subadquirientes de viviendas, teniendo por lo tanto la naturaleza de una responsabilidad contractual directamente derivada del pacto celebrado entre las partes contratantes las cuáles necesariamente están legitimadas para responder recíprocamente de su incumplimiento ..." (S. de 17 de julio de 1990).

c) **El promotor damnificado:**

El **promotor** también estará legitimado en los términos de aquél precepto ya que será quién encomiende a los profesionales que crea conveniente, la realización de las obras que, posteriormente, transmitirá o enajenará. En este sentido, resulta interesante recordar el criterio del Tribunal Supremo en cuanto a que **la legitimación de los compradores no borra la del promotor** quién contrató con aquéllos y conserva la acción de cumplimiento y la garantía decenal (S.de 20 de febrero de 1989)⁴³⁶, ya que si "los promotores no asumen frente a los propietarios ... el ejercicio de acciones para reparar lo mal hecho, puede generar que sean ellos mismos demandados y condenados con el constructor y técnicos (S.de 9 de junio de 1989)⁴³⁷.

⁴³⁵Muñoz de Dios, op.cit, pág.4. Esta sentencia se entiende reveladora del carácter *ex lege* de la acción prevista en el art.1591Cc; en igual sentido, Sentencia de 1 de abril de 1977.

⁴³⁶Cabanillas Sánchez, La configuración ...cit, pág.232. Cita en este punto, la sentencia de 26 de noviembre de 1984 que reconoce que la legitimación pasiva que como vendedor le corresponde frente al adquirente supone esta legitimación activa del promotor cuando frente a las reclamaciones extrajudiciales de los adquirentes, llevó a cabo -a su costa- las subsanaciones de los defectos o incumplimientos del contrato de construcción. Sentencias del T.S. de 13 de julio de 1987 (contra el arquitecto por vicio del suelo) y 9 de junio de 1985 (contra constructor y técnicos por incumplimiento contractual).

⁴³⁷Comentario de Jurisprudencia, Anuario de Derecho Civil, 1990- 1, pág.643. En la litis que dio lugar a este pronunciamiento, el Juez de Primera Instancia -apoyado, luego, por dos Magistrados del Tribunal-, negó al promotor-vendedor tal legitimación activa (conf. art.1591 Cc) por entender que **carecía del interés directo** que corresponde al dueño de cada vivienda o del edificio en su conjunto frente a los vicios ruinosos por haber vendido a terceros todos los locales y viviendas del edificio; agregando que tampoco se advierte tal interés en el ejercicio anticipado de esta acción sino más bien, evidenciaría la posibilidad de introducir, por vía indirecta, una cierta desviación de su responsabilidad.



Tal flexibilidad interpretativa ha reconocido la legitimación de una **cooperativa promotora** de inmuebles quién, no obstante haber vendido todos los locales y viviendas y no acreditar su carácter de propietaria, accionó en nombre y en interés del conjunto o comunidad de propietarios, por **reparación de obras mal ejecutadas**, pretensión que aprovecha "necesaria e inescindiblemente" a todos aquéllos. Sin embargo, esta posibilidad queda descartada si se demuestra que "... su cío del actor quién como promotor podría incurrir en responsabilidad frente a los adquirentes si no ejercitaba las acciones del art.1591 de que es titular, en primer término ..." (S.de 21 de junio de 1989)⁴³⁸.

d) La Comunidad de Propietarios y su presidente:

La Comunidad de un edificio constituido en régimen de Propiedad Horizontal tiene una organización propia con una Junta de Copropietarios como órgano dirigente que actúa a través de su Presidente⁴³⁹ (representación orgánica⁴⁴⁰). Estará legitimada -a través de éste- para el ejercicio de las acciones por responsabilidad decenal (art.1591Cc) aunque no haya tenido intervención alguna en el contrato de arrendamiento para la construcción del edificio, de conformidad con la tesis esgrimida en favor del subadquirente⁴⁴¹.

El Tribunal Supremo ha reconocido casi siempre la legitimación del Presidente quién podrá accionar por daños causados por "defectos constructivos" tanto de las partes comunes como de las privativas de los condóminos (S. de 30 de octubre de 1986) "... que derivan de las malas instalaciones, que se refieren primariamente, a los elementos comunes, pero que repercuten necesariamente, de modo inescindible, en los individualizados y se comprenden dentro del interés general que se invoca en el art.13.5 L.P.H. (SS 29-5-84, 30-10-86 y 10-2 y 1-7-89) ..." (14 de julio de 1989). Desde esta óptica, debe entenderse que la legitimación

⁴³⁸Nota de Jurisprudencia, Anuario de Derecho Civil, 1990. T.1, pág.641. Se resaltan dos aspectos: a) que la sentencia declara un tanto incidentalmente la responsabilidad del promotor por omisión del ejercicio de la acción del art.1591 Cc y b) que, carecería de base tal legitimación en beneficio de la comunidad de propietarios, de haber sido enajenados por el promotor todos los pisos y locales.

⁴³⁹Cabanillas Sánchez, A. Ejecución defectuosa ...cit., pág.194 y ssgtes., comentario (T.S.S. de octubre de 1979), sobre la exigencia de que a efectos de la legitimación, el Presidente de la Comunidad sea propietario.

⁴⁴⁰Criterio seguido por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 9 de marzo de 1988, 15 de julio de 1988, entre otras.

⁴⁴¹ El Tribunal Supremo en las Sentencias de 5 de mayo de 1961, de 17 de octubre de 1974, de 1 de abril de 1977, de 22 de marzo de 1986 y de 17 de mayo y 25 de noviembre de 1988, ha desechado el argumento que desconoce la legitimación de la comunidad por defectos constructivos por no haber intervenido en el contrato de construcción del edificio.



del Presidente se extiende también al reclamo por daños en las partes singulares -de los condóminos- cuando éstos tuvieran lugar por los defectos constructivos de las partes comunes (S.de 1 de julio de 1989).

Por otra parte, sin olvidar que la representación de la Comunidad viene atribuida al Presidente, los condóminos no quedan privados de demandar a los responsables cuando resultan afectadas aquéllas partes comprensivas de su vivienda o local (S.de 1 de julio de 1989) así como las comunes que se relacionen con aquéllas o bien que aún sin guardar tal relación, impongan la **defensa del interés que les corresponde sobre elementos comunes**, y con mayor razón aún si se demostrara el desinterés, la apatía e incluso la inhibición en la defensa de los intereses del conjunto por parte de aquél representante (S.de 12 de febrero de 1986). La regla de que la gestión de uno de los comuneros beneficia a los restantes, se aplica a la acción ejercida por uno de ellos que beneficie a los restantes p a quiénes la sentencia recaída les será aplicable (S.de 15 de julio de 1988).

Aunque aparentemente discutible, en igual sentido, se ha resuelto la cuestión relativa a la legitimación del Presidente de la Comunidad si previamente a la constitución del régimen de Propiedad Horizontal, se hubiera transmitido el edificio ⁴⁴².

La especial naturaleza mixta de la representación del Presidente (orgánica y voluntaria) ha sido declarada reiteradamente por la Justicia civil, sin olvidar que dada su **condición de copropietario** puede instar todo cuanto sea de "interés común a los demás copropietarios" (S.de 14 de julio de 1989). Esta condición, así como la representación del art.12 de la Ley de 21 de julio de 1960 y, su actuación basada en el acuerdo unánime de todos los copropietarios representan los tres puntos básicos en que se apoya el razonamiento jurisprudencial para admitir esta legitimación⁴⁴³ ex **art.1591 Cc** (S. de 21 de abril de 1981).

⁴⁴²Muñoz de Dios, op.cit. pág.4 se ocupa de recopilar algunas Sentencias del Tribunal Supremo en este sentido.

⁴⁴³ T.S. S.de 29 de enero de 1983: Conforme art.1124 Cc se reconocen al Presidente, la legitimación para el ejercicio de las acciones relativas a los incumplimientos parciales, por defectos no ruinosos contra el "vendedor no constructor" aún cuando no haya sido autorizado "por unanimidad" de la Junta.



X. PLAZOS DECENAL Y DE PRESCRIPCIÓN

1. Caracterización del decenal como plazo de garantía

El plazo decenal previsto por el tantas veces citado art.1591Cc, no es un plazo de caducidad ni tampoco de prescripción como muy frondosamente ha argumentado la doctrina⁴⁴⁴ sino que muy por el contrario, se trata de un **plazo de garantía**.

Esta distinción aunque aparece como muy claramente concebida, merece ser formulada ya que, en su momento, la naturaleza del plazo decenal ha generado cierto confusiónismo⁴⁴⁵, a la hora de distinguirlo del prescriptivo por cuanto el Codificador no se ocupó de resolver esta cuestión.

De todos modos, al presente, no caben dudas sobre el particular ya que se trata de determinar una responsabilidad específica en garantía del propietario, adquirentes y terceros⁴⁴⁶. Esta tesis también ha sido sostenida y consagrada por reciente Jurisprudencia, entendiéndolo como el "término final de una relación sustancial" que no se suspende ni interrumpe. En este sentido se ha venido pronunciando el Tribunal Supremo:

"La responsabilidad decenal impuesta por el art.1591 Cc ha de entenderse de acuerdo con la mejor doctrina que no constituye un plazo de prescripción ni de caducidad sino el término final de una relación sustancial por lo que no es susceptible de suspensión ni de interrupción. Dicho plazo (de garantía) no afecta al tiempo en que deba interponerse la demanda, de suerte que si los defectos previstos se producen dentro del repetido plazo, es entonces cuando nace la obligación de reparar ..." (S.de 20 de junio, de 3 y de 17 de julio de 1989).

⁴⁴⁴García Cantero, op.cit. pág.1107; Cadarso Palau, 315 y ssgtes.; Herrera Catena, op.cit. Vol.I-II; pág.2 y ssgtes.; Del Arco, op.cit. pág.183; Fernández Hierro, op.cit. pág.141 y ssgtes.

⁴⁴⁵Fernández Hierro, op.cit. pág.144.

⁴⁴⁶García Cantero, op.cit., pág.1107.



En Sentencias más reciente de 14 de febrero de 1991 y de 30 de julio de 1991, se reiteran tales términos: "El plazo del art.1591.1 no es ... sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de **responsabilidad ex lege conocida como decenal**, que ese precepto establece, ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruinógeno dentro de los diez años a contar desde la terminación de la obra, de manera que si el plazo transcurre sin haber ocurrido el evento, la acción ya no podrá nacer, por preclusión del plazo de garantía y, en cambio, una vez nacida la acción por producción o exteriorización de la misma dentro del indicado período de tiempo el plazo de prescripción es en general de quince años ...".

2. Plazos Decenal y de prescripción: Distinción

De las consideraciones reseñadas, resulta que de la garantía decenal surgen acciones cuya **prescripción** opera dentro del plazo legal correspondiente a su propia naturaleza (acción personal, art.1964Cc). Por consiguiente, si bien dicho plazo es **quincenal** según criterio hoy generalizado (S.de 13 de julio de 1987), no siempre ha merecido el acuerdo unánime de la doctrina que estuvo dividida por inclinarse los autores por diversos lapsos en mérito a distintos fundamentos (anual, decenal, quincenal⁴⁴⁷. Expresamente, ha desconocido el Tribunal Supremo la improcedencia del plazo anual previsto por el art.1968.2 respecto del supuesto previsto por el art.1591⁴⁴⁸.

Comparto el criterio mayoritario y jurisprudencial más reciente, en cuanto a la aplicación del lapso ordinario de **quince años**⁴⁴⁹ para las acciones personales "que no tengan señalado

⁴⁴⁷García Cantero, se inclinaba por la prescripción anual correspondiente a su naturaleza extracontractual, op.cit. pág.1107; Mucius Scaevola, por el contrario, se refería a una prescripción decenal, op.cit. pág.93. La mayoría de la actual doctrina entre otros, Cadarso Palau, op.cit. pág.337, al igual que Fernández Hierro, op.cit. pág.148 adoptan el plazo de prescripción quincenal.

⁴⁴⁸S.de 15 de julio de 1991 "...Por el motivo 3* con denuncia de "la infracción, por inaplicación del art.1968.2 CC en relación al art.1909 CC", el recurrente sostiene que ha prescrito la acción ejercitada por haber transcurrido más de un año desde que los vicios ruinógenos fueron descubiertos. El motivo ha de ser igualmente desestimado, no solo porque la excepción de prescripción ...no fue aducida por el demandado aquí recurrente en el momento procesal oportuno (contestación a la demanda), ni, por tanto, fue debatida en el proceso ...sino también y sobretodo porque la acción aquí ejercitada por los dueños y contratantes de la obra no es la de responsabilidad por culpa extracontractual (lo que ya excluye la aplicabilidad del plazo prescriptivo del n*2 del invocado art.1968 CC) sino la de responsabilidad ex lege (conocido como decenal) que contempla el art.1591 CC ...".

⁴⁴⁹El Tribunal Supremo considera que la remisión del art.1909 al art.1591Cc es a todos sus efectos, por lo tanto, también los terceros se beneficiarían con el plazo de prescripción quincenal, excluyéndose el anual previsto por el art.1968.2. Por su parte, Fernández Hierro, op.cit. pág.147, al hacer referencia al plazo de prescripción relativo al supuesto de ruina, descarta el plazo anual y por ende, la aplicación del art.1968.2 que se refiere a "las acciones para exigir la responsabilidad civil por injurias o calumnias y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el art.1902".

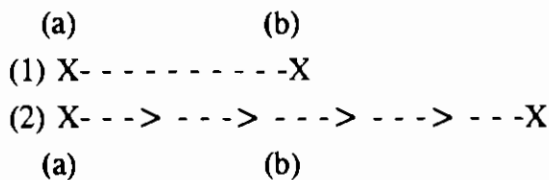


término especial de prescripción" (Conf.arts.1930 y 1964 Cc)⁴⁵⁰.

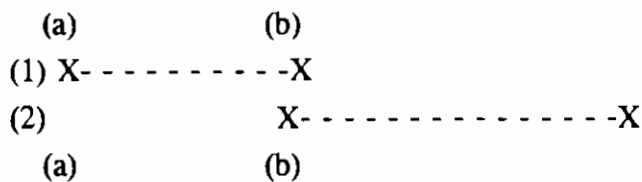
"... Una vez nacida la acción por haberse producido o exteriorizada la ruina dentro de dicho período de tiempo (decenal), el **plazo de prescripción** de la misma es el general de **quince años** que, para las acciones personales que no tengan señalado un término especial de prescripción, establece el art.1964 (S.de 3 de julio de 1989⁴⁵¹ y de 13 de julio de 1987), siendo el **dies a quo** de dicho plazo prescriptivo, la **fecha en que se produjo la ruina** o se manifestó el **vicio ruinógeno** ..." (S.de 4 de diciembre de 1989 y 14 de febrero de 1991).

El plazo prescriptivo transcurre independientemente, debiendo coexistir aunque sea en un punto con el correspondiente a la garantía. Con ello se quiere significar que la acción debe nacer dentro del lapso decenal que fija el art.1591 y hasta únicamente, el último día que éste comprenda y será a partir del nacimiento de la acción -conforme al **dies a quo** indicado- que comienza a correr el cómputo prescriptivo, superponiéndose aunque sin confundirse ambos plazos.

1. Vicio o ruina evidenciados en el curso del primer año (conf.art.1591)



2. Vicio o ruina evidenciados en el curso del décimo año.



⁴⁵⁰"...que para las acciones personales, establecido en el art.1964 Cc que no tengan señalado un término especial (S.de 30 de julio de 1991) "... cuya misma conclusión se llega si se entendiera que la acción ejercitada contra los aparejadores es la derivada del contrato (de obra o de servicios) que con ellos celebraron los comuneros demandantes para la ejecución de la obra litigiosa ..." (S.de 15 de julio de 1991).

⁴⁵¹"...y, como quiera que la acción que nace al respecto no tiene señalado plazo especial, éste será el de 15 años que con carácter general establece el art.1964 CC (SS de 11-10-74 y 5-12-81) ..." (S.de 3 de julio de 1989).



- (a) Punto de partida para el cómputo del plazo.
- (b) Punto final del plazo.
- (1) Plazo decenal (art.1591)
- (2) Plazo de prescripción quincenal (art.1964)

3. El cómputo de plazos

Con ello deseo significar que existen distintos puntos finales y de partida respecto a dichos plazos.

El **plazo de prescripción** comienza a correr -para algunos autores- desde la ocurrencia del defecto o de la propia ruina, sin embargo, es criterio ya generalizado y más justo, ubicarlo en el momento en que éstos se evidencien para el damnificado⁴⁵². Esta interpretación es más acorde con el criterio jurisprudencial antes esbozado que tiende a una adecuada tutela de la víctima o de la parte más débil de la contratación y que, en cierto modo, es representativo del pensamiento jurídico más generalizado. De tal forma, el plazo prescriptivo no comenzará a transcurrir hasta que el perjudicado (de buena fe) -legitimado para accionar por responsabilidad decenal- advierta la ruina o los graves defectos que a ella se equiparan. No se ampara su conducta negligente sino por el contrario, la falta de conocimientos técnicos sobre cuestiones de evidente complejidad.

Si los defectos sobre muros exteriores y terrazas que han trascendido al interior del inmueble, son de mayor importancia que los que afectan a los defectos usuales anteriores al fin de la obra determinan la responsabilidad decenal de los profesionales intervinientes cuando estos no se hayan ocupado de remediarlos ni de extender la certificación de fin de obra por falta de pago de sus honorarios. Tal argumento, no es causa justificante y en esa inteligencia, resolvió el Tribunal Supremo que "...de modo alguno puede servir de salvaguardia para eludir el cumplimiento de la responsabilidad decenal cuyo cómputo había comenzado a correr desde el momento en que la edificación entró en **vias de ruina funcional**" (S.de 28 de enero de 1988). Es interesante resaltar que no obstante referirse esta sentencia a la responsabilidad decenal se refiere al cómputo de prescripción de la acción correspondiente (art.1964 Cc).

⁴⁵²García Cantero, op.cit. pág.1108; Cadarso Palau, op.cit., pág.345 y ssgtes.



El **plazo decenal**, por su parte, según el art.1591Cc comienza a correr "desde que concluyó la construcción", criterio que estrictamente sostuvo García Cantero⁴⁵³, basándose en la claridad de la letra del precepto. Sin embargo, Cadarso Palau -según la doctrina francesa- sigue un criterio más práctico que comparto y que sitúa el momento inicial del cómputo en la "**recepción de los trabajos**", por las extraordinarias dificultades probatorias que plantearía la demostración de la fecha de la terminación material de los trabajos⁴⁵⁴.

En la práctica, la **recepción- entrega** de la obra se instrumenta mediante un documento (acta, certificación, etc) en cuyo texto quedará determinada la fecha a partir del cuál se opera la transmisión de la cosa y de los riesgos que ésta pueda entrañar. Este acto también fijará el **inicio del cómputo de los plazos de garantía** que requerirán que el dueño o adquirente esté en poder de la obra a efectos de advertir eventuales vicios o defectos⁴⁵⁵ cuya consolidación requiere un lapso de tiempo más o menos extenso.

La recepción debe ser **definitiva** para que traiga aparejada la **garantía decenal**⁴⁵⁶. Si bien los Contratos Tipo siempre hacen referencia en sus cláusulas a la recepción provisional como punto de partida del plazo de mantenimiento o conservación, no en todas las ocasiones prevén la recepción definitiva. Sin embargo, considero que ésta opera tácitamente si el propietario no ha hecho reservas durante ese lapso o si a su vencimiento éstas han sido satisfechas. Para mayor seguridad, el profesional interviniente deberá comunicar tal circunstancia al dueño o comitente a fin de dar fehaciente confirmación al momento de su liberación obligacional y al inicio de la Responsabilidad decenal. Cumplidas tales diligencias en forma positiva, cabría una definitiva aprobación de la obra y la liberación contractual del arrendador.

Si bien el Derecho español guarda silencio sobre este acto primordial para dar finiquito al arrendamiento de obra, sin embargo, no impide optar por este supuesto como la más aceptable solución que brinda una mayor seguridad jurídica no solo para las partes sino eventualmente, para el Asegurador. De tal modo, no podrá generar confusión alguna la

⁴⁵³García Cantero, op.cit. pág.1107.

⁴⁵⁴Cadarso Palau, op.cit. pág.348/9.

⁴⁵⁵Cadarso Palau op.cit. pág.349, cita a Salom Antequera, en apoyo a este criterio que ubica en la recepción sin protesta de la obra como momento de su terminación, de puesta en posesión del dueño o comitente y punto de partida para que comience a correr los plazos de garantía.

⁴⁵⁶Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.83 y 71.



aplicación o bien de la garantía de mantenimiento a cargo del contratista o bien, de "buena ejecución" (decenal) a cargo de cualquiera de los intervinientes.

Las tendencias más modernas antes comentadas como por ejemplo, las adoptadas tanto por el Derecho francés como por el comunitario toman a la recepción (acto único) como punto de partida de garantías relativas a defectos distinto tipo y por plazos de más breve extensión.



XI. LA RESPONSABILIDAD DECENAL Y LAS COBERTURAS ASEGURATIVAS:

Seguros Legislados y Construcción

I. Introducción:

La construcción de edificios ha merecido siempre la protección de las Autoridades debido no solo a la importancia de las inversiones que se efectúan en torno de esta actividad sino también debido a que estos inmuebles en cuyo seno se desarrolla la vida hombre en sus diversas facetas (laboral, cultural, religiosa, etc.), están destinados a una duración prolongada en el tiempo pudiendo ser objeto de distintas transmisiones. y en cuyo seno se desarrolla la vida del hombre en sus distintas facetas.

Los daños que se produzcan durante el proceso de construcción o luego de la recepción de la obra pueden ser garantizados por vía de un seguro adecuado que en cada caso ofrezca al perjudicado una indemnización suficiente a fin de devolver las cosas a su estado anterior.

En casi todos los supuestos y especialmente, en caso de insolvencia o de desaparición de los profesionales responsables, la solución asegurativa parece ser el **remedio más efectivo** de frente: a) a la **comunidad**, en general, en mérito a la función social que el seguro está llamado a cumplir y que se evidencia a través de la fecunda aplicación que en este campo ha tenido en algunos países (EE.UU, Francia, Bélgica y algunos Cantones suizos); b) al **propietario** y/o a los **sucesivos titulares** del edificio y c) a los profesionales responsables ya que verían resguardados sus patrimonios profesionales y personales ante reclamos resarcitorios que en ciertos casos podrían ser determinantes de verdaderos estados de falencia.

Ahora bien, como pasos previos a la implementación de un completo sistema de seguros en el área de la construcción, es necesario procurar que sus ventajas se evidencien para quiénes debieran contratarlos y, asimismo, analizar si en el área se dan las condiciones para que el **mercado asegurador** ofrezca este tipo de garantías, especialmente, a largo plazo (calidad de la construcción, controles adecuados, empresas solventes, etc.).



En caso afirmativo y en ausencia de disposición legal expresa indicativa del tipo de seguro aplicable, habría que tratar de establecer cuál sería la modalidad más concerniente a emplear. En España, por ejemplo, la situación puede ser enfocada desde distintas ópticas, teniendo en cuenta las previsiones de la normativa vigente⁴⁵⁷ que tipifica el **seguro contra daños** (arts.25/44 L.C.S.) y el **seguro de responsabilidad civil** (arts.73/76 L.C.S.) (contractual o extracontractual del asegurado) de acuerdo al riesgo garantizado. Asimismo, es posible combinar ambas alternativas, aplicando ambas coberturas simultáneamente pero a distintos riesgos⁴⁵⁸.

Por otra parte, también cabe establecer si el camino más apto será la **libre contratación del seguro** o por el contrario, la consagración de un **seguro obligatorio**. Mediante su imposición, se vulnera la absoluta privacidad de la esfera contractual por el Estado que interviene fijando las pautas del acuerdo que considera necesarias en pos del bien común.

La importancia de los seguros de construcción adquiere un papel primordial en cuando a la responsabilidad decenal debido a que contribuyen a palear verdaderas catástrofes económicas. No obstante que las garantías ofrecidas por los aseguradores encuadran en el supuesto normativo del art.1591Cc, no lo contemplan en toda su extensión. Actualmente y en rigor de verdad, adecuar la cobertura decenal a ese mero supuesto normativo sería social y prácticamente insuficiente dado el más amplio alcance de la doctrina legal del Tribunal Supremo sobre el ámbito de aplicación de esa norma. Sin lugar a dudas que la mayor efectividad de este seguro se logrará abarcando la garantía en su actual extensión.

II. Los Seguros legislados

La Ley de Contrato de Seguro regula, entre otros, los Seguros contra daños y de responsabilidad civil siendo ambos de aplicación en el ámbito de la construcción de acuerdo al tipo riesgo que se desee garantizar. Para saber cuál de ellos resultará más ventajoso,

⁴⁵⁷Ley de Contrato de Seguro, N°50 de 8 de octubre de 1990.

⁴⁵⁸En Francia, luego de la citada Ley Spinetta, de 4 de enero de 1978, se reforma el régimen legal de la construcción ya que se modifican los artículos correspondientes del Code civil, se introduce la figura de los Controles Técnicos y se determina la **obligatoriedad del Seguro** en el área. En este sentido se adopta un "modelo dual": a) **Seguro de responsabilidad civil para los intervinientes en la construcción** (por buena ejecución (decenal) y por buen funcionamiento (bianual) y b) **por daños a las obras para construcciones determinadas** (viviendas y edificios agrícolas e industriales).



previamente hay que analizar sus primordiales características operativas así como su ámbito de aplicación práctica. En ausencia de una regulación más específica, es preciso llevar a cabo este análisis para saber a la hora de su contratación cuál es la alternativa más convincente, debido a que cada Entidad aseguradora amolda los productos que ofrece a su capacidad económica y propio interés, los que no siempre coinciden con las reales necesidades del mercado.

A. Aspectos del Seguro contra Daños

a) Valor del interés asegurado, suma asegurada y daño efectivo

La Ley de Contrato de Seguro regula la aplicación del seguro contra daños, estableciendo sus pautas mínimas y necesarias. Al momento de la celebración de este contrato, debe existir **interés del asegurado** "a la indemnización del daño" que pudiera sufrir la cosa asegurada (art.25).

Como el seguro no puede representar un enriquecimiento injusto para el asegurado, para la determinación del daño se atenderá al "**valor**" del **interés asegurado** en el momento inmediatamente anterior al siniestro (art.26). Para calcular la indemnización cuyo límite máximo es la suma asegurada, debe tenerse en cuenta dicho valor que será fijado por las partes de común acuerdo en la póliza (póliza estimada) o bien, con posterioridad. Por vicios del consentimiento (dolo, violencia, intimidación y error), el asegurador podrá impugnar dicho "valor estimado" (art.28).

Las partes pueden prever mediante pacto expreso que si, durante la vigencia del contrato, **variara el valor del interés asegurado** podrá adecuarse la **suma asegurada** para que **lo cubra plenamente**, al igual que la prima siguiendo los criterios y procedimientos establecidos en la póliza (art.29). En tal sentido, si la suma asegurada es inferior (infraseguro) al interés, se aplicará la regla proporcional (art.30) y de ser notablemente superior (sobraseguro) -en caso de siniestro- se indemnizará el **daño efectivamente causado** (art.31).

Por consiguiente, el interés guarda relación y se conjuga con la indemnización a abonar y con la suma asegurada que fija su límite máximo a fin de circunscribir la garantía a su propia función reparadora ajena a cualquier enriquecimiento del asegurado en detrimento del asegurador.



b) Modalidades de contratación: Multiseguro y pacto de coaseguro

El asegurado o tomador puede contratar varios seguros para cubrir el mismo riesgo sobre el mismo interés asegurable durante el mismo período y debe comunicar tal circunstancia al igual que el siniestro (art.16) a cada uno de los aseguradores, indicando el nombre de los restantes ya que cada uno contribuirá al abono **en proporción a la propia suma asegurada sin que se supere la cuantía del daño**, reconociendo la posibilidad al asegurador que haya pagado una suma superior de repetir de los restantes (art.32).

Nítida resulta la diferencia entre esta modalidad de **múltiple contratación** que busca el asegurado o tomador para reforzar su garantía y el **pacto de coaseguro**. En éste último, media un **previo acuerdo** entre el tomador y dos o más aseguradores y puede consistir en un contrato de seguros (o varios) sobre un mismo interés, riesgo y por igual período en el que se produce un **reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores** que se obligan al pago de la indemnización **en la proporción de su cuotas respectivas**. Por lo general, se designa un "**asegurador delegado**" quién se ocupa de conducir o pilotear (Compañía piloto) el negocio en cuanto a los coaseguradores entre sí y frente al asegurado o tomador (art.33). Este pacto se presenta usualmente como la alternativa más adecuada para garantizar cierto tipo de riesgos que podrían traducirse en siniestros de gran magnitud que resultarían difícilmente afrontables por un solo asegurador. En el campo de la construcción, especialmente en el área de las obras públicas o de alta tecnología suele ser suelo fértil para implementar estas modalidad contractuales.

c) La Subrogación contractual:

Con la **transmisión del objeto asegurado**, el **adquirente se subroga** en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular, siendo ambos solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión. Pesa sobre el asegurado, la obligación de **comunicar por escrito al adquirente**, la existencia del contrato de seguro y **al asegurador**, la transmisión dentro de los quince días de haber sido ésta verificada (art.34). Dentro de igual plazo pero a partir de haber tomado conocimiento de las respectivas modificaciones cualquiera de éstos últimos **podrá rescindir** el contrato de seguro, comunicando por escrito su decisión (art.35). La **rescisión** basada en tal causa no será posible cuando las pólizas fueran al portador o a la orden (art.36).



Los mismos efectos jurídicos mencionados serán de aplicación a las transmisiones por muerte, incapacidad, quita y espera, quiebra o concurso del tomador del seguro o del asegurado (art.37).

d) La cobertura del siniestro: requisitos

No obstante que la Ley precisa con mayor detalle las restantes formalidades a cumplir por las partes del contrato de seguro contra daños, desde el punto de vista práctico, merecen un detenido tratamiento diversos aspectos del **deber de información** a cargo del asegurado (tomador o beneficiario) que tienen lugar con motivo del **siniestro**.

1.d) Deber de información:

Una vez que el asegurado/ tomador toma conocimiento de la ocurrencia del siniestro, debe comunicárselo con la **mayor rapidez posible** y dentro del **plazo máximo de siete días** -salvo, ampliación pactada- al asegurador quién, en defecto de ello, podrá reclamar los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento, excepto que se acredite que ha tomado conocimiento del hecho "**por otro medio**".

La falta de información necesaria (por dolo o culpa grave) sobre las circunstancias y consecuencias de aquél, constituye un incumplimiento contractual que determinará la pérdida del derecho a la indemnización (art.16).

Dentro del **plazo de cinco días**, el asegurado/ tomador deberá **comunicar por escrito** al asegurador (art.38):a) la **relación de objetos existentes al tiempo del siniestro** cuya prueba de preexistencia corresponde al asegurado sin perjuicio de que el contenido de la **póliza constituya una presunción** ante la inexistencia de otros elementos probatorios de mayor eficacia; b) la **relación de objetos salvados** y, c) la **estimación de los daños** resultantes.

2.d) Determinación de la indemnización:

El apartado anterior se relaciona estrechamente con la **determinación de la indemnización** correspondiente la que quedará determinada (art.38):



- a) mediante **común acuerdo** de las partes sobre su importe y forma de hacerla efectiva, debiendo el asegurador o bien pagar la suma convenida o bien llevar a cabo las operaciones necesarias para reemplazar el objeto asegurado si su naturaleza lo permite;
- b) a falta de acuerdo sobre tales extremos, se recurrirá al **dictamen de peritos** - uno por cada contratante- quienes podrán pronunciarse de común acuerdo mediante **acta conjunta** o, en su defecto, recurrir a un tercer experto (designado por aquéllos o, en caso contrario, según establece la L.E.C). Una vez que el **dictamen** (unánime o mayoritario) sea comunicado indubitablemente a ambas partes, éstas solo podrán **impugnarlo** judicialmente en los plazos legales (dentro de los treinta días, el asegurador y de los ciento ochenta días, el asegurado) vencidos los cuáles será inatacable.

Si no media impugnación, el asegurador debe abonar la indemnización determinada dentro de los cinco días de quedar firme el dictamen. En caso contrario (art.18) y según las circunstancias por él conocidas, le corresponde abonar el importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días desde la recepción de la denuncia del siniestro. Si el asegurador demora en efectuar el pago indemnizatorio, deberá hacerse cargo no solo de los intereses correspondientes sino también de los gastos realizados por el asegurado, tendientes al cobro del importe determinado (art.38).

3.d) Existencia de créditos preferentes y privilegiados:

Dicha indemnización debe ser abonada a éste o al beneficiario del contrato, excepto que se haya notificado al asegurador que, con anterioridad al siniestro, han sido constituidas garantías reales (prendarias o hipotecarias) o han nacido privilegios en favor de ciertos acreedores a quienes se hace extensiva la indemnización que pudiera corresponder al propietario de los "bienes especialmente afectos"; mediando tal comunicación, no podrá abonarse el importe debido sin contar con el "consentimiento del titular del derecho real o del privilegio".



El asegurador debe proceder al **depósito de la indemnización** (según art.1176 Cc) si ésta debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación garantizada o si existiera contienda (art.40) o bien, si destinándose la indemnización a la reconstrucción de las cosas siniestradas no media acuerdo entre asegurado y acreedores sobre las garantías con las que aquéllas han de quedar afectadas (art.42). Sin embargo, podrá proceder al pago del resarcimiento quedando liberado de su obligación si transcurridos tres meses desde la notificación del siniestro a los acreedores, éstos no se hubiesen presentado (art.40).

Los acreedores privilegiados y preferentes podrán hacerse cargo de las primas impagas si media notificación al respecto del asegurador y no les será oponible la extinción del contrato de seguro sino hasta transcurrido un mes desde la comunicación del hecho que la motivó (art.41).

4.d) La Subrogación en los derechos del asegurado

Una vez abonada la indemnización y hasta la concurrencia de su importe, el asegurador podrá **subrogarse** en los **derechos y acciones** que con motivo del **siniestro** y frente a los responsables, correspondan al asegurado sin perjudicarlo con su ejercicio. A todo evento, estará también legitimado para reclamar contra éste por los perjuicios "que con sus actos u omisiones pueda causar en el derecho a subrogarse".

Este derecho no podrá hacerse efectivo si el siniestro hubiera tenido lugar con motivo de la conducta (acción u omisión) de aquéllas personas que den origen a la responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley (pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado), excepto si su proceder "proviene de dolo o estuviera amparado mediante un contrato de seguro" a cuyos términos se limitaría el alcance de la subrogación (art.43).

A raíz del siniestro, pueden resultar para el asegurado diversos daños y perjuicios que carecen de garantía asegurativa por lo cuál, a efectos del **debido resarcimiento** podrá **dirigirse directamente contra el responsable**. En este supuesto, concurrirá con el asegurador frente al tercero responsable y "el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés" (art.43).



5.d) Exclusiones de cobertura:

En este tipo de seguro, quedan excluidos los daños resultantes de **caso fortuito o fuerza mayor** (guerra civil o internacional, motín o tumulto popular, terrorismo, terremoto e inundaciones) salvo que se hubiera convenido lo contrario -en los ramos que legalmente se determine- adecuando la prima al efecto y sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieran corresponder al **Consortio de Compensaciones de Seguros**, de acuerdo a su propia normativa (art.44) respecto a siniestros que por su entidad, resulten catastróficos.

B. Aspectos del Seguro de Responsabilidad Civil

a) Generalidades:

La finalidad de este tipo de seguro es, naturalmente, mantener indemne al asegurado - responsable civil- frente a reclamaciones por daños y perjuicios de terceros cuyo abono asumirá la entidad aseguradora. La obligación a cargo de ésta se hará procedente si se reúnen los requisitos de aplicación de la Teoría General de la Responsabilidad (conducta antijurídica, daño y relación de causalidad) y, en cada caso, desde la perspectiva especial de la actividad de que se trate.

La obligación de indemnizar presupone la existencia de una **relación jurídica previa** entre dos partes, el responsable de un incumplimiento contractual o bien, de una conducta ilícita y quién por uno u otro proceder resulte perjudicado.

Para determinar el momento de producción de un **siniestro**, estarán en juego y conexos entre sí, tres acontecimientos cuya ocurrencia no siempre tiene lugar en el mismo momento: la conducta positiva o negativa del asegurado, el daño que ésta genera a un tercero (elementos propios de la Teoría General de la responsabilidad) y la reclamación de la reparación del tercero al asegurado. En la práctica y ante tales alternativas, las Entidades aseguradoras consideran que el siniestro tiene lugar en el momento en que se



produce el daño⁴⁵⁹, sin perjuicio de que en las pólizas se exija que el daño y la conducta que lo genera tengan lugar dentro del período de cobertura.

La **validez** de este contrato de seguro ha sido cuestionada por razones de índole moral y de orden público; se consideró que funcionaba en sentido inverso a la finalidad esperada ya que los responsables con su contratación, no se esmeraban en actuar con diligencia y cuidado a fin de evitar consecuencias dañosas pues reposaban en la tranquilidad de un buen respaldo asegurador. Sin embargo, aunque las apariencias puedan ser tales, la realidad es otra debido a que se tendrán en cuenta las declaraciones de siniestralidad anterior del asegurado al momento de contratar o renovar una póliza, se establecerán franquicias a su cargo que le harán extremar su diligencia para evitar todo tipo de siniestro, no está garantizada la responsabilidad penal ni tampoco las sanciones administrativas. El seguro de responsabilidad civil justifica sobradamente su importancia como factor de equilibrio de las relaciones económicas y en especial, en caso de insolvencia del asegurado.

Los seguros específicos de responsabilidad civil presentan diversas modalidades de acuerdo a la configuración del riesgo objeto del contrato y a las personas aseguradas; habrá tantas clases de seguros de este tipo como actividades personales e industriales haya. En el área de la construcción cubrirán según el caso períodos ordinarios o especiales (bianual, decenal). Podrá contratarlo tanto el propietario como los profesionales intervinientes (promotor, arquitecto, contratista principal, subcontratistas, etc.). En la práctica, muchas empresas exigen como requisito previo a la iniciación de los trabajos que los contratistas acrediten en los contratos de obra la suscripción de pólizas de responsabilidad civil.

En el Derecho español, la noción normativa que ha adoptado la Ley de Contrato de Seguro, se alinea en una corriente normativa aceptada internacionalmente⁴⁶⁰, al disponer:

"Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a **cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del**

⁴⁵⁹Biurru Murillo, Carlos. El seguro de responsabilidad civil, Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1979, pág.38.

⁴⁶⁰Código civil italiano, art.1917 también hace referencia a mantener indemne al asegurado "de cuanto deba satisfacer a un tercero" como consecuencia de la responsabilidad civil prevista en el contrato y derivada de un hecho ocurrido durante la vigencia de la relación contractual.



asegurado de la **obligación de indemnizar a un tercero** los daños y perjuicios causados por un **hecho previsto** en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho" (art.63).

A pesar de que las normas que formulan el concepto del seguro de responsabilidad civil solo hacen referencia a su alcance resarcitorio, es preciso agregar que la garantía debida por el asegurador también abarca la obligación de asumir la defensa del asegurado aun cuando no exista obligación resarcitoria y la de asumir los gastos judiciales o extrajudiciales que se devenguen de las reclamaciones⁴⁶¹.

b) El Asegurador frente al reclamo: Dirección jurídica y Acción directa

a) Dadas las características del seguro de responsabilidad civil por el cuál será el perjudicado o sus herederos quienes exijan el pago de los daños y perjuicios sufridos al asegurador, resulta lógico reservar a éste la dirección jurídica de las tratativas indemnizatorias ya sea por vía judicial (acción directa) o extrajudicial -salvo pacto en contrario- y, sin perjuicio de la colaboración necesaria que al respecto, deberá prestar el asegurado. Si otra persona asumiera tal dirección, los gastos devengados no se considerarán comprendidos por esta cobertura, excepto que exista "algún posible conflicto de intereses" debido a que el reclamante también esté vinculado al asegurador por un contrato de seguro. En este caso, el asegurado (responsable) podrá optar entre mantener la dirección jurídica aludida o confiar su defensa a otra persona (art.74).

b) Mediante el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se compromete a mantener indemne al asegurado ante la ocurrencia de un siniestro frente al reclamo del perjudicado (tercero respecto de ese contrato) o de sus herederos quienes podrán dirigir, contra cualquiera de aquéllos, su reclamo resarcitorio judicial o extrajudicial.

⁴⁶¹Biurru Murillo, C.op.cit. pág.34. Siguiendo a Picard y Besson manifiesta que el seguro de responsabilidad civil es un verdadero "seguro" porque lejos de excluir el asegurado su responsabilidad la refuerza en favor de la víctima, también se trata de un seguro de daños "tanto en lo que se refiere a la indemnización de la víctima como a la disminución patrimonial del causante del daño que de no tener suscrita póliza vería reducido su patrimonio para cumplir con la obligación de indemnizar...es un seguro de deuda; la obligación de indemnizar se convierte en pasivo que pesa sobre el activo del causante del daño".



Este supuesto está regulado por la Ley de Contrato de Seguro (art.76) que prevé pautas de marcado tinte procesal dado que se centra en la **acción directa** como vía de reclamo. El accionante podrá entablar demanda contra el responsable (asegurado) y/o contra el asegurador quién **no podrá oponer** las excepciones que pudieran corresponderle contra el asegurado (falta de pago, fin de vigencia de póliza, etc.) por ser derivadas de la relación contractual que les une y frente a la cuál, aquél es tercero. Aún con tales restricciones, la existencia del seguro permite que el perjudicado vea reforzadas sus garantías respecto al cobro de la indemnización.

No obstante, se prevén diversas alternativas con las que cuenta el asegurador en defensa de sus derechos; así por ejemplo, podrá oponer las **excepciones personales** que tuviera en contra del perjudicado e invocar la **culpa exclusiva de éste** a fin de exonerarse de responsabilidad y, además, tendrá **derecho a repetir** contra el **asegurado** que hubiera obrado **dolosamente**. Por otra parte, corresponde a éste último, la obligación de informar al reclamante (tercero o herederos) sobre la existencia y contenido del contrato de seguro (art.76).

b) Características de la responsabilidad civil objeto de la garantía:

Siguiendo la Teoría General de la Responsabilidad Civil, cabría la contratación del seguro como garantía de la obligación de reparar basada en la culpa, según la concepción jurídica más tradicional. Pero, sin embargo, su alcance ha ido ampliándose a otros supuestos. El desarrollo socio- económico identificable con el progreso incrementa los riesgos a los que queda expuesta la comunidad, cada día más atenta en la búsqueda del responsable más que como agente generador del daño como sujeto culpable. En este nuevo contexto, los postulados del Código civil perdieron suficiencia debiendo ser reelaborados por la Jurisprudencia en una clara tendencia hacia la objetivización de la responsabilidad civil, acorde con las pautas del Derecho de Daños⁴⁶².

⁴⁶²Díez Picazo, Luis. La responsabilidad civil hoy. Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil. Universidad de Deusto, Bilbao 1979; Díez Picazo, L.-Gullón, A. Sistema de Derecho Civil. Vol.II, Tecnos 1989, pág.595.



Esta ampliación de los criterios de reparación beneficia a la sociedad en su conjunto pero puede determinar serios quebrantos económicos a quién sin culpa se ha atribuido la responsabilidad. Por tal razón, su mera imposición no es una garantía en sí misma en caso de producirse la insolvencia del obligado para lo cuál respecto del ejercicio de cierto tipo de actividades, la ley prevé la contratación obligatoria del Seguro de Responsabilidad civil que funcionará precisamente como una eficaz garantía colectiva.

De ningún modo, este seguro podrá hacerse efectivo sin que exista responsabilidad civil declarada judicialmente o bien reconocida expresamente por el asegurado habiéndolo admitido el Asegurador. Por tal motivo, ha sido considerado verdaderamente como tal porque con su funcionamiento reafirma y no excluye la responsabilidad, ofreciendo así una mejor tutela a la víctima. Dadas sus características, también se afirma que actúa como "seguro de daños" en un doble sentido, tanto en cuanto concierne a la disminución patrimonial del responsable como a la indemnización de la víctima y asimismo, como "seguro de deuda" debido a que la obligación resarcitoria se convierte en pasivo que pesa sobre el activo del agente dañoso⁴⁶³.

Cualquiera sea la modalidad de contratación (voluntaria u obligatoria), esta figura constituye un elemento de fundamental importancia en el desarrollo del tráfico mercantil que de otra manera encontraría determinadas limitaciones.

C. Aspectos del Seguro todo riesgo construcción (All Risk Contractors): Un tipo no legislado⁴⁶⁴:

No obstante que este Seguro **no representa un tipo específico** de los legislados por la Ley N°50, comparte las características de los dos acuerdos asegurativos precedentes pudiendo ampliar eventualmente sus alcances a una cobertura de Responsabilidad Decenal. Se trata de un Contrato atípico desde el punto de vista legislativo pero con **tipicidad social** dado que cada uno de los riesgos que ampara tiene preestablecida legal o convencionalmente las pautas normativas que enmarcan su tratamiento⁴⁶⁵.

⁴⁶³Biurru Murillo, op.cit, pág.34.

⁴⁶⁴Molina, Inés. La responsabilidad... cit. pág.53.

⁴⁶⁵Conclusiones de la Comisión III, El contrato atípico. XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional del Comahue. Argentina. Abril 1989.



a) Vigencia del seguro:

Este seguro tiene una vigencia básica desde el momento que se inicie la obra declarada previamente hasta la recepción total de los trabajos. Asimismo, de **forma expresa** y previo pago de la primas correspondientes puede pactarse la **extensión de cobertura** durante el **período de mantenimiento o conservación** -generalmente, de doce meses- después de la finalización de las obras de cuya complejidad e importancia podrá depender este lapso. Finalmente, suele incluirse -a pedido del interesado y según más adelante se analiza-, la **Cobertura Decenal** cuya vigencia comienza a partir de la Recepción de la obra y cuya garantía corresponde al Riesgo de Daños o bien de Responsabilidad civil especial (art.1591 Cc).

b) Riesgos garantizados:

En general, estas pólizas garantizan las pretensiones correspondientes a cada una de las coberturas mencionadas en las Condiciones Particulares, las cuáles se rigen por sus propias Condiciones Generales sin perjuicio de las correspondientes a todos los seguros. El Asegurado es titular del interés expuesto al riesgo y a quién corresponden los derechos derivados del contrato.

En primer término, la **Cobertura de Daños** se refiere a los **daños materiales** (destrucción o deterioro de bienes asegurados) que sean consecuencia directa de una causa accidental e imprevisible cualquiera que sea su procedencia. Su extensión puede abarcar no solamente los daños **propios de la obra** permanente, temporaria o en curso de realización sino también los que puedan sufrir el **equipo de construcción** (andamiajes, puertas auxiliares, edificaciones provisorias, instalaciones de fuerza motriz y de abastecimiento, etc.) la **maquinaria de construcción** y a los **efectos personales de empleados y obreros**. Del mismo modo, puede incluirse expresamente la garantía de Robo y Expoliación.

Por su parte, la **Cobertura de Responsabilidad Civil Extracontractual** se extenderá además a los **daños corporales** (lesiones y muerte), **perjuicios** (pérdidas económicas ocasionadas como consecuencia directa de un daño corporal o material indemnizable) sufridos por el propietario o terceros. El asegurado actuará como principal contratista de la obra descrita y bajo cuyo control y vigilancia actúan otros profesionales y subcontratistas que elija.



La garantía durante el **período de conservación o mantenimiento** debe convenirse expresamente y previo pago de una sobreprima. De tal modo, se prorroga el seguro (T.R.C) a partir de la finalización de los trabajos por el lapso correspondiente estipulado. Los siniestros podrán tener una causa anterior a ese momento o bien originarse en el curso de la realización de estos trabajos.

La otra alternativa que ofrece esta modalidad consiste en que antes del comienzo de los trabajos también puede contratarse en forma complementaria la **Cobertura Decenal de Daños** o bien de Responsabilidad Civil según el riesgo en el que opere el Asegurador. En líneas generales y comparativamente con las restantes, cabe decir que ésta cuenta con una serie de particularidades que serán objeto de análisis en capítulos posteriores.

No obstante, merece la pena reflexionar sobre la necesidad de un criterio uniforme sobre el **punto de partida** de la vigencia de estas últimas Coberturas. En cuanto a la **prorroga** Todo Riesgo de Construcción durante el período de conservación o mantenimiento se hace referencia a la "**finalización de los trabajos**" mientras que en cuanto a la **Cobertura Decenal** concierne, se ubica en la "recepción". Sin embargo, algunas Pólizas aluden a la "recepción o finalización de los trabajos" como momentos idénticos. Una identificación de esa índole, no es correcta y puede llevar a confusiones.

Cuando fue analizada la recepción como punto de partida de la Responsabilidad Decenal, se hizo hincapié en la necesidad de establecer como momento inicial de las garantías, un acto cierto que pueda acreditarse fehacientemente por cualquiera de los contratantes, circunstancia que es casi imposible respecto de la finalización de la obra para el dueño o comitente a pesar de que pueda resultar de más fácil determinación para el profesional- contratante. De tomarse ese momento como punto de inicio de esta cobertura sin previa definición en la póliza correspondiente, podrían configurarse interpretaciones muy ambiguas según el interés de quién lo invoca. Sin duda, tal dualidad aunque parezca sutil en la práctica generará serias dificultades porque si bien pueden coincidir también pueden ser momentos distintos y distantes uno de otro.

Jurídicamente hablando, parecería más lógico hacer referencia a la "recepción provisional" como el momento de la "entrega de la obra" por considerar el profesional que se han "finalizado los trabajos", asumiendo desde entonces las responsabilidades correspondientes por los defectos o daños que se adviertan durante el período de



mantenimiento a cuyo fin, tendrá lugar la "recepción definitiva" de la obra, punto de partida de la Cobertura Decenal. Este criterio contribuye a armonizar la cuestión mientras no cuente el Derecho privado español con las previsiones comentadas que recepta el derecho francés⁴⁶⁶.

III. El Aseguramiento Obligatorio

A. Los Seguros obligatorios en España:

a) La Ley N*50: El Contrato de Seguro de responsabilidad civil obligatorio.

La **obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil** está consagrada en la citada Ley 50 de 1990 (art.75), respecto de aquéllas actividades que el Gobierno determine y para cuyo ejercicio será necesario acreditar tal contratación por el interesado ya que en su defecto, le serán impositivas las sanciones administrativas correspondientes (art.75 LCS).

A partir de entonces, comienza a generalizarse en España la promulgación de este tipo de seguros aunque en la mayoría de los casos, sin profundizar demasiado sobre su **contenido**. Esa falta de precisión sobre las pautas aplicables ha provocado **no pocas reticencias de las Entidades Aseguradoras al demandarse coberturas absolutamente ajenas a las usuales**⁴⁶⁷. A pesar de ello, numerosas son las normas (Leyes generales o autonómicas, Reales Decretos, Ordenes Ministeriales, estatales y autonómicas, Resoluciones, Ordenanzas, etc.) que prevén la **necesidad de suscripción de un seguro** en el área específica que regulan.

⁴⁶⁶Ver Capítulo IV, Pto.d), pág.

⁴⁶⁷Pavelek Zamora, Eduardo. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento. Rev. Gerencia de Riesgos. Año X- N*38. 2* trimestre/1992, Fundación MAPFRE Estudios. pág.42, en tal sentido, hace referencia al "Sistema Obligatorio de Seguro y Fondo de Garantía" previsto por el art.30 de la LGCU cuyo desarrollo reglamentario genera expectativa en el mercado asegurador.



Por su parte, la Administración encara la potestad legislativa que la Ley le asigna desde sus distintos niveles de actuación (Central, Autonómico, Local e Institucional) sin perjuicio de los cuestionamientos planteados dentro de tal contexto sobre la "dudosa legalidad" de las disposiciones de rango inferior.

b) La Circular 2/1990 de la Fiscalía General de Estado:

La abundante aunque dispersa proliferación de seguros obligatorios hizo necesario tratar de determinar sus verdaderos alcances los que en líneas muy generales trataron de esbozarse normativamente. En procura de tal ordenación, se sancionó la Circular 2/1990 de la Fiscalía General de Estado⁴⁶⁸ en cuyo Anexo "Relación de Seguros Obligatorios", recoge el elenco de los seguros impuestos en forma inexcusable y las normas que los prevén en el Derecho positivo español sin circunscribirse al exclusivo marco de la responsabilidad civil puesto que también se incluyen otros riesgos y en algunos casos, se incorpora una breve definición de su contenido.

Este Anexo no contiene una lista taxativa sino simplemente enunciativa de los seguros obligatorios vigentes que agrupa de la siguiente manera:

- I. "Seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, de suscripción obligatoria", "Seguro de responsabilidad civil del Cazador", "Seguro obligatorio de viajeros" y "Seguro de responsabilidad civil por daños nucleares.
- II. "Seguro de riesgos extraordinarios", "Seguros agrarios combinados" y "Seguros de incendios forestales".
- III. "Obligación de concertar un seguro establecida en otras normas". Incluye aquéllos supuestos de "suscripción legal obligatoria" como por ejemplo, seguros relativos a Residuos tóxicos, Entidades colaboradoras, Entidades de Inspección y control reglamentario de seguridad de los productos, equipos e instalaciones, Instaladores autorizados de gas, Instalaciones de calefacción, climatización y agua caliente, etc.).

⁴⁶⁸Circular 2/1990 sobre la aplicación de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/89.



Esta normativa expresa en líneas generales en su fundamentación que **"no existe un solo seguro obligatorio, de forma que la mera invocación del mismo deja sin precisar cuál es la norma de reenvío o que debe llenar la laguna"**, se descarta así el seguro forzoso "strictu sensu" como categoría única o integrante del sistema aplicable.

c) Modalidades de la obligatoriedad asegurativa:

Un seguro obligatorio en sentido estricto no solo requiere su propia reglamentación sino que también impone su aplicación a todos los supuestos en que este tipo de garantía sea establecida normativamente. El Derecho español, no prevé esta modalidad más rígida sino que por el contrario, consagra la aplicación de categorías más atenuadas.

Esta mayor flexibilidad llevó a sostener que en muchos supuestos, la **obligatoriedad se identifica con la exigencia de "presentar un documento que testifique la cobertura de determinadas responsabilidades exigibles para actividades concretas ante las autoridades administrativas correspondientes"**⁴⁶⁹. Aunque en cierto modo parezca acertada, esta apreciación no puede ser generalizada debido a que la normativa vigente en cada área específica imprime con sus propios matices el rigorismo de la obligatoria contratación del seguro.

Sobre esa base, podría formularse una clasificación bipartita que recoge todos los supuestos vigentes en uno u otro de sus grupos:

- a) Los **seguros obligatorios típicos** o de carácter forzoso (no estrictu-sensu) que se basan en un "régimen especial de responsabilidad civil objetiva" (caza, automóvil, navegación aérea, instalaciones nucleares). Las pautas de contratación aparecen reglamentadas detalladamente en cuanto al alcance, límite y contenido de cobertura y en ocasiones, respecto a las tarifas. Los Aseguradores que deseen operar en este tipo de riesgo, deben ajustarse al estatuto que para el seguro se establezca.

- b) Los **seguros de suscripción obligatoria** son aquéllos cuya concertación esta prevista normativamente aunque de forma general mientras que se reserva a las partes cierta

⁴⁶⁹Pavelek Zamora, E., op.cit., pág.34.



libertad de contratación sobre aspectos relativos al riesgo, prima, cobertura, etc. Para esta categoría no se establecen normativamente ni las condiciones del seguro ni -en ausencia de éste- la creación y aplicación de un Fondo de Garantía que permita indemnizar al perjudicado⁴⁷⁰.

La acreditación previa de este contrato es requerida por la Administración para otorgar las autorizaciones que exige el ejercicio de ciertas actividades. Por un lado, las típicas "actividades clasificadas"⁴⁷¹ de apreciación objetiva y por otro, las que se consideran como "actividades absolutamente peregrinas"⁴⁷² ya que aún cuando se aplica el criterio subjetivo de imputación a los profesionales que las ejercen, no queda claramente de manifiesto la motivación del legislador para incluirlas en esta categoría.

d) Razones, ventajas e inconvenientes de la implementación de seguros obligatorios.

La responsabilidad no es garantía segura para víctima debido a que puede ser el agente **insolvente**. El Seguro Obligatorio es una **verdadero garantía colectiva**, la colectividad de los posibles causantes de daños como consecuencia del riesgo que generan hace posible el resarcimiento de las eventuales víctimas.

Es impuesto por Ley a veces como un requisito administrativo para el ejercicio profesional o de la actividad cubierta por la póliza (automóviles, energía nuclear, etc). Su imposición legal representa un marcado **intervencionismo del Estado**. El sistema es semejante a la Seguridad Social: Todos los que participan en la actividad riesgosa contribuyen con sus contribuciones (primas) a sufragar los daños que algunos sufran u que otros ocasionen. Mediante este seguro se socializan los riesgos⁴⁷³.

⁴⁷⁰Fiscalía General del Estado, Circular 2/1992; Pavelek Zamora, E. op.cit. pág.39.

⁴⁷¹Entendiendo por tales, aquéllas en las cuáles se exige para su ejercicio, por ejemplo, la obtención de determinados permisos o licencias, la inscripción en ciertos registros o bien, contar con un carnet profesional, todo ello acompañado de la suscripción de un "seguro de suscripción obligatoria".

⁴⁷²Pavelek Zamora, E. Loc. cit.

⁴⁷³De Angel Yagüez, R. op.cit., pág.36 y ssgtes.



Sin embargo, algún autor⁴⁷⁴ se ha preguntado si no llegará algún día en que la colectividad repare todos los daños que acontezcan. De ser esto así no sería el seguro quién pagase sino el impuesto. La Responsabilidad Civil acabaría disolviéndose, a fuerza de hipertrofiarse. El derecho dejaría entonces de esforzarse en hallar un vínculo entre el daño y el deber de indemnizar; por sí solo, aquél podría ya en marcha el mecanismo reparador⁴⁷⁵.

La implementación más generalizada de los **seguros obligatorios** obedece a diversas razones⁴⁷⁶. En principio, los Poderes Públicos se inclinaron por esta solución como una de las más acertadas en procura de la mejor tutela de los derechos del individuo, expuesto a los innumerables riesgos de la sociedad de nuestro tiempo.

Esta inquietud se evidencia también a través de las más recientes corrientes jurisprudenciales que cada vez con mayor ahínco, tienden hacia la **objetivización de los criterios de imputación de responsabilidad civil** especialmente, mediante el uso de idóneas herramientas procesales (interpretación normativa más amplia, presunciones iuris tantum, inversión de la carga probatoria, etc.). Gran incidencia ha tenido en su adopción, el nuevo enfoque masivo del proceso económico de producción, de comercialización y de prestación de servicios que opone como contrapartida de la clase "empresaria", a los "consumidores" que representan una nueva y amplia categoría cuya protección es abordada cada vez con mayor énfasis por distintas Políticas gubernamentales⁴⁷⁷.

Debido a la necesidad de revisar con un criterio más riguroso el **concepto de "seguridad"**, se advierte un marcado intervencionismo estatal que se muestra sensible frente a los actuales requerimientos sociales en ciertos campos anteriormente reservados

⁴⁷⁴Carbonnier. Derecho Civil, edic. esp. T.II, V.III. Barcelona 1987. pág.59.

⁴⁷⁵De Angel Yagüez, R. op.cit. pág.38, nota 20 alude como a otra solución instrumentada en España, la creación Consorcio de Compensación de Seguros, a los efectos del art.8 del R.D.Legislativo de 18 de junio de 1906 sobre el uso y circulación de Vehículos automotores el que está adscrito al Ministerio de Hacienda y funciona como Organismo autónomo que se nutre con la participación en las primas recaudadas en el ramo automóviles por las Compañías de seguros.

⁴⁷⁶El Informe de 1983, de la Comisión de Responsabilidad Civil General del Comité Europeo de Seguros, se ocupa de los factores determinantes de la adopción generalizada de este seguro que podrían simplificarse en líneas generales en la evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad civil, el mayor rigor conceptual respecto de la seguridad y la normativa tendiente a la protección del consumidor.

⁴⁷⁷Molina, Inés E. La contratación privada ..., Cuadernos de Obligaciones, N°3, cit. pag.71 y ssgetes.



a la iniciativa privada. Desde el punto de vista legislativo, si bien se reflejan los cambios sociales, difícilmente se incorporan al ritmo que impone su propio acontecer aunque de todos modos, tales previsiones normativas permiten garantizar buena parte de las situaciones de riesgo a las que se encuentra expuesta la sociedad (Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; Leyes de medicamentos; Directivas Europeas: de Responsabilidad Civil de Productores y Sobre Productos de Construcción; Proyecto de Directiva sobre la Construcción, entre otras).

En áreas "clave" como las de Consumo, Medio Ambiente y Vivienda, el Gobierno Central ha transferido atribuciones específicas a los niveles estatales inferiores (Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Parlamentos, Consejerías Autonómicas, etc.) en los que sin perjuicio de las distintas políticas y regulaciones normativas implementadas con propio color regional, han encontrado terreno propicio para su promulgación ciertos seguros obligatorios. Sin embargo, este afianzamiento contribuye a acentuar la dispersión e imprecisión normativa generadoras de gran incertidumbre para los Aseguradores quienes adoptan una actitud "reservada" frente a esta modalidad contractual sin perjuicio de advertir que su implementación mejoraría la aplicación de "la ley de los grandes números" y permitiría evitar la "antiselección"⁴⁷⁸.

De ninguna manera, resulta reprochable tan discreta postura debido a que existe una serie de aspectos que es necesario precisar previamente a fin de situar la cuestión dentro de sus justos límites. Si bien es cierto que la actividad aseguradora está llamada a cumplir una función social también lo es que debe ajustarse a pautas jurídicas concretas. Sin duda que en el cumplimiento de su cometido debe acotar la relación asegurativa al marco dispositivo fijado por el contrato y por la Ley que por lo general, regula deficientemente los alcances propios de estos seguros. La falta de precisión de parámetros tan trascendentes además de generar incertidumbre, trae consigo una notoria retracción de la oferta asegurativa y por ende, la frustración de la finalidad legislativa tenida en mira al consagrarlos.

Desde el punto de vista de la práctica aseguradora, se advierten **serios inconvenientes** respecto del aseguramiento obligatorio puesto que por lo general se exige respecto de actividades de cierta peligrosidad. En ocasiones, el insuficiente desarrollo técnico lleva a confusiones que determinan el otorgamiento de coberturas que no son las adecuadas. Asimismo, se perturba la práctica habitual del Seguro de Responsabilidad civil mediante

⁴⁷⁸Informe de 1983 del Comité Europeo de Seguros antes citado, subraya tal actitud.



estas contrataciones que suelen estar sujetas a tarifas uniformes y son incompatibles con la aplicación de limitaciones y franquicias sin perjuicio de los mayores costes que entrañan las certificaciones periódicas exigidas.

Del mismo modo, se advierten también serias dificultades en la aplicación de medidas de prevención para mejorar los riesgos y de saneamiento de pólizas deficitarias⁴⁷⁹. El mantenimiento de la garantía impone un cuidadoso examen de las condiciones de construcción mediante el estudio detallado del riesgo cuya aceptación si bien es mejor que sea libre debe ser este criterio pauta receptora.

La forma más conveniente de allanar estas dificultades se centra -según se ha afirmado- en la labor conjunta de la Administración y de los Aseguradores quienes por la índole de su actividad podrán ser de gran ayuda en la implementación de las condiciones y regulación de estos seguros contrastando opiniones, aportando propuestas y soluciones sobre los principios técnicos de asegurabilidad de riesgos. De acuerdo a la complejidad de ciertos riesgos y a la envergadura económica de las consecuencias del siniestro deberán propiciarse en algunos supuestos la formación de "pools" aseguradores con respaldo estatal. Además, resulta importantísima la consideración de la capacidad del mercado asegurador.

En ausencia de tan necesaria aproximación y considerando la realidad de los factores económicos en juego, "habrá seguros obligatorios sin aseguradores". Sabido es que la experiencia ha llevado a las más recientes tendencias a consagrar la búsqueda de una mayor liberalización del mercado circunstancia que ha motivado la afirmación de que "no corren buenos tiempos para imponer seguros obligatorios"⁴⁸⁰.

Aunque obligatorios todos, los seguros contenidos en el Anexo citado garantizan distintos riesgos y están reglados por las disposiciones propias de cada tipo. Si el riesgo cubierto es **responsabilidad civil** para que la garantía se haga efectiva debe mediar

⁴⁷⁹Pavelek Zamora, E., op.cit., págs.43 y 44, considera "muy poco respetuoso proceder a su imposición sin contrastar previamente si uno de los involucrados (asegurador) está en condiciones de dar respuestas a las demandas ...exigidas: pólizas sin límites, coberturas ajenas a la técnica aseguradora, ámbitos temporales desorbitados"

⁴⁸⁰Pavelek Zamora, op.cit., pág.44; pág.48/9, "... Esta práctica (del seguro obligatorio) pudiera ser fácilmente aceptable cuando los bienes jurídicos alcanzan a proteger el rango más elevado en la escala de valores: la vida, el honor, la integridad física de las personas o los recursos naturales de la humanidad. Sin embargo resulta más difícil comprender la creación de seguros de esta naturaleza que vienen a amparar responsabilidades ajenas a este fundamento ya que pretenden que el seguro asuma riesgos que afectan a personas privadas en sus intereses puramente económicos ...".



reconocimiento expreso del responsable o Sentencia judicial que así la declare sobre la base de la prueba producida (hecho humano, relación de causalidad y daño) debido a que no opera este seguro por pago automático ni consiste en una garantía *per se*.

B. Seguros Obligatorios y Construcción:

La citada Circular 2/1990 recoge en su Anexo algunos Seguros Obligatorios relacionados con el área de la **construcción**. Estos al igual que muchos otros de los allí incluidos, no evidencian cuál ha sido el criterio clasificatorio seguido para su consagración normativa el que por otra parte, dista de ser alguno de los adoptados en líneas generales por las actuales tendencias legislativas que prevén la obligatoriedad asegurativa⁴⁸¹.

a) Entidades Colaboradoras en España:

En España, la legislación impone a las **Entidades Colaboradoras** en el área de la construcción la contratación de seguros obligatorios de responsabilidad civil. Dentro de esta categoría se agrupan aquéllas que se ocupan de la Inspección y del Control Reglamentario de seguridad de los Productos, Equipos e Instalaciones.

Especial mención merecen los "Laboratorios de Ensayos para el Control de Calidad de la Edificación" (R.D. 1230 de 13-10-87) y las "Entidades Colaboradoras en la expedición de certificaciones de calidad, homologación y verificación" (R.D. 735/7 de 20-2-79) a los cuáles se impone un seguro obligatorio sin límite específico.

También pertenecen a esta categoría los **Laboratorios para el Control de Calidad de la Edificación en distintas áreas** (O.M de 15-2-90 del M.O.P.U.), a saber: (a) de **mecánica del suelo** y (b) de **hormigón** (en masa o armado y sus materiales constituyentes) los que deben contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil por un importe de cincuenta millones de pesetas y, (c) de **elementos de acero para estructuras** en actividades de laboratorio, de toma de muestras inalteradas "in-situ" y (d) de **suelos**

⁴⁸¹Informe de 1983 del Comité Europeo de Seguros, recoge ciertas pautas que determinan la tendencia legislativa hacia el seguro obligatorio como por ejemplo, respecto de las actividades en las que simples negligencias son determinantes de daños corporales (caza); de las que pueden resultar numerosas víctimas en ocasión de un mismo siniestro (instalaciones nucleares, transporte público) o bien, de las que causan graves perjuicios en serie de carácter puramente económico (abogados).



áridos, mezclas bituminosas y sus materiales constituyentes de viales para los cuáles se prevé un seguro obligatorio de responsabilidad civil con límite mínimo de cincuenta millones de pesetas para la actividad de ensayo de laboratorio.

Mediante estos seguros se garantiza la responsabilidad civil como riesgo tradicional al que son aplicables las coberturas corrientes por los períodos ordinarios. La exigencia legal no se hace extensiva a la **responsabilidad decenal** prevista por el art.1591 del Código civil cuyo aseguramiento impondría una serie de modificaciones al típico condicionado de póliza que van más allá de un período de vigencia mayor (decenal) y de un cálculo tarifario más complejo debido a que requiere muy precisa regulación el objeto contractual, las circunstancias que lo rodean, las pautas necesarias para un adecuado control así como otras tantas particularidades que oportunamente se comentarán. Esta referencia a la responsabilidad decenal se justifica desde el punto de vista de las soluciones de Derecho Comparado⁴⁸² y de la importancia o no de su inclusión en la tan esperada reforma legislativa del sistema español. En un sistema que ofrezca mayores garantías para los perjudicados cuya finalidad sea individualizar a los verdaderos responsables nada empiece esa extensión.

Si bien es cierto que actualmente ni la legislación ni la jurisprudencia española extienden el marco de tal responsabilidad a las Entidades colaboradoras, también lo es que éstas cumplen en el proceso de construcción un papel de fundamental importancia dado el momento y el objeto de su intervención. Los defectos constructivos motivados por su actuación y determinantes de las situaciones previstas por la normativa civil (arts.1591, 1907, 1909 y ccetes.) no ponen a su cargo la garantía decenal frente al dueño, comitente o sucesivos propietarios sino que éstos deberán dirigir sus reclamos contra el arquitecto, el contratista -según el Código civil- o bien contra el promotor o los demás técnicos a quienes la jurisprudencia ha hecho extensiva su aplicación. Sin duda resulta paradójico que estando sujetos a un campo de responsabilidades mucho más amplio, no se imponga a "todos" estos profesionales respecto de su "actividad" un seguro obligatorio al menos de responsabilidad civil si no puede implementarse también el de cobertura decenal. Por otra parte, éstos no se hallan compelidos actualmente por la índole de su actividad a contratar tales seguros sino por la medida del interés propio o corporativo.

⁴⁸²En virtud de la extensión normativa de la Ley francesa N°78-12, cuyo tratamiento será abordado a continuación.



La legislación regla cada vez con mayor detenimiento los controles y precauciones que deben llevarse a cabo en ciertas etapas del proceso constructivo. La generalizada intervención de estas Entidades determinará probablemente que en futuros reclamos por defectos de construcción quepa el análisis judicial de su participación en la concurrencia de responsabilidades debido a que la "individualización concreta de los responsables" se sustenta como criterio básico de una seria reforma legislativa.

b) Miembros de Asociaciones:

Algunas asociaciones imponen a sus miembros como condición de admisión, la suscripción de un seguro obligatorio al igual que otras proporcionan garantía aseguradora a quienes las integran como por ejemplo, los Colegios Profesionales⁴⁸³ de Arquitectos, Aparejadores, Ingenieros. Estos organismos de carácter corporativos suscriben **pólizas colectivas** mediante las cuáles amparan a todos sus miembros de los eventuales reclamos resarcitorios originados con motivo de su responsabilidad profesional en la construcción de aquéllas obras en las que hubieran intervenido y que hubieran recibido el correspondiente visado institucional.

Los Aseguradores suelen ofrecer al respecto diversas garantías de acuerdo al interés asegurable y a las posibilidades concretas del tomador/asegurado. Por su parte, la escala de primas correspondientes se adecuara a los alcances de la cobertura y al monto de la suma asegurada. Frecuentemente, éstas experimentan incrementos importantes debido no solo a la cuantía de los daños sino también a la necesaria intervención de especialistas durante la tramitación de los siniestros los que suelen requerir considerables lapsos de tiempo. Los mayores costos que por tal razón se derivan sumados a la resistencia del mercado reasegurador a participar en este tipo de riesgos, llevaron a los Aseguradores a abstenerse de participar en este tipo de negocios.

El obstáculo que esta retracción de la oferta aparentemente representaba para las instituciones interesadas en estos seguros, no fue de modo alguno insoslayable. Una vez que éstas analizaron la cuestión desde el punto de vista económico y del correspondiente a las garantías, optaron por la solución aparentemente más acertada, consistente en gestionar sus propios seguros mediante la creación de empresas aseguradoras de carácter

⁴⁸³Ver, ut- supra, págs.



corporativo y que operan bajo un régimen mutualista (Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores: ASEMAS, Mutuality de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos)⁴⁸⁴.

c) **Otras alternativas: La Llei del Habitatge de Catalunya de 13 de noviembre de 1991:**

1. **Seguro Obligatorio:**

Esta Ley⁴⁸⁵ prevé un **seguro obligatorio** en materia de **conservación y uso de viviendas** que pone a **cargo del propietario** y que como mínimo debe "cubrir los riesgos que deriven de causas fortuitas, fuerza mayor y de daños contra terceros" (art.30.3). Por lo tanto, se caracteriza como un **seguro de daños propios aderezado con responsabilidad civil ordinaria**. Aunque en rigor de verdad este Régimen de Viviendas pudo ser la vía legal adecuada y una de las más recientes para introducir coberturas obligatorias de responsabilidad profesional y/o decenal por defectos de construcción, aparentemente, no fue éste el criterio seguido por el Legislador a quién bastó con imponer un único seguro a efectos de tutelar los eventuales derechos de terceros y del propietario al respecto.

2. **Garantías Suficientes:**

Por otra parte, la Ley (art.15.1) dedica especial atención desde el punto de vista de la responsabilidad profesional a la figura del **promotor- vendedor de viviendas** (de nueva construcción o de obras de gran rehabilitación). Como **condición previa** a la enajenación, se exige a éste el otorgamiento de **garantía suficiente** en favor de los adquirentes por la reparación de **defectos constructivos** y de **daños** derivados directamente sobre la vivienda, dejando a salvo las previsiones relativas a la garantía decenal contenidas en la legislación civil (art.1591 y ccdtes.).

⁴⁸⁴Pavelek Zamora, E. Seguro y Construcción cit., pág.

⁴⁸⁵Ver apéndice: "Comentario sobre la nueva Llei de l'hatbitatge de Catalunya".



Aún cuando la norma no concreta la aplicación de un **seguro obligatorio** sino que simplemente alude a una "**garantía suficiente**" sin especificar cuál, la remisión a la reglamentación correspondiente⁴⁸⁶ permite albergar ciertas expectativas al respecto sin perjuicio de que oportunamente, deba adecuarse esa regulación a las pautas que pueda fijar el Gobierno Central al sancionar el Régimen de Ordenación de la Edificación en España⁴⁸⁷.

De todos modos, cabe señalar que en el área de la construcción se suele manejar una amplia gama de garantías como por ejemplo, los **seguros obligatorios de daños, de responsabilidad civil o de caución** así como el **aval bancario solidario**. Otros proyectos legislativos también han adoptado igual criterio⁴⁸⁸ e imponen al promotor **garantías suficientes** además de los **seguros obligatorios** de índole laboral y administrativa y de los **seguros voluntarios** de responsabilidad civil profesional y contractual correspondientes a los profesionales intervinientes o a los propietarios de edificaciones frente a terceros.

Finalmente, restaría agregar que cualquiera fuera el derrotero seguido en este sentido por la Legislación española, oportunamente, deberá sujetarse inexorablemente a los lineamientos normativos que sobre la **garantía edificatoria** disponga la C.E.E. para todos los países miembros.

⁴⁸⁶Ley del Habitatge de Catalunya, art.15.3 "Los tipos de garantías, los términos, las cuantías y los medios para reclamar la ejecución han de ser establecidos por reglamento".

⁴⁸⁷En ocasión de la Ley 12/86 Reguladora de las atribuciones profesionales de Arquitectos e Ingenieros Técnicos, el Gobierno Central asumió el compromiso de remitir a las Cortes, en el plazo de un año, un **proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación** en la que se regularían las distintas intervenciones profesionales en el proceso de construcción sin que -no obstante, haberlo reanudado para el primer cuatrimestre de 1992- hasta el presente se le haya dado cumplimiento.

⁴⁸⁸Borrador de Ley de Ordenación de Edificación arts.8.2 e) y 25.



IV. EL SEGURO OBLIGATORIO: COBERTURA DECENAL POR DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN

a) Tendencias

En principio, el citado Anexo de ordenación del aseguramiento obligatorio en el Derecho positivo español no incluye el seguro decenal por defectos de construcción a pesar de haber sido repetidamente previsto en la elaboración de algunos anteproyectos de reforma del régimen de responsabilidad decenal y de Ordenación de la Edificación que nunca recibieron sanción legal⁴⁸⁹. Existen muchas expectativas al respecto, especialmente, teniendo en consideración la diversidad de intereses que entrarían en juego en virtud de su aplicación (de los propietarios, profesionales, aseguradores y hasta de la propia Administración).

En la práctica, los Aseguradores como en teoría, los especialistas en esta materia consideran que a la hora de garantizar los **"defectos constructivos evidenciados con posterioridad a la recepción"** y por períodos prolongados, ofrece menos problemas el seguro **contra daños** adaptado que el seguro de responsabilidad civil decenal. Y, con tal circunloquio, reemplazo a drede la denominación de **"responsabilidad decenal" "o por ruina"** debido a que con mucho cuidado se evita hacer expresa mención a éstas no solo en las pólizas de seguro sino también en los proyectos legislativos como en ciertas disposiciones vigentes en las que tangencialmente se alude a ellas.

Esto no significa que no se ofrezcan y contraten también **coberturas decenales de responsabilidad civil** por los promotores, constructores, técnicos y demás profesionales intervinientes aunque éstas no son abarcativas de los verdaderos alcances normativos y jurisprudenciales de esta institución. Con criterio muy restrictivo, se encara esta garantía que simplemente se acota a ciertas causas y a ciertos daños.

Por su parte, el **seguro decenal en materia de daños** adopta particularidades ajenas a su estructura legal tradicional, circunstancia que obedece a razones prácticas muy claras, entre otras, la mayor rapidez en la liquidación del siniestro que no está sujeta a

⁴⁸⁹Pavelek Zamora, E.. "Sistema de seguro obligatorio ...cit. pág.47: "Aunque previamente se habían redactado otros borradores de anteproyectos similares, ninguno había salido adelante por diferentes razones y una de ellas se configuraba como determinante de un **seguro de carácter obligatorio para garantizar los defectos constructivos**".



declaración de responsabilidad, los menores costos de tramitación para el asegurador así como las menores dificultades de orden técnico relativas al tratamiento del riesgo.

En el mercado español, se opera libremente con **pólizas decenales de diversos alcances en ambos tipos de riesgo**⁴⁹⁰, dada esta amplia diversidad sería conveniente analizar cuál o cuáles de ellas se adecuaría mejor a las necesidades de los interesados y cuáles serán los alcances más apropiados en el momento de establecer un seguro obligatorio decenal por defectos de construcción.

a.1) Reforma legislativa:

De acuerdo con el análisis efectuado en capítulos anteriores, resulta evidente la dicotomía existente entre la regulación legal de la responsabilidad decenal o por ruina (arts.1591, 1907, 1909 C.c.) y los alcances que le fueran asignados por la Jurisprudencia Superior más acordes con la nueva realidad constructiva. Desde tiempo atrás, esta circunstancia ha motivado el reclamo a voces de un ajuste normativo inminente que sin llegar a concretarse, se evidenció en diversos proyectos legislativos cuyas pautas generales tuvieron mucha similitud, así se propugnó, por ejemplo: la modificación del régimen del **art.1591 Cc**; la irrenunciabilidad de la **garantía de buena ejecución**; la adecuada regulación de las funciones y atribuciones de los intervinientes en el proceso de construcción a fin de **identificar** a los verdaderos responsables; la ampliación de la noción tradicional de **ruina** a todos los defectos constructivos que la Jurisprudencia supo extenderla; el **aseguramiento obligatorio** de éstos, propiciándose en ocasiones distintos **plazos de garantía** en función de la importancia de los daños siguiendo el criterio adoptado por el Derecho francés⁴⁹¹.

⁴⁹⁰Ver Anexo Pólizas en vigor.

⁴⁹¹Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., págs.112/3. La Ley francesa de 4 de enero de 1978 (Ley 78-12) reforma el art.1792 Code civil y, prevé además de la garantía decenal (de buena ejecución):a) la **garantía de buen funcionamiento**, debida por el promotor, el vendedor y los constructores durante el plazo mínimo de **dos años** a partir de la recepción respecto de las obras menores (elementos de equipamiento que no formen un todo indisociable con las grandes obras, amparados por la garantía decenal) (art. 1792.3);b) la **garantía de perfecto acabado**, debida solamente por los constructores, durante **un año** desde la recepción respecto de las deficiencias o irregularidades advertidas mediante reservas en el acta de recepción o con posterioridad, por notificación (art. 1792.6) y c) la **garantía de aislamiento sonoro**, una modalidad de la anterior con régimen especial, debida por el empresario al propietario durante **un año** y por el vendedor o el promotor durante **seis meses** respecto de aquéllos defectos no amparados por la garantía decenal (arts.8 Ley 78-12, 1792.6).



a.2) La modalidad de obligatoriedad más adecuada:

La opción del tipo de aseguramiento obligatorio de carácter decenal representa un acto de suma importancia para el buen funcionamiento del sistema. Básicamente, de la alternativa elegida dependerá su aceptación por parte de los Aseguradores la que en mayor o menor medida dependerá de las posibilidades e interés con que cuenten para operar en ese tipo de riesgos. En principio, un seguro obligatorio de carácter forzoso con rígidas condiciones impuestas por ley ofrecería mayores dificultades que los de "suscripción obligatoria" que reconoce un margen más a la disponibilidad privada. Previamente a adoptar tal decisión, la Administración debe contemplar los factores que inciden en el rechazo de una determinada modalidad obligatoria por estos operadores. De ninguna manera, podrá exigirse una efectiva función social de su actividad si no se promueve con su cumplimiento, la preservación de la solidez de esas empresas cuya estabilidad y solvencia dependerá -en caso de siniestros- de los límites que muy concretamente fija su propia capacidad económica. Sin duda, tendrán a su cargo la tarea inexcusable de penetrar en la intención del legislador y desplegar un esfuerzo especial mediante la presentación de propuestas y soluciones técnicas, acordes con su capacidad y especialmente, en cuanto concierne a los seguros obligatorios con elevado factor de riesgo y carentes de una rigurosa definición de sus alcances⁴⁹².

Estos argumentos lejos representar un alegato en defensa de la actividad aseguradora, no hacen sino reflejar su realidad operativa. En muchas ocasiones, resulta imposible que una sola Compañía aseguradora pueda soportar individualmente los siniestros que generan los graves riesgos asumidos cuya evaluación se aleja de las prácticas usuales. A pesar de los mayores costos que se deduzcan de su implementación y del consiguiente encarecimiento de la vivienda, se imponen como condición sine qua non, el estricto control de la buena calidad de los materiales y la necesidad de construir mejor. Asimismo, será necesario el control periódico de solvencia de promotores y constructores a fin de evitar la constitución de sociedades efímeras con ínfimos capitales cuyas consecuencias repercutan en perjuicio del Asegurador.

⁴⁹²Pavelek Zamora, E. op.cit., pág.49.



En razón de la naturaleza de los bienes asegurados y del período decenal de garantía, este seguro requiere un tratamiento singularizado sea cual fuere la alternativa elegida o bien un seguro de responsabilidad civil u otro de daños o bien, la obligatoriedad de ambos según los supuestos fácticos contemplados de acuerdo con el criterio seguido por el Derecho francés.



XII. LOS SEGUROS DE COBERTURA DECENAL EN ESPAÑA

a) ¿QUE SE DEBE ASEGURAR?

La construcción de edificios representa no solamente una fuerte inversión sino también un elemento indispensable para la vivienda y el desarrollo de las actividades del hombre que va acompañado de un componente de larga duración, razones que determinan una interesada protección de las Autoridades.

De acuerdo con los lineamientos generales que fueron analizados precedentemente, podrían enunciarse como principios generales de la responsabilidad decenal: a) La presunción *iuris tantum* que pesa sobre los profesionales intervinientes con motivo de las consecuencias dañosas por los defectos constructivos; b) la obligación de resultado que asumida frente al dueño o comitente; c) la determinación legal y jurisprudencial de los presuntos responsables; d) los aspectos sobre los que versa la conducta reprochable; e) el amplio concepto de ruina identificable con los defectos constructivos.

La ausencia de normas civiles expresas que definan el contenido de los términos propios de esta institución (vicios de dirección, del suelo, de construcción; contratista, arquitecto; edificio; "arruinamiento"; conclusión de la construcción) y que permitan delimitar el contexto fáctico al que resultan aplicables, **ha facilitado** la labor interpretativa de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo adecuándose a las innovaciones y desarrollo de las nuevas técnicas, materiales y procedimientos constructivos. Como en materia de responsabilidad civil -según De Angel⁴⁹³-, también en este campo la afirmación ante la ausencia de reformas legislativas se fue forjando un cambio de mentalidad en la orientación y aplicación de los **principios jurídicos tradicionales por caminos de máxima protección** para quienes resulten perjudicados en materia de responsabilidad decenal.

⁴⁹³De Angel Yagüez, op.cit. pág.34.



En búsqueda de la determinación del momento más conveniente y preciso como punto de partida del cómputo decenal, se ha escogido la "Recepción" por tratarse de un acto jurídico aunque no legalmente "formal", muy concreto que permite establecer de una manera fehaciente tanto para ambas partes como para el Asegurador, el **comienzo de la garantía**. Por lo general, en el Derecho comparado, esta figura pertenece al marco normativo de la Contratación de Obra Pública regulada por el Derecho administrativo. Si bien no ha sido recogida por los Códigos civiles decimonónicos, su inclusión se revela en los textos más recientes⁴⁹⁴.

b) RAZONES QUE HACEN NECESARIO EL SEGURO:

Un **seguro** para cubrir las consecuencias dañosas de la Responsabilidad Decenal se impone como una **necesidad** para las empresas o profesionales de la construcción quienes difícilmente pueden afrontar de su peculio personal o comercial siniestros de cierta envergadura. A ello, debe sumarse que tampoco pueden dejar de evaluarse las oscilaciones económicas que en esta actividad se producen por la reducción de los márgenes de ganancia o bien por la desaceleración del ritmo de la actividad constructiva motivado por circunstancias coyunturales en muchas ocasiones, determinantes de incumplimientos de compromisos financieros e inclusive de la desaparición o estado de falencia de quienes se ocupan en el sector. Ante tales circunstancias, de existir un Seguro Decenal se torna muy difícil el mantenimiento de la garantía y es imperioso el cuidadoso examen de solvencia del promotor y de los constructores.

En tales supuestos, la finalidad primordial del codificador, de hondo contenido socio-económico, se vería frustrada ya que los derechos del propietario o comitente estarían desamparados en caso de siniestro (arruinamiento, defectos constructivos, etc.) debido a que los responsables carecerían de capacidad económica necesaria para afrontarlo. Por lo tanto, para que la institución funcione, será necesaria una prolongada y suficiente solvencia de los obligados lo cual representa un difícil requerimiento en muchas ocasiones en que no podrán siquiera prever su evolución empresarial en el corto plazo. Esta incertidumbre se cieme entonces sobre ambos patrimonios, el del propietario que puede ver inejecutable la garantía prevista en su favor y el del profesional que puede sufrir un serio colapso económico de producirse un siniestro.

⁴⁹⁴Art. 1792.6.1 Code civil francés.



En la mayoría de los países en que se consagra legalmente esta Responsabilidad, el **seguro de cobertura decenal** es una de las soluciones mayormente aceptadas. Sin embargo, su aplicación no resulta una práctica generalizada por parte de los presuntos responsables, excepto en aquéllos ordenamientos en que se prevé expresamente su contratación obligatoria.

En este caso como en muchos otros de responsabilidad profesional, los sujetos a quiénes les serán achacables las consecuencias dañosas, son reacios a considerar siquiera la menor posibilidad de verse envueltos en una situación semejante. Generalmente, tal actitud se basa en la errónea convicción de una infalible profesionalidad que los mantiene al abrigo de ese tipo de eventos los que de producirse, procederían a absorberlos como riesgos empresarios. Esta creencia esta basada sin duda en que la mayor experiencia adquirida en el ejercicio de cierta actividad tomará invulnerable a quién la ostente pero sin advertir que existe una serie de factores que contribuyen a quebrantarla como por ejemplo, la aplicación de nuevas técnicas o materiales de construcción poco o mal conocidos o de escasa experimentación, la falta de resignación de ver mermadas las ganancias esperados al reducirse los márgenes de beneficios llevan a economizar en la construcción con la consiguiente aparición de defectos constructivos.

La contrapartida de tal planteo es que la tranquilidad de quiénes contratan estos seguros a no preocuparse de actuar con la habitual atención y diligencia profesional en cierto modo controlada pero, en definitiva absorbida por el Asegurador.

c) ¿QUÉ Y CÓMO SE ASEGURA? DISTINTOS TIPOS DE PÓLIZAS

1. El Seguro decenal de daños

a) Características generales.

La situación que se plantea en un contexto como el español, de **contratación voluntaria** de este tipo de seguros es muy complicada para el dueño o comitente puesto que consolidado el defecto, arduas discusiones deberá mantener con los presuntos responsables hasta lograr su condena y a fin de hacerla efectiva en su oportunidad, deberá controlar la solvencia de los profesionales intervinientes durante el lapso de la garantía.



En tales reflexiones, se basan quienes postulan que el Seguro decenal de daños como la mejor alternativa para garantizar la propiedad.

Se trata de una póliza de daños que puede incluir una **cláusula especial** (con o sin recurso contra los responsables) mediante la cuál el Asegurador **debe renunciar expresamente** a recurrir contra los profesionales responsables no garantizados por la póliza e incrementa la prima como contrapartida de que no podrá recuperar de aquéllos la indemnización abonada. Reconocerle la posibilidad de recurrir contra los responsables, podría resultar en principio más ventajoso para el Asegurado/tomador debido a que la prima aplicada operaría como una prefinanciación de la indemnización oportunamente recuperada. Pero, por otra parte, la realidad demuestra que el Asegurador no reduce tan fácilmente la prima ya que al calcularla evalúa otros factores concretos como si los eventuales responsables han contratado o no Seguros de responsabilidad decenal, incertidumbre que también tiene su precio⁴⁹⁵.

Mediante esta póliza, el período decenal podrá cubrirse con **base anual renovable** o bien con **base capitalizada** lo cuál exige que la prima sea abonada al inicio de la garantía con el consiguiente compromiso en firme del Asegurador.

Esta alternativa permitirá a los perjudicados obtener del Asegurador una rápida reparación de cuanto haya sido **objeto de garantía** mientras que conservarán los derechos y acciones directas contra los responsables por todo cuanto no les haya sido resarcido por ese medio pudiendo concurrir en su reclamo con la Aseguradora subrogada.

La obra siempre se asegura por su valor total al momento de la recepción monto máximo al que se limitará el compromiso financiero del asegurador. En caso de siniestro no es necesario determinar la responsabilidad para exigir la indemnización sino que será suficiente con acreditar la índole decenal de los daños causados por los vicios expresamente previstos en el condicionado general mediante determinación pericial que estimará el importe y la forma de la reparación correspondiente. La indemnización cubre un porcentaje anual de inflación en favor del asegurado sin que se aplique la regla proporcional respecto del período que se extiende entre la recepción y el siniestro.

⁴⁹⁵Scor. Reassurance. La garantía decenal. Formas y tipos de seguro decenal.



b) Sujetos obligados y el Propietario

La Ley de Contrato de Seguros caracteriza muy claramente tanto al tomador como al asegurado como sujetos de la relación asegurativa.

- a) El **tomador** es la persona física o jurídica designada en el contrato en las condiciones particulares que suscribe el contrato de seguro **por cuenta propia o ajena** y que con acuerdo del asegurador se compromete según las obligaciones derivadas de la Ley y del acuerdo. En caso de duda, se considera que ha contratado por su propia cuenta (art.7 LCS).

Si existe un "**tercer asegurado**" estarán a su cargo aquéllas obligaciones que por su naturaleza le correspondan sin perjuicio de las asumidas por el Tomador las que en caso de incumplimiento, podrán ser ejecutadas por aquél sin que pueda mediar oposición del Asegurador.

- b) El **asegurado** puede ser el propio el **tomador** del seguro o un tercero. En este caso, podrá ser una persona determinada o determinable según el procedimiento previsto por las partes (art.7 LCS). Este sujeto es quién se beneficia en el contrato de seguro de daños de todos los derechos que de éste se derivan.

En algunas pólizas en vigencia, el seguro es tomado por un profesional de la construcción, designando al propietario como asegurado. Por lo tanto, se refieren a éste como la persona física o jurídica **por cuya cuenta se efectúan los trabajos** o que con posterioridad se convierte en **propietaria** de la obra. Si el tomador es el promotor se cubre así de eventuales reclamos que con motivo de la garantía decenal puedan ejercer los adquirentes pudiendo convenir con el Asegurador la renuncia de recursos contra el constructor o el arquitecto.

En otras ha sido identificado con el promotor o demás agentes intervinientes en la construcción. Sin embargo, tal circunstancia ha generado cierta confusión que se vio



agravada por introducir además en el típico seguro de daños una figura ajena a su contexto, el tercero y definirlo nada felizmente como el propietario inicial y/o sucesivos adquirentes de la construcción durante el período de cobertura.

Conforme a tales condiciones, este seguro podrá ser contratado por el propietario, el comitente o los sucesivos adquirentes asimismo por los intervinientes en la construcción individual o conjuntamente.

c) El Seguro decenal de daños en el Derecho francés⁴⁹⁶:

La citada Ley francesa 78-12 en su Título III, al reformar las disposiciones pertinentes del Code d'Assurances (arts.241.1, 242.1 y ccdtes.) prevé el **Seguro decenal obligatorio de daños** a cargo de las personas físicas o jurídicas en calidad de dueño de la obra, de su mandatario o del vendedor que hagan realizar "trabajos de edificación" (travaux de bâtiment). Al iniciarlos, éstos deben acreditar su contratación por cuenta propia o por la de los sucesivos adquirentes a efectos de garantizar el pago de los trabajos de reparación por los daños especificados en la Ley de los que resultan responsables los "constructores" (designación abarcativa de todos los profesionales comprendidos) en los términos del art.1792 Cc aunque **sin ocuparse de determinar o buscar los responsables**.

Este seguro tiene efecto **luego** del plazo de la **garantía de perfecto acabado** sin embargo garantiza **reparaciones necesarias** tanto "**antes de la recepción**" después de constituir en mora al empresario sin resultado y de rescindir el contrato por inejecución de sus obligaciones como "**después de la recepción**" cuando haya resultado su constitución en mora infructuosa.

Generalmente, se aplica respecto de ciertas construcciones especiales: las viviendas individuales y los edificios agrícolas e industriales.

⁴⁹⁶Le Code d'Assurance Construcción. Association française des Assureurs construction. Ed. L'Assurance française. Nov.1989. pág.120 y ssgtes. Chétivau, Simone Claire. Les Assurances Obligatoires des Travaux de Bâtiment. Encyclopedie Delmas pour la vie des affaires. Collection française. Ed. Delmas. 1a. edition. pág.13.



2. El Seguro específico de Responsabilidad Decenal

a) Características Generales

Existen diversos tipos de seguros de responsabilidad civil según se configure el riesgo objeto del contrato o bien según las personas aseguradas profesionales o no (propietario, promotor, contratista principal, técnicos, etc.). En tal sentido, pueden garantizarse los daños que sufran las obras como consecuencia de la responsabilidad profesional mediante una póliza individual contratada por el propio interesado o bien colectiva suscrita por los Colegios Profesionales en favor de sus integrantes⁴⁹⁷.

Las posibilidades de contratación son múltiples según sean las garantías elegidas. De tal modo, si se requiere una cobertura decenal le será necesario al Asegurador apartarse de las prácticas habituales de este tipo de seguro para establecer las sumas aseguradas y adecuarlas a una escala de primas correspondientes para cuyo cálculo tendrá que tener en consideración ciertos parámetros tales como por ejemplo, el extenso período de cobertura, el oportuno análisis del riesgo y su cuantía dañosa en caso de siniestro, la declaración de siniestralidad del asegurado, el control permanente del cumplimiento de las condiciones exigidas por organismos especializados, la mayor o menor dificultad para conseguir un reaseguro adecuado, la incertidumbre sobre las consecuencias que del siniestro puedan derivarse para el propietario y para los terceros. Sin duda alguna, estas primas serán superiores a las que pudieran resultar de pólizas colectivas.

Cuando se suscriben otras pólizas distintas de las mencionadas más tradicionales o específicas (obra civil terminada, incendio, etc.) difícilmente la garantía decenal se extienda a los vicios propios de la construcción cubiertos por éstas ya que no se admite la doble cobertura de tales riesgos.

Dadas las altas sumas en juego y los eventuales inconvenientes que pueden derivarse de la capacidad económica del Asegurador, se subordina el otorgamiento de la garantía al cumplimiento de las condiciones técnicas de construcción adecuadas. A tal fin, se exige un **control** previo (proyecto y dirección) así como permanente durante la ejecución de la obra

⁴⁹⁷Pavelek Zamora, E. Seguro y ... cit., pág.



y hasta que se produzca la recepción por la Oficina de Control Técnico elegida por el Asegurado y aprobada por el Asegurador. Después de ese momento, éste no ofrecerá ninguna garantía de ese tipo por temor a la "anti-selección". Esta exigencia es mantenida en todas las pólizas de responsabilidad decenal y en también suele aplicarse en algunas pólizas decenales de daños.

La prima definitiva se calcula sobre el **coste definitivo de la obra** y debe ser abonada casi inmediatamente después de la recepción.

El asegurador estará sujeto a la **determinación de la responsabilidad del asegurado** para poder hacer efectiva la indemnización.

b) Sujetos Obligados y el Tercero

En este Contrato de Seguro como en el anterior, se aplican las disposiciones generales de la Ley N*50. Los sujetos contratantes son el Asegurador y el Tomador, pudiendo coincidir en la persona de éste la calidad de Asegurado con las características descritas. Sin embargo, cabe señalar también la importancia que adquiere la figura del "tercero" en el momento en que el Asegurador debe cumplimentar las obligaciones pactadas.

Como el seguro se estipula en favor de quién resulte perjudicado (tercero) por la conducta dañosa del Asegurado, una vez declarada su responsabilidad y admitido el siniestro por el Asegurador, la obligación de indemnizar pactada entre ambos deberá hacerse efectiva frente a aquél.

Claramente, se puede advertir que el **interés del Tomador/ Asegurado** reposa en que, de verse comprometida su responsabilidad, no resulte afectado su patrimonio ante el reclamo resarcitorio del "tercero". Por el contrario, su presencia resulta ajena al tradicional Seguro de Daños porque si bien el interés que lleva a la contratación también es igual preservación patrimonial, la indemnización no estará prevista para cubrir eventuales reclamos de otros sino para reponer los bienes afectados que integran el propio acervo.

Esta referencia a la independencia entre este seguro y la figura del tercero aunque parezca obvia, no resulta de modo alguno ociosa a estas alturas, en virtud de las incongruencias que



suelen advertirse al cotejar "definiciones" y "objetos de cobertura" contenidos en ciertas **Pólizas decenales** vigentes en España. Tan es así que por ejemplo, sorprende encontrar definido como "tercero" al **propietario inicial o sucesivos adquirentes** de la construcción durante el período decenal en el texto de una Póliza fácilmente caracterizable como "de Daños" por cuanto garantiza "**la indemnización de los daños materiales**" sin relacionarles con responsabilidad alguna. La falta de precisión en el uso de la terminología jurídica genera serias confusiones conceptuales que atentan contra la seguridad jurídica en el tráfico negocial.

De tal modo, en el Seguro decenal de daños es más adecuado hacer referencia al Tomador (co-contratante)/ Asegurado (por cuenta de quién se efectúan los trabajos: Promotor, dueño-comitente, adquirentes sucesivos) o bien a cada uno de ellos en forma independiente siendo que la garantía se concreta a indemnizar el deterioro o destrucción (daños materiales) de los bienes asegurados (construcción). La mención del "tercero" induce a pensar en una cobertura de la Responsabilidad civil que por el contrario se extiende a "**los daños materiales que hagan entrar en juego la responsabilidad del asegurado**". Naturalmente que en materia de **Responsabilidad Decenal** corresponde identificar como "tercero" no solo a los perjudicados en los términos previstos por los arts. 1909 Cc sino también al propietario o a los sucesivos adquirentes de la obra (art.1591 Cc).

c) El Seguro Obligatorio de Responsabilidad Decenal en el Derecho francés

Al igual que el Seguro obligatorio de daños, éste fue introducido por la citada Ley 78-12 modificatoria del régimen de seguros en materia de construcción (art.242.1 CA). Este Seguro Obligatorio de Responsabilidad decenal está previsto respecto de la "garantía de buena ejecución" a cargo de todos los profesionales intervinientes en los "trabajos de edificación" (Travaux de bâtiment), presuntos responsables en los términos del art.1792 Cc⁴⁹⁸. Expresamente se distingue éste supuesto de la garantía bianual de "buen funcionamiento" y de la anual de "perfecto acabado" respecto de la cuál corresponde formular ciertas apreciaciones en cuanto a si excluye o se superpone a la garantía decenal.

⁴⁹⁸Chévitau, S. op.cit., pág.15.



3. El Seguro de Responsabilidad Civil Profesionales

a) Caracterización de la Responsabilidad Profesional

Sin perjuicio del desarrollo que este tema merece, esta sección estará centrada en un aspecto muy concreto, el relativo a los Seguros que garantizan dicha responsabilidad respecto de ciertos profesionales (técnicos) de la construcción especialmente, en torno al tan citado art.1591 Cc.

A modo introductorio, se destaca que la doctrina de la Responsabilidad Civil Profesional surge como consecuencia de un fenómeno social cuyo fundamento se armoniza con los lineamientos generales del Derecho de Daños⁴⁹⁹. Su aparición tiene lugar en las sociedades más evolucionadas en las que el perjudicado tiene absoluta conciencia de su derecho a exigir la reparación por los daños sufridos en cualquier esfera, incluso los originados en el ejercicio de diversas actividades profesionales. Actualmente, esta doctrina ha sido receptada por los distintos sistemas jurídicos contemporáneos y en mérito a sus particulares características, se ha configurado un régimen normativo con fisonomía propia que deriva de los usos y costumbres y en el que privan criterios estrictos de apreciación de la culpa. En este sentido, el profesional está más propenso a ver comprometida su responsabilidad que cualquier particular.

Si bien en sus albores, hizo eclosión la responsabilidad civil médica como derivación de conductas delictivas penales ("mala praxis"), actualmente, ha variado tal criterio⁵⁰⁰ y se admite también la responsabilidad de cualquier profesional derivada de un contrato (vgr.de servicios, de obra) así como hechos ilícitos civiles y delitos culposos penales.

⁴⁹⁹Gullon- Díez Picazo. Sistema de Derecho Civil ...cit. Vol.II, págs. 592 y ssgtes. De Angel Yagüez, R. La responsabilidad ...cit. pág.33 y ssgtes.

⁵⁰⁰Sotomayor Gippini, La responsabilidad civil profesional. Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil. Universidad de Deuzto. Bilbao 1979. pág.137. Tradicionalmente, este tipo de responsabilidad ha sido estudiada con los problemas derivados de la responsabilidad Aquiliana sin perjuicio de su aplicación también en la esfera convencional.



A pesar de que la Responsabilidad Profesional (contractual o extracontractual) carece de un régimen normativo específico, los usos costumbres fijan reglas al respecto. En este sentido, es laudable la labor cumplida por las Asociaciones profesionales (vgr. Colegios) que fijan las reglas del comportamiento científico, técnico e incluso académico al igual que se ocupan del control de la habilitación y del ejercicio de la actividad de sus miembros.

Cada día más, se exige al profesional que tenga una mayor especialización y que profundice más en sus conocimientos, aumentando en proporción los márgenes de error en los que puede incurrir. Sin lugar a dudas, los tiempos han cambiado y el prestigio social no está implícito en una profesión sino que se alcanza con el logro de tales exigencias⁵⁰¹. Desde esa óptica, la falta cometida y por ende, el paradigma del "buen hombre de negocios" se apreciará con mayor rigor que si se tratara de un particular ya que el profesional debe ostentar una formación especializada y contar con los conocimientos necesarios y medios adecuados que le permitan obtener el resultado esperado.

En este sentido, para que pueda serle atribuible tal responsabilidad, se parte del análisis de la antijuricidad de la conducta como infracción de normas jurídicas, de convivencia social o bien de las reglas del arte. Al apreciar la "culpa" se procura establecer cuál hubiese sido la conducta de un "buen profesional" (prudente, razonable y enterado) de la misma especialidad, ejerciendo su actividad en iguales condiciones extrínsecas (art. 1104 Cc)⁵⁰². Si bien no se exige un grado máximo de pericia profesional, es imprescindible la aplicación práctica de los conocimientos adquiridos de acuerdo con el criterio profesional más adecuado para cada caso concreto.

⁵⁰¹Sotomayor Grippini, José M. Seguros de Responsabilidad Civil. El Seguro Privado en España. Madrid. 1972. Este autor resalta el prestigio social de la concepción romana derivada del concepto griego de "profesión" como actividad del hombre libre casi siempre gratuita y moralmente independiente en la toma de sus decisiones. En cierto modo, esta idea tuvo hasta no hace mucho cierta perduración conjugándose con la concepción casi religiosa del perjudicado al considerar el daño sufrido como una adversidad o fatalidad del destino o de la Divina providencia. En este sentido, Gullón- Diéz Picazo ...y De Angel Yagüez, R. ...loc. anterior.

⁵⁰²En cuanto a las condiciones extrínsecas -referidas por Mazeaud- que inciden en la apreciación de la culpa, resulta aplicable el art. 1104 Cc cuyos parámetros permiten generalizar sus lineamientos básicos: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponde al buen padre de familia".



En principio, esta enunciación teórica aparentemente no ofrece mayores dificultades respecto de las conductas más negligentes; sin embargo, el problema mayor se plantea en la práctica con aquéllas pertenecientes a una "zona gris" en la que es muy difícil determinar los límites de la antijuricidad.

b) Los Seguros de Responsabilidad Civil Profesional

Desde otro punto de vista, los Seguros de Responsabilidad Civil Profesional (SRCP) están especialmente dirigidos a ciertas categorías de profesionales liberales que deben sujetarse a las mencionadas normas y reglas propias de cada actividad (vgr. jurídicas, técnicas, éticas, académicas, corporativas) y que podrían dividirse en tres grupos: a) **Profesiones Médicas** (vgr. médicos especialistas, dentistas, farmacéuticos); b) **Profesiones de la técnica de la Construcción** (vgr. arquitectos, ingenieros, aparejadores, geómetras); c) **Profesiones Jurídicas** (vgr. abogados, procuradores, notarios, consejeros especializados, asesores de empresas, gestores de bienes, corredores, intermediarios)⁵⁰³.

Esta clasificación no circunscribe los supuestos de responsabilidad a tales categorías sino que -de algún modo- limita a ellas, las coberturas más usuales en la práctica aseguradora sin perjuicio de que puedan ampliarse a otras en forma excepcional aunque con costos más elevados. En este sentido, la mayor parte de los riesgos que se derivan de actividades profesionales son asegurables.

Esta garantía comprende la responsabilidad civil en general cualquiera sea su génesis, contractual -salvo dolo o morosidad- o extracontractual (arts. 1101 ccetes. y 1902/3 Cc). Por otra parte, si bien "toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente" (arts. 19 CP) y pesa sobre ella, la consiguiente obligación de reparar (arts. 101/ssgtes.) desde el punto de vista Asegurador, solo queda comprendida la derivada

⁵⁰³Gertsch, Charles. El Seguro de la RC profesional (RCPf). Conferencias sobre el Seguros de Responsabilidad Civil. U. Deuzto. Bilbao 1979, pág. 157.



"de imprudencia punible" (Tít.XVI arts.565, 586.3 y 600 CP) y en ningún caso, de dolo o malicia. Pero -aunque dentro de este contexto-, la "calidad profesional" del sujeto agrava su responsabilidad penal y la sanción aplicable⁵⁰⁴.

En principio, el SRCP garantiza el pago de indemnizaciones pecuniarias por daños materiales, corporales y perjuicios económicos a terceros, resultantes de acciones u omisiones involuntarias "en el ejercicio de la actividad profesional" (descritas en cada caso en el Condicionado particular) de acuerdo con la regulación general aplicable en cada caso y en los supuestos de riesgo descritos⁵⁰⁵. No obstante, se puede convenir expresamente la inclusión de otros supuestos normativos especiales (vgr. art.1591 Cc) al delimitar el riesgo asegurable⁵⁰⁶. En el supuesto de la actividad de los profesionales técnicos (en construcción), se alude a la garantía de los daños directos e inmediatos sufridos en obras e instalaciones sobre las que éstos hayan cumplido su actividad (proyección, dirección, supervisión) o bien, que constituyan el objeto de los trabajos desarrollados.

Del mismo modo, quedan garantizados los daños ocasionados por personas que para el desempeño de su cometido estén "bajo las órdenes o control del Asegurado⁵⁰⁷" (profesional) en las condiciones convenidas en la póliza.

En segundo término, estos seguros garantizan además la **defensa jurídica** (judicial o extrajudicial) del Asegurado y el pago de honorarios, gastos y fianzas que pudieran devengarse de esa actividad. No corren igual suerte ni las multas (penales o administrativas) ni las indemnizaciones establecidas de antemano. Por lo tanto, el Asegurador respalda desde el punto de vista patrimonial y jurídico, el ejercicio de la

⁵⁰⁴Art.565.5 CP: "... Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de **impericia o de negligencia profesional** se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad ...".

⁵⁰⁵En general, quedan excluidos los daños derivados de "defectos o vicios de construcción" o de incumplimientos contractuales específicos. Asimismo, se indican las causas determinantes de los daños garantizados como por ejemplo, incendio, explosión, hundimiento de terrenos, corrimiento de tierra, vaciado y cimentación, etc.

⁵⁰⁶Gertsch, Charles. El Seguro de RC Profesional ...cit., pág.161. Destaca que este seguro garantiza las reclamaciones por los daños y perjuicios que estén en relación directa con el trabajo profesional pero, de ningún modo, los conocimientos profesionales ni la capacidad técnica ni la garantía de buen éxito.

⁵⁰⁷En general, se suele excluir de este supuesto los profesionales con titulación igual o superior a la del Asegurado que no esté expresamente incluido en la póliza.



actividad del profesional haciéndose cargo de las reclamaciones indemnizatorias de terceros.

Sólo serán satisfechas aquéllas que hayan sido formuladas o entabladas contra el Asegurado durante el período de vigencia de la cobertura (anual) en relación a las "misiones"⁵⁰⁸ ejecutadas a partir del inicio de ésta. Sin embargo, el Asegurador puede flexibilizar tales pautas y, por ejemplo, ampliar la garantía: a) "hacia atrás", comprendiendo las consecuencias de determinadas "misiones" en ejecución al momento de contratar el seguro; b) "hacia el futuro", si a partir de la fecha en que vence el período de cobertura y respecto de las reclamaciones cuyo hecho generador haya tenido lugar en ese lapso, la extiende por uno o varios años⁵⁰⁹. En ambos casos, al pactarse alguna de estas modalidades especiales de cobertura se aplicarán primas adicionales⁵¹⁰.

El Asegurador puede prever -en una cláusula expresa- los límites máximos a los que ascenderá su responsabilidad en caso de producirse varios siniestros durante el período normal de cobertura. Generalmente, se suele incrementar en un cincuenta o ciento por ciento la garantía inicial (por siniestro). En el marco de tales actividades, no se sabe cuantas faltas pueden haberse cometido durante un período de cobertura ni en qué momento se traducirán en reclamaciones de terceros. Por razones de índole operativa, el Asegurador limita la garantía a un máximo por período de vigencia sin perjuicio del número de siniestros producidos. De tal modo, podrá tomar sus previsiones al respecto ya que el riesgo que corre su responsabilidad se reduce a una cantidad conocida en cada período⁵¹¹.

Por lo general, la prima correspondiente a estos seguros se determina mediante una tarifa porcentual -relativamente baja (2 a 3%)-, aplicada sobre el volumen de honorarios cobrados durante dicho período de vigencia sin tener en consideración otras utilidades obtenida por el profesional.

⁵⁰⁸En tal sentido, se entiende la actividad profesional encomendada y realizada en cumplimiento de un contrato.

⁵⁰⁹Así, por ejemplo, el Condicionado puede disponer que quedan comprendidos los daños que fueran reclamados de manera fehaciente "durante la vigencia anual o bien, en el plazo máximo de dos años naturales contado a partir del momento de la terminación o rescisión de la póliza".

⁵¹⁰Gertsch, Ch. op.cit., pág.162.

⁵¹¹Gertsch, Ch. op.cit., pág.165, 169. La expresión "año de seguro" suele emplearse al efecto y corresponde al "período comprendido entre dos vencimientos anuales de prima o bien, al período comprendido entre la fecha en que el contrato toma efecto y el próximo vencimiento anual" (si la primera no coincide con la del vencimiento anual).



c) Las Pólizas Colectivas de Responsabilidad Profesional y el art.1591 Cc.

Los SRCP presentan pues, distintas modalidades según las personas aseguradas y el riesgo descrito pudiendo ser contratados en forma individual o colectiva. En páginas anteriores, al comentar el régimen de Seguros obligatorios de responsabilidad civil en España, se ha hecho hincapié en la importancia que éstos últimos tienen para ciertas **Asociaciones profesionales** (vgr.Colegios) como condición de admisión de sus miembros⁵¹². En esta materia, solo se cuenta con el marco normativo previsto por la Ley N°50/80⁵¹³ ya que aun no ha sido sancionada una regulación específica.

En la práctica, este seguro fue moldeándose de acuerdo con los requerimientos (legales y prácticos) propios de las distintas categorías de profesionales asegurados y según las posibilidades del Mercado asegurador de receptorlo. En este sentido -según se dijo⁵¹⁴-, este tipo de riesgo (RCP + art.1591 Cc) **canalizado a través de los Colegios profesionales** en ciertos campos de la actividad de construcción, no resultaba un negocio aconsejable para Aseguradores y Reaseguradores quienes debieron abstenerse de participar en estos riesgos por sus "elevados costos" (extensión de cobertura, asesoramiento técnico, oscilación de los factores económicos, etc.)⁵¹⁵. Y, como tales incrementos se trasladaban en igual proporción a las primas, resultaba muy onerosa para los interesados la contratación de estos seguros.

⁵¹²Víd, Capítulo XI, pto.III. B. b).

⁵¹³Víd, Capítulo XI, pto.II, B.

⁵¹⁴

⁵¹⁵Pavelek Zamora, Eduardo. Seguro y Construcción ...cit.pág.6. Esta clase de seguros no ha venido registrando buenos resultados para las Entidades Aseguradoras lo que origina continuos incrementos de prima de año a año debido tanto a la cuantía de los daños como a la necesidad de mantener especialistas en la tramitación de los siniestros cuya solución se dilata enormemente en el tiempo.



En busca de mejores horizontes, las categorías profesionales con mayor siniestralidad -y, por lo tanto, más afectadas- fueron abandonando las empresas de seguros tradicionales. La demanda se orientó por canales corporativos hacía la creación de sus propias Mutualidades de seguros (vgr. ASEMAS, Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores y MUSSAT, Mutualidad de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos). Paso a paso, estas Entidades fueron captando los seguros de responsabilidad civil de los Colegios profesionales provinciales y regionales correspondientes, ofreciéndoles condiciones de contratación muy convenientes a precios ventajosos. Sin embargo, en este aspecto -según algunos observadores⁵¹⁶-, tales condiciones no han podido mantenerse y no se satisface en amplitud las expectativas generadas sobre el abaratamiento de las primas.

En esta modalidad de aseguramiento obligatorio, se advierte en su gestión una gran ventaja, derivada de la coordinación de las labores mutualista y colegial ya que básicamente, ésta última centra su actividad en el contravalor del ejercicio profesional de sus asociados.

Estos Seguros garantizan daños de génesis distinta (contractual y extracontractual) y se instrumentan mediante **Pólizas colectivas suscritas por los respectivos Colegios** que extienden su protección exclusivamente a sus miembros. El Condicionado de éstas, podría analizarse desde dos ópticas distintas: La primera, más general que refleja el tipo legal básico (Seguro de Responsabilidad Civil) delineado por la Ley N°50⁵¹⁷ y la segunda, más específica recogida en un Condicionado Especial o Particular que si bien sigue ciertos lineamientos generales, se adecua también en cada caso al tipo actividad profesional garantizada.

A continuación, se destacan ciertos aspectos que recogen y caracterizan estos Condicionados Particulares.

⁵¹⁶Noguer, Antonio. Borrador de Ley de ordenación de la edificación de 3 de julio de 1992. Rev. "A.A" pág.45. En favor de la creación de un "pool" de aseguradores o bien de una Mutua General de la Construcción, considera que "El proyecto de una "gran mutua" se desechó" manteniéndose las mutuas profesionales (arquitectos, aparejadores, promotores) en las que "... todos pagan primas millonarias en proporción a las que pagaban cuando estas coberturas las hacían las compañías" y, agrega "Los Juzgados siguen atascados de pleitos. Los siniestros de la construcción tardan años en resolverse ...".

⁵¹⁷Víd Capítulo XI, II. B. Para no incurrir en reiteraciones innecesarias, en este punto me remito a la caracterización legal del seguro de responsabilidad civil (Ley N°50) allí comentada.



1. Lineamientos generales:

a) Sujetos:

Cada uno de estos Colegios Oficiales suscribe en carácter de **Tomador** (art.7 LCS) una **Póliza Colectiva de RCP** con la Mutualidad (Asegurador) correspondiente. De tal modo, asumen el carácter de **Asegurados** todos aquéllos profesionales asociados que figuren en dicho documento o en sus Suplementos sin perjuicio de las variaciones que puedan resultar de las altas y bajas que oportunamente sean comunicadas al Asegurador.

Por su parte, cada profesional- Asegurado (art.6 LCS) (mutualista) debe formular una **proposición de seguro** al efecto en la que constarán además de su nombre y apellidos, modalidades de ejercicio profesional, suma asegurada y condiciones de cobertura.

En virtud de los derechos que pueden verse afectados con motivo de las diversas modalidades de la actividad de estos profesionales, estas Pólizas también abarcan la Responsabilidad civil contractual y extracontractual.

El alcance de la actividad de los técnicos de la construcción tiene connotaciones muy particulares que con muy buen criterio, captan estas Pólizas. Así, por ejemplo, se suele flexibilizar la noción de **tercero**, admitiendo en sus confines a familiares y socios (vgr.empresas de construcción) del Asegurado en calidad de "perjudicados o víctimas de un siniestro"⁵¹⁸.

⁵¹⁸En este aspecto, cabe destacar que en el Condicionado General del SRC, al definir al "tercero", expresamente se excluyen Tomador y Asegurado así como, cónyuges, ascendientes o descendientes, familiares, socios, directivos, asalariados y dependientes de aquéllos.



b) Ámbito de aplicación:

Estos seguros están dirigidos a aquéllos sujetos que ejercen profesiones de las comúnmente denominadas liberales, ostentando titulación oficial académica y sujetos a habilitación o colegiación obligatoria. En este contexto, se admite una amplia gama de posibilidades en el desarrollo de tales actividades (prestaciones de resultado y de medios):

1. El ejercicio libre de la profesión y, por ende, de la contratación debe sujetarse a la previa intervención del Colegio profesional del lugar de la obra o encargo (vgr. deberes de visar, declarar obras públicas);
2. El ejercicio profesional sin intervención del Colegio profesional, tratándose de prestaciones de servicios (dependencia "latu sensu") para empresas o sociedades privadas o bien, para la Administración en cualquiera de sus múltiples facetas bajo el régimen de contratación laboral o administrativa que -según el caso- sea procedente. Por lo general, los SRCP individuales no garantizan los daños sufridos en obras, trabajos o instalaciones productos del ejercicio profesional del Asegurado para Organismos o Entidades de carácter público o privado ya sea que se desempeñe como funcionario o personal contratado o en relación laboral.

c) Objeto del contrato de seguro:

Corresponde a éste -según lo manifestado-, el riesgo de responsabilidad civil directa (por hechos propios) o subsidiaria (por hechos de las personas a sus órdenes) que pueda ser objeto de reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra el asegurado (arts. 1.001, 1902, 1903 y 1591 CC y 565, 586.3º y 600 CP) y **originadas exclusivamente con motivo de la actuación del profesional** descrita en la póliza y según las modalidades aludidas.



Dentro de ese marco, solo serán admitidos como siniestros las reclamaciones de las que el asegurado haya "tomado conocimiento fehaciente" dentro del período de cobertura, comunicándola al Asegurador en el plazo fijado al efecto. Este criterio se funda en la buena fe contractual principio medular de la actividad aseguradora expresamente recogido por la Ley N°50 (art.4). Asimismo, quedan excluidas todas las reclamaciones formuladas fuera del período de cobertura y las que estén originadas en cuestiones ajenas a la actividad profesional descrita en la Póliza.

Como se suelen ofrecer distintas opciones de cobertura, las sumas aseguradas correspondientes se reflejan en una escala de primas distintas según la garantía escogida (grupo de garantía). Esta determinará el límite máximo de la responsabilidad del Asegurador por todos los pagos que deba realizar con motivo de un mismo siniestro (vgr.gastos, indemnizaciones extrajudiciales o judiciales derivadas de uno o varios procedimientos). Según los casos, el límite de cobertura puede ser el que se hubiera pactado en la póliza vigente en el momento de la reclamación o bien, de la toma de "conocimiento" por el Asegurado de los hechos que dieron origen al siniestro. En ambos casos será necesario acreditar fehacientemente la fecha del siniestro.

Sin lugar a dudas, el "siniestro" representa la unidad de medida que en muchos aspectos de la delimitación de la garantía adopta el Asegurador. Así, puede establecer distintos "topes máximos" a su cargo si concurren en la producción del siniestro varios Asegurados para lo cuál tendrá en consideración el tipo de garantía correspondiente a éstos⁵¹⁹. Si tal montos fueran insuficientes para afrontar las reclamaciones formuladas, se procederá al abono del siniestro en aquélla proporción.

Respondiendo a reglas generales en la materia, también en estos seguros el Asegurador (Mutualidad) asume la "defensa jurídica" (judicial o extrajudicial) del Asegurado cuya importancia no puede desdeñarse en virtud de los montos en juego sobretodo en el terreno de la construcción. Por otra parte, aunque no medie condena, existe una serie

⁵¹⁹Por ejemplo, en la póliza de MUSSAT/ 1991, se establece un tope máximo de treinta millones de pesetas si concurren Asegurados con garantías individuales inferiores a veinte millones de pesetas mientras que existiendo una garantía individual mayor, dicho se queda elevado a ese monto.



de gastos de defensa cuya incidencia patrimonial podría configurar verdaderos estados de falencia de tener que afrontarlos el profesional con el propio peculio. Ninguna duda cabe que también desde este punto de vista, la trascendencia social del seguro renace con nueva fuerza.

Al asumir esta obligación, el Asegurador traslada a su patrimonio todas las consecuencias jurídicas y económicas que se desprendan de las reclamaciones de terceros. Por tal motivo, resulta de toda coherencia que se reserve la facultad de elegir y contratar a los profesionales del Derecho (letrados, procuradores) a quienes confiará la defensa -en definitiva- de sus propios intereses. Sin embargo, dada la particularidad del seguro analizado, las Mutualidades suelen admitir tales designaciones por parte de los Colegios mediando previa consulta y conformidad al respecto. En este sentido, se merituarán en dicha actividad jurídica diversas razones de índole profesional como por ejemplo, el dominio de ciertos aspectos técnicos relacionados con la actividad profesional del Asegurado. Sin perjuicio de tal circunstancias, también en este caso los honorarios correspondientes a la defensa estarán a cargo del Asegurador.

Asimismo, le corresponde a este último, participar -según lo convenido- en los honorarios de profesionales libremente contratados por el Asegurado para cumplir determinadas actuaciones cuyos resultados fueran favorables⁵²⁰ y redundaran en beneficio de aquél. En este supuesto, la fundamentación de tal participación resulta obviamente coincidente con la que sustenta la doctrina del enriquecimiento sin causa.

Concierne también al Asegurador, la "**dirección**" de la defensa jurídica (art.74 LS) judicial o extrajudicial del Asegurado. Este debe respetar los lineamientos trazados al efecto, consultándole o requiriéndole la autorización necesaria para llegar a acuerdos particulares de reparación o resarcimiento con los reclamantes de los que pudiera resultar el reconocimiento de su responsabilidad. En este sentido, el Asegurador no pretende rehuir a las obligaciones asumidas sino por el contrario, llevarlas a los más justos límites del debido cumplimiento. En estos casos, puede haber la posibilidad de que el profesional ignore la mejor estrategia defensiva de sus propios derechos y, obre

⁵²⁰ Así, por ejemplo, el Asegurador es quién decide la procedencia de los recursos legales en favor del Asegurado que haya sido condenado. En caso de negativa, este último podrá instarlos a su costa y de resultarles favorables, podrá reclamar de aquél -según lo pactado- la participación en las costas y costes.



de buena fe en su propio detrimento, beneficiando con su proceder a los verdaderos responsables.

En este sentido, el Asegurado debe brindar la mayor colaboración posible a quién se ocupa de defenderle empezando por la debida comunicación del siniestro en los plazos fijados en la póliza ya que éste será el punto de partida de una buena defensa jurídica.

Por lo que concierne al Asegurador, no cabe la posibilidad de abandonar la defensa jurídica del siniestro aunque el contrato se hubiera extinguido. Debe continuar en ella hasta su finalización y, eventualmente, abonar la condena impuesta respecto de cada reclamación.

d) El plazo de garantía:

Las Pólizas Colectivas también se ajustan en este sentido a los lineamientos generales y adoptan los plazos ordinarios de las coberturas de este tipo (R.C.): anuales y renovables automáticamente salvo renuncia o propuesta de revisión preavisada por la parte interesada en el plazo previsto al efecto. Tampoco varían en este sentido, aun cuando garanticen el supuesto de responsabilidad decenal (art.1591 Cc).

A diferencia de los denominados Seguros de cobertura decenal⁵²¹ de contratación voluntaria en España, estos SRCP garantizan los siniestros que acaezcan **dentro del período de cobertura**, originados en la actuación profesional prevista independientemente de las obras y del momento en que haya intervenido en éstas. Por tal razón, si está vigente la garantía, quedan amparadas aun las reclamaciones posteriores al vencimiento del plazo previsto por el art.1591 Cc.

⁵²¹Víd Capítulo XI, pto.b) 2, 3 y 4.



e) Cálculo de primas:

La prima total a cargo de cada Asegurado se puede determinar de maneras distintas. Sobre una o más bases de cálculo ya sean fijas o variables. De tal modo, se puede establecer una **prima neta mínima** de base fija para cada tipo de garantía según el riesgo que se desee amparar, **regularizable** mediante la aplicación de otras variables o bien, una **prima única** calculada sobre la base de estas últimas.

Cualquiera que sea la aplicación que se realice de tales parámetros, cobra significativa importancia la colaboración corporativa que recibe el Asegurador. Este puede inclinarse por la aplicación de una o más variables entre las que se destacan: una tarifa (porcentual) sobre la cifra de honorarios profesionales correspondientes a trabajos o encargos en los que durante el período de cobertura haya intervenido el Colegio Profesional, percibiendo en dicha ocasión el importe de prima correspondiente. Asimismo, una cantidad fija por cada trabajo o encargo en los que haya habido intervención colegial también durante el mismo período (sumatoria). También tendrá incidencia en el cálculo de las primas correspondientes, las franquicias convenidas a cargo del Asegurado.

2) Consideraciones finales:

En estos Seguros cabe resaltar la importancia resultante de la fluida comunicación y cooperación entre el Asegurador (Mutualidad) y la Asociación profesional en beneficio de sus respectivos objetivos y finalidades. De tal modo, se contribuye no solo al control y seguimiento de tales incumbencias sino también a mejorar la calidad de las prestaciones en el ámbito de la construcción.

La especialización en este campo de las Mutualidades de seguros profesionales, se traduce en una mejor prestación de sus servicios en favor de los Asegurados. No cabe duda de que su mayor experiencia se basa en la atención de una mayor cantidad de siniestros y en las particularidades características del asesoramiento con que cuenta.



A través de sucesivas renovaciones abonadas por el Asegurado, esta Garantía tiene por finalidad permanecer vigente a lo largo de la "vida profesional" de cada mutualista ya que se exige su contratación como requisito previo a la asociación corporativa que lo habilita en su ejercicio. Este sistema parece proyectarse sin resquicios durante todo ese lapso en favor de los terceros perjudicados.

Por otra parte, en la práctica podrían resultar insuficientes los montos máximos garantizados por estas pólizas en relación a los siniestros caracterizados por el art.1591Cc. En estos casos, parece ser un límite de cobertura más satisfactorio el previsto por las pólizas decenales contratadas por obra correspondiente al Costo final (actualizado) de ésta.

4. Análisis Crítico de las Pólizas Decenales existentes: Contrastes y Semejanzas

El principal contraste es de alternativa entre los dos tipos de Pólizas Decenales aludidas: Daños Materiales o Responsabilidad Civil. Mientras no exista un **Seguro Decenal Obligatorio** que determine la modalidad de contratación, existe absoluta libertad para las Entidades que operan en este tipo de riesgos, al momento de escoger las coberturas cuya comercialización consideren más conveniente.

a) Sujetos a los que se refieren las Pólizas Decenales

1. El Tomador

Esta figura siempre se identifica con la persona designada en las Condiciones Particulares que contrata el seguro por cuenta propia o ajena, comprometiéndose a cumplir las obligaciones a su cargo o bien, con quién la sustituya posteriormente con acuerdo del Asegurador. Tanto el propietario como los profesionales podrán suscribir estas Pólizas decenales.



2. El Asegurado

En la práctica, éste quedará determinado de acuerdo al tipo de póliza de que se trate. En el Seguro de Responsabilidad Decenal, se identifica con las personas a favor y por cuenta de quienes se contrata el seguro, es decir, con los profesionales intervinientes en la construcción a quienes pueda atribuirse tal responsabilidad sin perjuicio de excluirse expresamente en algunos casos a las Oficinas de Inspección o Control Técnica, a las Entidades Colaboradoras antes aludidas y a los suministradores de materiales. Respecto de éstos, aún no existe cuerpo de doctrina como en el caso del Promotor que permita hacerles extensiva esta Responsabilidad aunque existen algunos pronunciamientos en este sentido.

Por el contrario, en el Seguro Decenal de Daños no solo corresponde esta calidad al propietario o persona por cuya cuenta se efectúan los trabajos o a los sucesivos adquirentes sino que en algunos casos también así se define al promotor y a los demás profesionales intervinientes.

3. El tercero

Por su parte, el "tercero" aunque ajeno a la contratación fue objeto de anteriores comentarios; cabe aquí solo reiterar para reafirmar su condición de "perjudicado" que resultará indemnizado por el Asegurador acreditada la Responsabilidad decenal del Asegurado a quién debe mantenerse indemne frente a las reclamaciones de daños y perjuicios ocasionados por su accionar (art.1591). El tercero es el sujeto pasivo indispensable de la obligación de reparar de índole contractual o extracontractual (art.1089 Cc) cuyos deudores serán tanto el responsable como el Asegurador contra quién podrá ejercer su reclamación directa (judicial o extrajudicial).

4. El beneficiario

Algunas Pólizas decenales incluyen en sus definiciones a éste como la persona a quién el Tomador o el Asegurado reconocen el derecho a percibir en la cuantía correspondiente



la indemnización debida por el Asegurador. La Ley N°50 no prevé esta figura entre las disposiciones generales aplicables a todos los Seguros. Al igual que en el Derecho comparado, se hace referencia a ella entre al regular el Contrato de seguro sobre la vida (arts.83/104 LCS) aunque sin definirla haciendo referencia a las modalidades de su designación y sustitución. En este último caso, no es necesario el consentimiento del Asegurador al efecto. Tal previsión da cuenta de una particularidad propia de ese Seguro cuyos alcances en caso de ser aplicada en materia decenal, deberían ser objeto de clara estipulación a efectos de evitar erróneas interpretaciones del acuerdo.

b) Objeto de cobertura de las Pólizas Decenales

1. El Asegurador y la obligación de indemnizar (en España)

1.a) Daños materiales a la construcción:

1. Limitación del resarcimiento: En cuanto al **objeto**, ambas coberturas decenales (de Daños y de R.C.) se identifican y aunan su finalidad en cuanto a la índole decenal de los "**daños materiales a la construcción**"⁵²² que indemnizan y que detalladamente especifican sin hacerlos extensivas -en casi ningún caso- a los daños inmateriales, corporales ni al lucro cesante que según la citada Ley N°50 puede garantizarse mediante un especial Contrato de seguro (arts.73/77 LCS).

La diferencia entre unas y otras, radica en que, en las **Coberturas de R.C.** -según antes señalara-, la indemnización solo será procedente si los aludidos "**daños materiales**" derivan de conductas que traigan aparejada la **Responsabilidad decenal (R.D.)** frente al dueño de la obra. El seguro no se hará efectivo mientras ésta no queda determinada.

⁵²²Chétivaux, S. op.cit., pág.22.



A pesar de éstas hagan expresa referencia a la normativa tutelar (art.1591 Cc) tantas veces citada, lo cierto es que esta institución se aplica de manera "sui géneris" y muy concisa comparativamente con los comentados alcances actuales asignados por la Jurisprudencia.

En este punto, podría afirmarse que **no existen coberturas completas** que permitan abarcar los verdaderos alcances de las previsiones legislativas en la materia. Los Aseguradores ofrecen una **garantía parcial debido a que no asumen en toda su extensión la obligación de reparar a cargo del Asegurado** (arts.1105/8 Cc) que podrá comprender otras lesiones a intereses legítimos de la víctima además de los daños materiales, es decir, el verdadero "valor de la pérdida sufrida" como también "la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor" (art.1106 Cc). Por otra parte, si el deudor es de buena fe responde de todos los daños previstos e imprevisibles al "constituirse la obligación y que sean consecuencia de su falta de cumplimiento" mientras que en caso de dolo -supuesto siempre excluido de cobertura-, responderá por los que "conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación" (art.1107 Cc). Con carácter general puede afirmarse que según la práctica jurisprudencial han de resarcirse los daños patrimoniales y morales, ciertos, presentes o futuros⁵²³.

Según la Teoría General de la Responsabilidad, los alcances de la obligación de reparar son mucho más amplios que los que se receptan en materia de seguros ya que solo se abarcan los daños materiales. Tanto en las prácticas de mercado como en algunas legislaciones se reflejan tales circunstancias.

Si bien en algunas Pólizas se observa una mayor amplitud de la obligación resarcitoria asumida por el Asegurador, se debe a que ofrecen una **doble cobertura**: Por una parte, la de Responsabilidad Decenal (R.D.) que no varía sus

⁵²³Díez Picazo - Gullón, Sistemas ... Vol.II cit. pág.600 y 617.



alcances y por otra, la de **Responsabilidad Civil (R.C.)**⁵²⁴ que se extiende **por igual lapso** a todos los daños materiales, inmateriales, corporales e indirectos⁵²⁵ (privación de uso, depreciación, pérdidas de alquileres, etc. según un porcentual pactado) que aquella no comprende y que sin embargo, también son exigibles al profesional de la construcción (asegurado) por el propietario y/o terceros como consecuencia del siniestro. Si se aplicara el **Seguro en los justos términos** de la normativa vigente en materia de **responsabilidad decenal**, hecha efectiva la indemnización en tal concepto, quedarían satisfechas todas las expectativas resarcitorias del perjudicado en relación de adecuada causalidad con el siniestro.

Por lo que respecta a los **"Terceros"** en los términos previstos por el tan citado art. 1909, corresponde ubicar su eventual reclamo más cerca de la cobertura decenal que de la tradicional de Responsabilidad Civil debido a que la extensión del plazo para formular su reclamo (10 años) tendrá lugar solo por **"defectos de construcción"** y respecto de los profesionales intervinientes ("solo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor"). Teniendo en cuenta esta expresa disposición legal -propia del derecho español- no pueden aplicarse fórmulas tomadas de otros ordenamientos que desde una misma óptica general (R.C) contemplan la situación del tercero frente al responsable aún en los casos de esta especial **"Responsabilidad por ruina"** en los cuáles no se les reconoce prerrogativa alguna.

Los **daños materiales** a indemnizar son al seguro lo que la **ruina de la obra** a la Teoría de la Responsabilidad decenal desarrollada por los Tribunales a pesar de que sus **contenidos no sean de modo alguno equivalentes**. Eventualmente, el Condicionado General puede calificarlos de **"graves"** al delimitar el objeto contractual pero, en defecto de ello y de algunas otras particularidades, la caracterización general es coincidente.

⁵²⁴Estas pólizas garantizan el pago de indemnizaciones de que pueda resultar civilmente responsable el asegurado de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1902 a 1910 Cc por los **daños corporales o materiales y perjuicios** ocasionados involuntariamente a un tercero.

⁵²⁵Aunque no se definen en estas pólizas, se denominan perjuicios o daños económicos consecuenciales y corresponden a **"la ganancia lícita que deja de obtenerse o los deméritos o gastos que se ocasionan, además del daño o detrimento material causado de modo directo"**.



2. Origen y Consecuencias de los daños resarcibles:

Lamentablemente, también en este punto se advierten coincidencias en los diversas coberturas decenales ofrecidas.

En general, se garantiza la indemnización de **daños materiales** que afecten la **construcción** definida en las Condiciones Particulares y que tengan su **origen** en las obras **principales**⁵²⁶ por **vicios** que si bien en ocasiones, no coinciden con los legislados (vgr.de diseño o concepción, de los materiales, de construcción), comprometan la **estabilidad y solidez** de la construcción. Sin embargo, algunas Pólizas de R.D. siguiendo el modelo francés también abarcan aquéllos daños que tengan su origen en las obras **secundarias**⁵²⁷ y en las **instalaciones**⁵²⁸ que sean **indisociables**⁵²⁹ de las principales. Estas delimitaciones del objeto suelen reforzarse mediante las exclusiones de cobertura.

1.b) Otros rubros de la Obligación de indemnizar:

Además de la indemnización por los "daños materiales", el Asegurador abonará los **Gastos de demolición y de desescombro** que se estiman como un porcentaje del valor total de la obra y eventualmente, los ocasionados por la **amenaza de hundimiento** (ruina) de las obras fundamentales necesarios para salvaguardar la construcción.

⁵²⁶También denominadas Obras fundamentales o gruesas que comprenden los elementos que contribuyen a la estabilidad y solidez de la obra (cimentaciones, pilares, muros, forjados, vigas, cerchas, etc.).

⁵²⁷También denominadas Obras de cerramiento o menores las que sin ser obras principales ni equipos abarcan las instalaciones de maquinarias, aparatos, conductos y tuberías empotrados, revestimientos duros, tabique fijos, plataformas, marcos de puertas y ventanas, etc.).

⁵²⁸Los elementos de instalaciones o equipamiento suelen abarcar las instalaciones térmicas, mecánicas, eléctricas tanto respecto al conjunto como a sus elementos, revestimiento, carpintería interiores, obras de fontanería, etc.

⁵²⁹Este concepto se adopta del Derecho francés que lo prevé en el art.1792.2. Ce respecto de los **elementos de equipamiento** de un edificio que forman "**indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondations, d'ossature, de clos ou de couvert**", agregando que tal circunstancia tiene lugar cuando la colocación, desmontaje y sustitución de tales elementos no puede efectuarse sin deteriorar o sustituir alguna materia de la obra.



2. Aspectos contemplados por el Derecho francés:

- a) En el Derecho francés, los **Seguros Obligatorios** de Daños y de Responsabilidad decenal presentan la característica idéntica de cubrir los **daños de naturaleza decenal**. Solamente, abarcan los daños materiales ya que se reservan los restantes daños (corporales, indirectos, etc.) a coberturas voluntarias o garantías facultativas.
- b) Tales **daños son garantizados si comprometen** la "solidez" de la obra (1) o que la afecten en alguno de sus elementos constitutivos o de equipamiento haciéndola "impropia a su destino" (art.1792)(2) o que afecten la "solidez" de alguno de los elementos de equipamiento indisociable de las obras de viabilidad, de fundación, de estructura, de cerramiento o coberturas (art.1792.2 Cc)(3). Por su parte, también quedan comprendidos los gastos generados por los trabajos de demolición, desescombros, montaje o desmontaje(4) anexos a la reparación de aquéllos daños siempre que resulten necesarios a tal efecto aunque no están comprendidos en la normativa de los Seguros Decenales Obligatorios (arts.241.1.; 242.1 CA), surgen de la "Responsabilidad de derecho común" de los intervinientes⁵³⁰(1). En el primer supuesto, no tiene importancia la ubicación propiamente dicha del daño que puede tener origen en vicios del suelo poco estudiado o en las propias obras constitutivas que son las que participan en la "función construcción del edificio" (infraestructura, estructura, cerramiento y cobertura etc.). No existe previsión legal ni reglamentaria que permita determinar que se entiende por "**comprometer o afectar la solidez**" de la obra pero, resulta claro que no es necesaria el derrumbamiento de ésta siendo suficiente que se vea comprometida su **estabilidad o perdurabilidad**(2). Los daños pueden **afectar a las obras constitutivas o a los elementos de equipamiento**⁵³¹, haciendo la obra **impropia a su destino**. Este criterio determinante de la "garantía decenal" debe apreciarse objetivamente en relación a la "función construcción" y/o de acuerdo al

⁵³⁰Cheétivaux, S. op.cit. pág.25.

⁵³¹Chétivaux, S.; op.cit., pág.24: Los elementos que cumplen función de equipamiento, se definen como "les aménagements intérieurs de l'espace délimité par le clos et le couvert". Estos elementos pueden ser "de uso interior" (ascensores, aparatos de calefacción, divisiones y carpintería interiores, etc.) o "de uso exterior" (celosías, desagües pluviales, etc.).



concreto uso personal que pueda darle el usuario⁵³². Si el destino de la obra no se ve afectado, los daños en los elementos de equipamiento solo quedarán amparados por "garantía de buen funcionamiento" (art.1792.3) cuya cobertura no voluntaria.

La garantía decenal es aplicable aunque el daño se localice en una obra menor si torna a toda la construcción impropia a su destino. En este sentido, si existe un vicio de construcción por incumplimiento de las reglas del arte en un revestimiento mural ("menus-ouvrage") que hace la obra impropia a su destino, es aplicable la Responsabilidad Decenal aunque el arquitecto (director de obra) haya invocado en su defensa la garantía bianual de buen funcionamiento (Ch.civ.3e. 2-12-81).

Caben mencionar como otros ejemplos⁵³³ los daños que afectaban a una caldera (calificada como elemento de equipamiento disociable) destinada a calefaccionar una sala de ordenadores (Cass.civ., 12-5-82); los defectos de funcionamiento de un foso séptico (Cass.Civ. III, 14 de junio de 1989) o bien de aislamiento sonoro (Trib.Adm. Nantes, 16-3-88) o que afecten las cubiertas (Ch.civ.3e. 22-4-80); las fisuras que pueden generar humedad en el interior del local de una clínica (Ch.civ.3e. 27-1-83); los defectos que afectan la instalación de calefacción central o su sistema en conjunto (Ch.civ.3e. 2-12-81, 6.1.83); las filtraciones por terrazas y muros exteriores debido al incumplimiento de las reglas del arte (Ch.civ.8-4-87).(3) También pueden dar lugar a la **garantía decenal de "buena ejecución"** (arts.1792-2, 2270 Cc), los daños que afecten la **solidez de los elementos constitutivos o de equipamiento indisociables**. Según el texto legal (art.1792.2.2), éstos son los que no pueden desmontarse, agregarse o reemplazarse sin deterioro o extracción de material de la obra constitutivas (infraestructura, estructura, cerramiento y cubiertas). Entre otros, pueden mencionarse entre otros, los que afectan los revestimientos de muros, una chimenea a fuego abierto (TGI Brest 20-4-84), los tabiques de separación de un apartamento y su instalación eléctrica en conjunto.

⁵³²Sobre las filtraciones de agua del techo-terracea de un aparcamiento (parking) se pronunció el Consejo de Estado francés (Arrêt 6-11-85. N.47.234), manifestando la improcedencia de la responsabilidad decenal ya que tales defectos no comprometen la solidez de la obra ni tampoco hacen a ésta impropia a su destino como podría ocurrir si se tratara de un inmueble-habitación.

⁵³³Jurisprudencia recogida por Le Code d'Assurance Construction. Recueil des textes relatives a l'assurance construction. Assotiation française des assureurs constructio. Ed. L'Assurance française. Paris. 1989. págs.131 ssgts.



c) Obras asegurables mediante Pólizas Decenales:

1. Edificio. Obra civil. Construcción: Distinción

a) Edificio

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia española se inclinan por adoptar una noción amplia del término edificio dentro del marco normativo del Contrato de arrendamiento de obra por ajuste o precio alzado (arts.1588 y ssgtes.Cc) en que se consagra la Responsabilidad Decenal.

En consecuencia y a tales efectos, quedarían comprendidas las obras en inmuebles de albañilería, de ingeniería o de arquitectura de nueva construcción, reconstrucción, reparación, reforma o rehabilitación de las existentes de carácter permanente que sirvan a las necesidades inherentes del hombre y de la sociedad (viviendas, puentes, pantanos, vías de circulación, etc.) y cuyos eventuales vicios ruinógenos no puedan evidenciarse sino con el transcurso del tiempo⁵³⁴.

b) Obras civiles o de ingeniería Civil

Esta amplia noción conceptual permitiría que la garantía citada abarcara también estas obras que se distinguen de la edificación en general (viviendas, locales comerciales, etc) en virtud de la mayor complejidad de los procesos y técnicas constructivos empleados así como por su destinación. Pueden distinguirse por una parte, las **obras públicas** encomendadas por el Estado, en beneficio de toda la comunidad (vgr.Carreteras, aeropuertos, vías de circulación, diques, represas, etc) y por otra, las de carácter **privado** pactadas entre particulares (vgr. planta depuradora, recolector de

⁵³⁴Ver Capítulo VI, pto. a), pág.



energía en una urbanización privada, puente sobre un curso de agua que atraviesa una finca, vías de acceso, estadios deportivos, usinas eléctricas, etc.)⁵³⁵.

No obstante que las características constructivas y la finalidad práctica de estas obras tengan un acento común no es de aplicación el régimen jurídico de la garantía decenal a las Obras públicas, debido a su clara índole *iusprivatista*. En ese campo, el Estado actúa en ejercicio de su **Potestad o Imperium** dentro del marco que el Derecho Administrativo⁵³⁶ prevé en materia de **Contrataciones de Obra Pública**, contando con **garantías especiales por vicios ocultos**⁵³⁷.

c) **Construcciones:**

En la práctica asegurativa española, **Pólizas Decenales** que en general se utilizan, no hacen referencia a "edificios" o "edificaciones" ni a "obras civiles" sino -igual que la normativa asegurativa francesa- a "**trabajos de construcción**", denominación que comprenden⁵³⁸:

- 1) **La obra gruesa, principal o fundamental** que consiste en trabajos o elementos resistentes que por una parte contribuyen a la estabilidad o solidez de la construcción (cimentaciones, forjados, muros, etc.) y por otra, al cerramiento y cubierta mediante elementos fijos o móviles contra las agresiones exteriores.

⁵³⁵Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit. pág.73.

⁵³⁶Fernández Pirla, Santiago, *Arquitectura Legal* ...cit., Madrid. págs.614 y ssgtes. García de Entrerría y Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*. Vol.I, Madrid. 1983; Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol.II, Tecnos, Madrid, 1985.

⁵³⁷Ley de Contratos del Estado N°5/1973, de 17 de marzo y Reglamento aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre. Vid ut-supra, Capítulo VI, pto.4.d) Alcances de la Legilación sobre contratación del Estado.

⁵³⁸Molina, Inés E. *La responsabilidad* ...cit., pág.130/131. Des Pointes, Ch. *Statut, responsabilité et assurance des intervenants a l'opération de construction* Les Mutuelles du Mans. 1980. Los Aseguradores franceses consideran objeto de cobertura decenal los Gros- ouvrages, trabajos de importancia constructiva o elementos resistentes tanto portantes (fundaciones, estructuras, etc.) como de construcción (de cerramiento, protección e impermeabilidad no móviles). Sin embargo, no ofrecen tales coberturas para los Mé nus- ouvrages, trabajos de menor importancia constructiva más cerca del acabado o terminación que de los obras fundamentales los que pueden abarcar también los trabajos de instalaciones o equipamiento.



- 2) Las **obras secundarias** suelen definirse por exclusión, como aquéllas que no son obras fundamentales ni equipos. Sin embargo, esta denominación no es uniforme ya que en algunas pólizas se identifican con las obras de cerramiento y cubierta (revestimientos, elementos móviles de cerramiento, etc.) mientras que en otras -seguidoras del modelo francés-, quedan comprendidos los "trabajos de instalaciones, de equipamiento diverso pero indisociablemente unido a la obra gruesa" comprensiva del cerramiento y cubierta.
- 3) Los **elementos de equipamiento e instalaciones** corrientes (térmicas, eléctricas, etc.) pueden extenderse a "toda clase de conductos y canalizaciones empotradas", siendo denominados "instalaciones internas" por oposición a las "externas" (vgr. parkings, redes diversas, viales, etc.) algunas pólizas.

d) **Las Obras civiles o de ingeniería y el Seguro**

En mérito a tales circunstancias, se plantea la cuestión relativa a si los Aseguradores deben o no garantizar este tipo de obras mediante Coberturas Decenales.

En principio, se evidencia en la práctica una **clara falta de habitualidad** en la contratación de seguros decenales sobre este tipo de obras ya que no son riesgos atractivos para los Aseguradores por sus elevados costos y por la imposibilidad de afrontarlos individualmente sin contar con socios adecuados ni coberturas reaseguradoras. De todos modos, aunque tales condiciones pudieran reunirse, la prima sería tan elevada que haría prácticamente inaccesible su contratación.

Pero, cabe reflexionar al respecto sobre si tales inconvenientes deben traer aparejado el olvido de este tipo de coberturas para las obras civiles o si por el contrario, deben atenuarse al máximo a fin de que su contratación resulte satisfactoria para ambas partes. En principio, parecería más eficaz frente a las posibles víctimas de eventuales siniestros la segunda alternativa. Aunque la aplicación de un **Seguro Decenal obligatorio** despejaría dudas en tal sentido, no sería válido afirmar que su aplicación sin más, es el camino más adecuado.



Previamente, se impone el análisis de una serie de aspectos concretos que van a incidir en la solución a adoptar sobre esta cuestión como por ejemplo: Si existe una adecuada regulación normativa sobre el empleo de materiales, técnicas y procedimientos constructivos así como un estricto control al respecto por las Entidades oficialmente autorizadas; si se prevé el necesario respaldo económico de la Administración para el aseguramiento de proyectos de gran envergadura, acordando ventajas a los agrupamientos o "pools" constituidos para encarar tales riesgos o bien, colaborando más directamente por el mecanismo de la subvención de tales negocios o bien, reconociendo ventajas de diversa índole (financieras, tributarias, etc.) que permitan incentivar la oferta aseguradora.

En esta necesaria participación del Estado, no se busca una intervención paternalista sino que por el contrario, se pretende suplir la material incapacidad financiera del sector privado para hacer frente a estos siniestros cuya ocurrencia tiene honda trascendencia social. Aunque sin llevar las cosas a tal extremo, merece la pena recordar la pregunta que al tratar la responsabilidad civil se formulaba Carbonnier⁵³⁹ sobre si un día la colectividad no reparará todos los daños que acontezcan y, de ser así, no sería el seguro quién pagase sino el impuesto.

Sin duda, la situación cambia cuando existen **Seguros Decenales Obligatorios**. En estos casos, será la propia Ley quién fije su ámbito de aplicación y por ende, quién determine las obras o construcciones garantizadas a través de la precisa delimitación de los derechos amparados (vgr.vivienda) o de una clara definición del objeto normativo (vgr.edificación).

Naturalmente, la implementación de este Seguro en el régimen tutelar del Derecho a la Vivienda (art.47 CE) **excluiría a las "obras civiles"** mientras que no ocurriría lo mismo si la normativa que lo prevé, concierne a la "Edificación" en general de cuya

⁵³⁹Carbonnier. Derecho Civil, T.II, VolIII, Barcelona, 1987. pág.59.



amplia noción conceptual dependerá la inclusión de aquéllas⁵⁴⁰.

En este dominio, se trabaja incesantemente en todos los países en que se legisla sobre la responsabilidad decenal tanto desde el punto de vista jurídico como técnico a efectos de conjugar ambas vertientes en una regulación acorde con las necesidades impuestas por nuestra sociedad moderna. Reiteradamente, se alude al impacto social, económico y medioambiental que representa el **crecimiento demográfico** experimentado en los centros urbanos que impone entre muchos otros requerimientos, el adecuado tratamiento de la distribución de las **"edificaciones"** (vgr. Leyes del Suelo, Derecho urbanístico, etc.) y de las pautas a las que éstas deben sujetarse. Respecto a este último punto, abundan proyectos legislativos que abordan la cuestión desde una perspectiva amplia y acorde con la realidad social que no permite centrar en las Viviendas y locales de comercio la idea de **"edificación"** sino por el contrario, expandirla a todas aquéllas obras de construcción en inmuebles de larga duración que tengan por objeto la satisfacción de una necesidad humana, individual o social⁵⁴¹.

2. El Derecho francés

Mediante la sanción de la Ley 78-12 (T.III), se impuso en materia de **"travaux de bâtiment"** (trabajos de construcción), la suscripción del **Seguro Obligatorio de Responsabilidad civil** (art.L.241.1 C.A.) a cargo de los presuntos responsables según el art.1792 Cc y el de **Daños** (art.L.242.1 C.A) a cargo del dueño de la obra, de su mandatario o del vendedor o promotor (art.L.242.2 C.A) que hayan encargado los trabajos de construcción antes del comienzo de la obra.

⁵⁴⁰En el Borrador de Ley de Ordenación de la Edificación de 14-3-90 art.2. se entiende por **Edificación** "... toda obra que consista en la construcción de un inmueble por naturaleza o destino, de nueva planta o resultante de la reconstrucción, reparación, reforma o rehabilitación de otra existente que tenga por objeto la satisfacción de una **necesidad humana, individual o social**", agregando que asimismo, se considera integrada por las instalaciones unidas de manera fija (inseparable sin quebrantamiento o deterioro) y por los elementos complementarios que formen parte del conjunto de la obra.

⁵⁴¹Borrador de ley de Ordenación de la Edificación, 14-3-90, art.2:" Se entiende por edificación, a los efectos de la presente Ley, toda obra que consista en la construcción de un inmueble por naturaleza o destino, de nueva planta o resultante de la reconstrucción, reparación, reforma o rehabilitación de otra existente, que tenga por objeto la satisfacción de una necesidad humana, individual o social...".



El incumplimiento de estas disposiciones traerá aparejada la **imposición de sanciones penales** al infractor (Pena de prisión de 10 días a 6 meses y una multa de 2000F a 500.000F o bien, de una de ambas. art.243.1 CA). Sin embargo, el Seguro Obligatorio de Daños se hará extensivo a las personas físicas que construyan una vivienda para su propio uso o para ocuparla con su familia, no les serán aplicables, en caso de incumplimiento, dichas sanciones penales (Arrêté du 17-11-78 M.de l'E. et C.V.).

En ausencia de una definición reglamentaria de la noción "**travaux de bâtiment**" empleada por la Legislación de seguros y sin perjuicio de su alcance jurisprudencial, la Administración entiendo por tal concepto, los trabajos que tengan por objeto la ejecución o modificación de las construcciones que se edifiquen sobre el suelo y que ofrezcan al hombre una protección aunque sea parcial contra la agresión de elementos naturales (J.O. A.N./Q. et R.2-9-85, pág.4113). Sin embargo, esa denominación es menos amplia y por lo tanto, no se identifica con el término "**ouvrages**" (obras) que utiliza el Code civil (Ley 78-12, arts.1792 y ccdtes). Más allá de las referencias conceptuales elaboradas por los operadores jurídicos, la Administración ha formulado una distinción que bien merece la pena transcribir. Estas obras (ouvrages) abarcan tres dominios funcionales: La construcción (bâtiment), la infraestructura (infrastructure) y la industria (industrie) (J.O. débats. A.N./Q. 4-1-82, pág.44).

Por lo tanto, en sentido estrictamente legal, **la Garantía Decenal tiene un campo de aplicación más amplio que los Seguros Obligatorios por igual lapso.**

En este contexto, resta analizar la inserción más conveniente de las **obras civiles (ouvrage de génie civil⁵⁴²)** a efectos de determinar si es aplicable a éstas la normativa aludida sobre **garantía decenal** (art.1792, 2277 CC) y **Seguros Obligatorios decenales** (arts.241.1 y 242.1 ccdtes.C.A).

En principio, la denominación de "obras de ingeniería civil", comúnmente empleada por referencia a su destino, abarca los trabajos de infraestructura y de industria. Asimismo, quedan comprendidas en el concepto de "ouvrages" y por lo tanto, sujetas al régimen decenal impuesto por el Code civil. Siguiendo pues, en esta línea de razonamiento, resulta

⁵⁴²Circulaire n°79- 38 du 5 avril 1979 du Ministère de l'Environnement e du Cadre de vie, trata sobre las obras de ingeniería civil, tomando la clasificación de los trabajos establecida por la reforma de la ingeniería civil y la arquitectura.



que aunque se trate de una categoría de "ouvrages" no pertenecen a la relativa a "travaux de bâtiment" y por lo tanto, no cabe exigir al respecto la contratación de los Seguros Obligatorios.

Sin embargo, la Jurisprudencia francesa no consideró que ese fuera el criterio más correcto, interpretando en muchos casos concretos la vigencia plena de tal obligatoriedad en cuanto a las mencionadas obras. En este sentido, se ha resuelto que están sujetos a la contratación del seguro:1) Los pilares fundacionales de una estación depuradora (Ch.Civ.3e.31-5-89, UAP c/ CFAE Groutel⁵⁴³);2) los equipamientos deportivos cubiertos (piscinas, tribunas, vestuarios, locales anexos) y exteriores (pistas de tennis, piscinas, etc.);3) los silos sin perjuicio de que aún en algunos casos existan dudas (Cas.civ.III 25-1-89); los centros comerciales subterráneos, dan cuenta de un especial criterio tutelar de los Poderes Públicos que a los efectos asegurativos los consideran "travaux de bâtiment"⁵⁴⁴.

Del mismo modo, merecen un breve comentario los criterios seguidos por la Administración francesa, a través de respuestas ministeriales⁵⁴⁵ sobre la aplicación del Seguro Obligatorio en el ámbito de "ouvrages de génie civil". En todas ellas, de algún modo se evidencia la sujeción al tradicional **principio jurídico de accesoriedad**, regla usada frecuentemente por la jurisprudencia para someter a la obra en su conjunto a una misma norma jurídica y según el cuál lo accesorio sigue siempre la suerte de lo principal y en estos casos, lo principal está representado por las **obras de construcción (travaux de bâtiment)**. En la medida en que las obras civiles sean parte físicamente indisociable de estas últimas (vgr. construcciones industriales en cuanto unidad de producción, edificios de habitación o de oficinas, sede social de un club, etc.), son consideradas accesorias, resultando exigible la suscripción del Seguro Obligatorio (vgr.depositos de almacenamiento⁵⁴⁶, viales o redes diversas⁵⁴⁷, pistas de tennis⁵⁴⁸, etc.).

⁵⁴³Responsabilité Civile et Assurances. Août-Set. 1989, N*89, pág.12, N*327.

⁵⁴⁴Chévitau. S. op.cit.pág.15.

⁵⁴⁵Le Code de l'Assurance Construction ... cit. pág.89/90.

⁵⁴⁶M. de l'Environnement et du cadre de vie. J.O. débats A.N.Q 25-8-79, pág.6827.

⁵⁴⁷J.O. débats A.N./Q. 14-1-80, pág.104.



Aunque tampoco queden comprendidas dentro de esta categoría otros tipos de **obras o nuevos trabajos** (travaux surexistants) (de reparación, rehabilitación, renovación, restauración sobre los pre-existentes) sin embargo, les será aplicable el aseguramiento obligatorio en los términos aludidos (arts.241.1 y 242.1 CA) cuando la gravedad de los daños que puedan provocar traiga aparejada la presunción de Responsabilidad del art.1792 Cc (vgr.adjuntar revestimientos de estanqueidad, reestructuración o modificación de fachadas)⁵⁴⁹.

3. Criterios de Derecho Comunitario: Proyecto de Directiva sobre Construcción

La propuesta de Directiva Europea sobre Construcción⁵⁵⁰ establece su aplicabilidad "a las construcciones de edificios residenciales y no residenciales, así como a los trabajos de ingeniería civil, tanto públicos como privados" (Art.A, 1.ap.), abarcando el diseño (concepción) y la realización de toda la obra, equipamientos técnicos y obras auxiliares "sobre construcciones nuevas o existentes" (art.A, 2.ap.).

En tal sentido, se sigue un criterio similar al sustentado por la Jurisprudencia francesa que permite abarcar en este régimen de responsabilidad por defectos de construcción todo tipo de obra (edificaciones residenciales o no y de obras de ingeniería civil públicas o privadas).

⁵⁴⁸J.O. débats A.N./Q., 4-1-82, pág.44. Las construcciones deportivas como los estadios y otras al aire libre son parte de la infraestructura. Quedan excluidos los equipamientos y locales anexos como tribunales cubiertas, vestuarios, duchas que pertenecen que corresponden al ámbito "construcción". En el caso de las pistas de tenis hay que distinguir entre las **cubiertas** que en cuanto edificio o construcción están sujetas a la garantía decenal y a Seguro Obligatorio y las **exteriores** que son obras de ingeniería civil por las que si bien se exige dicha garantía no se en cambio, Seguros Obligatorios decenales. Sin embargo, por el principio de accesoriedad, los Tribunales pueden considerar que los locales anexos o las tribunas cubiertas de pistas de tenis exteriores son el elemento principal de la obra que comprende a éstas como accesorio y que será cubierta por el seguro de daños de constructores.

⁵⁴⁹Chévitaux, S. op.cit., pág.17 y ssgtes.

⁵⁵⁰FIEC, impresión 18 octubre 1991/ GAIPEC/ G1-Oct. Directiva Europea sobre Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 2. Responsabilidad en la Construcción. A. Ambito de aplicación. pág.1 y ssgtes.



Por consiguiente, como todo "interviniente" en la construcción de esas obras podrá ver comprometida su responsabilidad, debe tenerse en consideración la amplia noción con la que queda definido este sujeto: "toda persona física o jurídica, pública o privada que ejecuta o hace ejecutar bajo su responsabilidad, en todo o en parte, las tareas definidas" (concepción, trabajos, dirección externa, control de conformidad o control público). La obligación de indemnizar que se establece a su cargo puede hallar su fuente en el propio contrato o en un imperativo legal como ocurre en el supuesto de los agentes de los Poderes Públicos o bien, de las reclamaciones de terceros perjudicados.

A cualquiera de las construcciones definidas precedentemente, les sería aplicable el texto propuesto no solo en cuanto concierne a la recepción⁵⁵¹ sino también, a la responsabilidad de los sujetos aludidos (intervinientes, promotor y propietario por sus deberes de mantenimiento y uso adecuado)⁵⁵².

Sin embargo, en cuanto se refiere a la obligación de obtener una cobertura financiera⁵⁵³ adecuada para la garantía jurídica consagrada, se advierten algunas particularidades. En principio, se alude a la "construcción" como "la obra y las construcciones y los trabajos de ingeniería civil anejas que son objeto de la garantía" (art.A.4) aunque a estos efectos, solo serán garantizadas aquéllas cuyo costo exceda de 10.000 Ecus a la fecha de la recepción, sean obras de edificación, ampliación en altura o superficie, renovación o reparación (art.B.1). También se formula otra distinción en cuanto a la posibilidad de ejercicio del "derecho de renuncia" de tal garantía, la que podrá pactarse de común acuerdo por cinco años a partir de la recepción entre el Promotor y el primer propietario "salvo en el caso de construcciones destinadas a uso residencial promovidas por la iniciativa privada ..." (art.B.3).

⁵⁵¹FIEC, impresión 18 octubre 1991/ GAIPEC/ G1-Oct. Directiva Europea sobre Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo N°1., pág.1 y ssgtes. Vid, Capítulo VI, pto.d) 8. Derecho Comunitario: La recepción de la obra.

⁵⁵²FIEC, impresión 18 octubre 1991/ GAIPEC/ G1-Oct. Directiva Europea sobre Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 2. Responsabilidad en la Construcción. C. Responsabilidades.B. pág.3. Vid, Capítulo VIII, pto.E. Criterios de Derecho Comunitario: La responsabilidad de los intervinientes y del promotor.

⁵⁵³FIEC, impresión 18 octubre 1991/ GAIPEC/ G1-Oct. Directiva Europea sobre Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 3.pág. 1 y ssgtes. Vid, Capítulo VIII, pto.E. Criterios de Derecho Comunitario: La responsabilidad de los intervinientes y del promotor.3. La garantía jurídica y su cobertura financiera y Capítulo XI, pto. c). Criterios de Derecho comunitario: Nuevas garantías en materia de construcción.



4. Las garantías y las Viviendas de Protección Oficial:

a) Generalidades y garantías:

Esta materia está reglada por un Régimen específico -no tan reciente⁵⁵⁴- que fija las pautas necesarias para su efectiva implementación entre las cuáles figuran ciertas garantías especiales a cargo de los promotores (art.111 RVPO) tendientes a evitar los vicios de la construcción sin perjuicio de las previstas por el Derecho de fondo en materia de compraventa (art.1484 Cc) y de arrendamiento de obra (arts.1591, 1909 Cc) sobre las que se formula **expresa reserva**.

A pesar de que parezca obvia esta salvedad, no puede descartarse su importancia ya que reafirma una vez más que la aplicación de la **Responsabilidad decenal** es inescindible del proceso de construcción de edificios. Aunque no se prevean innovaciones ni se establezca la suscripción obligatoria de un seguro decenal al respecto, parece oportuno analizar el juego de las garantías previstas (art.111 RVPO) y la eventual aplicación en este contexto de las coberturas voluntarias analizadas.

Estas garantías serán aplicables tanto a las edificaciones que reúnan los requisitos legales previstos como a los supuestos especiales expresamente previstos por la Legislación en materia de Viviendas de Protección Oficial⁵⁵⁵.

1. Inmuebles amparados: En este aspecto, este Régimen es abarcativo tanto de la construcción como del uso, de la conservación y del aprovechamiento (art.1) de edificios destinados no solo a **viviendas** (vgr. urbanas, de labradores, de ganaderos y de pescadores) sino también a **edificaciones, instalaciones y servicios complementarios, terrenos, obras de urbanización y a locales de negocio, despachos profesionales y talleres de artesanos** (arts.2 L.; 2 y 7 RVPO). Estos

⁵⁵⁴Decreto 2114/68 de 24 de julio, de aprobación del Reglamento para la aplicación de la Ley sobre la Vivienda de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decreto 2131/1963, de 24 de julio y 3964/64 de 3 de diciembre.

⁵⁵⁵Fernández Hierro, op.cit., pág.183.



inmuebles -objeto de la protección estatal- estarán amparados durante cincuenta años desde la calificación definitiva (art.100 RVPO) en la medida en que estén comprendidos en un Plan Nacional de Vivienda y en los programas de actuación, aprobados por el Instituto Nacional de la Vivienda (INV).

2. La calificación definitiva. Efectos: Mediante este acto o resolución administrativa se declara que las obras se ajustan al proyecto aprobado, se conceden en forma definitiva los beneficios correspondientes y se somete al promotor y a los sucesivos titulares a estas especiales pautas normativas⁵⁵⁶. A partir de entonces, la obra de edificación construida según los requisitos legales, queda incorporada a este régimen de protección que prevé garantías especiales⁵⁵⁷.

Aun cuando la **Calificación definitiva** no se identifique con la recepción definitiva, marca el punto de partida del cómputo correspondiente al plazo de garantía por defectos de construcción (cinco años) que esta normativa prevé. En algún caso, también se ha sostenido que este acto debe ser considerado como el punto de partida de **Responsabilidad decenal** (art.1591 Cc) ya que, en general, el propietario (sucesivos adquirentes) de estas viviendas no se vincula con los profesionales de la construcción (constructores, arquitectos, promotores, etc.) mediante un Contrato de obra, resultándole desconocida -por lo general- la fecha en que fueron recibidos los trabajos⁵⁵⁸. Por lo tanto, como en el ámbito de la contratación privada, cupo a la "Recepción" ser identificada con la expresión legal "desde que concluyó la construcción" (art.1591 Cc), en materia de Viviendas sujetas a este sistema de protección, cabría hacer proceder en igual sentido, respecto de la "Calificación definitiva".

⁵⁵⁶Fernández Hierro, op.cit. pág.185 y ssgtes.; Herrero Lozano y Capa Herrán: La Protección Oficial en la Construcción de Viviendas. Madrid, Servicio Central de Publicaciones Ministeriales de la Vivienda, pág.14.

⁵⁵⁷En tal sentido, se ha manifestado el Tribunal Supremo al afirmar que el efecto jurídico propio de la calificación definitiva no es otro que permitir a la obra construida "acogerse y disfrutar de los beneficios estatalmente señalados en función social de promoción de viviendas" sin que de ningún modo permita que las infracciones o faltas constructivas cometidas queden amparadas (T.S.S. de 5 de mayo de 1970).

⁵⁵⁸Herrera Catena, op.cit. V.I., pág.178.



Sin embargo, el Tribunal Supremo **no se ha mostrado favorable** a la equiparación de la calificación definitiva a la recepción de la obra por la Administración por considerar que, en ningún caso, dicha calificación puede ser entendida como el "hito liberatorio de toda responsabilidad por incumplimiento de obligaciones constructoras" por parte de los promotores (o profesionales intervinientes)⁵⁵⁹. De ninguna manera, a partir de entonces, quedan salvadas las deficiencias de construcción evidenciadas o que tengan lugar con posterioridad⁵⁶⁰.

La Calificación definitiva se obtiene mediante la gestión del promotor⁵⁶¹ quién debe solicitarla dentro de los treinta días de terminadas las obras comprendidas en el proyecto (aprobado) con calificación provisional y agregar la documentación que permita demostrar que la obra se ajusta a lo establecido sin perjuicio de la realización de las inspecciones que el I.N.V. juzgue necesarias a tal fin (arts.97/8 RVPO). Asimismo, en la primer ocupación, las viviendas "calificadas definitivamente" no requerirán "cédula de habilitación" aunque sí, en las que tengan lugar con posterioridad (art.103 RVPO)

3. La Garantía administrativa por defectos de construcción y el seguro: De acuerdo a lo expresado, a partir de la Calificación definitiva y **durante cinco años**, se consagra la "garantía por los vicios o defectos de construcción que se **manifiesten** e hicieren necesaria su reparación" la que "se impondrá al **promotor o a costa de este**" (art.111.2 RVPO). Los **promotores no oficiales** (art.22 cit.) están sujetos a la contratación de un "seguro bastante" por un lapso que "**no será superior al de cinco años desde la calificación definitiva**" a fin de garantizar -ante el I.N.V.- el cumplimiento de las obligaciones aludidas (art.111.3).

⁵⁵⁹T.S., entre otras, Ss. de 24 de abril de 1964, 24 de mayo de 1969, 28 de enero, 2 de marzo y 1º de julio de 1970, 2 de noviembre de 1972.

⁵⁶⁰No obsta a la responsabilidad que en tal sentido cabe al promotor, la que pudiera corresponder a la negligencia de los funcionarios que no advirtieran tales deficiencias al realizar la inspección administrativa a tal efecto (TSS de 2. 11. 1970).

⁵⁶¹Espinosa del Río: Viviendas de Protección Oficial. Boch, Barcelona 1971, pág.498, es "el acto administrativo de signo positivo de trascendencia más profunda en relación con el promotor". Según cita Fernández Hierro, op.cit. pág.185.



Por lo tanto, esta garantía trae aparejada una Responsabilidad legal de índole **administrativa**⁵⁶² cuyos términos resultan inmodificables por los particulares (promotor, propietarios, etc.) por ser concernientes al interés público. La gama de conductas reprochables que este sistema prevé es más amplio que el correspondiente al art.1591 Cc que se basa solamente en aquéllas conductas culposas determinantes de ruina o defectos constructivos.

También en esta esfera, se parte de la culpa como factor de imputación la que no se presume sino se demuestra⁵⁶³. En este sentido, se **impone la prueba del comportamiento reprochable del promotor** en cada uno de los siguientes supuestos: por defectos o vicios de construcción (negligencia u omisiones culpables de cualquier interviniente) (art.153 C.ap.6); por acciones u omisiones que contravengan las disposiciones administrativas en general y entre otras, las vigentes en materia de urbanismo, de edificación, (vgr. Ordenanzas Técnica y/o Normas constructivas del I.N.V.) (art.153 C. ap.4 y 6 "in fine" citado RVPO) o bien "que diesen lugar a que la obra no se ejecute conforme a las condiciones de calidad previstas en el proyecto como consecuencia de no utilizar los elementos de fabricación y construcción idóneos" (art.153 C.ap.7 RVPO)⁵⁶⁴.

El interés de la Administración se orienta no solo a una necesidad social de viviendas sino también a asegurar la buena calidad de éstas. Por consiguiente, la reglamentación en análisis prevé un **sistema sancionatorio** especial sin perjuicio de la garantía aludida. Se considera **falta muy grave**⁵⁶⁵, "la negligencia del

⁵⁶²Fernández Hierro, op.cit. pág.183. "... bien entendido que no existe una responsabilidad administrativa independiente de la civil para todas las profesiones: solo y exclusivamente se trata de la derivada de la construcción de las viviendas de protección oficial ..."

⁵⁶³En estos términos, según Fernández Hierro (loc.cit., pág.191) debe ser **probada la culpa** del promotor o técnico en cada uno de los supuestos del art.153 C, ap.4,6 y 7 RVPO, no se presume como en el art.1591 Cc. Sin embargo, también se ha dicho que necesariamente un defecto constructivo se debe a un hecho determinante de una anomalía en el proceso constructivo que debe ser reparada aun cuando no configure una concreta infracción normativa (TS Ss.de 17 de abril de 1967, de 2 de enero de 1970 y de 25 de enero de 1971).

⁵⁶⁴Fernández Hierro, op.cit., pág.190/1. Considera que mediante este artículo 153 RVPO se zanja el problema relativo a determinar si es necesario para que exista "infracción muy grave" deban contravenirse las Ordenanzas Técnicas y las Normas Constructivas ya que se consagran tres causas distintas.

⁵⁶⁵Vid.anexo Régimen de Viviendas de Protección Oficial.



promotor, constructores o facultativos que diese lugar a vicios o defectos⁵⁶⁶ que afecten la edificación dentro de los plazo de cinco años a partir de la Calificación definitiva ..." (art.153.c) 6 RVPO). No existe un criterio judicial uniforme respecto de la apreciación de la gravedad de tales vicios aunque resultan fundamental que sean "trascendentes".

Sin perjuicio de la multa que se impone a este tipo de infracciones como sanción pecuniaria (art.155.3), si los vicios aludidos son "consecuencia de acciones u omisiones culpables" se aplicará además la sanción complementaria de **inhabilitación temporal** (de 2 a 10 años) "a intervenir en la formación de proyectos o en la construcción de este tipo de viviendas" (art.155 c) RVPO).

Por otra parte, la responsabilidad administrativa es independencia de las garantías de Derecho privado⁵⁶⁷. Al abordar este punto, hay que señalar que se formula **expresa reserva normativa** de las garantías de génesis civil en favor del propietario y de los sucesivos adquirentes tanto por **saneamiento de vicios o defectos ocultos de la cosa vendida** (art.1484 Cc) como por **responsabilidad decenal** (arts.1591; 1909 Cc) (art.111.3 RVPO).

La Reglamentación formula una distinción tajante ya que ante la Administración se prevé una **garantía por vicios o defectos constructivos más breve (5 años)** y con distinto punto de inicio (Calificación definitiva) que la correspondiente a la Responsabilidad decenal que se reserva "al propietario y adquirentes de viviendas". Las relaciones jurídicas que vinculan al I.N.V. con los promotores son de carácter público y se rigen por disposiciones de Derecho Administrativo que prevén regímenes propios de garantía, en favor del Estado.

⁵⁶⁶La Sala IV del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los Recursos promovidos contra las resoluciones administrativas que imponían las sanciones previstas en el Régimen de Viviendas de Protección Oficial en las Sentencias de 10 de junio de 1967, de 25 de abril y 10 de junio de 1969, de 1 de febrero de 1972 (humedades); de 3 de enero de 1967 (defecto de fundaciones); de 5 de abril de 1964, 13 de junio de 1966 (grietas), entre otras.

⁵⁶⁷En ningún caso, el régimen de protección oficial impide al propietario o perjudicado, instar la acción que autoriza el art.1591 Cc ante los Tribunales ordinarios (T.S. S.de 23 de octubre de 1971).



El régimen comentado dirige las garantías administrativas hacia los **promotores no oficiales** (art.111.3 RVPO). A estos también se apunta con la referencia expresa aunque poco explícita sobre un "**seguro bastante**". En este caso, cabría la posibilidad de adoptar el tipo que resultara más conveniente (de Daños, de Responsabilidad civil, etc.) pero, sin embargo, el Seguro de Caucción es el más utilizado en la práctica.

Desde otro punto de vista, cabría intentar una interpretación distinta respecto de la citada "reserva de las garantías civiles" debido a que se imponen de un modo general sin especificaciones ya que las disposiciones de derecho de fondo son invulnerables frente a tales previsiones administrativas. En este sentido, la norma citada expresa:

"... quedarán a salvo, en todos los casos, las acciones que pudieran ejercitar los propietarios y adquirentes de viviendas..." (arts.1484 y 1591, 1909 Cc) (art.111.3 RVPO).

Por consiguiente, en este último supuesto ("en todos los casos"), tales garantías también serían exigibles a los **promotores oficiales** (art.22 RVPO) quienes eventualmente, podrían compartir la **legitimación pasiva** en materia de Responsabilidad decenal con los restantes profesionales intervinientes (art.1591, 1909 Cc). En este sentido, mientras no esté legislado un Seguro decenal de suscripción obligatoria, existirá absoluta libertad de contratarlo y de hacerlo, podrán escoger la cobertura que -según las ofrecidas- más se adecue a la medida de su interés.

De todos modos, esta alternativa no es usual en la práctica, quizás, en mérito a la convicción de que el patrimonio público es el mejor respaldo para hacer frente a cualquier reclamación. En cierto modo, éste ha sido el criterio seguido por el régimen francés en cuanto a la derogación de los Seguros obligatorios decenales - acordada por el Ministerio de Economía- respecto del Estado que construye por su cuenta, de las colectividades locales y de otras personas de Derecho público en la medida en que puedan justificar medios suficientes para hacer frente en forma



rápida y completa a la reparación de daños derivados de defectos constructivos⁵⁶⁸.

No cabe duda de que en el área de la construcción, existe una clara inclinación Oficial hacia los **Seguros de Caucción** cuyas características son muy particulares y difieren de las comentadas anteriormente (Seguros de Daños y de Responsabilidad civil, Decenal, etc.). En estos contratos, en caso de incumplimiento del Tomador de sus obligaciones legales o contractuales, la Entidad aseguradora se obliga a indemnizar al Asegurado "a título de resarcimiento o penalidad" constituyéndose en un auténtico fiador. El siniestro surge con la ejecución o incautación de la fianza y al menos teóricamente, el Tomador debe reembolsar al Asegurador el pago efectuado.

A pesar de ello, mediante este Régimen de Protección se instrumenta un sistema que se basta a sí mismo ya que prevé no solo las conductas debidas sino además, las sanciones aplicables en caso de infracción así como las obligaciones y garantías a cargo de los promotores y demás profesionales intervinientes. Su armonía no se quebranta aunque se deje a salvo la aplicación de las acciones y garantías civiles en favor del propietario o adquirentes. Finalmente, si se consagrara un **Seguro obligatorio decenal** también sería exigible a los promotores antes aludidos que pudieran ver comprometida su responsabilidad (arts. 1591/1909 Cc y 111.3 RVPO).

Por otra parte y cerrando acabadamente el "círculo de esta protección reglamentaria", se imponen ciertos **deberes a cargo de los propietarios**. En tal carácter, están obligados a mantener estas las viviendas en buen estado de conservación y a cuidar de su policía e higiene bajo la vigilancia del I.N.V. quién por cuenta de su titular podrá "realizar las obras que juzgue necesarias" (arts. 167/8 RVPO). Sin perjuicio de tales exigencias, se reconoce expresamente al propietario el **derecho de exigir el reembolso** de las "reparaciones motivadas por los daños causados por dolo o negligencia de ocupantes, inquilinos o personas con quiénes convivan" (art. 111 RVPO).

⁵⁶⁸Nota informativa del Ministerio de Economía sobre la reforma del Seguro de construcción (Ley 78/12). Le Code ...cit. pág. 43.



La falta de cumplimiento de tales conductas impuestas al propietario debe ser valorada convenientemente a efectos de determinar la concurrencia de culpas en materia de Responsabilidad decenal. Por consiguiente, será menester determinar si hubo infracción, culpa o negligencia del propietario en la producción del daño, tarea probatoria que se verá favorecida gracias a la labor del control que en tal sentido, cumple el I.N.V.

b) Responde el Estado por la garantía del art.1591Cc?

La respuesta a este interrogante surge claramente del Régimen de Viviendas de Protección Oficial en el que si bien se admite la intervención y responsabilidad de **promotores oficiales y privados** (art.22 RVPO). El Estado en cuanto Poder Público se ocupa a través del I.N.V. de llevar a cabo el control necesario para una adecuada implementación de esta normativa de orden público.

Por lo tanto, el Estado no responderá por los **defectos constructivos** de las viviendas protegidas en virtud de que en general, todos los profesionales intervinientes y en especial, los promotores (oficiales y privados) asumirán las responsabilidades que les conciernan en virtud de las disposiciones de Derecho privado (arts.1484, 1591 y 1909 Cc) y de este Régimen administrativo (art.111.3 RVPO), respectivamente.

d) El período de la garantía o de cobertura decenal

1. Punto de partida: La recepción

a) Generalidades en España: Derecho y práctica asegurativa

La cobertura debe otorgarse desde el momento más adecuado y éste **dependerá del interés** que se desee proteger. Por ejemplo, variará de acuerdo con la normativa que recoja el Seguro decenal obligatorio. De tal modo, las leyes relativas a la vivienda pondrán especial atención en los usuarios, propietarios o sucesivos adquirentes de



inmuebles con este destino mientras que por su parte, otras leyes podrán orientarse no solo hacía los usuarios de edificios diversos (vivienda, comercios, industria, oficinas, hospitales, etc.) sino además, hacía la concreta responsabilidad de cada profesional interviniente.

Pero, sin embargo, en un mercado de libre contratación, la diversidad de enfoques que sobre una misma cuestión puede ser adoptada -aun respecto de simples conceptos- por las distintas pólizas vigentes, torna muy difícil la generalización del interés perseguido por esos Seguros. Más precisamente, en cuanto concierne a la **recepción de la obra** como punto de partida de la garantía decenal, pueden advertirse criterios no solo distintos sino además, orientados hacía modelos foráneos, adoptados -en ocasiones- de forma incompleta y en su mayoría, alejados del criterio jurídico dominante en España.

Como el Sistema jurídico español se ha mantenido fiel al texto original del Código civil en materia de Arrendamiento de obra, la figura de la recepción debió ser desarrollada por la Doctrina y la Jurisprudencia, coincidiendo ambas en que la **recepción definitiva, tácita o expresamente** establecida con posterioridad a la provisional, constituye el momento más adecuado para el inicio de la Responsabilidad decenal⁵⁶⁹.

En general, todas las Pólizas coinciden en que el período de cobertura o plazo de vigencia de las garantías comienza con la **recepción** cuya fecha consta en el acta correspondiente aunque **ninguna define** su contenido conceptual.

Excepcionalmente, se hace referencia al "**hecho**" del beneficiario de recibir -con o sin reservas- la obra después de terminados los trabajos que fija el inicio de la responsabilidad objeto del seguro. En ocasiones, se menciona la **recepción lisa y llanamente** aunque ciertamente con mejor tino que cuando se alude a ella como "**acta**" o "**suceso**" o bien, como **alternativa** de las fechas de entrega, de finalización de los trabajos o de ocupación de la construcción.

⁵⁶⁹Vid, Capítulo VI, pto.d) La recepción definitiva de la obra ...-



Estos puntos de vista, no solo confunden elementos propios de la institución decenal cuyos alcances conceptuales han sido reiteradamente definidos sino que además, aunque pretenden seguir los lineamientos normativos más modernos, lo hacen de forma incompleta e imprecisa.

No obstante, el criterio jurídico antes aludido como predominante en España también es recogido por algunas Pólizas que expresamente se refieren a la **"Recepción definitiva de la construcción"** y no a la **provisoria** como el inicio de la vigencia temporal del Seguro a partir del cuál siempre que se haya abonado la prima o fracción pactada, nacen por el período decenal las obligaciones a cargo del Asegurador". De todos modos, en caso de duda, la recepción será caracterizada como definitiva según el criterio jurídico mayoritario.

De ningún modo, se trata de un **"suceso"** o de un **"hecho"** sino de un acto jurídico tácito o expreso mediante el cuál el dueño, comitente o promotor manifiesta su voluntad de aprobar los trabajos terminados, aceptar y recibir la obra.

Tampoco es correcto referirse a la recepción como al **"acta"** ya que ésta constituye su soporte instrumental.

Habida cuenta de la caracterización jurídica que sobre la **recepción** se ha desarrollado en España⁵⁷⁰, mal puede identificarse con la **"entrega de la obra"** o con la **"finalización de los trabajos"** que son actos materiales a cargo del Contratista con los cuáles difícilmente coincida. Sin embargo, algunas Pólizas ofrecen como **"momentos alternativos"** del inicio de Cobertura decenal, la **"ocupación"** o la **"puesta en funcionamiento de la obra"** si tiene lugar antes de que ésta sea recibida. Corresponde señalar que desde la óptica de la Responsabilidad decenal (art.1591 Cc) para que tales actos sean el punto de partida de la garantía correspondiente, deben configurar una supuesto de recepción tácita⁵⁷¹.

⁵⁷⁰Vid, idem loc. anterior (40).

⁵⁷¹Vid. Capítulo VI, pto.4.g)



Por último, si se intenta convencionalmente seguir las pautas del régimen asegurativo francés en esta materia (recepción como acto único), deben definirse muy claramente las pautas y nociones conceptuales aplicables al Seguro decenal. En su defecto o mediando una adopción parcializada o contradictoria de esas normas, podrían derivarse consecuencias no previstas porque en caso de litigio, al no bastarse a sí mismo el acuerdo, el Sentenciante no tendría otra alternativa que echar mano a los principios generales en la materia (arts.1591 y 1909 Cc) -ajenos quizás, a las condiciones pactadas- a efectos de resolver la cuestión planteada.

Teniendo en cuenta que sobre la responsabilidad decenal existe una clara doctrina legal del Tribunal Supremo, lo más acertado parece seguirla en tanto no estén sancionadas las tan anheladas reformas legislativas relativas a la Responsabilidad por defectos constructivos. En principio, respetar el criterio tradicional preconizado, no representaría escollo alguno.

A pesar de ello, tal solución no dejaría de ser objetable para algunos Aseguradores que prefieren concebir la recepción como un acto único según sea el tipo de seguro decenal que ofrezcan y a quiénes esté dirigido (vgr.no se aplica el mismo criterio en el seguro de daños tomado por el promotor, por el propietario o por el constructor sobre quién pesa la garantía de mantenimiento). La variedad de posturas sobre el punto de partida de la garantía decenal (recepción única o definitiva) permite a cada Asegurador apuntarse en la que resulte más conveniente a su propio interés comercial no sin afectar principios tales como la igualdad contractual y la seguridad jurídica exigible en materia de transacciones mercantiles. No existe un conocimiento cabal de los interesados en estos seguros sobre las distintas alternativas con que cuentan.

b) El juego de las garantías decenal y de mantenimiento

Esta situación está estrechamente relacionada con aspectos muy concretos de la realidad. Según se ha expresado⁵⁷², en la práctica de la contratación de obra por lo general, a partir de la "entrega" de ésta, se prevé un **período de mantenimiento o conservación** como garantía convencional a cargo del contratista que suele ser anual.

⁵⁷²Vid. Capítulo VI, pto.d) 3, 4.



De allí que según la orientación tradicional referida, se ubique en ese momento la recepción provisional, trasladando la "definitiva" (pactada o tácita) al vencimiento de dicho plazo que corresponde a los trabajos de ajuste, reparación o terminaciones correspondientes a las reservas formulas en el acta correspondiente o con posterioridad.

b)1. Ahora bien, si la recepción es un acto único cómo juegan la **garantía de mantenimiento (pactada) y decenal (legal)** a los efectos del seguro? La primera se ofrece como una ampliación voluntaria del período normal de vigencia de las Pólizas Todo Riesgo de Construcción a partir de la recepción y a efectos de **garantizar el período de mantenimiento o conservación** de la obra abonando una prima suplementaria. Del mismo modo, este Seguro ofrece otra alternativa de ampliación al servir de soporte instrumental adecuado a la **ampliación** correspondiente a la **cobertura decenal** según fue tratada anteriormente. Sin embargo, los Aseguradores no admiten que en estas pólizas, coexistan ambos tipos de ampliación durante el período de mantenimiento a cuyo fin recién podrá hacerse efectiva la decenal.

En este caso, la lógica parece indicar que sería más adecuado seguir el citado criterio tradicionalmente aplicado a fin de soslayar tales inconvenientes de superposición de garantías: Hacer coincidir el inicio del período de mantenimiento con la fecha de la "recepción provisional" (entrega) y, su expiración con la recepción definitiva inicio del cómputo de los diez años.

Por lo general, el Seguro Decenal va enlazado con el de "Todo Riesgo de Construcción" ya sea como una extensión de cobertura de este último o bien, porque el Asegurador lo exija como requisito previo para pactar aquél.

En España, tanto en las prácticas contractuales como aseguradoras, se puede advertir que se ha adoptado en cuanto al juego de las garantías, una solución distinta al criterio tradicionalmente consagrado. Si bien se evidencia una mayor aproximación al Derecho francés cuyo contexto normativo presenta caracteres diversos al español (art.1591CC), sus prescripciones tampoco se ven fielmente reflejadas en las Pólizas mencionadas. Por ejemplo, algunas Pólizas Todo Riesgo de Construcción comercializadas no admiten la coexistencia de las dos garantías



mencionadas aun cuando se trate de una extensión de cobertura de **Responsabilidad Decenal**.

En Francia, la citada Ley 78-12 vino a armonizar las disposiciones del Code civil sobre **garantías de perfecto acabado** (art.1792.6) y de **buena ejecución** (arts.1792, 2270) relacionándolas con:

1. El **Seguro decenal de daños** de suscripción obligatoria consagrado por el Code des Assurances (conf. Ley 78-12, Tít.III):
"Cette assurance prend effet après l'expiration du délai de **garantie de parfait achèvement** visé a l'article 1792.6 du Code civil..." (art.L.242.1 CA)

Asimismo, este artículo incluye dos supuestos de excepción en los que debe garantizarse el pago de las reparaciones necesarias: a) Antes de la recepción, previa constitución en mora del constructor se resuelve el contrato por inejecución de las obligaciones a su cargo y b) después de la recepción, también mediando previa constitución en mora sin que dicho profesional cumpla con sus obligaciones contractuales.

2. El **Seguro de Responsabilidad Decenal** de suscripción obligatoria (art.L.241.1 CA). En este caso, se sigue un criterio distinto porque las mencionadas garantías no se suceden ni superponen sino que por el contrario, **coexisten**.

En tal sentido, la Jurisprudencia francesa resolvió que los **defectos** que fueron objeto de **reservas** en el acta de recepción corresponden a la "**garantía de perfecto acabado**" como vicios aparentes ajenos a la **garantía decenal** mientras que por defectos posteriores, cabrá al propietario o promotor la **libre opción** entre una y otro (C.Cas.III, 29-487)⁵⁷³.

- b)2. Siguiendo los lineamientos esbozados, resulta muy difícil determinar en algunos condicionados vigentes en el Mercado asegurador español, el fundamento de ciertos **períodos de carencia** que coinciden con los primeros meses (año)

⁵⁷³Le Code des Assurances Construction ...cit. pág.138.



posteriores a la recepción consagrada como acto único. En tal sentido, se verían reducidas a **nueve años** sin motivo las coberturas -"llamadas"- decenales (vgr. impermeabilidad de cubiertas), alejándose de la norma tutelar (art. 1591 Cc) que - aunque no mencionan- les ha servido de norte.

El plazo de garantía relativo a la Responsabilidad decenal debe ser entendido como un "tope mínimo" de orden público que es posible ampliar pero no reducir por las partes. De tal modo, los seguros que sin fundamento válido acortan este plazo legal no ofrecen al presunto responsable ni al perjudicado en los términos adecuados las garantías que legalmente están previstas a su favor.

La ausencia de regulación específica en España sobre la recepción en el Derecho privado a fin de aunar criterios, impone una reforma legislativa que enmarque dentro de sus justos límites los plazos decenales de Responsabilidad (art. 1591 y 1909 Cc) y de las Cobertura asegurativas obligatorias o no.

e) Las Oficinas técnicas o de control: Caracterización contractual

Al abordar el análisis de los Seguros de cobertura decenal -especialmente, de Daños- en materia de construcción, se imponen ciertas consideraciones relativas a la figura de las "Oficinas técnicas" o "de Control" que son ajenas a las coberturas de responsabilidad civil profesional. Aun cuando no estén consagradas por el Derecho español, en las prácticas asegurativas aludidas, se establece su contratación como una **obligación a cargo** del Tomador (asegurado) a efectos de que se lleve a cabo el **control de concepción y ejecución**⁵⁷⁴ de la obra, previa homologación del Asegurador. Con su intervención se procura lograr un buen nivel de calidad en la construcción del mismo modo que evitar el acaecimiento de áreas perjudiciales sobre la existencia de deficiencias técnicas.

Por lo tanto, la misión que desarrollan no solo resulta **relevante en interés** del Asegurador sino también del destinatario de la obra (dueño, sucesivos adquirentes o promotor), de los profesionales intervinientes (presuntos responsables) y de la sociedad en su conjunto porque

⁵⁷⁴Molina, Inés E. La responsabilidad ...cit., pág.97.



de algún modo, contribuyen a su seguridad mediante un verdadero control de calidad de la construcción.

Algunas de las consideraciones antes formuladas sobre la importancia y finalidad de la figura del "Control Técnico" que en Francia se reglamenta en forma específica⁵⁷⁵, resultan de entera aplicación a las Oficinas de Control referidas en las Pólizas decenales.

1. Particularidades de la contratación. Obligaciones

- a) Esta modalidad de control reviste ciertas **particularidades**. En principio, la **libertad contractual** del Tomador (asegurado) quien pacta y abona los servicios de una de éstas Oficinas, se ve seriamente restringida por la incidencia de la voluntad del Asegurador (condicionado decenal) sobre ese acuerdo.

En primer término, éste sugiere los candidatos posibles para llevar a cabo el control, coartando así toda posibilidad de que el Tomador (asegurado) obtenga mejores condiciones de precio y calidad. Sobre este punto, cabe capitalizar la experiencia francesa antes reseñada⁵⁷⁶ en cuanto a que no han dado buenos resultados en general, las **restricciones** sobre el Control técnico y, en especial, sobre su **libre elección**. Por consiguiente, resultaría adecuado adoptar criterios más flexibles que permitan a quién "deba" contratar sus servicios, "proponer" otros "candidatos confiables" aunque siempre sujetos a homologación del Asegurador.

En tal sentido, las Pólizas establecen que las "**garantías decenales otorgadas**" están "**subordinadas al control técnico del proyecto y de la ejecución**" de la obra asegurada, efectuado antes y durante el curso de los trabajos "por una Oficina de control **homologada por el Asegurador**".

- b) Del mismo modo, además de prever este tipo de control, los condicionados decenales fijan prácticamente el **marco normativo básico** del contrato de servicios entre el

⁵⁷⁵Vid., Cap.VIII, pto.e). Ley francesa N°78-12, Tít.III.

⁵⁷⁶Vid. Capítulo VII, pto. A.1.e).



Tomador (asegurado) y la Oficina elegida ya que definen las **obligaciones de cada uno de ellos en favor de la Entidad aseguradora** a la sazón, tercero (res inter alios acta) en ese contexto convencional.

De tal modo, se establece respecto del **Asegurado** una **colaboración permanente** con la Oficina de control, debiendo comprometerse a: remitirle gratuitamente el proyecto y documentación correspondientes antes de iniciar los trabajos; someter a examen previo cualquier modificación o la propia construcción en caso de solicitar revalorización; permitir el acceso a la obra; efectuar los estudios o ensayos de materiales y sistemas constructivos que considere oportunos; comunicarle con un mínimo de ocho (8) días de antelación la fecha de recepción y aceptar en ese acto la asistencia de los representantes del control; abonarle directamente todos los honorarios y gastos devengados con motivo de su intervención; subsanar los defectos señalados tan rápidamente como sea posible.

En cuanto a la **Oficina técnica**, algunas **Pólizas** hacen referencia a su **misión** o bien a las obligaciones que están a su cargo frente al Asegurador como por ejemplo, debe: elaborar **informes descriptivos** y evacuar cualquier consulta informativa requerida; **advertir** inmediatamente al Asegurador la negativa del Asegurado de corregir los defectos señalados o cualquier agravación del riesgo; comunicarle la **suspensión del control** de los trabajos y la fecha de recepción; formular las **reservas** que considere oportunas y las que constarán en el informe final a fin de que pueda ser emitida la **certificación de comienzo de cobertura**. Del mismo modo, se indica a aquella que debe señalar a los Asegurados los **defectos o faltas** que puedan dar lugar a siniestros, que agraven el riesgo o que contraríen disposiciones en vigor.

- c) La contratación del Control técnico por el Tomador se impone casi como condición del Contrato de Seguro decenal. En principio, podría entenderse como **estipulación en favor del Asegurador** (art.1257 ap.2 Cc) debido a que las obligaciones a cargo de la Oficina interviniente parecen estar dirigidas a resguardar el patrimonio de aquél contra las reclamaciones por los siniestros que no desee garantizar porque se asientan en malas prácticas constructivas y/o en la falta de la debida diligencia del propietario.



De tal modo, si se parte del **Contrato en favor de tercero**⁵⁷⁷ como hipótesis, es conveniente recordar algunos de sus efectos. El Asegurado (estipulante) tiene verdadero interés de celebrar dicho contrato en favor del Asegurador con el fin de recibir una prestación concreta, el otorgamiento de Cobertura decenal. Una vez que se le notifica el acuerdo, el beneficiario (Asegurador) podrá exigir al promitente (Oficina de control), el cumplimiento de las obligaciones de control de los trabajos de construcción respecto de la obra que se desea asegurar. Por otra parte, este último se ha obligado frente al Asegurador mediante una relación que le permite a éste ostentar un derecho de crédito en su favor a fin de satisfacer un interés legítimo y digno de tutela del Asegurado.

Sin embargo, según la interpretación de la normativa francesa⁵⁷⁸ al respecto, cabría afirmar que la actividad de la mencionada Oficina está prevista en solo provecho del propietario y en forma indirecta, de la sociedad en su conjunto al ocuparse de la calidad de la construcción. Desde esta óptica normativa, cambia radicalmente el enfoque anterior. En Francia, el Control técnico está reglamentado en cuanto a su creación y funcionamiento constituyendo uno más de los múltiples eslabones (garantías y seguros obligatorios) de la cadena de protección creada en torno a los propietarios de obras de construcción por la Ley 78-12.

- d) En Francia a diferencia de lo que ocurre en España, también pesa sobre los Organismos de control la presunción de **Responsabilidad decenal**⁵⁷⁹ y la exigencia de **exclusividad funcional** de su actividad. En este sentido, las Entidades aseguradoras no admiten ningún tipo de dependencia con el dueño o comitente ni con los profesionales intervinientes ni su participación en la redacción del proyecto, en la dirección ni en la ejecución de la obra.

⁵⁷⁷art.1257.2 ap. Cc."... Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada ...". Díez Picazo- Gullón. op.cit. Vol.II, pág.92 y ssgtes.

⁵⁷⁸Note d'information du Ministère d'Economie, pag.43. Le Code de l'Assurance Construction. Edition l'Assurance Française. París. 1989.

⁵⁷⁹Ley francesa 78-12, Título III, art.9.



2. Las funciones de las Oficinas de Control

La Oficinas de Control cumplen una **doble función**:

- 1) **de prevención y control** ya que con su intervención, permiten aminorar no solo el número sino también los costos de los siniestros.
- 2) **y, de información** frente al Asegurador sin perjuicio de las obligaciones de igual naturaleza a cargo del Tomador ya que debe advertirle sobre la naturaleza del riesgo presentado. Si la obra ha sido bien realizada siguiendo las normativas en vigor, con los materiales apropiados y con todo el cuidado posible podría aventarse -en principio- cualquier probabilidad de siniestro.

Las Oficinas técnicas elaboran distintos **informes descriptivos** a lo largo del proceso constructivo:

- a) El primero de ellos, se referirá al **estudio técnico del riesgo** en base al proyecto y demás documentación que permita analizar los aspectos técnicos más delicados y complejos; asimismo, formulará las reservas relativas a las deficiencias de Proyecto y Diseño de la obra (materiales, cimentación defectuosos, etc.).
- b) Luego -durante el curso de los trabajos-, se centrarán en la adaptación de los trabajos al proyecto; la agravación o los cambios de riesgo. A tal fin, la Oficina podrá solicitar estudios, análisis y ensayos de los materiales y procedimientos empleados.
- c) Finalmente, el informe versará sobre las condiciones de ejecución de la obra, su calidad según las garantías ofrecidas, manteniendo la lista de reservas técnicas correspondientes y eventualmente, dando su aprobación mediante el **visado del acta de recepción**.

Por otra parte, la información proporcionada sobre deficiencias técnicas en general, también permitirá al Asegurador **adaptar y estudiar la cotización y las condiciones adecuadas** en cada caso.



El control técnico no se realiza en forma permanente sino mediante **muestreos** cuya oportunidad quedará determinada por la experiencia de la Oficina interviniente según las características de la obra y durante todos los estados atinentes a la realización de ésta.

3. Efectos de las "Reservas" o "Reparos" de la Oficina de Control: Corrección. Incumplimiento

Una clara muestra de las relaciones intrincadas que se configuran entre los sujetos aludidos, se patentiza en las expresiones tales como **"se subordinan las garantías asegurativas a la opinión del organismo de control"**. Sin duda, este último constituye el único "ojo visor" imparcial con que cuenta el Asegurador durante el proceso constructivo y que le tendrá al corriente de las circunstancias que puedan variar las condiciones del riesgo. Del mismo modo, las comunicará al profesional para que sean subsanadas a la mayor brevedad. De no proceder en tal sentido, se verán modificadas (alteración o agravación del riesgo) las **circunstancias del contrato** tenidas en mira por el Asegurador al momento de su celebración. En base a ello, éste será quién obviamente, podrá optar por mantener la cobertura aunque aumentando el importe mínimo de la franquicia o revisando el porcentaje de prima o bien, por resolver el acuerdo suspendiendo total o parcialmente las garantías ofrecidas.

En concordancia con tales conductas, también podrá **retener la prima adelantada** por el riesgo no corrido en concepto de daños y perjuicios o de reembolsarla al Tomador, deduciendo los gastos de gestión si la **negativa de cobertura afectase la totalidad del riesgo**. Las retenciones aludidas valdrán como **reparación por incumplimiento contractual previamente pactada**.

En la **lista de exclusiones de cobertura** establecidas que integran el condicionado decenal, suelen incluirse los daños originados en hechos o defectos que motivaron las reservas o reparos del organismo de control antes de la recepción y no corregidas así como los resultantes de cualquier infracción a las previsiones expresas al respecto impuestas al Tomador (asegurado). El profesional deberá corregirlas y el propietario podrá presionarlo en ese sentido, **no aceptando** la obra por vicios aparentes (advertidos por la Oficina Técnica) o bien, **reteniendo** el pago del precio convenido.



Sin embargo, parece acertado que si el profesional a quién incumba solucionar las reservas formuladas, considera **erróneo el criterio aplicado por la Oficina de control**, deberá comunicárselo -fundadamente- a ésta y al Asegurador por un medio fehaciente, dejando a salvo su responsabilidad. En caso de que -de todos modos- se mantengan las reservas si desea mantener las garantías del seguro debe acatarlas o en su defecto, resolver el contrato por denegación o modificación abusiva de las condiciones de cobertura (art.7 Cc).

Asimismo, como la obligación del Asegurador nace a partir de la recepción, hasta que el acta de recepción no esté aprobada por la Oficina de control, el Tomador (asegurado) no tendrá la certeza de contar con las garantías pactadas aunque haya abonado el **anticipo de prima** según se establezca en la póliza (vgr.15% del total). Si la Oficina interviniente no da su visto bueno, aun cuándo se hayan abonado la prima y los honorarios y gastos de la Oficina interviniente, no se cubrirá el riesgo contratado. En este caso, se plantea la cuestión de si esa facultad del Asegurador es justa o no. A fin de dar una respuesta adecuada, hay que tener en cuenta que las inspecciones efectuadas por el organismo de control son periódicas y por consiguiente, se advierte al profesional sobre los defectos constructivos en más de una oportunidad y con la debida antelación. Por lo tanto, si tales incumplimientos no han sido subsanados hasta la recepción y obstaculizan la aprobación de la obra por la Oficina -en su informe al Asegurador-, las consecuencias que se deduzcan de tales circunstancias serán achacables al negligente proceder profesional.

Las Compañías de seguros que no tienen por objeto la prestación de ese tipo de servicios, materializan así, el control técnico del riesgo que de otro modo, no podrían efectuar sin que resultara de excesiva onerosidad -por incremento de primas- para el interesado. Si estas empresas asumieran el coste del Control técnico además del coste del seguro cargándolos en las primas desde el punto de vista de su contabilidad, se plantearían serias dificultades puesto que si bien estarían presupuestados en tal concepto pero no podrían contabilizarse así en su totalidad ya que habría que deducir y abonar los honorarios y gastos de la Oficina interviniente.



f) Límites de Cobertura: Las Sumas aseguradas:

Las sumas aseguradas constituyen el límite máximo del compromiso asumido por el Asegurador. En otras palabras, representan los importes máximos que éste pondrá a disposición del Asegurado -en caso de siniestro- para compensar los daños sufridos por éste (Seguro de daños) o por terceros perjudicados (Seguro de responsabilidad civil) y, eventualmente, para los gastos de la defensa jurídica del responsable.

El cálculo de las sumas adecuadas no parece ofrecer demasiados inconvenientes en el corto plazo dado que las variables económicas experimentan muy escasa oscilación. Sin embargo, esta circunstancia resulta de muy difícil previsión a largo plazo como en el supuesto de los Seguros de vigencia decenal. Por tal motivo, las cláusulas que estas Pólizas dedican ese elemento de cobertura, suelen establecer pautas especiales tanto de cálculo como de ajuste.

La suma asegurada tiene muy estrecha relación con el objeto de cobertura ya que hay que tener presente que "cada riesgo tiene un siniestro potencial". En busca de las garantías más adecuadas aunque dentro de lo razonable, deben manejarse cantidades amplias sin temer su incidencia en las primas. Si la actividad aseguradora procura cumplir con su función social, no debe aconsejar por su atractivo comercial, "seguros con primas bajas pero con garantías insuficientes" ya que tendrán como contrapartida múltiples perjuicios: para el profesional porque tendrá que responder ante los reclamos fuera de cobertura con su patrimonio comercial o personal (bienes presentes y futuros art.1911 Cc) y para los perjudicados (dueño, promotor, terceros) porque carecerán del respaldo económico del seguro en el supuesto de insolvencia del deudor.

Partiendo de tales conceptos, es preciso determinar si los límites máximos de cobertura previstos para los Seguros decenales resultan satisfactorios. En primer lugar, reiterando lo antes manifestado, las sumas aseguradas deben calcularse según los alcances previstos para cada riesgo cubierto. De acuerdo con las distintas alternativas de cobertura analizadas⁵⁸⁰, el límite de la garantía que se cuantifica en las Condiciones particulares de póliza, se establece como "tope máximo" del compromiso asumido por el Asegurador durante la

⁵⁸⁰Vid, Capítulo XI, 4.b).1.



relación asegurativa por lo cuál, de ese "quantum" se irán deduciendo las indemnizaciones abonadas por cada siniestro, reduciéndose automáticamente el total de la garantía.

No obstante, en las Pólizas se prevé la posibilidad de "reconstituirla" por el Tomador o cualquier interesado en la conservación del bien -con aceptación del asegurador- y previo informe del Organismo de Control. En este caso, se suscribirá un suplemento de cobertura quedando amparados los siniestros posteriores a la fecha de su suscripción y al pago de una prima calculada según el nuevo costo de construcción y el período aún vigente de la garantía decenal.

La suma asegurada pactada corresponde al "**costo**", "**valor**" o "**importe**" **definitivo**⁵⁸¹ de los "trabajos" o de la "construcción" (según las obras que la integren: principales o gruesas, secundarias o menores, instalaciones, equipamientos, etc.), debidamente "**actualizado**" al tiempo de la recepción, **deducidas** las franquicias, aplicada eventualmente la regla proporcional e incluidos los gastos, tasas, revisiones, honorarios de profesionales, trabajos complementarios que normalmente, quedan comprendidos en el proceso constructivo.

En caso de **siniestro parcial**, se indemnizan aquellos daños materiales (vgr. caracterizados como "graves"; "consecuencias financieras", etc.) relativos al tipo de trabajos previstos en la delimitación del riesgo cubierto (obra gruesa, secundarias, instalaciones, etc.) y que estén comprendidos en la definición de suma asegurada. Por el contrario, en caso de **siniestro total**, la suma asegurada suele expresarse que comprende también los "trabajos de reconstrucción" y las "dotaciones corrientes tenidas en cuenta en la estimación del importe asegurado". Generalmente, se establece también un porcentaje (5%, 1/10) sobre el costo definitivo de los trabajos como **límite de garantía por gastos** de demolición o derribo, de desescombro, de colocación o desmontaje.

Estas Coberturas decenales -de daños o de responsabilidad- aunque no hagan expresa mención al respecto, han tenido en mira garantizar las consecuencias patrimoniales de las conductas previstas en el tan citado art.1591 Cc. Pero, la realidad de los hechos demuestra que la cuestión -salvo excepciones- ha sido abordada en forma muy parcializada. En primer

⁵⁸¹En igual sentido, respecto del Seguro de daños decenal de suscripción obligatoria, art.L 242.1 Code des Assurances. Nota informativa ...citada, Le Code de l'Assurance ...cit. pág.43.



término, porque se reduce el espectro de daños indemnizables así como, las causas y origen de éstos, del mismo modo que el "quantum" de la reparación a la cifra convenida como suma asegurada. De tal modo, si su importe es inferior al costo de construcción al momento del siniestro, solamente quedarán garantizados los daños que quepan dentro de ese límite. Las consecuencias restantes deberán ser afrontadas por el responsable.

De ningún modo, el Asegurador verá modificado el límite pactado de su responsabilidad (contractual, reconstituida o revalorizada) ni aun cuando haya sido calculada la suma asegurada a valores reales al momento de la recepción, si ésta se tomara totalmente insuficiente al momento de producirse el siniestro. A tal fin, se pacta una **cláusula de ajuste en favor del asegurado** desde la recepción hasta la ocurrencia del siniestro (vgr.5%) anual sobre la suma asegurada -sin regla proporcional- y cuyo importe también **integra la indemnización.**

En principio, podría parecer injusto que el Tomador (asegurado) exclusivamente debiera afrontar ese tipo de desfasajes cuando ha abonado la prima oportunamente y pactado como límite de cobertura, una suma suficiente y acorde con los valores reales de construcción. Por otra parte, aunque administradoras de la socialización de riesgos, las Compañías de seguros no son entidades de beneficencia que puedan absorber las faltas de diligencia del interesado -como en este caso- porque tal proceder redundaría en perjuicio de toda la masa de asegurados. Si desde la recepción, el interesado (Tomador/ Asegurado) no se ha ocupado de "revalorizar" la garantía, mal puede reprochar al Asegurador que no contribuya en su pérdida.

Llegado el caso, muy distinta sería la situación, si el Asegurador se reservara la facultad de elección del índice aplicable (vgr. oficiales: de precios al consumidor, de la construcción, etc.) en lugar de **pactarlo** (vgr.5%) con el Tomador, porque en ese supuesto, el desfasaje podría estar determinado por la variación sufrida por la alternativa escogida de forma no equitativa y teniendo en mira el propio interés comercial.

En Francia, se planteó una situación interesante sobre este aspecto. Teniendo en cuenta el Reglamento de 17 de noviembre de 1978 relativo a la citada Ley 78-12, en lo concerniente a la revalorización de capitales garantizados, los Aseguradores -con asentimiento de la Direction des Assurances- calcularon sus primas en consecuencia, limitando la evolución



de los costos de construcción (índice BT 01) a un 10 % anual. Debido a que en 1979 la evolución de ese índice (BT 01) alcanzó al 17%, se plantea la cuestión al Ministro de Economía por el parlamentario M.Bordu⁵⁸². En mérito a tales circunstancias, "los Aseguradores que han percibido sus primas sobre la base del 10% solamente agregaron pues, en las Condiciones particulares del contrato una cláusula que apuntaba a la aplicación de una regla proporcional de prima respecto de cualquier siniestro, según la relación existente entre el coeficiente de revalorización calculado sobre la base de evolución fijada en el 10% anual y el correspondiente a la evolución real del índice ". Se advertía que esta circunstancia era contraria al espíritu de la Ley que tiene por finalidad proteger al máximo al propietario de viviendas, agregando: "Parece aun más injustificado que sean éstos quienes tributen esa inflación que no les es posible dominar". En tal sentido, se solicitaba especialmente la opinión sobre si era normal que "los Aseguradores puedan dejar a cargo de los Asegurados una parte de la indemnización en caso de siniestro (que constituye de hecho una franquicia) con motivo de una muy importante evolución de los costos de construcción, ligada a la inflación que en nada depende del usuario " o si por el contrario, esa incidencia debían soportarla aquéllos como parte del riesgo.

La respuesta ministerial fue clarificadora. Si bien se reconoce que en caso de siniestro se reduce la garantía en proporción a la diferencia entre el costo real y la actualización, no cubriendo el seguro el monto total de los trabajos de reparaciones según el art.L 242.1 C.A⁵⁸³. Esta circunstancia no es equiparable con la sub-estimación voluntaria del valor de la obra asegurada porque "el Asegurado no tiene ninguna responsabilidad en la aplicación de la **regla proporcional que se puede caracterizar como una sanción injustificada**". Por lo tanto, el Ministro ordenó la revisión de la citada cláusula de ajuste, con beneplácito de los aseguradores y determinó que las cláusulas contractuales con igual sentido debían "reputarse por no escritas porque en lo sucesivo se consideran contrarias a los textos legales y reglamentarios". Sin embargo, "los Aseguradores deben fundar sus cálculos tarifarios sobre una estimación del costo de la construcción que, en diez años, puede hacer variar considerablemente el nivel final de la garantía". Por lo tanto, "una regla de prudencia" para otorgar una garantía total sin poner en peligro su solvencia, estaría determinada por la utilización en sus tarifas de tasas máximas de evolución del costo de la

⁵⁸²Responses Ministérielles. J.O. Débats A.N./ Q. 24-11-80,pág.4922, Le Code de l'Assurance Bâtimentcit. pág.109.

⁵⁸³Vid. Ley 78-12 de 4 de enero de 1978, Título III. Le Code d'Assurance ...cit.pág.9.



construcción reflejada en una "prima de precaución" elevada que "por integrar los anticipos por inflación solo contribuiría a aumentar el aumento del costo del seguro". Por tal motivo, a fin de resolver la cuestión en las mejores condiciones, el Gobierno asumió esa labor.

En virtud de ello, se concretó el ajuste normativo esperado y en tal sentido, todas las pólizas de seguro de daños a la obra que contenían aquella previsión, fueron completadas a mediante un suplemento (15 de abril de 1981) "que permitía al Asegurado mediante el pago de un complemento de prima, obtener una cobertura integral del siniestro cuando la evolución de los costos de reparación excede de la tasa provisional a partir de la cuál ha sido calculada la prima de seguro"⁵⁸⁴.

El procedimiento que se sigue en caso de siniestro consiste en que una vez determinada la **índole decenal de los vicios** generadores del siniestro mediante informe pericial, se estimará el **importe de la indemnización y la forma de la reparación** de tales daños **aunque respetando siempre el límite de la obligación de indemnizar**.

En la práctica española, contrastan las pautas asegurativas de los Seguros de Responsabilidad civil profesional (arquitectos, aparejadores, etc.) que se rigen por distintos parámetros de cálculo (volumen de negocios, monto de honorarios, metros cuadrados construidos, etc.) y cuyas coberturas son anuales y globales (pólizas de abono), con las relativas a los Seguros de Daños y de Responsabilidad (contratistas, promotores) de cobertura decenal que siguen las pautas de cálculo aludidas (vgr. costo definitivo de la construcción) y que adoptan la modalidad de contratación "obra por obra".

En Francia, mediante tales pólizas de abono⁵⁸⁵, se instrumentan los Seguros Obligatorios de Responsabilidad Decenal comentados. Los presuntos responsables no están sujetos a la declaración sistemática de todas las obras en las que intervienen y por lo tanto, el Asegurador suele resultar el menos informado sobre las construcciones de importancia en las que participa su Asegurado. En caso de siniestro, habiéndose omitido la formulación de la correspondiente declaración al respecto, se procede a "la aplicación de la regla

⁵⁸⁴Clause de revalorization des garanties. RM Maillots. J.O. Débats Sénat/ Q. 5/05/1983, pág.674. Le Code de l'Assurance construcción ...cit., Reponses ministerielles. pág.110.

⁵⁸⁵Así fue reconocido por la "Nota informativa del Ministerio de Economía sobre la reforma del Seguro de construcción" (Ley 78-12 de 1978), Cap.IV. ap.2.



proporcional de capitales que no podrá calificarse de abusiva". Esta regla solo juega en casos excepcionales de infraseguro con independencia de la apreciación de la gravedad del riesgo y no parece transgredir la regla de la Ley 78-12 de 1978". Respecto a este tipo de operaciones en las que el dueño de la obra resulta el principal perjudicado de tal excepción de garantía, se reconoce a su Asegurador de Daños decenales el derecho de solicitar a los profesionales intervinientes ("constructores") la certificación explícita de que las obras en cuestión cuentan con la cobertura asegurativa⁵⁸⁶.

Los inconvenientes apuntados se derivan de la propia **técnica del seguro** que necesita conocer de antemano los importes máximos (límites de garantía) que el asegurador pondrá a disposición de cada asegurado y que deberán efectivizarse en caso de siniestro⁵⁸⁷.

g) La franquicia o deducibles:

1. Caracterización general:

Este elemento (aunque accidental) del Contrato de Seguro constituye una alternativa concreta de que el Asegurado participe en los gastos que se devenguen del siniestro sin que de ningún modo, pueda interpretarse como una penalización. Su estipulación en las pólizas, implica "la contribución del Asegurado en el resarcimiento" quedando excluida de la esfera obligacional del Asegurador al igual que las conductas dolosas y las sanciones administrativas⁵⁸⁸.

Se advierte en este elemento una doble finalidad: por una parte, abaratar las primas debido a que se ven reducidas las indemnizaciones y los costes administrativos para el Asegurador que no está obligado al pago de pequeños siniestros; por otra, actúa como

⁵⁸⁶Polices d'abonnement. Rm. Le foll. J.O. de 16/1/89. Le Code de l'Assurance construction ...cit., Réponses ministérielles, pág.111.

⁵⁸⁷Biurru Murillo, Carlos .El seguro de responsabilidad civil, Conferencias sobre el Seguro de responsabilidad civil. Universidad de Deusto, Bilbao. 1979. pág.39.

⁵⁸⁸Biurru Murillo, op.cit. pág.28.



acicate respecto del Asegurado quién obrará con prevención y precaución a fin de evitar cualquier siniestro que pueda repercutir en su patrimonio. A estos aspectos se agrega⁵⁸⁹, la estabilidad de la prima debido a una menor siniestralidad y el de un costo fijo estimable como solución a posibles desequilibrios que pueda sufrir en su desarrollo normal el patrimonio de una persona o empresa.

Franquicias de distinto tipo (fijas, porcentuales, mixtas) pueden ser aplicables a todos los daños (materiales, corporales, consecuenciales) que produzca el siniestro. Estas se pactan y estiman a voluntad del Asegurado quién en definitiva, será el mejor conocedor de qué parte del posible siniestro podrá absorber su patrimonio. Cuanto mayor sea la participación del Asegurado en el riesgo, mayor será la reducción de la prima y por ende, su compensación en tales términos según las tablas de descuentos (riesgos "con mayor frecuencia de siniestros" o "con siniestros de mayor cuantía").

De acuerdo con la caracterización precedente, podría decirse que la **franquicia** actúa como un **elemento moralizador** creando un vínculo de solidaridad entre el Asegurado y el Asegurador⁵⁹⁰. Especialmente, en el terreno de los Seguros decenales, me permito manifestar que también cumple la función primordial de **reafirmar el interés asegurador de que tales garantías solo se ciñan a defectos de construcción de cierta gravedad cuya reparación supere el valor de la franquicia.**

Dentro de ese mismo contexto, han tenido lugar múltiples especulaciones que desnaturalizan la finalidad -social e individual- propia de estos Seguros. Así por ejemplo, la aplicación de **franquicias** fuera de sus justos límites y en exclusivo interés del profesional; la "**adaptación decenal**" del Seguro de Daños a situaciones del riesgo "de Responsabilidad"; la posibilidad del promotor de tomar el Seguro por "**todos los intervinientes**" o de pactar -sin incluirlos- (Condición particular) que el **Asegurador renuncia a repetir** contra los responsables a cambio de una prima más abultada.

Por consiguiente, las cantidades de escasa magnitud que constituyen las franquicias son fácilmente compensables desde el punto de vista patrimonial del Asegurado quién aun sin mediar siniestros, se vería beneficiado por la correspondiente reducción de prima. En esta

⁵⁸⁹Biurru Murillo, op.cit. pág.42.

⁵⁹⁰Biurru Murillo, op.cit. pág 42.



inteligencia y a fin de preservar el efecto moralizador que le es propio, en los Condicionados generales de póliza se establece expresamente que el Asegurado asume el compromiso de **no contratar un seguro** por el importe de la indemnización que en concepto de franquicia queda a su cargo.

2. Particularidades en los Seguros decenales

En estos **Contratos de Seguro** (de Daños y de Responsabilidad) se prevé en el Condicionado general, la libre negociación de las franquicias mediante cláusulas particulares. No existe duda acerca de la viabilidad en materia de Responsabilidad civil y aunque hayan existido algunas dudas en el campo de las Pólizas decenales, tales criterios han sido atemperados y se prevén en casi todos sus textos.

Por circunstancias de índole preventiva, se había generalizado en **Francia** la prohibición de este tipo de estipulaciones dada la finalidad perseguida por la Legislación innovadora en materia de Seguros de construcción (Ley 78-12). Sin embargo, posturas más flexibles se inclinaron por admitir este tipo de deducibles en los Seguros de daños- construcción.

En este sentido, el Seguro decenal de Daños de suscripción obligatoria (art.L 242.1 CA) (propietario, mandatario de este o vendedor) se entiende que conlleva la cláusula según la cuál, "la garantía cubre el costo del conjunto de trabajos referentes a la reparación y puesta en funcionamiento de la obra o de los elementos de equipamiento dañados como consecuencia del siniestro" (art.A.241.1 CA) siempre dentro del límite de cobertura equivalente al "costo total de construcción" actualizable según la cláusula de ajuste pactada. Sin perjuicio, de la previsión general que admite las franquicias en el Seguro de Daños -excepto marítimos- (art.L.121.1 CA), aunque mediante una redacción muy general, también parecen estar legitimadas en los de índole decenal (art.L.243.4 CA⁵⁹¹) pero **"con la condición de que su monto se adapte a las posibilidades financieras del asegurado"**. De todos modos -también en este caso-, corresponde al asegurado optar por un contrato con o sin franquicia y en caso afirmativo, estimar su monto⁵⁹².

⁵⁹¹art.L.243.4 C.A. (Ley 78-12, Tít.III) "... le Bureau Central de Tarification a pour rôle exclusif de fixer le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé. Il peut déterminer le montant d'une franchise qui reste a la charge de l'assuré."

⁵⁹²J.O. Débats Sénat/ Q.24-2-1983, pág.314. Réponses Ministérielles, Le Code de l'Assurance ...cit. pág.111.



En el sistema francés, si se ha pactado que el profesional asegurado conserva a su cargo - según las cláusulas tipo y el monto convenido- una parte de la indemnización, no podrá exonerarse de ella frente a quién asegura su Responsabilidad decenal. Por su parte, este Asegurador **no podrá oponer dicha franquicia al Asegurador de daños** aunque, sin embargo, tiene derecho a recobrar su monto del Asegurado responsable⁵⁹³.

h) La Prima y su Pago

El cálculo de la prima correspondiente a las Coberturas decenales al igual que su pago, presenta características específicas que merece la pena mencionar previa caracterización general de este elemento en la contratación aseguradora.

a) Bases de tarificación y regulación

A diferencia de otras actividades mercantiles, la principal dificultad que caracteriza al Sector asegurador es la imposibilidad de conocer de antemano el **coste total del producto** (cobertura de riesgos), base para la determinación del precio (prima) correspondiente en función de cada riesgo. Vale decir que la prima se establece sobre la base de pautas distintas como ser los siniestros de pólizas homogéneas que garanticen riesgos similares. A tal efecto, deben tener en cuenta tres aspectos, fundamentales: la naturaleza específica, el análisis del riesgo y la experiencia anterior plasmada en las correspondientes estadísticas. Sobre tales parámetros, se calculan las primas que a su vez podrán ser fijas, regularizables (tasa) y mixtas (fijas y regularizable), según la complejidad del riesgo.

⁵⁹³Note d'information...cit, Le Code de l'Assurance ...cit., pág.46.



La mayor siniestralidad trae aparejado el incremento de las tasas de prima. Se suele advertir un notable crecimiento anual de la relación entre el monto de los trabajos y la carga de los siniestros. Se impone, por lo tanto, la implementación de una política de prevención que reduzca el costo de estos últimos y que procure una ostensible mejora de la calidad de la construcción.

A tal efecto, las tarifas deben contemplar no solo la gravedad del riesgo en cuestión sino también los antecedentes profesionales (siniestralidad anterior) del Asegurado y la fiabilidad de los materiales utilizados. Asimismo, las "cláusulas tipo" deben prever la exclusión de siniestros derivados del incumplimiento de las "reglas del arte" y de la "normativa técnica" aplicable y, finalmente, procurar un adecuado seguimiento de cada caso (siniestro) y la elaboración de estadísticas mediante cuyo estudio sea posible prever las causas generadoras de daños. Precisamente, los resultados más o menos favorables que de éstas se obtengan, deberán ser tenidos en cuenta a la hora de calcular el precio del seguro.

Mediante la acción preventiva que se desarrolle, se mejorará la calidad de la construcción y se alcanzará una reducción considerable tanto del número como de la gravedad de los siniestros con la consiguiente merma de las tasas de primas.

Según se trate de cobertura decenal de Daños o de Responsabilidad, las bases para la **Tarificación** pueden ser o bien, el costo definitivo de los trabajos de construcción (principales y accesorios) o bien, el volumen de negocios de una empresa o de los honorarios profesionales, respectivamente.

Sin embargo, este cálculo o estimación podrá estar sujeto a modificaciones. Por lo general, debido a razones ajenas a la voluntad de los contratantes como ocurre en caso de **inflación** que no solo deja sentir sus efectos sobre la "suma asegurada" sino también sobre el "precio" del seguro que debe ser pactado de antemano. En virtud de tales circunstancias, el Asegurador trata de adecuar de la mejor manera posible las primas a los valores reales del contexto económico. De tal modo, fija pautas de actualización como el incremento periódico de "primas fijas" mediante simples aumentos o revalorizaciones o bien, la adecuación anual de la tasa de prima regularizable, aplicada sobre una base de tarificación determinada según las variaciones experimentadas durante ese período.



2) La prima en las pólizas decenales:

- a) Prima única: En las pólizas decenales, la **prima es única por toda la duración de las garantías** aunque sea fraccionada y abonada en distintos momentos (vgr. al suscribir el contrato o los suplementos de revalorización o reconstitución, al finalizar los trabajos, etc.). También estarán a cargo del Tomador (Asegurado) el pago de los **gastos accesorios** estimados, los **impuestos y tasas** (actuales y futuros) cuya recuperación no esté prohibida.

La prima se calcula **aplicando** al importe de la construcción, un **porcentual o tasa** (vgr. del 7 al 12 % del valor de la obra) previsto en las Condiciones Particulares. Sin embargo, no debe omitirse que antes de terminada la obra no se puede contar con su real "costo definitivo". Por tal motivo, el Asegurador establece un **anticipo de prima o prima provisional** (vgr. 15%, 20%) a cargo del Tomador (Asegurado) que también se transcribe en aquél apartado de póliza. Este adelanto de la **prima definitiva** se califica como **prima de depósito** y se calcula sobre la base de las "estimaciones del valor de los trabajos" (vgr. declaración de certificaciones pagadas al contratista) formuladas por el Tomador (Asegurado) y supervisadas por la Oficina de control. Este pago constituye principio de ejecución contractual y garantiza el cumplimiento de las condiciones pactadas hasta que una vez finalizados los trabajos, pueda calcularse la prima total sobre la base de su coste definitivo. A tal efecto, dicho coste debe ser comunicado inmediatamente al Asegurador quién a todo evento, puede prever un plazo de gracia a tal efecto.

La complejidad de este riesgo radica en las dificultades que trae aparejadas una relación convencional entre Asegurador y Tomador- asegurado de tan extensa duración, en virtud de las dificultades que implica mantener las garantías ajustadas a lo largo de toda la existencia del acuerdo.

Sin duda que, durante ese período de cobertura, pueden variar de diferente manera las "circunstancias del contrato" en relación con las tenidas en cuenta por las partes al tiempo de su celebración, motivo por el cuál se justifica una mayor flexibilidad en cuanto a las posibilidades de rescisión previstas en las Pólizas decenales.



b) El tipo de prima:

Es un aspecto que dependerá de la naturaleza e importancia de la obra de manera que cualquier modificación o ampliación que de ésta se realice durante el curso de los trabajos debe ser comunicada al Asegurador quién se reserva la facultad de mantener o no el "tipo de prima inicial" o bien, de disponer su aumento en virtud de la agravación del riesgo y de las características de las obras complementarias.

En caso de que el Tomador no acepte dicho ajuste o de que no abone la prima correspondiente dentro de los veinte días de haber recibido la comunicación escrita del Asegurador, éste podrá anular las garantías quedando las restantes consecuencias a cargo del incumplidor.

c) La incidencia del control técnico sobre la prima:

Los **informes de la Oficina de control** también serán decisivos para el Asegurador respecto de la prima pactada. De tal modo, las faltas que ésta advierta en la construcción serán **puestas en conocimiento del o de los interesados** quienes deben implementar todas las medidas necesarias para subsanar los defectos señalados. Si éstos no adoptan a la mayor brevedad posible una solución favorable, la Oficina debe comunicarlo al Asegurador a quién la póliza faculta para ampliar las franquicias, **revisar la prima o suspender total o parcialmente las garantías**. El mismo camino se podrá seguir ante cualquier informe del Control, incluso respecto del que elabore en último término, luego de haber presenciado la recepción. De ser éste favorable y una vez "**visada**" el acta de recepción, el Asegurador emite el **suplemento de póliza** mediante el cuál se fija la prima definitiva.

En caso contrario, si el interesado desatiende las advertencias formuladas por el Organismo de control, **desatiende los requerimientos** del propio Asegurador quién puede considerar tal proceder como un incumplimiento que le autoriza a resolver el contrato, permitiéndole **suspender totalmente las garantías y retener la prima provisional percibida en carácter de indemnización de daños y perjuicios previamente pactada** o bien, **reembolsarla** una vez deducidos los gastos administrativos si la negativa de cobertura, afectase la totalidad del riesgo.



3. Derecho francés: Fonds de Compensation des Risques de l'Assurance de la Construction.

Mediante la modificación del art.L431-14 C.A.⁵⁹⁴ se crea un fondo de compensación de riesgos garantizados por el seguro de construcción que estará destinado a contribuir en la indemnización de siniestros que afecten las construcciones comenzadas a partir de una fecha establecida por el Consejo de Estado. Este fondo que está administrado por la Caisse Centrale de Reassurance, puede celebrar acuerdos con las empresas de seguros a fin de compensar las incidencias financieras de la evolución de los costos de construcción sobre las garantías del seguro decenal. Cumple una **doble función**, preventiva (de defectos constructivos) y de promoción (de la calidad de la construcción).

Principalmente, se alimenta mediante una contribución de los asegurados (tasa de contribución -según los casos- del 8.5% o del 25.5%) establecida sobre las primas o las cotizaciones de seguros emitidas a partir del 1º de enero de 1986. Corresponden a los seguros obligatorios de daños constructivos y decenales contratados por cualquier persona que, vinculada o no al dueño de la obra mediante un contrato de arrendamiento de obra, desee cubrir la responsabilidad que pudiera corresponderles con motivo de su intervención en el proceso de construcción⁵⁹⁵.

Asimismo, se admite el crédito como otro de los recursos que pueden contribuir a la alimentación de dicho fondo (art.L.431.14, ap.9. C.A.). Por otra parte y en cuanto respecta a las Compañías de seguros, esta normativa prevé una contribución excepcional a los mismos efectos.

⁵⁹⁴Fonds de Compensation des risques de l'Assurance de la Construction. Art.30 de la loi de finances rectificative pour 1982. J.O. 28.6.82, p.2038, modifiée para l'article 26 de la loi de finances rectificative pour 1985. J.O. 31.12.85. Texte intégré au Code des assurances à l'article L431.14. Sobre la "Constitutionnalité de la Loi de Finances Rectificative pour 1982. Legalité de l'Affectation de la contribution" Conseil Constitutionnel. Décision du 25 juin 1982. "...

⁵⁹⁵Brunier, Jacques. Président de la SMA btp, primera compañía aseguradora francesa y europea de "batiment et travaux publics". Intervue de Veronique Crouzy del 4 de diciembre de 1992, L'Argus ...cit., pág.33, "... Cependant, les mesures ponctuelles ne sont plus suffisantes pour compenser le déficit chronique du Fonds et la dernière contribution additionnel de 0,40% sur le chiffre d'affaire des entreprises de construction a atteint les limites d'élasticité supportables ...".



El problema del financiamiento de este Fondo aflora con cierta regularidad, circunstancia ésta que radica más bien en la **apreciación de los recursos** que lo alimentan, que en los siniestros a abonar que lo consumen. Tales inconvenientes que no alcanzan a resolver las medidas puntuales adoptadas, son de carácter estructural y configuran lo que se ha dado en llamar "el déficit crónico del Fondo"⁵⁹⁶. A pesar de que la finalidad de su creación ha sido mejorar situaciones pasadas, -según los observadores- no cuenta con la estructura adecuada para hacer frente a cualquier variación de los factores de evolución económicos, técnicos o jurídicos (inflación, devaluaciones, etc.).

En cuanto al Seguro de Responsabilidad Civil decenal, el paso de la "répartition" a la "capitalización" no resolvió el problema del financiamiento de los siniestros que afectaban construcciones comenzadas entre 1979 y 1983. Por tal razón las dificultades advertidas hacen temer los resultados de esta nueva modalidad de administración del riesgo, básicamente, en mérito a la conjunción de los tres factores de evolución antes mencionados los que difícilmente se pueden prever⁵⁹⁷.

i) Las Exclusiones de Cobertura en el Seguro Decenal:

1. Tipos de exclusiones:

El "**siniestro**" es el hecho cuyas consecuencias económicas dañosas están cubiertas por la Póliza. También, suele definirse como toda reclamación relativa a los daños materiales a la construcción o a la obra, susceptibles de poner en juego la garantía del Asegurador según las condiciones de póliza. Por otra parte, constituyen un solo siniestro todos los daños derivados de un mismo evento.

Esta previa referencia al siniestro obedece a que, de algún modo, las "**exclusiones**" podrían ser consideradas como la contrapartida de aquél. A saber, se trata de supuestos fácticos expresamente individualizados, ajenos al riesgo garantizado por el Asegurador y frente a

⁵⁹⁶Art.38 de la Loi de Finances rectificative pour 1988. Loi 88-1193 (29 décembre de 1988)- J.O. 31 décembre de 1988.

⁵⁹⁷L'Argus (de 4 .12. 92) ...cit., pág.34.



los cuáles éste no hace efectiva su obligación indemnizatoria (frente al asegurado o al tercero).

Por otra parte, las exclusiones contribuyen a la delimitación del objeto contractual en cada caso. Usualmente, las previstas para otros seguros, no coinciden con las que en materia de coberturas decenales se consagran. En este ámbito, a excepción de los supuestos lesivos del orden público, los "Aseguradores- proponentes" gozan de una amplia libertad para predeterminar los restantes.

A pesar de ello, se siguen ciertas pautas generales que permiten distinguir dos categorías de exclusiones: las que nunca podrán ser garantizadas en mérito a disposiciones de derecho positivo o a razones de orden público (vgr. daños debidos a dolo, culpa grave, fraude del asegurado; al incumplimiento injustificado de las reglas del arte) y b) las que, en principio, quedan fuera de cobertura pero, pueden dejar de estarlo mediante el pago de una prima adicional o sobreprima pactada en el Condicionado Particular (vgr. daños materiales en obras preexistentes o por defectos de estanqueidad que no tengan su origen en las obras expresamente previstas al definir el riesgo).

Las exclusiones de cobertura decenal que el Asegurador no indemniza, podrían ser agrupadas en distintas categorías, a saber:

1. Los daños materiales en la obra generados con motivo de fenómenos de carácter **catastrófico** de índole **natural** (tromba, inundación, terremoto, desprendimientos de rocas, etc.) o bien, de origen **bélico, social, político, terrorista** (vgr. guerras, levantamientos populares o militares, rebelión, motines, huelgas, disturbios, sabotajes). Estos acontecimientos podrían calificarse como "caso fortuito" o "fuerza mayor" en cuanto no se hayan podido prever o de haberse previsto, no se haya podido evitar (art.1105 Cc)⁵⁹⁸. Por lo tanto, al interrumpir tales eventos la relación de causalidad entre la conducta humana y el daño, no existe responsabilidad alguna que pueda traducirse en la obligación de reparar al perjudicado.

⁵⁹⁸art.1105 Código civil: "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquéllos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables"



(¿?) Según la Circular nº9 de 12 de noviembre de 1969 del Consorcio de Compensación de Seguros, ha resultado anulada del texto del Condicionado de Póliza, la norma relativa a los "Riesgos Extraordinarios" con lo cuál, los riesgos a los que se hace referencia como "catastróficos" también pueden quedar cubiertos como parte de aquéllos que ampara la Póliza de daños.-

2. También, los daños materiales objeto de reclamación que estén determinados por el incumplimiento de deberes legales y/o contractuales a cargo del Tomador o bien, por la inobservancia de las "reglas del arte" y demás "normas técnicas y administrativas" en vigor, relativas al ejercicio de la profesión o actividad de construcción.
3. Asimismo, los daños motivados por circunstancias técnicas que hayan determinado las pertinentes "reservas" por parte de la **Oficina técnica o de control** (vgr. utilización de materiales o técnicas calificados por ésta como "técnicamente nuevos" sin que hayan sido expresamente admitidos por el Asegurador).
4. Obviamente, aunque hay variaciones de una póliza a otra, podrían agruparse en este apartado aquéllos daños cuyas causas también se relacionan con la actividad de construcción pero que son ajenos al perfil delineado por las pólizas vigentes en materia de riesgos decenales. Al respecto, quedan excluidos los daños que no afecten las obras expresamente descritas al definir el objeto contractual (es decir, obras fundamentales; obras gruesa y secundaria indisolublemente unidas, etc.) sino por el contrario, las obras preexistentes o bien, las realizadas con posterioridad a la recepción y también, -según los casos- las instalaciones o equipos interiores.

También, podrían ser comprendidos en este grupo los daños resultantes de defectos constructivos distintos de los garantizados como los generados por las cargas dinámicas operativas o por movimientos del terreno debidos a trabajos subterráneos no incluidos, entre otros.

Una mención aparte, merece la exclusión relativa a los daños resultantes de **trabajos de acabado** (vgr. retoques, reparaciones, perfeccionamiento), de sus consecuencias o falta de ejecución ya que éstos quedan a cargo del "contratista" si se han pactado como una garantía contractual por un período de mantenimiento. En algunos casos, este período



no suele estar comprendido por las coberturas decenales sino por la extensión correspondiente de las Pólizas Todo Riesgo de Construcción cuya contratación previa puede ser impuesta por el Asegurador de aquéllas.

5. Por otra parte, el análisis de los verdaderos alcances de las coberturas decenales no puede efectuarse a la luz de la interpretación jurisprudencial⁵⁹⁹ del art.1591 Cc. Existen, pues, daños indemnizables dentro de este marco que son totalmente ajenos a las "garantías decenales", concebidas de modo muy "sui géneris" en las pólizas vigentes.

Más allá del acotado marco de los daños materiales, originados exclusivamente en las obras fundamentales (principales o gruesas), existirían -desde tal punto de vista normativo- otros daños indemnizables que en principio, el Asegurador prefiere excluir. Esto ocurre en ocasiones respecto a los que produzcan los trabajos de cimentación o de otro tipo, realizados a cierta profundidad en terrenos difíciles (vgr. orgánicos, mineros, con declives pronunciados, con canteras subterráneos) o en terraplenes o bien, a los que afecten los enlosados como consecuencia de movimientos del relleno o del suelo sobre el que se encuentren elementos constructivos fuera de cobertura.

Del mismo modo, algunas pólizas excluyen los daños en equipos, redes e instalaciones necesarias (eléctricas, térmicas, hidráulicas, acondicionamiento de vías externas, etc.) o por aplicación de revestimientos no especificados dentro de las obras incluidas así como, los agrietamientos que no pongan en peligro la estabilidad de los elementos que afecten.

6. Tampoco serán indemnizados los daños que tengan su origen en incumplimientos de las obligaciones a cargo del profesional de la construcción en el Contrato de Arrendamiento de obra (vgr. paralización de los trabajos, retrasos, mejoras, etc.).

⁵⁹⁹Víd "ut-supra" Capítulo V, pto b.



2. La conducta del propietario como exclusión de cobertura

Finalmente, una consideración especial merece este supuesto comprendido en todas las pólizas decenales mediante el cuál, quedan excluidos "los daños motivados por la conducta negligente o inadecuada del propietario que ha efectuado un **uso anormal o inadecuado** y/o un **defectuoso mantenimiento** de la obra".

Esta causal de exclusión es interpretada "strictu sensu" debido a que el Asegurador solo podrá oponerla en aquéllos casos extremos en que la culpa del propietario haya sido la **causa exclusiva** del siniestro. A pesar de ello, resultaría oportuno ampliar también su radio de aplicación a los restantes casos en que aunque sin ser exclusiva, haya sido **causa adecuada** en la producción del daño. Pero, frente al silencio normativo, parece de toda justicia adoptar en la práctica, los criterios distributivos de responsabilidad que impongan al propietario cargar con su propia culpa a la hora de estimar el resarcimiento debido.

A la luz del ordenamiento español, se impone la correcta valoración de cada comportamiento que haya contribuido en la producción del daño. Esta correcta distribución de las responsabilidades se funda tanto en el repudio de los enriquecimientos ilícitos o sin causa -principio generalizado que informa la mayoría de los sistemas jurídicos comparados- como en los fundamentos de la Teoría de los propios actos. En virtud de ello, las consecuencias dañosas resultantes del proceder culpable del propietario no deben ser absorbidas por el profesional y mucho menos, trasladadas al Asegurador. Sin embargo, este último supuesto suele reflejarse con mayor frecuencia de la deseada en la labor jurisprudencial. De tal modo, se afecta seriamente no solo al conjunto de los asegurados sino en general, a la comunidad debido a que al atender más a la solvencia de la Entidad que a la función social que cumple, se altera la distribución de riesgos administrada matemáticamente por el sistema asegurador.

En especial, los citados Regímenes de Viviendas de Protección Oficial y Catalán imponen a los propietarios ciertos deberes relativos al mantenimiento, conservación y uso adecuado de estos inmuebles. Se reserva a la Administración el control permanente de tales conductas cuyo incumplimiento podrá motivar las actuaciones correspondientes, tendientes a determinar la procedencia o no de las sanciones previstas. Precisamente, la existencia de tales extremos facilitará la labor probatoria tanto de los profesionales como de los



Aseguradores en cuanto a la exoneración o declinación de sus responsabilidades a la hora de hacer frente a las reclamaciones formuladas por los propietarios afectados.

Por su parte, la Propuesta de Directiva sobre construcción⁶⁰⁰ antes comentada, al desarrollar el régimen especial de "Responsabilidad en la Construcción" también se ha referido a tales deberes como "...el uso apropiado y el mantenimiento tal y como se establecen en el proyecto incumben al Promotor y al Propietario" (art.C.1). Respectivamente, se los define como la persona (física o moral, pública o privada) que o bien, "encarga y paga los trabajos objeto del contrato" o bien, siendo o no titular del suelo, obtiene la propiedad de una obra o parte de ella, susceptible de utilización individualizada a título permanente o temporal (art.B.1).

Este criterio se armoniza al prever entre las causas de exclusión de responsabilidad (art.C.6), la "culpa del perjudicado", en particular, en caso de:a) falta a los deberes de mantenimiento y uso adecuado, establecidos por las normas generales y específicas de cada obra y, b) falta de denuncia al obligado, de cualquier defecto conocido dentro del mes de haberlo advertido. Tampoco será exigible la indemnización correspondiente, si el interesado omitió "poner todos los medios a su alcance para limitar los efectos y el agravamiento" de tales defectos (art.C.8). Estas previsiones normativas permiten concluir que se asigna al perjudicado un papel activo en pos del debido resarcimiento sin desdeñar el derecho-deber de reparar que cabe al obligado. Este régimen específico procura alcanzar un adecuado equilibrio mediante un acertado ajuste del sistema tradicional.

Coherentemente, se postulan hipótesis semejantes como causas de exclusión de la cobertura financiera⁶⁰¹ ya que la garantía (aseguradora, bancaria o financiera) no cubrirá las pérdidas motivadas por: "...a) Una modificación de la construcción o del uso después de la fecha de recepción. "b) La falta de mantenimiento adecuado de la construcción". "c) Cualquier uso inapropiado".

⁶⁰⁰Víd, Capítulo VIII, pto.E.

⁶⁰¹FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 3. B. Modalidades de la Garantía. Límites de la responsabilidad del garante, art.10.



d) Criterios de Derecho Comunitario: la Cobertura financiera de la Garantía jurídica sobre construcción

El último capítulo de la citada Propuesta de Directiva sobre construcción⁶⁰² está dedicado a la cobertura financiera de la garantía jurídica prevista. En primer término, se formulan las definiciones⁶⁰³ de los términos aplicables para abordar a continuación, las "Modalidades de la Garantía" en cuanto a sus alcances, operatividad, duración y deberes y derechos correspondientes.

En el texto proyectado, se recogen criterios doctrinarios no solo recientes sino innovadores sobre las garantías en este campo. Razón por la cuál, la mera posibilidad de aplicación de esta Directiva y la procedencia de la adecuación de los Derechos nacionales han generado opiniones diversas.

Por su parte, el Gobierno francés ha hecho saber su firme oposición a que la futura Directiva cuestione la duración de la garantía decenal y la presunción de responsabilidad en los términos en que han sido concebidas por el Code civil. En sentido contrario, se han manifestado los "constructores" -según la denominación del art.1792 Cc- quienes confían anhelantes en que la adopción de "una Directiva específica permitirá corregir los excesos del sistema francés" aunque sin desatender los intereses de los consumidores, respetando el necesario equilibrio⁶⁰⁴.

Fundamentalmente, las aludidas **innovaciones** versan sobre la diversificación de los plazos cuya extensión (uno o cinco años) dependerá de la importancia de las consecuencias dañosas y asimismo, sobre la reducción del plazo decenal a cinco años a partir de la fecha de recepción. Si bien se admite su prolongación mediando acuerdo entre el dueño o promotor, el beneficiario y el garante, los Estados miembros nunca podrán proceder a ello por disposición legal⁶⁰⁵.

⁶⁰²FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción.

⁶⁰³FIEC Directiva Europea sobre Construcción. Borrador. Grupo 3. apartado 3. A.Definiciones.

⁶⁰⁴Périnet Marquet, H., ...L'Argus ...cit., pág.30.

⁶⁰⁵FIEC 18 de octubre de 1991/ GAIPEC/ G1- oct.Directiva Europea sobre la Construcción. Borrador. Grupo de Trabajo 3. B. Modalidades de la Garantía. Duración, art.7.



La noción de garantía adoptada es amplia y corresponde al "contrato que tenga por objeto indemnizar al beneficiario por la pérdida financiera causada por un "estrago (daño) material". Este último es el titular de tal derecho y quién tiene a su cargo el mantenimiento y conservación del inmueble así como el deber de informar al garante lo antes posible sobre cualquier pérdida que pudiera dar lugar a una reclamación (art.B.14). A su vez, se denomina "garante" a la persona autorizada para ese tipo de actividad por un Estado miembro y sometida a la Ley comunitaria pudiendo tratarse de entidades aseguradoras, bancarias o financieras.

En cuanto se refiere al objeto de la garantía, cabe señalar que también como en las pólizas decenales se hace referencia a la "construcción" que comprende la obra y las construcciones o trabajos de ingeniería civil anejos a ella.

Este mecanismo se pondrá en funcionamiento al acaecer de un "estrago material" que consiste en un **daño físico directo en la construcción** o que la afecte en su **uso de manera importante y adversa** provocado en mérito a una infracción de las normas técnicas vigentes en la fecha de la obra con relación a las "Exigencias esenciales" previstas por la Directiva 89/106⁶⁰⁶.

Al abordar las "**modalidades de la garantía**"⁶⁰⁷ se establece que ésta será **transferible automáticamente** -durante el período contratado- a los sucesivos titulares del inmueble sin necesidad de declaración alguna. De tal modo, se confiere a los beneficiarios una mayor continuidad de la cobertura y se agiliza el trámite a tal efecto.

Si bien sus alcances se extienden a toda construcción a edificar así como a las ampliaciones en altura o superficie, renovaciones o reparaciones solo será exigible siempre que su **costo en la fecha de recepción, haya sido superior a 10.000 Ecus** (art.B.1). Asimismo, para que esta garantía pueda hacerse efectiva, "se exige como **condición previa para la aceptación de cobertura que la reclamación exceda del 3% de la suma total garantizada o de 10.000**

⁶⁰⁶A saber, según las pautas de la Directiva 89-106 sobre productos de construcción: resistencia mecánica y estabilidad, seguridad en caso de incendio, higiene, salud, medio ambiente y seguridad de uso, protección contra el ruido, economía de energía y aislamiento térmico.

⁶⁰⁷FIEC Directiva Europea sobre Construcción. Borrador. Grupo 3. apartado 3. B. Modalidades de la garantía.



Ecus, prevaleciendo el valor inferior" (art.B.8). Aparentemente, en tal sentido, este **límite mínimo de la reclamación** podría funcionar como una franquicia. Del mismo modo, se establece que la **responsabilidad del garante estará limitada** a una cantidad que **no podrá ser inferior al costo de la construcción** en la fecha de la recepción (art.B.9).

Una vez aceptada, el garante debe proceder a la indemnización de las "**pérdidas financieras**" (costo de reparación, alojamiento alternativo o pérdida de alquileres y costo de traslados, durante el curso de la reparación⁶⁰⁸) generadas por los "estragos materiales" que el beneficiario acredite siempre que **no sean motivados por su conducta** (modificación de la construcción o del uso posterior a la recepción; falta de mantenimiento o uso inadecuado) (art.B.10) y, sin que sea necesario **considerar la posible culpa** de participantes (art.B.4). En este sentido, podría encontrarse cierta similitud entre la garantía prevista y el Seguro de daños conforme fuera precedentemente analizado (Ley N°50 de Contrato de Seguro).

Abonada la indemnización, el garante podrá subrogarse en los derechos del beneficiario frente "al (a los) participante/s presunto/s culpable/s". A fin de hacer efectivos tales "derechos de reclamación", será **condición necesaria** previa al ejercicio de los recursos legales correspondientes, haber permitido que el profesional ejerza su "derecho de reparar el estrago material" causado (art.B.11) y asimismo, demostrar su "culpa" o el "incumplimiento contractual" en que éste hubiese incurrido (art.B.12).

Aun cuando esta garantía tenga carácter obligatorio, no queda claro si abarca solamente las construcciones de edificios residenciales o también las restantes. También se establece como una obligación a cargo del Promotor quién en caso de incumplimiento "asumirá la misma responsabilidad que un garante" frente al propietario (art.B.13).

⁶⁰⁸FIEC Directiva Europea sobre Construcción. Borrador. Grupo 3. apartado 3. B. Modalidades de la garantía. ap.5 y B. ap.6: No son considerados como tales los daños a construcciones cercanas o colindantes, a los bienes muebles situados en la propia construcción ni la muerte o lesiones casuadas al beneficiario o a cualquier otra persona.



ANEXOS NORMATIVOS

1. Líneas Básicas del Anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación de 25 de enero de 1993

Desde tiempo atrás, el Ministerio de Obras Públicas Urbanismo y Medio Ambiente a través de la Dirección General para la Vivienda y Arquitectura está abocado en la elaboración de una propuesta legislativa que sirva de base para un régimen unificado de "Ordenación de la Edificación".

Los múltiples borradores redactados dan muestra de la inmejorable actitud de apertura de la Administración frente a las sugerencias formuladas por distintos sectores que podrían verse afectados por esta regulación⁶⁰⁹. Sin duda, este criterio ha guiado tal labor desde sus comienzos y resulta ser el más adecuado dada la multiplicidad de intereses en juego y la necesidad de evitar el rechazo que generaría una precipitada reforma de las normas sobre responsabilidades en la construcción que no se adecue a la realidad de cada sector.

En términos generales, dichos borradores se han orientado -aparentemente- hacia la configuración de un sistema similar -aunque con sus más y con sus menos- al francés (Ley N° 78.12)⁶¹⁰. Los lineamientos proyectados tienen como finalidad legislativa la revisión de las garantías a cargo de los edificadores así como la delimitación de sus funciones y obligaciones. Desde el punto de vista del aseguramiento obligatorio, se tropieza con el escollo del elevado costo⁶¹¹ que ha debido sortear sin demasiado éxito, el legislador galo y que tornaba mucho

⁶⁰⁹Este requerimiento fue formulado por un Grupo de Trabajo sobre la "Ley de Ordenación de la Edificación" de UNESPA en mayo de 1992. En este sentido, se manifestó que "el MOPU debe oír a los aseguradores a fin de que éstos puedan exponer sus criterios sobre la asegurabilidad o no de las garantías que prevé el borrador" del mismo modo que ocurrió al tratarse el borrador de Llei de l'Habitatge de Catalunya. En esa oportunidad, fue manifestada la no aceptación por parte del reaseguro de las garantías previstas que no fueron reglamentadas sin perjuicio de la correspondiente sanción en 1990.

⁶¹⁰Loi 78-12, de 4 janvier 1978. Víd Cap.

⁶¹¹L'Argus ...cit., pág.31 y ssgtes.. Noguera, Antonio. Borrador de la "Ley de ordenación de la Edificación" de 3 de julio de 1992. Colaboración, "A.A" pág.43. "...El Gobierno francés ha resuelto la antinomia (reparación urgente- lentitud de procesos judiciales) pero a fuerza de dinero. ¿Está el Gobierno español en condiciones de dictar una ley que encarezca los costes de la



más difícil la "adaptación española". De tal modo, el sistema del doble seguro no llega a reproducirse en iguales términos.

Por otra parte, se ha sostenido reiteradamente⁶¹² que no se logra el fin social perseguido mediante la sola obligatoriedad de un Seguro de Responsabilidad Civil decenal (o de menor vigencia). La razón que siempre se invoca es la lentitud que caracteriza el pago de las indemnizaciones, sometido a la previa determinación judicial del responsable mediante procedimientos burocráticos que se dilatan demasiado en el tiempo. Por tal motivo, en Francia se adopta el Seguro Obligatorio de Daños (art.L.242.1 Ley 78-12⁶¹³) como la alternativa que permite la prefinanciación y pronto pago de los daños resultantes de vicios o defectos de construcción.

Pero, en este sentido, también se evidenciaron los inconvenientes económicos y financieros antes comentados⁶¹⁴. Las coberturas decenales vienen acompañadas de primas elevadas con enormes reservas de estabilización⁶¹⁵ debido a que se deben contemplar en su cálculo ciertas variables (vgr.inflación, costes salariales, costes técnicos) "con diez años de antelación".

A pesar de las consideraciones expuestas como surgirá del siguiente esquema, los lineamientos proyectados no han receptado ese doble sistema de aseguramiento aunque no se puede negar el enorme esfuerzo innovador que concretan, evidenciando como bien se ha dicho, "un salto gigantesco desde finales del XIX a comienzos del XXI"⁶¹⁶.

A continuación, se destaca como sus hitos principales:

construcción en una banda que va del 7% al 11%? ...el que escribe estas líneas siempre creyó imposible que el Gobierno español copiasa la Ley Spinetta ..."

⁶¹²Chévitau, Simone Claire. Les Assurances Obligatoires des Travaux Bâtiment ...cit. pág.13 y ssgtes. L'Argus Dossier ...cit., pág.26 y ssgtes.

⁶¹³Le Code de l'Assurance Construcción ...cit., pág.9.

⁶¹⁴Víd Cap.XII, pto.4 h).

⁶¹⁵Noguer, Antonio. Borrador de la "Ley de ordenación de la Edificación ..cit., pág.44.. Sin duda, esto supone una enorme aventura: ¿Qué costará un micropilotaje que haga desaparecer el peligro de un asiento diferencial o de unas arcillas expansivas, en el 2001 ...?

⁶¹⁶Noguer, Antonio. Borrador de la "Ley de ordenación de la Edificación ..cit., pág.44.



1. Principios Generales:

El objeto del texto en análisis es el ordenamiento de la "edificación" y las intervenciones de los distintos agentes al igual que la determinación de "las responsabilidades y su garantía con el fin de fomentar las condiciones de calidad y la protección de los usuarios" (art.1.1). Del mismo modo, se contemplan las distintas etapas del "proceso de edificación" que se extiende desde que se inicia la promoción hasta la demolición de lo edificado (art.1.2.1).

Obvio resulta que aunque no se haga referencia expresa al respecto, este régimen está dirigido a la protección de la vivienda más que a la "ordenación de la edificación" en general, de apariencia conceptual más amplia⁶¹⁷. En este Anteproyecto, la noción de "edificación" se restringe a "la actividad y el resultado de construir un inmueble cuya función sea la de albergar a personas, sus actividades o sus pertenencias, tanto sea de uso y dominio público como privado" aunque también quedan "comprendidas sus instalaciones así como el equipamiento y urbanización del entorno inmediato" (arts.1.3.1. y 2).

Asimismo, dicha noción excluye expresamente "las obras de ingeniería salvo en la parte de éstas que incluya edificaciones" (art.1.2.2). En este sentido, se advierte que actualmente -según se expuso⁶¹⁸- estas obras se benefician con la aplicación por vía jurisprudencial del art.1591Cc mientras que en el nuevo texto, no se determina cuál será su destino aunque se las excluya expresamente en la norma transcrita del ámbito de aplicación del nuevo art.1591Cc.

En mérito a tales consideraciones, resta decir que si bien se formula una definición funcional⁶¹⁹ de "edificación", ésta queda restringida a la vivienda en los términos en que

⁶¹⁷En el RVPO se adopta un enunciado más claro ya que alude a la construcción, uso, conservación y aprovechamiento de viviendas, locales de negocio, edificaciones, instalaciones y servicios complementarios y obras de urbanización (RVPO arts.1, 2 L.; 2 y 7); Vid. Capítulo XII, b)4, c).4. Asimismo, me remito al concepto mencionado que adopta la comentada LLei de l'Habitatge de Catalunya.

⁶¹⁸Vid. Capítulo XII, pto.4.c).1.b).

⁶¹⁹Art.1.3 ALOE: "... albergar a personas, sus actividades o sus pertenencias, sean de uso y dominio público como privado ...las instalaciones anejas y la urbanización del entorno inmediato".



otras leyes vigentes lo han expresado⁶²⁰ ¿Acaso, se trata de incursionar con cierta cautela en ciertas cuestiones ya legisladas a fin de evitar colisiones normativas?⁶²¹.

De todos modos, para llevar la cuestión a sus justos límites, se deben **llamar a las cosas por su nombre** y si la finalidad perseguida ha sido la ordenación de aspectos relativos a la vivienda, se debe hacer referencia a ésta de forma indubitada al formular el concepto de edificación⁶²². La mayor precisión legislativa ahorrará numerosos litigios que se deducen en virtud de la aplicación de normas ambiguas o poco claras que recargan y retardan innecesariamente la actividad jurisprudencial.

Por otra parte, merecen ser acotados en este punto los más amplios alcances de la **Propuesta de Directiva sobre construcción**⁶²³ que se refiere a "las construcciones de edificios residenciales y no residenciales, así como los trabajos de ingeniería civil tanto públicos como privados"⁶²⁴. En este aspecto, se impone reflexionar sobre cuál será la suerte a seguir por el Anteproyecto comentado que en nada refleja los alcances de tal Propuesta si ésta llegara a ser sancionada. Atendiendo a ello y a fin de evitar que España repita anteriores irregularidades⁶²⁵, se ha sugerido al M.O.P.U. que adapte el texto proyectado a las decisiones que se adopten en este campo por la Comisión europea.

Desde otro punto de vista, las "**obras de edificación**" se clasifican en: "obras de nueva planta", "obras en los edificios existentes" y "obras de demolición". Por las mismas razones

⁶²⁰ En este sentido, según se hizo referencia al RVPO y a la Llei de l'Habitatge de Catalunya.

⁶²¹De acuerdo con anteriores referencias al texto Constitucional: "Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ...3. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda..." (CE art.148).

⁶²²En referencia al concepto de "edificación", la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA), C. Patrimonial, R.C. y Transportes, Comentarios sobre el Borrador de Ley de Ordenación de la Edificación, Madrid, 8 de mayo de 1992. Comentarios generales. Art.2.1 BLOE.

⁶²³Víd. Capítulo VIII, E, c).

⁶²⁴Propuesta de Directiva sobre construcción ...cit., Responsabilidad en la Construcción. Grupo de Trabajo N° 2; A. Ambito de aplicación. ap.1.

⁶²⁵Se prevé que esta propuesta de Directiva pueda ser aprobada siguiendo el curso de los trámites correspondientes en 1994. Por tal motivo, U.N.E.S.P.A. ha formulado tal sugerencia a efectos de evitar que se repita la irregularidad que por motivos de índole nacional, representa la falta de adecuación dentro del plazo previsto de la Ley General de Consumidores y Usuarios a la posterior Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad del fabricante por productos defectuosos.



antes señaladas, aunque éstas abarquen implícitamente las "reformas y rehabilitaciones", resultaría mucho más adecuada su expresa inclusión normativa a la usanza de otros textos vigentes (vgr. Llei de l'Habitatge de Catalunya) dado que se trata de las obras predominantes en las grandes urbes españolas en razón de las restricciones impuestas por la Legislación urbanística vigente.

2. El proceso de la Edificación:

- a) Alcances prácticos: En un segundo capítulo, se regula el "proceso de edificación" que se extiende desde la iniciativa de promoción hasta la "demolición de lo edificado". Se enumeran como "funciones" a desarrollar: "promover; proyectar; ejecutar la obra; controlar la obra y mantener y reparar" (art.2.1.1.1). Las tres últimas reflejan el espíritu innovador del legislador que incluye de la parte de los "agentes", ciertos facetas del control y de la ejecución así como la "demolición" aunque en este borrador no se enumere y de la correspondiente al propietario y/o usuario, el mantenimiento y reparación de la obra aunque también a cargo del contratista o construcción durante el plazo anual de garantía (arts.3.2.7.1.a).

La expresa consagración de éstas últimas funciones del proceso correspondientes a obligaciones de usuario vienen a reforzar el art.1103 Cc⁶²⁶ de aplicación jurisprudencial -en este campo- restrictiva cuando no resistida -en este contexto- del art.1103 Cc a la hora de analizar la incidencia de la conducta de aquél en tanto perjudicado en la producción de los daños por los que reclama⁶²⁷. Por otra parte, se enuncian las "**constancias documentales**" (administrativas y convencionales)⁶²⁸ -no taxativamente, entiendo- exigibles a lo largo del proceso (art.2.1.1.2).

⁶²⁶Art.1103 Cc:"La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero, podrá moderarse por los Tribunales según los casos".

⁶²⁷Víd. Capítulo, pto.E y Capítulo XII, pto.b) 4.f). Díez Picazo- Gullón, Sistemas ... cit., Vol.II, pág.606. "... La doctrina y la jurisprudencia entienden que la obligación de reparar del agente debe verse disminuída en su intensidad o cuanto al concurrir la culpa del propio perjudicado con fundamento en el artículo 1103 del Código civil, que faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente de la culpa ...".

⁶²⁸Tales "**constancias documentales**" exigibles son: encargo de proyecto; proyecto de edificación y de obra; contrato de ejecución; encargo de la dirección de control de la ejecución de la obra; acta de recepción; documentación final de obra y las instrucciones de uso y mantenimiento; autorizaciones administrativas; constancia de las transmisiones de la propiedad; documentación exigida por la reglamentación laboral; pólizas de seguros que establece la ley (art.2.1.1.2)



- b) "Las exigencias administrativas": En primer lugar bajo este título, se establece que las obras de edificación **"no perturbarán el medio ambiente"** (natural o edificado). En este sentido, se siguen los dictados del art.45 CE que consagra la tutela medioambiental a través de uno de los "Principios rectores económicos y sociales" que deben informar la actividad de los Poderes Públicos. Tal objetivo podrá concretarse mediante el previo control administrativo que implica la concesión de las "licencias preceptivas" para edificar por la autoridad municipal⁶²⁹. A continuación, se caracterizan éstas últimas (licencia de obra y de ocupación) y el tipo de proyecto exigible según la obra a realizar (de edificación o de obra).
- c) Las exigencias técnicas: Del mismo modo, se determina la sujeción de la edificación a este tipo de "exigencias" (art.2.1.3) ya que sin perjuicio del tipo de "proyecto" exigido en cada caso (de edificación o de obra) (art.2.1.3. ap.3/6), debe ajustarse técnicamente a los "requisitos esenciales" enunciados que coinciden con los previstos por la Directiva Comunitaria sobre productos de construcción (Nº89/106/CEE, Anexo I). A saber: 1. Resistencia mecánica y estabilidad; 2. Seguridad en caso de incendio; 3. Higiene, salud y medio ambiente; 4. Seguridad de utilización; 5. Protección contra el ruido y 6. Ahorro de energía y aislamiento térmico ⁶³⁰.

Por otra parte se adopta la denominación de **Código Técnico de la Edificación (CTE)**, concepto que engloba la Normativa Básica de la edificación y las reglamentaciones obligatorias que regulan además de tales "requisitos esenciales", las "características de los edificios". Sin embargo, en este último aspecto, se formula una salvedad que entiendo recepta el art.148.3 CE respecto de las atribuciones reglamentarias de las Comunidades autónomas. No quedan delimitados de forma clara el límite de las respectivas competencias

⁶²⁹Art.2.1.2.1: "... Será preciso solicitar y obtener de la autoridad municipal correspondiente las preceptivas licencias administrativas...".

⁶³⁰Esta Directiva dispone en su Anexo I que: "Los productos deben ser apropiados para obras que (total o parcialmente) sean idóneas para su uso, teniendo en cuenta la economía, y en ese sentido deben cumplir los requisitos esenciales cuando las obras estén sujetas a una normativa que contenga tales requisitos. Sin perjuicio del mantenimiento normal, dichos requisitos deberán cumplirse durante un período de vida económicamente razonable. Como regla general, dichos requisitos tienen en cuenta acciones previsibles".Víd. Capítulo VIII, Pto.5, 3.4.



motivo por el cuál podría llegar a fracturarse la unidad del régimen⁶³¹.

3. Los agentes de la edificación:

Bajo esta denominación, quedan comprendidos todos los sujetos que "promueven; proyectan y dirigen; construyen; controlan; suministran y utilizan y mantienen" la edificación (art.2.2.1).

Sin duda, esta expresión tiene una connotación de mayor amplitud que la correspondiente a los "profesionales intervinientes" empleada por la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, además de las categorías legales más tradicionales (vgr. contratista o constructor y arquitecto, proyectista, director de obra) y de otras de cuño jurisprudencial más recientemente consagradas (vgr. promotor, aparejadores o arquitectos técnicos), se incluyen otras más novedosas (vgr. suministradores, usuarios o propietarios). En cada caso, se formula una noción conceptual desde un punto de vista funcional, complementada con algunas exigencias específicas (requisitos y obligaciones) relativas a cada actividad.

Asimismo, se establece que sin perjuicio de la normativa específica que rige las potestades de ordenación de las **Administraciones Públicas**, también les será aplicable este texto de ordenación si actúen como "agentes edificadores" excepto en lo relativo al seguro obligatorio y "sin perjuicio del régimen propio de su normativa específica" (art.2.2.3). Si bien se abunda sobre la presencia administrativa en este proceso, no se especifican claramente los límites de su responsabilidad en este proceso, recurriendo a la remisión normativa aludida.

- a) El promotor: Este agente que puede ser una persona física o jurídica, privada o pública es quién decide, programa y financia con recursos propios o ajenos, las obras de edificación debiendo ostentar la titularidad suficiente sobre el suelo y vuelo que le faculte a construir. Más allá de sus habituales obligaciones (vgr. trámites administrativos; contratación de profesionales; recepción; liquidación), se establece la contratación de un "**seguro de responsabilidad objetiva**" por los daños materiales al edificio por los vicios

⁶³¹Art.2.1.3.2: " Las características de los edificios no infringirán las condiciones y las limitaciones establecidas por el Código Técnico de la Edificación sin perjuicio de las reglamentaciones que se dicten por las distintas Comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias".



o defectos descritos que debe ser acreditada en cada transmisión del mismo modo que - en su caso- el fin de su vigencia.

Contando con tal información, el adquirente podrá tomar las medidas que considere oportunas y más convenientes en resguardo de su patrimonio y frente a la eventual insolvencia de los responsables.

De modo coherente, se enlaza la obligación de **"mantener las condiciones de uso del edificio mientras ostente su titularidad"** con la de **"entregar a los adquirentes la documentación"** de la cuál resulten aquéllas instrucciones de uso y mantenimiento que fueren más necesarias.

Los promotores serán responsables por el incumplimiento de las obligaciones contractuales y de las que este nuevo texto de ordenación les imponga. Ante los adquirentes responderá subsidiariamente "en defecto de la solvencia exigible a cualquiera de los agentes responsables por él contratados", en el supuesto de que no les haya "requerido las garantías obligatorias que les incumben en virtud de la Ley" (art.3.2.1.1)⁶³².

Mediante esta previsión legal, se circunscribe la responsabilidad de este agente al caso concreto de omisión del debido control de tales garantías obligatorias. En este sentido, de haber cumplido con tal requerimiento ¿ Quedaría al margen de cualquier reclamación, si las garantías son insuficientes o no mantienen su vigencia al tiempo del siniestro? Como está cuestión no queda resuelta expresamente, teniendo en cuenta la finalidad legal perseguida que pretende mejorar la satisfacción de los perjudicados, cabría hacerla también extensiva al promotor.

- b) Director del proyecto y colaboradores: Se suprime la regulación normativa por separado -seguida en anteriores borradores- de las categorías de "proyectista" y "director de obra" aunándolas bajo esta denominación. Bajo esta denominación, quedan comprendidos los técnicos encargados de la **redacción y de la dirección de proyectos** quiénes deben

⁶³²El art.3.2.1. ap.2 (ALOE) dispone que "El promotor será así mismo responsable en materia de seguridad y salud en el trabajo de conformidad con lo previsto en la legislación específica en la materia".



poseer la titulación oficial académica adecuada (art.2.2.2). En este sentido, corresponden tales "funciones" según las características de la edificación: a los arquitectos e ingenieros debidamente habilitados al efecto, si las obras exigen "proyectos de edificaciones⁶³³ de su especialización" o bien, en caso contrario, a los aparejadores, arquitectos e ingenieros técnicos en sus respectivas especialidades y asimismo, "los decoradores en obras específicas de decoración" (art.2.2.2.2).

En todos los casos estarán sujetos a las obligaciones que expresamente se enumeran así como a la colegiación previa y al cumplimiento de requisitos propias de cada profesión. En la medida de sus respectivas responsabilidades están obligados a la contratación de un **Seguro de Responsabilidad civil** de carácter obligatorio.

Tanto el redactor como el Director del proyecto puede contar en general, con la colaboración coordinada de otros técnicos y en especial, si la complejidad de la obra lo exige con "equipos pluridisciplinarios". En los contratos celebrados en cada caso, quedarán determinadas las obligaciones y responsabilidades correspondientes en cada caso sin perjuicio de las disposiciones proyectadas al efecto. Estos "colaboradores" están sujetos a los requisitos de cada profesión para la habilitación profesional y asimismo, están obligados a asegurar sus respectivas responsabilidades.

Otras obligaciones previstas respecto de estos agentes, independientemente de la redacción del proyecto, están en estrecha relación con sus **funciones de control** (vgr.asistir a la obra; impartir instrucciones; consignarlas en el Libro de Ordenes y Asistencias; conformar las certificaciones parciales y la liquidación final, facilitar y preparar la documentación exigida; comprobar la adecuación de la estructura proyectada al suelo), **de coordinación** (vgr.con el Director de control de ejecución, los programas de desarrollo y control de calidad según del CTE; la intervención de los colaboradores) y **de asesoramiento e información del promotor** durante todo el proceso edificatorio, incluida la recepción.

⁶³³En este sentido, se entiende por "proyecto de edificación" el relativo a obras de nueva planta o que se realicen en edificios ya existentes que estén sujetos a protección urbanística o se modifique la configuración arquitectónica o se altere de forma sustancial el sistema estructural (art.2.1.2.4). Asimismo, cuenta con dos fases: proyecto básico y de ejecución cuyas características e instrumentos que los integran se detallan en el art.2.1.3. 3/6.



El tratamiento de la responsabilidad del Autor y del Director del proyecto también se aborda conjuntamente. Además de la responsabilidad derivada de los contratos que hubieran celebrado, estos profesionales y sus colaboradores responden por los daños derivados "de vicios o defectos de construcción ocasionados por negligencia o incumplimiento de las obligaciones que se establecen a su cargo" (art.3.2.3.1).

Del mismo modo, estos profesionales responderán por los daños que pudieran resultar de la "insuficiencia, incorrección o inexactitud" de los cálculos, estudios, dictámenes o informes realizados por otros técnicos si han sido "conformados con su firma". En este supuesto, se dejan a salvo las "acciones de repetición" que correspondan contra los verdaderos responsables (art.3.2.3.2). De tal modo, se agiliza el trámite de determinación del presunto responsable que permitirá al perjudicado obtener un cobro más rápido de las indemnizaciones correspondientes.

Igual criterio se sigue respecto del Director del proyecto quién responderá directamente por la "veracidad y exactitud" del certificado final que conforma y de la documentación de final de obra que autoriza así como del incumplimiento de las especificaciones del proyecto y de las condiciones de las licencias administrativas (art.3.2.3.4 y 5).

Cuando la redacción del proyecto corresponda a otro profesional, el Director **asumirá mancomunadamente** las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones que no hubiese subsanado (art.3.2.3.3).

Si las tareas correspondientes a estos agentes hayan sido encargadas a más de un técnico, "las responsabilidades podrán ser exigidas a todos ellos" (art.3.2.3.6)..

- c) Contratista y subcontratistas: El contratista que contrata el promotor se ocupa de la ejecución de la obra con sujeción al proyecto y de aportar y ordenar los medios materiales y humanos.

Sin perjuicio del personal subalterno que en general, está bajo sus órdenes y dirección se destaca la figura del "Jefe de obra" a quién se exige una capacitación adecuada



(titulación o experiencia) según las características y complejidad de la obra. Sin perjuicio de caracterizarlo como el representante técnico del Contratista se enumeran en forma independiente las obligaciones correspondientes (art.2.2.3.3)⁶³⁴.

Según los casos, también pueden tener intervención a pedido de este último, los "subcontratistas" (art.2.2.3.4) cuyas obligaciones se tratan por separado. El subcontrato determinará las labores que deben cumplir en coordinación con la contrata y de conformidad con las direcciones de proyecto y de contro. Asimismo, dicho acuerdo determinará las responsabilidades asumidas que deben ser objeto de un Seguro de Responsabilidad Civil. El Promotor debe ser informado convenientemente al respecto por el Contratista.

En principio, las obligaciones previstas (art.2.2.3.2) a cargo de este agente no difieren de las que en la práctica, suele asumir habitualmente. Aun cuando no se le exige titulación técnica académica, debe conocer y respetar las reglas de la buena construcción y el Código Técnico de la Edificación (CTE) y ocuparse de establecer y aplicar el "plan de seguridad y salud" en la obra.

Sin perjuicio de las restantes obligaciones enunciadas, especial atención merecen la de asegurar la responsabilidad por daños materiales ocasionados al edificio por los vicios o defectos que en este texto se describen (art.2.2.3.2 ap.10) y la consagración legislativa de una reiterada práctica contractual.

Dicha práctica, constituye la garantía convencional de mantenimiento que suele asumir el Constructor por el plazo de un año a partir de la recepción de la obra. Dos normas convergen en la configuración de esta nueva garantía legal; la primera, al imponer a cargo de este agente la "obligación de reparar los defectos advertidos y los vicios originados por defectuosa ejecución durante el año que sigue a la recepción" (art.2.2.3.2 ap.11); la segunda, al describirla como una garantía especial (art.3.2.7.1) a la que también se impone el aseguramiento obligatorio.

⁶³⁴El art.2.2.3.3. prevé a su cargo las funciones relativas a la organización y realización de la construcción, a la coordinación de los medios aportados por la contrata y subcontratados, al autocontrol de la obra y a la transmisión y cumplimiento de las órdenes del contratista y de ambas direcciones.



En principio, el contratista responderá "ante el promotor y demás personas con quienes haya contratado" por incumplimiento de las obligaciones pactadas y ante quienes resulten perjudicados por los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de construcción (art.3.2.2.1). También responderá directamente por los derivados del incumplimiento de obligaciones atribuidas a personas físicas (vgr.jefe de obra, obreros) o jurídicas que de él dependan o a cargo de los subcontratistas libremente aceptados o elegidos por él (art.3.2.2.). Igual criterio se aplica respecto de los daños causados por "productos de construcción deficientes" aceptados por él sin perjuicio de las acciones de repetición que pudieran corresponderle (art.3.2.3).

- d) Director de control de la ejecución y colaboradores del control: Esta categoría corresponde a técnicos que cuenten con titulación oficial y con la correspondiente habilitación profesional (colegiación y requisitos exigibles) como aparejadores o arquitectos técnicos. Son contratados por el Promotor "para realizar el control de las obras de su especialización" y asumir "con independencia e imparcialidad la programación y dirección de esta actividad" (art.2.2.4).

Entre las obligaciones previstas a cargo de esta Dirección figuran: la realización del estudio y análisis del proyecto para la programación del control de calidad de la obra que dirigirá efectuando las verificaciones correspondientes del proyecto; la asistencia al obraje a efectos de realizar los controles a su cargo; comprobar la recepción de materiales, los replanteos, la buena ejecución; ejecutar las mediciones de las unidades de obra y confeccionar las relaciones valoradas de éstas para su certificación; solicitar las aclaraciones al proyecto de ejecución cuando fueran necesarias. También se impone a estos agentes, la obligación de "asegurar el daño por el incumplimiento de sus obligaciones mediante seguro de responsabilidad civil" (art.2.2.4.1).

Durante el proceso de edificación, también se admite que la Dirección de Control de la ejecución cuente con colaboradores técnicos "cuya capacitación les habilite para desarrollar actividades parciales en el control" (art.2.2.4).



En esta categoría, también revistan las empresas o laboratorios -contratadas por el Promotor- "cuya capacitación o acreditación les habilite para desarrollar actividades parciales de control de calidad de la obra" (art.2.2.4.2).

Deben estar debidamente habilitadas en su ejercicio y además, contar con los medios materiales, técnicos y humanos necesarios para facilitar la asistencia técnica requerida en la redacción y desarrollo del programa de control a estos Directores.

Los alcances de la responsabilidad correspondiente a la intervención de estas empresas o laboratorios de control durante el proceso de edificación, deriva de los contratos celebrados para la realización de pruebas, ensayos, peritajes, y dictámenes (art.3.2.4.2)⁶³⁵. Si bien el texto proyectado guarda silencio sobre la forma de garantizar estas responsabilidades, valga en este punto cuanto fuera dicho anteriormente sobre el aseguramiento obligatorio de las "Entidades colaboradoras" en la construcción respecto de las cuáles se prevé un Seguro de Responsabilidad civil objetiva con límite máximo⁶³⁶.

Por su parte, el Director de control responderá por el incumplimiento de obligaciones contractuales y legales impuestas a su cargo por el texto proyectado "por los vicios o defectos constructivos ocasionados por negligencia o incumplimiento de las obligaciones que le correspondan en relación con la ejecución de la obra y su control". Finalmente, se dispone que responderá por la "veracidad y exactitud de las certificaciones que acrediten cuantitativa y cualitativamente la obra realizada (art.3.2.4.1).

- e) Suministradores: Respecto de esta categoría, si bien se adopta el criterio seguido por la Ley 78-12 (art.1792.4) en relación a los sujetos comprendidos (art.3.2.5), el texto proyectado no consagra las mismas responsabilidades relativas a estos sujetos.

⁶³⁵Art.3.2.4.2, par.2: "En ningún caso podrán exonerarse de la responsabilidad civil imputable a errores y omisiones debidos a impericia o negligencia ante la persona con la que hubiesen contratado". Tal circunstancia es de toda obviedad ya que basándose la responsabilidad civil en la culpa, mal podría invocarse la propia torpeza para exonerarse de aquélla.

⁶³⁶Real Decreto N° 1230/87 (13-10-89) sobre Laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación (sin límite específico); Ordenanzas Ministeriales MOPU (15-2-90) sobre "Laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación para las áreas de elementos de acero para estructuras; "Laboratorios ...en las áreas del hormigón"; "Laboratorios ...en las áreas de mecánica del suelo y (5-7-90) "Laboratorios ...en el área de suelos, áridos, mezclas bituminosas y sus materiales constituyentes en viales (límite del Seguro de R.C. 50 millones de pesetas). B.O.E. de 27 de febrero y de 4 de setiembre de 1990, respectivamente.



Según lo expresado en primer término, se consideran "suministradores": los fabricantes, almacenistas, importadores y vendedores de productos para la edificación (art.2.2.5). Asimismo, en este régimen se identifica al "fabricante" no solo con los "importadores" sino también aquéllos que "presenten como suyo el producto mediante su nombre, marca de fábrica u otro signo distintivo" y con los propios "suministradores cuando no conste la identidad del fabricante o importador" (art.3.2.5). En este artículo prácticamente se calca el art.1792.4 del Code civil oportunamente comentado.

Los suministradores estarán legalmente obligados a realizar las entregas de productos "de acuerdo con las especificaciones del pedido"; también a responden del "origen e identidad" de aquéllos y del "cumplimiento de las exigencias" previstas al respecto por el Código Técnico de la Edificación. Para una adecuada utilización de sus productos deberán "facilitar las condiciones de uso y de mantenimiento" y, en su caso, "hacer entrega de las garantías correspondientes" (art.2.2.5).

Finalmente, desde el punto de vista de la responsabilidad de estos agentes, se establece una distinción necesaria en cuanto al régimen legal aplicable. Independientemente de la que corresponde a "fabricantes de los materiales y componentes de la edificación o de sus instalaciones" (responsabilidad por daños de productos⁶³⁷), los suministradores responderán por daños producidos al edificio "por la defectuosa calidad de productos" y por la "inadecuación a las características bajo las cuales se comercialicen". Estarán **legitimados** al efecto, el **contratista y/o el promotor** según quién haya aportado tales productos, materiales o instalaciones defectuosos; se sigue así la tradicional regla relativa a la distribución de riesgos en la Contratación de obra que recoge el Código civil (art.1589/90 Cc).

- f) Propietarios y usuarios: La ubicación de estos personajes -aunque destinatarios de edificios- en el elenco de los agentes que participan en proceso de edificación, contribuye en gran medida gracias a la aplicación de un sano criterio de justicia distributiva a la finalidad legislativa.

⁶³⁷Víd, Capítulo V, pto.5, C.



Las obligaciones previstas se dirigen no solo a los propietarios y usuarios sino también a los representantes de las comunidades de propietarios. A todos, corresponde la "utilización adecuada" del edificio o de sus partes "conforme a su destino" y la "conservación de las condiciones de uso, seguridad y habitabilidad" con un adecuado mantenimiento general y del "buen estado de la edificación" de acuerdo con la legislación aplicable (art.2.2.6). En este sentido, se ha agregado en este último texto proyectado, la "responsabilidad de los propietarios y usuarios" por el incumplimiento de tales deberes (mantenimiento y utilización adecuada) (art.3.2.6.1)

Sin duda que contribuirán al efectivo cumplimiento de tales deberes, las exigencias documentales "en donde se acrediten las condiciones de legalidad, utilización, conservación y mantenimiento del edificio y de sus partes así como los seguros y garantías" que el propietario y/o usuario deben "recibir, conservar y transmitir" -según el caso- con el inmueble. La compulsión de tales instrumentos llevada a cabo por el adquirente en cada transmisión inmobiliaria, permitirá comprobar el debido cumplimiento de las obligaciones mencionadas.

4. Responsabilidades y garantías:

- a) **Principios generales en materia de Responsabilidad:** Desde este punto de vista, el texto comentado introduce diversas modificaciones al régimen vigente en la esfera que regula.

El incumplimiento de las normas proyectadas determinará la Responsabilidad civil del agente sin perjuicio de las que pudieran corresponder en otras jurisdicciones como por ejemplo, las de índole administrativa (vgr.laborales, fiscales, urbanísticas) (art.3.1.3). El nuevo régimen aborda la cuestión tanto desde el punto de vista contractual como extracontractual y sus disposiciones serán aplicables en consonancia con las pertinentes del Código civil y de las Leyes especiales (art.3.1.1.).



El tratamiento de estas cuestiones constituye el núcleo medular del texto proyectado. La metodología adoptada al respecto, parte del esbozo de los lineamientos generales de la Responsabilidad civil (contractual y extracontractual) (art.3.1.1) para luego establecer los supuestos particulares, relativos a cada categoría como "Responsabilidades de los agentes" (art.3.2).

En principio, se establece que sin perjuicio de la Responsabilidad civil contractual correspondiente, los agentes responderán desde el punto de vista **extracontractual** por "impericia o falta de capacidad profesional o técnica", por "culpa o negligencia en el desempeño de las correspondientes atribuciones" o bien, "por incumplimiento de las obligaciones propias y específicas" (art.3.1.2.).

Esta responsabilidad será exigible **en forma personal e individualizada** (por actos propios y de las personas por las que se deba responder), siendo aplicable la **solidaridad** ante la imposibilidad de serle atribuida "en forma clara y terminante" a un solo interviniente y "cuando exista concurrencia de culpas sin que pueda precisarse la influencia de cada actor en el daño producido" (art.3.1.2). En este sentido, se receptan criterios jurisprudenciales mayoritarios en materia de solidaridad y de distribución de culpas desde la óptica del art.1591 Cc.

En cuanto a las causales de exoneración en este campo, se reiteran los supuestos típicos de "caso fortuito", "fuerza mayor"⁶³⁸, "acto de un tercero" y "acto del perjudicado por el daño". Estas son taxativas y en virtud de las razones de orden público que informan este régimen relativo al proceso de edificación, "será nulo de pleno derecho todo pacto de exclusión, limitación o traslación de responsabilidades" (art.3.1.2).

- b) Las garantías obligatorias en el proceso de edificación: La tantas veces proyectada modificación del "régimen de garantías en la construcción" finalmente ha visto la luz desde esta nueva perspectiva:

⁶³⁸arts.1105 Cc y ccetes.



1. En relación a los **"defectos de construcción"** (conf.arts.1591 y 1909, vicios del suelo, del proyecto y de construcción) queda atrás el tradicional **plazo decenal** relativo al "Contratista y al Arquitecto", decantándose en dos nuevas alternativas aplicables a todos los "agentes" responsables según sus respectivos cometidos e intervenciones y a partir de la recepción:
 - 1.a) Durante tres años, por "los daños materiales causados por vicios de los elementos constructivos e instalaciones que afecten a la habitabilidad y a la idoneidad del edificio para el uso que se destine" (art.3.2.7 ap.1.b). Esta garantía se ajusta desde la nueva óptica de los "vicios o defectos de construcción" al concepto de "ruina funcional" de antiguo cuño jurisprudencial⁶³⁹.
 - 1.b) Durante diez años, por "daños materiales causados por vicios que afecten a la cimentación, la estructura, el cerramiento exterior u otros elementos constructivos que comprometan directamente la seguridad, solidez o estabilidad del edificio. Igual responsabilidad por daños les alcanzará respecto de las instalaciones defectuosas cuya sustitución o reparación implique destrucción o alteración total o parcial de alguno de los elementos constructivos citados" (art.3.2.7 ap.1 c). La garantía decenal se aplica al supuesto relativo a defectos o vicios constructivos de mayor gravedad que se acercan más al concepto tradicional de "ruina" en cuanto afectan la esencia misma de la edificación (solidez, seguridad, estabilidad) y no su mera funcionalidad.

El criterio clasificación adoptado tiene en cuenta básicamente, la **ubicación** en la obra del **vicio o defecto** generador de daños materiales y ciertos aspectos de índole funcional (habitabilidad, idoneidad para el uso destinado). En tal circunstancia, radica la necesidad de una mayor precisión normativa respecto del empleo de ciertas expresiones ("elementos constructivos", "instalaciones", "comprometer en forma grave", "salubridad", "continuidad del servicio") cuyos alcances conceptuales no se definen.

⁶³⁹Víd, Capítulo VI, b).



2. En cuanto a los **vicios o defectos de ejecución**, se consagra legalmente la garantía convencional "de buena ejecución". El Contratista "se responsabiliza de la correcta terminación de las obras según las condiciones del proyecto y del contrato" en cuanto a los "vicios aparentes en el momento de la recepción y los que se manifiesten durante el año siguiente" (art.3.2.7 ap.a).

Finalmente, se establecen dos **plazos de prescripción** de un año y dos años a partir de la manifestación del daño, según se trate de los vicios o defectos de ejecución o de construcción mencionados, respectivamente. En este sentido, mediante un sistema de prescripción independiente que no formula remisiones, se zanja la tradicional polémica sobre la naturaleza de la acción y la normativa civil aplicable (arts.1968.2 y 1964Cc) que tanto se cuestionó respecto del art.1591Cc.

Aunque se ha reducido el plazo quinquenal único previsto en el texto anterior (de 15/7/92), tal vez resultaría más conveniente mantenerlo unificado pero en un año en ambos casos. Por lo general, el perjudicado no formula su reclamación al profesional inmediatamente después de haber advertido el defecto sino que por el contrario, espera hasta poco antes de que finalice el plazo prescriptivo para hacerlo. Esta actitud contribuye en muchos casos a la agravación del riesgo por el mero transcurso del tiempo que no se compatibiliza con el espíritu de esta ley.

- c) **La calificación profesional:** Sobre la **calificación profesional** (art.3.2.8) de los agentes - personas físicas o jurídicas- que ejercen actividades industriales en el ámbito de la edificación, se dispone la inscripción en el Registro mercantil de promotores, promotores-constructores, contratistas y subcontratistas así como la de determinada documentación que se indica y de las sanciones aplicadas en firme.

Las inscripciones o cancelaciones registrales también estarán condicionadas al cumplimiento de las formalidades mencionadas y especialmente, a las constitución de las garantías obligatorias previstas. En este sentido, no se inscribirá la cancelación de las inscripciones del empresario individual ni la disolución de las sociedades promotoras si no acreditan dichas contrataciones y su vigencia respecto de "todas y cada una de las edificaciones" en término de garantía (art. 3.3.1.2 ap.9).



Del mismo modo, se exige tanto a éstos profesionales como a los "fabricantes, instaladores y prestadores de servicios en general", estar en posesión del **Documento de Calificación Empresarial** que solo les faculta para realizar las actividades para las que sean profesionalmente competentes⁶⁴⁰.

- d) El Aseguramiento obligatorio y otras garantías: Estas garantías (art.3.3) son exigibles con independencia de otros Seguros obligatorios impuestos por normas de distinta índole (vgr.laboral, administrativa). En el campo que nos atañe, se prevé un sistema de garantías obligatorias de las responsabilidades de los agentes que harán posible su mayor efectividad operativa en favor de los perjudicados.

En principio, se admiten dos variantes del **aseguramiento obligatorio** (art.3.3.1): la primera, un Seguro de la responsabilidad civil concerniente a cada uno de los profesionales contratados por el Promotor (directores del proyecto y del control de ejecución de obra, contratista) que, al no ahondar en mayores detalles, podría coincidir en líneas generales con las modalidades de la actual práctica aseguradora ⁶⁴¹. La segunda, relativa al Promotor quién "deberá asegurar la responsabilidad objetiva contra los daños materiales ocasionados en el edificio por los vicios o defectos" antes descritos durante los plazos señalados (garantía y prescripción) (art.3.2.7). Además de Tomador será Asegurado al igual que "los adquirentes del edificio o parte de él" a quienes también debe incluir en tal carácter (art.3.3.1. ap.1c).

En cuanto al Promotor y al Contratista, se dispone que los "aseguramientos obligatorios a los que se ha hecho referencia ... habrán de convenirse mediante contrato de Seguro de responsabilidad civil, de caución o bien, Aval bancario solidario" (art.3.3.1. ap.2.1).

Al hacer referencia en dicha disposición al Seguro de responsabilidad civil, se advierte una aparente contradicción con lo expresado en el párrafo anterior sobre el seguro obligatorio a cargo del Promotor en cuya redacción parece ser consagrado el Seguro contra Daños (conf.arts.25/45 LCS).

⁶⁴⁰ ...en razón de su propia formación y capacitación oficialmente reconocida o la del personal adscrito a la empresa... (art.3.2.8.1, ap.2).

⁶⁴¹ Víd Capítulo XII, pto V.



Compatibilizando estos preceptos y el relativo a la responsabilidad del Promotor (arts.3.3.1. ap.1.c) y 2.1; y 3.2.1), corresponde a este agente la contratación de un Seguro de Responsabilidad civil (o de caución o un aval bancario) que sin perjuicio de sus incumplimientos contractuales o legales, **garantice** su "responsabilidad subsidiaria ante los adquirentes... en defecto de la solvencia exigible a cualquiera de los agentes responsables por el contratado cuando no hubiese requerido a éstos las garantías obligatorias que les incumben en virtud de esta Ley".

El aseguramiento obligatorio en los términos en que ha sido comentado (art.3.3.1 ap.1 y 2) solo será aplicable "en relación con los vicios o defectos comprendidos en el apartado a) y c) del art.3.2.7.1" (segunda transitoria). Vale decir, que sólo será exigible en cuanto a la garantía anual a cargo del contratista y a la decenal correspondiente de todos los agentes.

La vigencia de las coberturas mencionadas debe comprender los períodos de garantía previstos sea cuál fuere la forma de pago de la prima o precio. Si se trata del supuesto decenal deberá prorrogarse la garantía por el plazo de prescripción correspondiente (art.3.3.1.2 ap.2).

El Avalista y el Asegurador deben abonar las indemnizaciones por los daños materiales -objeto de cobertura- acreditados sin que se pueda oponer la falta de pago del obligado. Tales daños solo podrán ser objeto de garantía si son posteriores a la recepción y causados por los defectos de construcción descritos.

Por su parte, se consagra en favor del Asegurador la **facultad de optar** por la reparación de los daños materiales o bien, por la indemnización en metálico que no podrá ser reducida (Conf.art.30 LCS) por falta de actualización del "capital asegurado". Este último se define como el "coste de la ejecución material de la obra sin incluir el valor del suelo".

A mayor abundamiento, se excluye cualquier causal de resolución del contrato de seguro una vez formalizado, excepto las que reglamentariamente pudieran establecerse.



En caso de incumplimiento de las disposiciones relativas al aseguramiento obligatorio será aplicable la "**Responsabilidad personal y solidaria**" del empresario individual y de los administradores o apoderados de las empresas (en los cuatro inmediatamente anteriores).

Los adquirentes podrán controlar el debido cumplimiento de tales garantías ya que se exige que en cada transmisión, se deje expresa constancia de su existencia o extinción y que se entregue la documentación acreditativa correspondiente. Concordantemente, no serán autorizadas ni inscritas las escrituras públicas de primera transmisión inter-vivos sin que se acredite y testimonie la previa constitución de los seguros obligatorios (arts. 3.3.1.2 ap.8 y 3.3.2).

5. Modificaciones normativas. Comentario final:

Finalmente, con este "Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación" se concreta la promesa formulada por el Gobierno tiempo atrás de remitir un texto de tales características a las Cortes durante el primer cuatrimestre de 1992⁶⁴². A pesar de las correcciones que pueda merecer, debe ser resaltada su concepción innovadora que en cierto modo, pretende reflejar los criterios aplicables en el campo de su regulación.

En este sentido, se perfilan las funciones y obligaciones de los "agentes del proceso de edificación" comprendiendo como las dos nuevas figuras en este elenco de presuntos responsables, a los suministradores y usuarios.

Si bien mediante el aseguramiento obligatorio consagrado se atenúan los efectos de eventuales insolvencias, no se soluciona el retraso en el pago de las indemnizaciones sujetas a previo pronunciamiento judicial. Problema éste que en Francia, procuró resolver el Seguro de daños decenal⁶⁴³. Esta solución no ha sido prevista para España, motivo por el cuál deberán adoptarse en la práctica otras alternativas. En este sentido, se ha propuesto por ejemplo, la libre creación de un "pool" de Aseguradores que se ocupe especialmente de este tipo de

⁶⁴²Pavelek Zamora, E. Los Seguros de Responsabilidad Civil y la obligatoriedad de aseguramiento en España ...cit., pág.47.

⁶⁴³Chétivaux, S.C. Les assurances ...cit., pág.26.



coberturas o bien, de una "Mutualidad General de la Construcción" según alguna vez fue proyectada⁶⁴⁴.

Asimismo, cabría la implementación de Convenios de reciprocidad específicos que reglen muy detalladamente las relaciones entre los distintos Aseguradores de este tipo de riesgos en caso de siniestro.

Desde el punto de vista de las garantías previstas, si bien se consagra normativamente la "garantía de mantenimiento" habitual en la práctica, se innova totalmente al consagrar la "garantía de buena ejecución" (trienal) respecto de los vicios o defectos relativos a elementos constructivos e instalaciones. Este tipo de vicios que se refleja en aspectos funcionales del edificio, suele generar el mayor número de reclamaciones de daños y perjuicios basadas en el art.1591Cc. Así lo evidencian las estadísticas de las Entidades de seguros (obligatorios o voluntarios) que al respecto reflejan elevados porcentuales de siniestralidad. En este aspecto, podría hallar su fundamento la dispensa de aseguramiento obligatorio relativo a esta garantía debido a que no se trata de siniestros de mayor trascendencia y a que son proporcionalmente muy costoso.

Sin perjuicio de su propio régimen normativo sobre los aspectos precedentemente comentados, este Anteproyecto también consagra la nueva redacción de los artículos 1591 y 1909 del Código civil. En el primer caso, se amplía el elenco de presuntos responsables a todos los agentes intervinientes en la construcción quienes responderán por los "daños materiales ocasionados en el edificio por los vicios o defectos de su construcción" en los términos en que fueran descritos y durante los plazos aludidos precedentemente (art.3.2.7 ap.1 y 2).

⁶⁴⁴Noguer, A. Borrador... cit., pág.46. Este autor hace referencia atinada a la imposibilidad que la Administración imponga un "pool" de esa índole porque infringiría la "libertad del mercado" por lo cuál, se inclinaría por su "auto-imposición" no sin advertir sus inconvenientes. En cuanto al otro supuesto, manifiesta que la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) tuvo un proyecto relativo a una **Mutua General de la Construcción** que no se concretó porque "...pareció impensable que arquitectos, aparejadores, escayolistas,etc. entraran por la misma puerta y fueran socios de la misma Mutua ..." (también los españoles tenemos nuestra "grandeur").



En el art.1909Cc no se advierten mayores cambios⁶⁴⁵ aunque también se amplía la legitimación pasiva a "los agentes intervinientes en la obra". Sin embargo, se deben destacar los lineamientos trazados respecto de la acción del tercero quién debe dirigirla contra aquéllos "en la forma y con el alcance que establece el artículo 1591 siempre que concurren los supuestos para su aplicación", remisión mucho más precisa que la contenida en su actual redacción.

2) Llei de l'habitatge de Catalunya. 13 de novembre de 1991. (BOEPC 320)

a) Generalidades

Esta Ley postula un verdadero sistema normativo en materia de Vivienda, partiendo de la consagración constitucional del **derecho a una vivienda digna (habitatge digne)** cuyo ejercicio determina una de las inversiones más importantes a lo largo de la vida familiar. Sin perjuicio de que la garantía de este derecho determine su **objetivo y finalidad primordial** también procura **regular y fomentar** las condiciones de dignidad, habitabilidad y adecuación de las viviendas, las medidas de protección para adquirentes o usuarios, las medidas de promoción y su propio régimen disciplinario (art.1). En pos de la consecución de tales fines normativos, se impone a las Administraciones públicas el **deber de velar por la calidad de las viviendas y por las condiciones de acceso a ellas**, especialmente, por familias de escasos recursos.

Dentro de su marco normativo, se formula una noción de **vivienda** bastante flexible, al considerar como tal:

"1)... Toda construcción fija destinada a ser residencia de personas físicas, o utilizada como tal, con independencia de que allí se desarrollen otros usos. Los **elementos complementarios** de la construcción forman parte de la vivienda. 2) La **condición de vivienda** ha de quedar amparada por una **Cédula de habitabilidad**, otorgada de acuerdo con las prescripciones de esta ley"(art.2).

⁶⁴⁵El art.1909 proyectado reza: "Si el daño que tratan los artículos anteriores resultare por vicio de suelo o defecto de construcción, el tercero que lo sufra solo podrá dirigir su acción contra los agentes intervinientes en la obra, en la forma y con el alcance que establece el artículo 1591 siempre que concurren los supuestos para su aplicación"



b) Emplazamiento y requisitos constructivos

T.1. El "**emplazamiento de viviendas**" y los "**requisitos para su construcción**" (Tít.1) se regulan como el primer paso tendiente a la concreción de los objetivos propuestos. Desde la primera de ambas perspectivas (Cap.1) y sin perjuicio de aludir a la aplicación de las disposiciones vigentes sobre planeamiento urbanístico, uso del suelo, edificación y concesión de licencias y autorizaciones administrativas, se formulan ciertas pautas sobre los sitios adecuados y los requisitos que debe reunir el suelo para usos residenciales según la planificación urbanística. Asimismo, se prevé que la Administración podrá adoptar -a cargo de los causantes- las medidas adecuadas para impedir o corregir los defectos nocivos, molestos, insalubres o peligrosos que perjudiquen las viviendas, para la ejecución de obras necesarias de infraestructura que mejore las condiciones de habitabilidad o bien, para el cumplimiento de la normativa sobre impacto ambiental (arts.6/8).

Por su parte, el cumplimiento de los "**requisitos de construcción y habitabilidad**" (Cap.2*) permitirá -en buena medida- mejorar la **calidad de vida**. Las **construcciones nuevas** o la **rehabilitación** deben hacerse "en armonía con el entorno natural y urbanístico", de acuerdo con las autorizaciones y licencias necesarias y la normativa aplicable en materia de edificación y previa presentación de la documentación prevista (proyecto de construcción obra; de seguridad, programa de control de calidad y nombramiento de la dirección facultativa) ante el Ayuntamiento (art.9).

En general, los agentes intervinientes en el proceso de construcción deben reunir un mínimo de **condiciones de capacidad y habilitación** previstas reglamentariamente. Por su parte, estará a cargo de los técnicos competentes el proyecto y dirección de la construcción de viviendas, reservándose a los arquitectos la elaboración de proyectos de nueva planta o rehabilitación que comporten una alteración de la "configuración arquitectónica del edificio" según la reglamentación (art.10). Destacado lugar, ocupa el técnico interviniente debido a que está a su cargo **velar** por el cumplimiento de las **exigencias legales de calidad** y debe llevar a cabo los **controles** referentes a la recepción, a la idoneidad de los materiales, a la ejecución, a la seguridad de la obras y a cualquier otra legalmente exigible (art.11).



Esta normativa refuerza la necesidad de garantizar una fórmula ágil para proteger a consumidores y usuarios por "vicios y defectos de construcción".

La **licencia de primera ocupación o utilización** de viviendas (de carácter urbanístico) es otorgada por el Ayuntamiento contra presentación de la documentación técnica de "mantenimiento y conservación de la vivienda" y, acredita el cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia de obra (art.12). La **cédula de habitabilidad o certificado de calificación definitiva** cuyos requisitos serán previstos reglamentariamente, es el elemento indispensable para poder ocupar una vivienda de protección oficial (art.13). Para las autorizaciones e inscripciones, notarios y registradores de la propiedad deben controlar dicha documentación que debe ser testimoniada en las escrituras correspondientes (art.14).

c) La transmisión de viviendas

T.2. El marco normativa previsto para la **Transmisión de la Vivienda** (Tít.2) abarca diversos aspectos:

- 1) Sin perjuicio de la normativa civil aplicable, antes de la enajenación, los promotores-vendedores de obras nuevas y rehabilitaciones deberán ofrecer -a los adquirentes de viviendas-una **garantía suficiente** por reparación de daños y defectos de construcción que será desarrollada reglamentariamente sin perjuicio de poder repetir contra los intervinientes (constructor, técnicos responsables, fabricantes, industriales colaboradores y otros) según las disposiciones legales y las obligaciones contractuales asumidas por los responsables . El testimonio de la **carta de garantía** correspondiente se exige para autorizar e inscribir registralmente la propiedad.(Cap.1).
- 2) La **publicidad, información y oferta** que se realice por cualquier medio así, como la información proporcionada en el marco de una actividad profesional o empresarial (venta, arrendamiento o cualquier tipo de cesión a título oneroso) deberá ajustarse a **principios de veracidad y objetividad** que no induzcan a engaño o confusión. En este sentido, se especifican los alcances de los conceptos "superficie" (art.17) y "oferta económica" (art.18) y se prevén los requisitos exigibles en las "ofertas de venta y arrendamiento" (arts.19 y 20) (Cap.2).



Se sigue así, la más reciente tendencia en materia de **defensa a consumidores y usuarios**⁶⁴⁶, velando por una "**clara información**" en este tipo de negocios (traslativos de la propiedad o relativos al uso de viviendas) mediante la imposición de ciertos requisitos previos sobre la documentación que deben cumplir quienes pretendan acceder a la vivienda.

- 3) Los requisitos previos exigibles para la transferencia de viviendas "**en proyecto o en construcción**" (Cap.3) y para la "**venta y alquiler de viviendas terminadas**" (obra nueva y rehabilitación) (Cap.4).
- 4) La **documentación** exigible por el adquirente al suscribir el contrato de compraventa, en posteriores transmisiones y al formalizar la cesión de uso. El **Libro del edificio** se perfila como el **documento básico** para "la identificación de los edificios y el seguimiento de su vida o desenvolvimiento" y comporta el **DET** (Documento de especificaciones técnicas) que proporciona las **pautas para el uso y la conservación** de la vivienda. El **uso de la vivienda** será posible una vez que se cuente con la "**Cédula de habitabilidad**" y con la "**Licencia de primera ocupación o utilización**" antes aludidas (Cap.5).

d) Sujetos intervinientes en el proceso de construcción de viviendas

Esta ley pretende regular todas las etapas **proceso edificador** desde el proyecto hasta la incorporación de las viviendas al tráfico jurídico, determinando quiénes serán los intervinientes, se destaca al **promotor** como su "agente cabal" sin perjuicio de delimitar las funciones del **constructor** e introducir como innovación, la figura los "**colaboradores industriales**".

⁶⁴⁶La Ley General de Defensa a Consumidores y Usuarios (Nº26) de 19 de junio de 1984 hace referencia a la vivienda en sus arts.5.2.j, 10.1.c) y 13.2, en cuanto a materiales de construcción, gastos que pueden repercutir en el comprador y documentos a entregar en la adquisición de viviendas; Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985; **Real Decreto 515/89** de 21 de abril (BOE 117, de 17 de mayo de 1989, pág.14507) sobre "Protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas oficiales de protección pública". Este Decreto surge ante la necesidad de regular en forma sistemática un aspecto de especial trascendencia para el consumidor y usuario "la información que ha de serle suministrada en la adquisición o arrendamiento de una vivienda ..."



La Llei de l'habitatge prevé que -a sus efectos- el **promotor** es toda persona física o jurídica que decide, programa, impulsa su construcción y rehabilitación y suministra las viviendas, ocupándose, ocasionalmente, de su comercialización en el mercado inmobiliario mediante transmisión de dominio o cesión o adjudicación por cualquier título (art.3.1).

La promoción encarada como **actividad profesional** está sujeta -según sus distintos tipos- a ciertos requisitos así como a la inscripción en los registros que fijará la normativa reglamentaria (art.3.2). También es promotor el que promueve para **satisfacer la propia necesidad de vivienda**, individualmente o asociado con otros (art.3.3).

Los requisitos previos (art.3.4) para iniciar la promoción de un edificio de viviendas son:a) Tener derechos suficientes sobre el suelo que faculden a construir;b) Haber obtenido de las distintas administraciones las licencias y autorizaciones necesarias para la edificación de la obra;c) Haber designado a los técnicos competentes para el proyecto y dirección. Finalmente, corresponde al promotor no solo cumplir sino también "hacer cumplir" las obligaciones derivadas de los contratos de obra correspondientes (art.3.5).

Asimismo, el promotor- vendedor otorga a los adquirentes garantía de daños y defectos de construcción cuyos tipos, términos, cantidades y demás requisitos se reservan a la oportuna reglamentación (art.15).

Como **constructor** se entiende cualquier persona física o jurídica, debidamente habilitada que ejecuta o rehabilita de forma integrada la obra, que coordina los trabajos a realizar por los "industrials collaborators" según el proyecto y que acata las órdenes de la dirección facultativa (art.5).

Los "**industrials collaborators**" del constructor son aquéllas personas físicas o jurídicas, debidamente habilitadas que asumen la realización de una **parte específica y detallada del proceso de construcción** también según el proyecto y bajo las órdenes de la dirección técnica y la coordinación del constructor (art.5).



e) **Deberes a cargo del propietario y usuarios**

T.3. Los propietarios y usuarios están obligados a **usar y conservar** (Cap.1) las viviendas según su destino y a **garantizar** el mantenimiento del "nivel de habitabilidad" aunque sujeto a ciertas restricciones. Los dueños de tales inmuebles deben velar por sus "condiciones de seguridad" y asimismo, se impone a su cargo un **seguro obligatorio** cuya cobertura debe abarcar como mínimo los riesgos derivados de **causas fortuitas, fuerza mayor y daños contra terceros**" (art.30). La Administración, por su parte, también debe velar -según sea reglamentado- por el cumplimiento de tales deberes y puede aplicar el régimen disciplinario previsto en defecto de ejecución de las medidas impartidas.

La **rehabilitación** consiste en las **operaciones físicas** tendientes a la **adecuación (o mejora) constructiva funcional** o de **habitabilidad** de edificios (elementos comunes o individuales) destinados predominantemente a uso residencial, preservando también sus valores de interés cultural o histórico- artístico. Las obras de "gran rehabilitación" se equiparan a la promoción de obras de nueva construcción (art.31). Por su parte, también es objeto de regulación la **adaptación** (Cap.3) necesaria de las viviendas para que sean utilizables por personas con movilidad reducida (art.35). En defecto de acuerdo particular, en cualquiera de ambos supuestos entre propietario y usuario, la Administración intervendrá a fin de hacer posible tales supuestos "sin alterar las repercusiones civiles de las inversiones necesarias" (arts.32 y 36).

f) **La Actividad Administrativa de fomento de viviendas**

La Administración pública debe adoptar un papel activo y protagonista en la esfera de la Vivienda para hacer efectivos los objetivos de esta Ley. Por lo tanto, debe **impulsar el sector**, tomar las **medidas necesarias** para hacer efectivo el ejercicio de tal derecho y ocuparse de su **protección** y de las **sanciones** correspondientes.

Tít.4. La adecuada política de **Fomento Público de Vivienda** (Tít.4) debe ser coordinada en los distintos niveles de la Administración. Los dos **regímenes** previstos se denominan: a) de **Promoción Pública del suelo residencial** (arts.41/2) que tiene en cierta forma un carácter



previo porque tiene por objeto la adquisición y preparación del suelo para la ulterior promoción pública de viviendas o para ofrecerlo al mercado inmobiliario como base para la construcción de viviendas por promoción privada, a efectos de "garantizar el equilibrio de los precios de mercado de viviendas y de fomentar su acceso a familias de bajos o medianos ingresos; b) y de **Promoción Pública de Viviendas** (arts.43/8) de "ulterior gestión pública", llevada a cabo por la Administración sin ánimo de lucro, siendo sus modalidades la construcción directa, la adquisición de viviendas usadas o su rehabilitación y operándose su transmisión mediante los regímenes jurídicos de enajenación, arrendamiento y otras formas de cesión de uso de las viviendas oportunamente establecidas.

g) Régimen disciplinario

El régimen disciplinario previsto tipifica los distintos supuestos de vulneración de sus prescripciones legales (requisitos de construcción, de venta y arrendamiento, de publicidad, de habitabilidad y uso, de promoción pública de viviendas, entre otras) y establece las reglas para la calificación de las infracciones para proteger la legalidad y para sancionar los responsables (Tít.5). Existe graduación de las faltas o infracciones y de las sanciones correspondientes (multas), en materia de "**construcción de viviendas**", pueden calificarse como **muy graves** (art.57): la vulneración de las normas de habitabilidad y normas técnicas sobre construcción y edificación, instalaciones, materiales, productos, aislamientos y protección contra incendios y demás normas técnicas de cumplimiento obligatorio y la omisión de los controles de calidad preceptivos y, **graves** (art.58), el incumplimiento de los requisitos previos para poder iniciar las obras de construcción.

h) Comentarios sobre la Llei de l'habitatge de Catalunya

Una de las razones que contribuyeron a la sanción de esta Ley, fue la necesidad de resolver los graves problemas que en materia de "aluminosis" comenzaron a evidenciarse en numerosos edificios, determinando prácticamente, su inutilización (ruina funcional) y la aplicación -dentro del plazo decenal- de la Responsabilidad por ruina prevista por el art.1591 en mérito a los peligros que podrían derivarse de su uso.



El fundamento básico de esta normativa es asegurar que el **derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada** sea realmente efectivo y correctamente tutelado en el ámbito territorial de Cataluña. La sanción de esta Ley, contribuye de algún modo a concretar las pautas que la propia Constitución española, en su artículo 47, pone a cargo de los poderes públicos los cuáles deben "promover las condiciones necesarias" y "establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación" (art.47 CE). Tales pautas constitucionales no están dirigidas excluyentemente a los poderes centrales sino también a los autonómicos y locales ya que tanto en este área como en las relativas a medio ambiente y consumo todos contribuyen en su gestión y tutela.

Sin embargo, se ha cuestionado la competencia de la Comunidad Autónoma catalana para legislar sobre seguros obligatorios, en virtud del rango legal requerido a tales efectos habida cuenta de que se ha considerado de las atribuciones reservadas por la Constitución española (arts.148 CE) al Gobierno Central y que se enmarca dentro del contexto normativo del art.75 de la Ley N°50/80 de Contrato de Seguro. Tal circunstancia, ha resultado un factor determinante en la paralización de la reglamentación que permitiera desarrollar dicha Ley.

El derecho a la vivienda está amparado por dos vías claramente distinguibles: a) Por el Derecho civil, mediante las normas individualistas, tendientes a amparar el patrimonio particular a través de distintos remedios (v.gr. acción resarcitoria) y b) Por el Derecho administrativo que se ocupa de la tutela de los intereses de la comunidad a través de normas preventivas o sancionadoras cuyo amplio alcance ha sido reiteradamente reconocido por la Jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo.

Sobre las cuestiones de responsabilidad decenal por ruina de edificios muy poco puede hacerse desde la perspectiva autonómica a través de la Ley aludida ya que la revisión de la normativa aplicable a las cuestiones de nuestro tiempo, pertenece al dominio del Derecho civil y del Poder Central. Por lo tanto, desde esta esfera, seguramente, podrían abordarse tales cuestiones mediante el tratamiento del mismo objeto legislativo o de la ordenación en materia de edificación. Sobre esta última, a través de reiterados proyectos de distinta procedencia, se ha intentado forjar proyectos que si bien no han recibido sanción legislativa, abordaron -de diversas



maneras- la adecuación normativa sobre la responsabilidad por ruina (modificación del art. 1591: determinación y distribución de la responsabilidad de los intervinientes, seguro obligatorio, etc.).

Aunque a nivel autonómico, se destaca la importancia que representa la incorporación normativa en derecho español de ciertos conceptos y criterios que si bien eran de aplicación práctica -jurisprudencial y doctrinaria-, no habían sido recogidos legalmente con los mismos alcances.

La figura del "Promotor" se regula con mayor detenimiento y se precisan sus alcances, además de establecer la previa constitución de una "garantía de daños y defectos de construcción" frente a los adquirentes. Sin embargo, esta medida se complementa con el reconocimiento expreso de la posibilidad de repetir contra algunas figuras intermedias -ajenas al contrato de obra- como los técnicos responsables, fabricantes, industriales colaboradores "según las disposiciones legales y las obligaciones contractuales".

Del mismo modo, entiendo que también se amplía el espectro de quiénes están considerados como **"intervenientes en el proceso de construcción"** mediante la creación de esa última categoría denominada "industrials colaborador" (realizadores de una **parte específica y detallada del proceso de construcción**) (art.5). En este sentido, se advierte una clara aproximación al derecho francés aún cuando sea a nivel administrativo, ya que según el "régimen disciplinario" de la Ley catalana, "en materia de construcción y rehabilitación de viviendas", se determinan como **"responsables"** (por acción u omisión) a los promotores, propietarios, constructores, **fabricantes de materiales, comercializadores, instaladores, industriales**, facultativos y técnicos que intervengan en tales procesos y "cada uno en el ámbito de su intervención".

La aplicación de las sanciones administrativas no obstará a que se haga efectiva la responsabilidad de índole penal o civil en que se haya incurrido ni a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados ni a la restitución de la situación de salubridad, seguridad e higiene de la vivienda (art.72.b).



3) La Legislación en materia de Viviendas de Protección Oficial:

- a) Este régimen normativo⁶⁴⁷ se aplica a la regulación relativa a construcción, uso, conservación y aprovechamiento (art.1) de las "Viviendas de Protección Oficial" que comprende viviendas, locales de negocio, edificaciones, instalaciones y servicios complementarios y obras de urbanización (arts.2 L.; 2 y 7 RVPO) durante cincuenta años desde la calificación definitiva (art.100 RVPO) y que estén comprendidas en un Plan Nacional de la Vivienda y en los programas de actuación que se construyan según proyecto que reúna los requisitos legales y reglamentarios aprobado por el Instituto Nacional de la Vivienda (INV) (art.2).
- b) A los efectos de la construcción de este tipo de Viviendas, podrán ser promotores:a) los particulares (individualmente o agrupados) que construyan viviendas para sí, o bien para arrendarlas o venderlas;b) las Sociedades o Empresas constructoras que construyan a éstos últimos efectos;c) los Ayuntamientos, Mancomunidades, Diputaciones provinciales, Cabildos Insulares mediante el procedimiento para prestación de servicios;d) los Patronatos provinciales o municipales constituidos con el objeto exclusivo de construir viviendas para sus funcionarios, personal en general y sus familias o causahabientes;e) la Delegación Nacional de Sindicatos a través de la Obra Sindical del Hogar y de Arquitectura;f) los Ministerios y Organismos oficiales y del Movimiento por sí mismos o mediante Patronatos (idem,d);g) el Instituto Nacional de Colonización y h) el Social de la Marina;i) las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana;j) las Corporaciones y Colegios profesionales respecto de empleados e integrantes del cuerpo;k) las Cooperativas de vivienda para sus asociados, las Mutualidades y Montepíos libre;l) las entidades benéficas de construcción;m) las Cajas de Ahorro;n) las empresas industriales, agrícolas y comerciales que estando o no obligadas por reglamento construyen alojamiento para su personal;o) las Diócesis y Parroquias para sacerdotes o auxiliares;p) Los Gobiernos Generales de Ifni, Sahara y Región Ecuatorial Española y q) los que por Decreto puedan ser incorporados a esta relación (art.6). Estos deberán cumplir una serie de requisitos -según su categoría y a,b,i,j,k,m y n, especialmente- a efectos de proceder con su cometido (arts.22/31 RVPO).

⁶⁴⁷Decreto 2114/68 de 24 de julio, de aprobación del Reglamento para la aplicación de la Ley sobre la Vivienda de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decreto 2131/1963, de 24 de julio y 3964/64 de 3 de diciembre.



En defecto de iniciativa por parte de los promotores mencionados, se prevé un **Régimen Especial** (arts.7 L y 32 y ssgtes.RVPO) mediante el cuál previa aprobación ministerial y por razones de índole social, el I.N.V. podrá encargar a cualquiera de las Entidades Oficiales antes mencionadas que se ocupen de la construcción de viviendas bajo el aludido Régimen, acordándoles a tal efecto una financiación especial (art.7).

- c) En cuanto a la caracterización del I.N.V. y a su modo operativo cabe decir que se trata de un organismo autónomo de la Administración del Estado dependiente del Ministerio correspondiente a la Vivienda, que **posee patrimonio propio** con el que puede adquirir, vender, arrendar, permutar, ceder gratuita u onerosamente y administrar sus bienes (art.31 RVPO). Por sí o a través de los órganos urbanísticos ministeriales, puede adquirir y constituir reservas de terreno para garantizar la urbanización de conformidad con la Legislación del Suelo y la disponibilidad (adquirir- enajenar) de solares y parcelas destinados a la construcción de Viviendas sujetas a este Régimen (art.3e) RVPO). Sin embargo, los bienes así adquiridos tanto para urbanización y utilización inmediata como para reserva de suelo (art.10 RPVO), **no se considerarán incorporados al patrimonio inmobiliario inmovilizado** ni aún cuando sean utilizados para la construcción de viviendas cedidas en arrendamiento de forma transitoria (art.14 RVPO).

Asimismo, para la ejecución de **proyectos de construcción** de Viviendas que tenga **encomendada** este organismo o que éste **haya encargado** a cualquiera de los promotores oficiales (Régimen especial: arts.7 L y 32 y ssgtes.RVPO) podrá ser utilizado para la adquisición de bienes y derechos, el procedimiento de expropiación forzosa (art.13 RVPO).

Las obras podrán llevarse a cabo en **solares y terrenos del I.N.V.** previa **enajenación** (art.15 RVPO) por **subasta** excepto en los siguientes supuestos en que tendrá lugar **directamente**: 1.- Para la construcción de Viviendas (RVPO) del rubro por Patronatos Oficiales de Vivienda (Ministeriales, Municipales y Provinciales), Corporaciones locales, Organizaciones Sindicales (e), Cooperativas de vivienda (k), entidades benéficas de construcción (l), empresas que construyan con destino a su personal (n y m), propietarios expropiados en el mismo polígono, Instituto Social de Marina (h) y 2.- Para la construcción



obras destinadas a viviendas de maestros y sacerdotes o bien, a servicios, instalaciones y edificios complementarios comprendidos en los Planes Nacionales de Vivienda por cualquiera de los promotores mencionados (art.22 RVPO) y siempre que su utilización sea sin fines de lucro.

Los **adjudicatarios** de esos solares o parcelas están sujetos a ciertas obligaciones entre las cuáles figura **respetar el plazo establecido por I.N.V.** para la terminación de la obra que no excederá de **cuatro años** a partir de la calificación provisional o de la aprobación del proyecto (art.19. 5 RVPO).

- d) Por otra parte, se consideran **comprendidas dentro de la denominación** de Viviendas de Protección Oficial, las ampliaciones horizontales u verticales de edificios existentes, siempre que constituyan por sí una o más viviendas al igual que los alojamientos **construidos por encargo del INV** para remediar necesidades apremiantes de carácter social (art.3 RVPO).
- e) Las **obras de construcción** de estas Viviendas podrán ser **ejecutadas directamente o contratadas libremente** por los **promotores** (RVPO art.22 incisos:a) y b) respecto de cualquier clase o categoría de vivienda o beneficios; inc.f) organismos autónomos estatales cuyo objeto directo sea la construcción de viviendas que no estén incluidas en sus patrimonios inmovilizados; y en los restantes, si los promotores no pidieron subvención ni ayuda.) (art.89 RVPO). Fuera de tales supuestos las obras se adjudicarán por **subasta, concurso/subasta o concurso** según la normativa por la que se rijan tales promotores y en su defecto por la Ley de Contratos del Estado (28-12-63)⁶⁴⁸. Sin embargo, en general, será necesaria la **autorización previa del I.N.V. para la adjudicación definitiva** mientras que algunos casos, será suficiente con darle conocimiento de tal circunstancias (art.22 inc.f), g), h) y p) RVPO).
- f) La construcción de estas Viviendas puede emprenderse con **subvención y/o otras ayudas del I.N.V.** o **sin ellas** (arts.3 L. y 6 RVPO), quedando normativamente establecidos sus **usos y**

⁶⁴⁸Ley de Contratos del Estado de 26 de diciembre de 1963; Legislación complementaria Decreto N°3354/ 67 de 18 de diciembre de 1967.



utilizaciones (art.26 RVPO) y requisitos para su ocupación. Así, podrán destinarse a uso propio, arrendamiento, venta al contado o con precio aplazado (total o parcialmente; en bloque o separadamente por vivienda), acceso diferido a la propiedad y cesión gratuita en propiedad o en uso (arts.26 L. y 101 RVPO). En ningún caso, podrán ser **ocupadas** antes de la obtención de la **cédula de calificación definitiva** y previo **aseguramiento contra incendio** aunque se prevé como excepción por razones de urgencia, la previa ocupación autorizada por el Director del I.N.V.

g) La **calificación definitiva** deberá pedirse por el promotor dentro de los treinta días de terminadas las obras comprendidas en el proyecto aprobado por calificación provisional, presentando la documentación prevista que permita demostrar que la obra se ajusta a lo establecido para lo cuál también se llevarán a cabo las inspecciones correspondientes a tal efecto por el I.N.V. (arts.97/8 RVPO). En la primer ocupación, las viviendas calificadas definitivamente no requerirán "cédula de habilitación" aunque sí en las que tengan lugar con posterioridad (art.103 RVPO).

h) Las garantías especiales previstas son de distinto alcance:

1. Si en el transcurso de **cinco años** a partir de tal calificación, se **manifiestan vicios o defectos de construcción** que hicieran necesaria su reparación, ésta se impondrá al **promotor** o a **costa de este** (art.111.2 RVPO).

Los **promotores no oficiales** (art.22 cit.) están sujetos a la contratación de un "**seguro bastante**" por el lapso que se establezca y que "**no será superior al de cinco años desde la calificación definitiva**" a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones aludidas ante el I.N.V. (art.111.3). Se dejan expresamente a salvo las garantías en favor del propietario y sucesivos adquirentes por saneamiento de vicios o defectos ocultos de la cosa vendida (art.1484 Cc) y por responsabilidad decenal (arts.1591, 1909Cc) (art.111.3).



2. Otra garantía que pesa sobre los promotores (art.22 a), b), i)/ 1) RVPO) consiste en la **obligación de asegurar o avalar bancariamente** las sumas que pudieran percibir luego de la calificación provisional como **anticipos** de la parte no aplazada del precio de las ventas subvencionadas (art.127 RVPO) o el precio total de las restantes a efectos de su devolución a los compradores o adquirentes en caso de incumplimiento de lo expresamente previsto (art.114 RVPO).

i) Por otra parte, se prevé un Régimen sancionatorio de las conductas infractoras del Régimen de Viviendas de Protección Oficial. En la temática que nos concierne, resulta de interés destacar que constituye **infracción muy grave** (art.153, c) 6 RVPO), la conducta **negligente de promotores, constructores y demás profesionales** intervinientes en el proyecto o construcción de tales viviendas, determinante de **vicios o defectos que afecten la edificación** en la medida en que se manifiesten en el quinquenio de garantía antes aludido. En tal supuesto, se aplicarán a los infractores **severas multas** y además, si la conducta fuera **culpable** o la obra se ejecutara con violación manifiesta de las ordenanzas técnicas y normas constructivas, les será aplicable (art.155.c) RVPO) **inhabilitación temporal de dos a diez años** para intervenir en la elaboración de proyectos o en la construcción de viviendas protegidas en calidad de promotores, técnicos, constructores y encargado de obras.

Sin perjuicio de las sanciones mencionadas también podrá imponerse a los infractores, las **obligaciones de reintegrar a los adquirentes**, arrendatarios o beneficiarios de las viviendas las cantidades indebidamente percibidas y **de realizar las obras de reparación y conservación necesarias para acomodar la edificación** al proyecto aprobado y a las ordenanzas técnicas y normas constructivas que sean aplicables. Finalmente, se consagra la **solidaridad** de los infractores tanto respecto de tales obligaciones como de las multas y demás sanciones precedentemente mencionadas (art.155 in fine RVPO).

j) Obligaciones impuestas a los propietario. El régimen se completa con las obligaciones puestas a cargo de los propietarios quienes bajo el control del I.N.V. deben ocuparse no solo de mantenerlas en buen estado de conservación sino además de su policía e higiene, pudiendo realizar las obras que juzgue necesarias a su cargo (arts.167/8 RVPO) sin perjuicio de poder solicitar el reintegro de los desembolsos correspondientes a las reparaciones de daños dolosos o negligentes de los ocupantes, inquilinos o personas con quienes convivan (art.111 RVPO).



4. Pólizas decenales. Comparación de Cláusulas relativas al objeto y extensión de cobertura

JURISPRUDENCIA

Cuadro de Jurisprudencia por materias, por fechas y por páginas.

* * * * *