

# Monográficos Jurídicos

Noviembre 2006

## Tratamiento jurisprudencial de la fase final del proceso constructivo: entrega y recepción de la obra

### ÍNDICE

I. Introducción	2	V. La liquidación y pago del precio de la obra	15
II. La fase final del proceso de edificación desde el punto de vista de los Tribunales	3	<i>a) Nacimiento de la obligación</i>	15
III. La entrega de la obra	4	<i>b) Suspensión del pago del precio</i>	15
<i>a) Diferencias entre la entrega y la recepción de la obra.</i>	5	VI. Tratamiento procesal a la responsabilidad solidaria de la LOE y otras cuestiones procesales	17
<i>b) La mora en la entrega de la obra</i>	5	<i>a) Responsabilidad solidaria</i>	18
IV. La recepción de obra	6	<i>Inoponibilidad de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.</i>	19
<i>a) Clases de recepción</i>	7	<i>Interpretación jurisprudencial de la Disposición Adicional Séptima de la LOE</i>	20
<i>b) Trato jurisprudencial dispensado por los Tribunales a la recepción tácita de obra</i>	8	<i>b) Legitimación activa de las comunidades de propietarios</i>	21
<i>c) Trato jurisprudencial dispensado por los Tribunales al sistema de doble recepción de obra</i>	10	<i>c) Inaplicabilidad por el TS del art. 1.903 CC a la relación comitente-contratista</i>	23
<i>Garantía convencional</i>	11	VII. Conclusión	24
<i>Ausencia de acta de recepción</i>	12	<i>a) La autonomía de la voluntad de las partes contratantes</i>	24
<i>No señalamiento de deficiencias por el promotor</i>	13	<i>b) Avances legislativos</i>	25
<i>Traspaso de responsabilidad del constructor al promotor</i>	14		

## I. Introducción

---

Cumplidos más de seis años desde la entrada en vigor de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), si bien se ha intentado concretar en un solo texto legal la regulación existente sobre la actividad de la edificación, aún queda mucho camino por recorrer en la ansiada búsqueda del complejo consenso entre los distintos operadores del sector inmobiliario y de la construcción.

Hasta la promulgación de la LOE fue imperiosa la necesidad de una normativa que esclareciera y determinara debidamente el régimen de responsabilidad en el sector de la construcción y en particular, en los diferentes estadios del proceso de edificación ante la insuficiente regulación existente en nuestro ordenamiento.

El artículo 1.591 de nuestro Código civil (en adelante Cc) únicamente hace referencia a la responsabilidad de dos agentes de la construcción -constructor y arquitecto- pero no a la del promotor o de cualquier otro agente interviniente en el proceso de edificación.

Dicho artículo establece como criterio de responsabilidad el de distribución según las funciones propias de cada uno de los agentes de la construcción -centrándose fundamentalmente en la figura del contratista de la obra-, no precisa la terminología utilizada (por ejemplo, el término "ruina"), y establece, sin más, un único plazo general de responsabilidad de diez (10) años.

Esta laguna e insuficiencia legal desembocó en una intensa labor de exégesis e integración de la normativa existente por parte de nuestros tribunales, con objeto de adaptarla a las necesidades de la sociedad, en particular a la hora de declarar responsables a los agentes que no mencionaba la ley.

Pues bien, la promulgación de la LOE ha recogido en buena medida toda esa doctrina jurisprudencia al objeto, tal como señala su excelente Exposición de Motivos, de *"regular el proceso de la edificación actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías de los usuarios, en base a una definición de los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios"*.

Pieza clave dentro de ese sistema delimitador de responsabilidades será sin duda el **momento de la recepción de la obra**, dada su evidente relevancia en cuanto al inicio de los plazos de responsabilidad y de prescripción que establece la propia ley.

Sin embargo, esta aparente cobertura legal abarcadora de situaciones no contempladas por la regulación anterior a la LOE, no ha sido suficiente para evitar que continúen planteándose en la práctica, determinadas situaciones que siguen requiriendo la labor interpretadora que realizan los tribunales de justicia.

En particular, son múltiples las dudas que plantea la fase final del proceso de edificación, es decir los actos de entrega, recepción y aprobación de la obra; al ser dicha fase, el momento en que se produce el traspaso de responsabilidad entre los agentes que han intervenido en la construcción del edificio.

Por ello, centraremos nuestra atención en el análisis práctico de la respuesta que viene ofreciendo la jurisprudencia a los conflictos más habituales que se planean en esa fase final del proceso.

## II. La fase final del proceso de edificación desde el punto de vista de los Tribunales.

Es requisito previo necesario para el correcto desenvolvimiento del proceso de edificación en todas sus fases, la perfecta definición de los requisitos básicos y de los controles que deben existir en cada una de ellas, así como la necesidad de delimitar la actuación de cada uno de los agentes que intervienen en el proceso, de sus obligaciones y responsabilidades.

Sin embargo, es en el último momento del proceso constructivo, esto es, en la fase de finalización de la obra, donde se agravan los conflictos entre los diferentes agentes intervinientes en el proceso edificador, en concreto en cuanto a la delimitación y concreción del régimen de responsabilidades aplicable.

Esta fase final integra fundamentalmente cuatro etapas diferenciadas: la terminación propiamente dicha, la entrega, la recepción y la liquidación de la obra. Su aparente simplicidad deriva del hecho de que, al menos a priori, todo el mundo coincide en que *“una obra está terminada o finalizada cuando está en condiciones de ser habitada y ocupada inmediatamente”*.

Según GARCIA CONESA la finalización de la obra es como *“aquel momento en el tiempo del proceso de ejecución material, en el que se puede afirmar que se ha dado cumplimiento a todos los requisitos físicos y técnicos exigidos en los planos y proyectos, de modo y manera que hagan que la obra sea útil y servible para el fin conforme al cual la encargó el comitente. En su defecto, en función a los usos comerciales o mercantiles”*.

A su vez la legislación aplicable, en particular el artículo 6 de la LOE, indica que la terminación de la obra queda acreditada con el Certificado Final de Obra que deberá estar suscrito por el Técnico director de obra, y visado por los respectivos Colegios Oficiales.

En el mismo sentido, se ha pronunciado reiteradamente nuestra jurisprudencia (vid. por todas **Sentencia del Tribunal Supremo de 30-11-87**), que establece que, con la terminación de la obra, se genera para el constructor una obligación de puesta en conocimiento del promotor, y es el punto de partida para que pueda llevarse a cabo la entrega y la recepción de la misma.

En fin, podríamos afirmar que la terminación de la obra constituye el *“punto de partida de la última fase del proceso constructivo”*, en el que destaca en especial la función que desempeñan dos agentes fundamentales en el proceso edificador: **el constructor y el promotor de la obra.**

Desde el punto de vista del promotor, la terminación de la obra es una condición indispensable para que pueda ser puesta a su disposición y recibida, y para que, si no adolece de defectos de construcción graves sino de simples imperfecciones, se entienda que el constructor ha cumplido con su obligación principal de resultado, siendo ésta la realización de la obra encargada.

Asimismo, la finalización de la obra elimina la posibilidad de que el promotor ejercite la acción de desistimiento unilateral prevista en el artículo 1.594 Cc, para cuyo ejercicio es necesario que la obra se haya iniciado o se encuentre en curso de ejecución.

Desde el punto de vista del constructor, la terminación de la obra representa no sólo el cumplimiento de su obligación principal, sino también una obligación de poner en conocimiento del promotor que la obra ya está terminada, y de conservarla hasta que sea entregada y recibida por el promotor, salvo que éste se constituya en mora, lo que podría ser causa de indemnización de daños y perjuicios **(Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 5-3-99, 21-11-94, y 23-3-92).**

Según demuestra la práctica de nuestros Tribunales, no son pocas las situaciones que se vienen planteando en ese estadio del proceso y que desembocan en demanda judicial.

Dicho lo anterior, procederemos a analizar los problemas más habituales que se vienen planteando en los actos de entrega y recepción de obra, y las soluciones dispensadas por nuestros tribunales a los conflictos planteados.

### **III. La entrega de obra.**

---

Se trata de la última obligación del constructor en la fase final de cumplimiento del contrato de obra, y por ende del proceso edificador.

La entrega de la obra esta íntimamente relacionada con su recepción por el promotor y, salvo pacto expreso en contrario, lo habitual es que se produzca en el plazo que media entre su terminación y la recepción, es decir, con anterioridad a ésta última.

Pero cuando las partes contratantes convienen una dualidad de recepciones de obra, la entrega se entiende producida en el momento en que la obra es recibida provisionalmente por el promotor, abriéndose un plazo de garantía convencional hasta la recepción definitiva de la misma al objeto de poder comprobar el estado real de la obra, apreciar la calidad de los materiales y la solidez y estabilidad de lo construido.

Ha sido incesante la polémica doctrinal sobre la determinación de los efectos jurídicos que produce la entrega de la obra.

Pues bien, lo que es indiscutible es que la entrega de la obra sólo implica su puesta a disposición del promotor, y que desencadena:

- El traspaso de los riesgos por pérdida fortuita desde el constructor al promotor.
- La exigibilidad del pago del precio.
- Y la transmisión de la propiedad de lo construido al promotor.

No obstante, no se puede hablar todavía de conformidad con la obra.

#### **a) Diferencias entre la entrega y la recepción de la obra**

Existe una asentada doctrina jurisprudencial que diferencia la entrega, de la recepción de la obra. Considera que finalizada la obra el contratista debe entregarla al comitente, y que junto a la entrega material, ha de recepcionarse la obra aprobándose si se entiende correctamente ejecutada, de suerte que no cabe confundir la entrega con la recepción y/o aprobación de obra.

Asimismo ha declarado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones que es con la recepción, y no con la mera entrega de la obra, cuando el promotor manifiesta su conformidad con la misma por estimar que se adecua a lo convenido en el contrato y a las reglas del arte de la construcción; cuando se extinguen frente al constructor las acciones por vicios de la cosa o defectuoso cumplimiento de contrato, y se procede a liquidar la obra al objeto de determinar su precio.

En este sentido, es muy ilustrativa la reciente **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 14 -12- 05**, que remite a otra **Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 8-9-03**, y determina que es en el acto de la entrega y recepción de obra donde se concentran las posibilidades de constatar y reclamar por todos aquellos vicios y defectos que fueren detectados (**Sentencia del Tribunal Supremo 21-12-81**), por lo que si el comitente o promotor que pudiendo rechazar la obra por vicios o defectos apreciables y aparentes no lo hiciera, sino que la recibiera y entrara en uso de ella, no podría luego resistirse al pago del precio en su totalidad.

#### **b) La mora en la entrega de la obra**

En otro orden de cosas, en múltiples ocasiones, se ha interesado la intervención de nuestros tribunales a fin de resolver los supuestos de mora del constructor en la entrega de la obra.

Pues bien, es unánime la doctrina jurisprudencial que impone el pago de una indemnización por los perjuicios derivados del retraso en la entrega de la vivienda comprada.

Entre otras, traer a colación la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 16-6-05** o la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 1-7-05** que con relación a un supuesto en el que el constructor alega como motivo de la no conclusión y retraso en la entrega de una obra una decisión de la confederación hidrográfica ajena a su voluntad, la Sala considera que ésta no es razón suficiente que justifique el retraso en la entrega de la obra, que considera voluntario; y que, por tanto, su incumplimiento no es excusable.

La Sala expresamente hace referencia al artículo 1.101 del Código civil que obliga a la indemnización de daños y perjuicios a quien en el cumplimiento de su obligaciones incurra en dolo, negligencia o morosidad, y al art. 1.105 del mismo cuerpo legal que exonera de la misma en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, esto es, cuando el incumplimiento sea debido a una circunstancia imprevista o prevista pero inevitable; por lo que tal exoneración operaría en el caso de que, tras la celebración del negocio o relación contractual, aconteciera un suceso que no era por entonces conocido ni previsible, o aún previsto resultara inevitable.

En efecto, en la referida Sentencia la Sala declara que:

*“...partiendo de la base de que resulta obligado y consustancial a la profesión de constructor que antes de abordar un proyecto de ejecución debe tener conocimiento de la situación legal y urbanística de la zona y demás circunstancias que puedan incidir en los trabajos a realizar, de la documental obrante en autos se infiere claramente que la construcción del nuevo colector, así como la zona afectada, ya era pública y conocida con anterioridad a la firma del contrato entre las partes ahora en litigio, y la prueba de ello la tenemos en que el 27-12-99 se firmó el acta de comprobación del replanteo para la ejecución de las obras del proyecto del colector en cuestión; pero es que, además, en el B.O.E. se había anunciado el levantamiento de las actas previas a la ocupación de bienes y derechos afectados por las obras del proyecto de construcción del colector, el 8-01-99 se anunció en el referido Boletín el concurso público para la adjudicación de las obras y que se hizo pública el 11-01-00.*

*Estos datos resultan claramente significativos de que cuando menos la empresa no podía ignorar la existencia de la circunstancia impeditiva que alega, pero es que además tampoco consta que hubiera iniciado las obras ni tan siquiera cuando se produjo dicho hecho obstativo. No debió, pues, formalizar el contrato y crear una expectativa de cumplimiento que no podía acontecer; más aún, tampoco consta de modo fehaciente que en momento alguno hubiese puesto de manifiesto tal imposibilidad a los demandados, dándoles opción a resolver el contrato, y ello a pesar de que en todo momento estaban cumpliendo con los pagos fraccionados a que se habían obligado”.*

#### **IV. La recepción de obra.**

La recepción es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste.

Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra, o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes.

Por su parte la jurisprudencia ha precisado además que en caso de consignar en el acta de recepción que la recepción de las obras se hace con reservas, se han de especificar las mismas y han de ser objetivas. La referenciada **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 14-12-05** así lo establece:

*“... el Promotor ha de consignar en el acta si recibe la obra **con o sin reservas, especificando éstas, debiendo ser las mismas objetivas, con lo que se excluye toda interpretación personal o subjetiva**”*

Por otro lado, la Sala declara de conformidad con lo dispuesto en la LOE que, salvo pacto expreso en contrario, la recepción de la obra tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su terminación, plazo que se contará a partir de la notificación por escrito efectuada por el constructor al promotor.

Y en el caso que coincida constructor con promotor, el arquitecto podrá notificar al mismo la terminación de forma fehaciente para iniciar el cómputo de los treinta (30) días citados, mientras que la recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos los treinta (30) días desde la fecha indicada, el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito.

La recepción deberá consignarse en un Acta firmada, al menos y obligatoriamente por el promotor y el constructor de la obra (aunque también pueden aparecer las firmas del director de la obra y/o del director de ejecución); debiendo constar en la misma, entre otros, los siguientes extremos: partes que intervienen, fecha del Certificado Final, coste final de la ejecución material de la obra y, si es el caso, declaración de reservas en la recepción adjuntando el Certificado Final de obra.

Y por fin, es a partir de la fecha en que se suscribe el acta de recepción y se comunica al promotor sin manifestación en contra por su parte; o desde que se entiende tácitamente producida la recepción de la obra transcurridos los treinta (30) días indicados desde la fecha del certificado final de obra, cuando han de comenzar a computarse los plazos de responsabilidad y de garantía establecidos en la ley por los vicios o defectos de construcción.

Sin embargo, esta clara delimitación de los estadios de la fase de recepción de obra, de los plazos u obligaciones del promotor y del constructor en su condición de sujetos indispensables en la misma, es sólo aparente si tenemos en cuenta los conflictos que se vienen planteando en el momento de la recepción de obra. No hay más que atender a la diversidad de vicios o defectos que puede sufrir cualquier obra y que pueden ser aparentes u ocultos, anteriores, posteriores o simultáneos a la recepción, y que pueden ocasionar ruina o no.

#### **a) Clases de recepción**

En la LOE se contemplan cuatro modalidades de recepción, que la jurisprudencia anterior a su promulgación ya reconocía. Son las siguientes:

**1.- Total o parcial:** Según afecte a la totalidad de la obra, que es la regla general, o a una parte de la misma.

El Código civil en su artículo 1.592 regula implícitamente la recepción parcial en relación con las obras por piezas o medida, mientras que la LOE la contempla con independencia de la modalidad elegida, siempre que existan fases completas y terminadas de la obra susceptibles de verificación independiente.

**2.- Expresa o tácita:** Es expresa cuando existe una declaración de voluntad del comitente, oral o escrita, aprobando la obra realizada por el constructor.

En la LOE la recepción como regla general ha de ser expresa y formal, y sólo será tácita cuando se deduzca de hechos o actos realizados por el comitente que impliquen inequívocamente la aceptación de la obra realizada.

3.- Provisional o definitiva: La recepción definitiva es aquella que se produce una vez que la obra esta completamente terminada, comenzando a computarse desde ese momento los plazos de garantía por vicios o defectos de construcción; la provisional es aquella que se produce cuando la obra está terminada, pero se establece un período de garantía convencional que tiene por objeto asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones del constructor.

#### **b) Trato jurisprudencial dispensado por los Tribunales a la recepción tácita.**

Los Tribunales consideran como actos inequívocamente reveladores de recepción tácita, a título meramente enunciativo que no exhaustivo, los que siguen:

- El pago del precio sin reserva.
- La toma de posesión sin reserva, esto es, la ocupación y disfrute sin reservas (**Sentencia del Tribunal Supremo 5-7-96**)
- La utilización de la obra sin protesta alguna, a salvo los supuestos de recepción provisional de la obra.
- La demora injustificada del comitente en comunicar al constructor el resultado de la verificación de la obra, a pesar de haber sido requerido para ello.
- El transcurso del plazo de garantía, desde la recepción provisional, sin protesta por el promotor.
- El acuerdo liquidatorio del valor de la obra y su pago (**Sentencia del Tribunal Supremo 29-11-91**), o la firma de la Liquidación de Cierre Final de Obra con la entrega de llaves y establecimiento de la forma de pago.

Si bien, por un lado, es incuestionable desde el punto de vista jurisprudencial la obligación legal de las partes intervinientes (el promotor y el constructor) de otorgar el acta de recepción, incluso al margen de cualquier consideración sobre la razonabilidad o virtualidad de las "reservas" que pueda hacer valer el promotor, se admite no obstante la posibilidad de que concurran terceros, normalmente técnicos intervinientes en el proceso constructivo y que, según declaran los Tribunales, ayudan a la redacción del acta.

Por otro lado, la Jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que la recepción se produzca de forma tácita cuando por el comitente de la obra se produzca un comportamiento relevante al efecto, que implique una confirmación de la situación.

De forma que, una vez recibida tácitamente la obra, lo único que el promotor puede hacer es reclamar específicamente por los vicios o defectos constructivos que pueda acreditar imputables a la constructora y aparecidos o evidenciados tras la recepción de la obra al amparo de las garantías legales y contractuales pactadas.

En efecto, entenderlo de otro modo, según nuestros Tribunales, supondría dejar indeterminado el tiempo de duración del contrato de obra, subvirtiendo o alterando el régimen legal y contractual de garantías, al negarse a formalizar una entrega y recepción realmente producidas.

Por tanto, es doctrina jurisprudencial consolidada en relación con la recepción tácita de una obra que (vid. Sentencia de la Audiencia Provincial Almería de fecha 25-1-05) que:

- La no existencia de un acta de recepción con todos los requisitos que establece el artículo 6 de la LOE, no es óbice para su admisión.
- Es precisamente el referido artículo 6 de la LOE el que contempla la posibilidad de que la recepción pueda hacerse tácitamente, considerando que si transcurre un mes desde que se recibe la obra, y el promotor no efectúa manifestación alguna de la deficiente o mala ejecución de la misma, se entiende que de forma tácita la acepta como válida.
- Si la obra es rechazada debe hacerse por el promotor de forma motivada y por escrito.

En este sentido, traer a colación la esclarecedora **Sentencia de la Audiencia Provincial Pontevedra de fecha 14-12-05** en la que la Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la LOE, declaró exenta a una constructora del cumplimiento de la obligación de suscribir el acta de recepción de la obra con reservas cuyo cumplimiento demandaba la promotora, porque con anterioridad había existido una recepción tácita de la obra, y por tanto ya había sido aceptada.

Sin embargo, la propia Sala precisó qué había de tenerse en cuenta que en estas situaciones:

1.- El promotor puede ejercitar las acciones que le correspondan por vicios o incumplimientos vía contractual, y/o a terceros adquirentes por los daños que se deriven al amparo de lo dispuesto en los artículos 1101, 1544 y ss., 1591 del Código civil.

2.- Al promotor se le presentan dos alternativas:

- Efectuar reservas ciñéndolas, en todo caso, al incumplimiento contractual, tales como volumen, número de pisos, locales, distribución de plantas, plazas, precio, cláusulas resolutorias pactadas, penalizaciones por retrasos y semejantes.
- No recibir la obra, bien porque no esté debidamente terminada según lo pactado, bien porque lo realizado no se adapte ni cumpla con las condiciones estipuladas, habiendo incurrido el constructor en un incumplimiento relevante que autorizaría a exigir al amparo del artículo 1.124 del Código civil su debido cumplimiento o el resarcimiento de daños y perjuicios, debiendo tratarse de un rechazo, motivado primero y detallado después, de las causas que puedan justificar su rechazo.

En ambos casos, cabría la posibilidad de fijar un nuevo plazo para la corrección de las causas que motivaron la reserva o el rechazo y determinar una nueva fecha de recepción, o bien acudir a la vía jurisdiccional o arbitral para dirimir la situación.

### **c) Trato jurisprudencial dispensado por los Tribunales al sistema de doble recepción de obra.**

El denominado sistema de doble recepción a pesar de no haber sido regulado por la LOE, como tampoco lo fue en su momento por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es, sin embargo, el que en la práctica las partes vienen utilizando con más frecuencia sobre la base de los principios de la autonomía de voluntad y libertad de pactos que rigen en la contratación civil.

Este sistema es comprensivo de:

- Una primera recepción provisional
- Seguida de un plazo de garantía o de verificación (normalmente de un año)
- Y una segunda recepción definitiva, tras el periodo de garantía y si la obra es hallada conforme por el receptor.

El constructor adquiere, sin duda, gran protagonismo en el momento de la recepción provisional de obra. Como ha declarado en múltiples ocasiones la jurisprudencia, la regla general es que sea el constructor la persona obligada a reparar los defectos aparentes que se denuncien por el promotor en el momento de la recepción, y los que se manifiesten durante el periodo de garantía convenido que separa ambas recepciones.

Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo al considerar que, la recepción provisional no libera al contratista de su responsabilidad respecto de los defectos que pudieran manifestarse hasta la recepción definitiva (Sentencia del Tribunal Supremo 14-2-93), y que sólo la recepción definitiva produce ese efecto liberatorio (Sentencia del Tribunal Supremo 16-11-94) en cuanto los defectos o vicios apreciables a simple vista o aparentes, no de los ocultos, (Sentencia del Tribunal Supremo 10-5-89 y 30-4-93). Todo ello, sin perjuicio de los demás derechos y acciones que al comitente de la obra le pudieran corresponder, como por ejemplo, la acción por ruina.

Por otro lado, hay autores que afirman que el simple hecho de que las partes convengan una dualidad de recepciones, significa que el promotor se reserva el derecho a examinar la obra durante el plazo de garantía, y que podrá hacer efectiva, en cualquier caso, la responsabilidad del constructor por cualquier clase de vicios que se presenten (incluidos los vicios aparentes no susceptibles de ruina aun sin denunciar).

Sin duda, es una materia no exenta de polémica. Como regla general, hemos de referir no obstante que existe una consolidada jurisprudencia que considera que es en el momento de la recepción definitiva, y no el de la provisional, cuando:

- El constructor se libera de responsabilidad respecto al promotor (pero no respecto a futuros adquirentes)

- Comienzan a computarse los plazos legales de responsabilidad
- Debe abonarse el precio de la obra.
- Debe procederse a su entrega salvo que se haya entregado con anterioridad.
- Y en caso que la recepción definitiva de la obra se haga sin reservas, se libera al constructor de las consecuencias de la mora (**Sentencia del Tribunal Supremo de 5-2-85**)

Procederemos a continuación a analizar algunas de las cuestiones mas conflictivas que han derivado en conflictos jurisdiccionales, y la doctrina jurisprudencial que se ha consolidado al respecto.

➤ **Garantía convencional.**

Como viene reconociendo nuestra jurisprudencia, con la recepción provisional de la obra, se abre un periodo de garantía estipulado por las partes al objeto de que el promotor reclame los defectos que apereciba en la misma.

En efecto, la **Audiencia Provincial Madrid en sentencia de fecha 22-2-05**, declara con rotundidad que:

*“En el referido periodo de garantía convencional el promotor o comitente verifica la obra hasta el momento de la recepción definitiva, y no tiene otra finalidad que la de asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones del constructor, puesto que hasta la recepción definitiva de la obra, el constructor será el responsable de aquellos vicios o defectos que aparezcan o se detecten”.*

Sin embargo, dicha verificación del promotor impide que, una vez recepcionada la misma definitivamente, pueda accionar posteriormente contra el constructor ejercitando una acción de responsabilidad contractual por defectos que pudo y debió denunciar en el referido periodo de garantía.

En este sentido, la indicada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid resuelve un supuesto en que las partes pactan que, tras la recepción provisional de la obra, existe un plazo de un año de garantía hasta la recepción definitiva por los vicios o defectos que aparezcan en la obra, y la Sala declara que no puede exigirse responsabilidad contractual si en el plazo de garantía no se efectúa reclamación alguna, y sin embargo, justo en la fecha en la que se cumple tal plazo, se interpone una demanda judicial en reclamación de los daños.

Determina que, fue en dicho lapso temporal de garantía, cuando el promotor pudo poner de manifiesto los vicios o defectos que pudieran haber aparecido, y que en caso de su no reparación, se debería haber levantado un acta negativa de recepción; por lo que, se desestimó la posibilidad de accionar contra la constructora por vicios ruinógenos decenales al amparo del artículo 1.591 Cc, o por los incumplimientos contractuales al amparo del artículo 1.124 Cc ya que, de conformidad con el artículo 1.281 Cc, aun estaban vigentes las cláusulas del contrato de ejecución relativas a las garantías establecidas a favor de los adquirentes, y en consecuencia, los defectos deberían haberse subsanado de acuerdo con lo establecido en el contrato.

Pues bien, la Sala entiende que lo procedente hubiera sido que, previo a ese incumplimiento contractual del art. 1.124 del Código civil, la propiedad/promotora hubiera reclamado a la constructora los vicios y desperfectos que eran de mera terminación, teniendo como base la garantía otorgada en su propio contrato de ejecución antes mencionado.

En definitiva, los tribunales vuelven a constatar la relevancia de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de obra, y la posibilidad de convenir una dualidad de recepciones con las consecuencias que este sistema conlleva a efectos de responsabilidad.

➤ **Ausencia de acta de recepción.**

También se vienen planteando en los Tribunales, supuestos en los que el conflicto entre las partes deriva del no levantamiento del acta de recepción provisional o definitiva.

Existe una asentada doctrina jurisprudencial que otorga un adecuado encuadramiento y respuesta a dicha cuestión, y que considera que el no levantamiento del acta de recepción, ni provisional ni definitiva, no elimina la posibilidad de que la recepción definitiva pueda entenderse producida, pues admite la posibilidad de que aquella se produzca en forma tácita cuando por parte del comitente de la obra exista un comportamiento concluyente, es decir, cuando el agente sea plenamente conocedor de que su comportamiento presupone la confirmación de una relación jurídica por ejecución.

Según el Tribunal Supremo, y a título meramente enunciativo, son comportamientos concluyentes:

- La aceptación de la obra sin reservas ni rechazo alguno (**Sentencia del Tribunal Supremo 22-3-97**).
- La ocupación y disfrute de la obra, también, sin reservas (**Sentencia del Tribunal Supremo 5-7-96**).
- El acuerdo de liquidación de su valor y pago (**Sentencia del Tribunal Supremo 29-11-91**).

Ahora bien, también se ha puntualizado, que esta doctrina es válida para el supuesto de vicios aparentes, visibles y existentes al momento de la recepción definitiva, no para los que se manifiesten después de ese momento.

En este sentido hacer referencia a una **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 8-6-04** que resuelve, en concreto, un supuesto en que el conflicto derivó del no levantamiento del acta de recepción, ni provisional, ni definitiva y la consecuente confusión generada entre las partes sobre la fecha de la recepción provisional de la obra, y que confirma el criterio expuesto.

En este sentido, la Sala declaró que el no levantamiento del acta no fue relevante a la hora de decidir sobre la responsabilidad del constructor por el retraso en la ejecución que le imputaba el promotor, ya que la recepción de la obra se realizó por este último sin reservas, esto es, no solo se procedió a la ocupación de la obra, sino que además, durante la ejecución de la misma, no se hizo por la propiedad protesta en tal sentido, como tampoco se hizo después de concluida y entregada la obra.

➤ **No señalamiento de deficiencias por el promotor.**

Como hemos adelantado, según nuestra jurisprudencia, el hecho de que en la recepción provisional de la obra no se especifiquen determinadas deficiencias, no significa que no puedan señalarse con posterioridad si se constata su existencia.

En efecto, la **Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona de fecha 10-3-03** declara que la recepción provisional no libera al contratista de cualquier responsabilidad derivada de hechos u omisiones que no se hagan constar en ella, siempre que, eso sí, quede debidamente acreditada la existencia de tales defectos. Considera que:

*“El hecho de que no se especifiquen algunas obras inacabadas, no realizadas, o algunas deficiencias en el acta de recepción provisional no implica el que no puedan hacerse constar con posterioridad si se constata su existencia, atendido precisamente la característica de "provisionalidad" de dicha recepción, que impide que se le conceda a la misma un efecto liberatorio para el contratista de cualquier responsabilidad por hechos u omisiones que no se hagan constar en ella; efectos plenamente liberatorios que, como señala la **Sentencia del Tribunal Supremo de 16-VI-94**, sólo se pueden atribuir a la recepción definitiva.*

*Por otra parte recuerda que existe un período de garantía de las obras, que no se elimina con esa mera **recepción provisional**, destacando también la antes citada sentencia del Tribunal Supremo que literalmente declara que "no puede olvidarse que, como se deduce de una lógica interpretación del artículo 1.599, en relación con el 1.157 del Código civil, la obra ha de entregarse "terminada", puesto que, según recuerda la **Sentencia de 7-IV-70**, no puede condenarse al pago de obras no realizadas, por ser ello contrario a la normativa contractual en este ámbito y a las normas aplicables a la contratación en general".*

En definitiva, la jurisprudencia tiene unánimemente reconocido que, para no recepcionar provisionalmente la obra, las deficiencias han de ser sustanciales y relevantes, entendiéndose por:

- Reparaciones no sustanciales, las de reparación, pulido y abrillantado de pavimentos o limpieza de la obra.
- Reparaciones relevantes que impiden la recepción provisional, la de "acabar las conexiones de cada planta con el antiguo edificio y acabar el vestíbulo de una planta", la de "acabar instalaciones, especialmente ascensores, electricidad y acondicionamiento, incluyendo su puesta en funcionamiento".

➤ **Traspaso de responsabilidad del constructor al promotor en el momento de recepción de obra.**

No hay duda de que el traspaso de responsabilidad del constructor al promotor se produce con la recepción de la obra. Sin embargo, esta regla fundamental ha de ser matizada, y así lo viene haciendo la jurisprudencia, tanto desde el punto de vista del constructor que entrega, como del promotor que recibe.

Hay que partir del principio general establecido por el Tribunal Supremo según el cual el constructor responde siempre de aquellos daños cuyas causas le sean imputables; por lo que, si el constructor oculta defectos de obra o actúa con dolo en la recepción, ya sea definitiva o provisional, de la misma, no se libera de responsabilidad.

Sin embargo, como no podía ser de otro modo, es criterio jurisprudencial también consagrado, que lo anterior no significa que el constructor responda indefinidamente y para cualquier caso, aún cuando no haya sido recepcionada definitivamente la obra. Pues como señala la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8-11-82** no cabe la denuncia de faltas imputables al constructor con posterioridad al año de garantía, o la **Sentencia del Tribunal Supremo de 7-10-83** que en el mismo sentido no admite que se exija responsabilidad alguna al constructor transcurrido el plazo de un año de garantía y aun sin haberse practicado la recepción definitiva.

Asimismo el Tribunal Supremo tiene reconocido que (**Sentencias del Tribunal Supremo de 16-6-94, 20-10-89, 5-II-85 y 17-12-64**), si bien la recepción definitiva efectivamente libera de responsabilidad al constructor frente al promotor, sin embargo podrá incurrir en responsabilidad de forma solidaria con los demás agentes intervinientes en la obra respecto o frente a terceros y en relación con los vicios graves, ruínógenos u ocultos que excedan la medida de las imperfecciones corrientes (**Sentencia del Tribunal Supremo de 26-IV-85**).

En definitiva, el constructor se libera totalmente de responsabilidad frente al promotor con la recepción definitiva de la obra, aunque no frente a terceros, y sin perjuicio de los defectos no denunciados en el momento de la recepción provisional de obra.

Así lo reconoce **la Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid de fecha 28-1-04** que equipara el término provisional con el de reserva, interinidad, condicionalidad, prevención o cautela de algo que se pueda descubrir o aparecer, y declara con rotundidad que la recepción provisional no produce para el constructor los efectos liberatorios que le genera la recepción definitiva. En el mismo sentido las **Sentencias del Tribunal Supremo de 14-10-68, 25-6-70, 20-10-89**.

## V. Liquidación y pago del precio de la obra

El último estadio de la fase final del proceso de edificación es el de liquidación de obra mediante el que se determina el precio que debe abonar el dueño de la obra, una vez que la misma ha sido terminada, entregada y recibida por el promotor que ha de pagar la misma.

Pues bien, es sin duda una etapa que da lugar a múltiples situaciones conflictivas entre las partes, fundamentalmente, en la determinación del momento de pago, y en la cuantificación del precio estipulado en caso de aumentos de obra o de un cumplimiento defectuoso del contrato.

### a) Nacimiento de la obligación de pago del precio.

Según la jurisprudencia, vuelve a preponderar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, aunque establece como principio general que, en cualquier caso, para que surja en el promotor la obligación de pagar el precio, son necesarias:

- La puesta a disposición de la obra al promotor
- La recepción de la obra.

La doctrina del Tribunal Supremo es abundantísima (Vid. por todas **Sentencia del Tribunal Supremo 27-3-91**) a este respecto, y a priori considera que la obligación de pago subsiste en el supuesto que la obra, aunque presente algún defecto subsanable, el mismo no afecte al fin perseguido.

De este modo, la jurisprudencia considera que, por ejemplo, los meros detalles de acabado y la preinstalación de la calefacción u otros pequeños defectos no son obstáculo para que se entienda recibida la obra, si bien con los defectos e inacabados expresados, y sin perjuicio del derecho a la reparación de los desperfectos apreciados que no pueden ser de entidad suficiente para impedir la finalidad pretendida, ni para entender que se haya producido entrega de cosa distinta a la pactada *-aliud pro alio-* justificadora del impago del precio.

### b) Suspensión del pago del precio

Sin embargo también en determinadas ocasiones, el promotor puede suspender su obligación de pago del precio convenido, o no pagar por la obra ejecutada; supuestos en los que se evidencian los conflictos entre las partes.

Pues bien, el criterio seguido por el Tribunal Supremo ( **Sentencia del Tribunal Supremo de 13-V-85**) es claro. Al amparo del principio de la buena fe y de conservación del contrato, considera que la *excepción non rite adimpleti contractus* o de defectuoso cumplimiento está necesariamente condicionada a que el defecto o defectos de la obra sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida, y con la facilidad o dificultad de subsanar la obra hasta el punto de hacerla impropia para satisfacer su finalidad.

Por tanto, de conformidad con esta doctrina, el promotor no podrá alegar la excepción de incumplimiento contractual cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación con lo ejecutado, y su interés quede suficientemente satisfecho con la obra entregada u ofrecida.

Al promotor le quedarán pues, dos alternativas, o bien ejercitar las acciones correctoras precisas, o bien proceder a la consiguiente reducción del precio.

Por otro lado, también se suceden en la práctica las demandas en caso de obras de ampliación o reforma de la obra inicialmente contratada.

En concreto, la **Audiencia Provincial Baleares en sentencia de 25-11-03** resuelve un caso en que el constructor procedió a paralizar la obra ante el impago por parte del promotor de unas obras de reforma, y expresamente declara que:

*“... el incumplimiento de la obligación de pago fue la que determinó legítimamente a la contratista a no continuar la obra, sin que la existencia de meros defectos signifiquen la entrega de cosa distinta que justifique la falta de pago”.*

Asimismo señala que la recepción de la obra puede rechazarse si no se ajusta a las condiciones pactadas, pero sólo en obras de edificación, no en las de rehabilitación o reforma que no tengan tal condición, en cuyo caso el promotor debe abonar el precio de las obras de reforma acometidas por el constructor de la obra.

Por su parte la promotora, en el caso analizado, alega la falta de acción para reclamar la parte del precio de la obra por cuanto la misma no fue terminada por el constructor, dejando de cumplir todas y cada una de sus obligaciones contractuales y legales, faltando la recepción de la obra que regula el artículo 6 de la LOE y con infracción por inaplicación del artículo 1.599, en relación con el 1.100 del Código civil.

La Sala, frente a estas alegaciones de la promotora, hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular, a la **Sentencia de 14-12-01** que establece que habiendo ejecutado el contratista demandante obras por importe muy superior a las cantidades pagadas a cuenta, y habiendo sido las demandadas las que primero incumplieron al dejar de pagar, a él no se le puede reprochar ningún incumplimiento contractual que determine su obligación de pagar lo abonado por las demandadas a otra empresa para continuar la obra, o el precio de las obras pendientes de ejecutar.

Declara que no hay ningún precepto que imponga al contratista la obligación de terminar las obras pese a su impago cuando, como en el caso debatido, ha mediado un aumento de obra libremente pactado y el sistema de pago acordado entre las partes consistía en la entrega de cantidades a cuenta a medida que la obra iba avanzando.

Por tanto, ya se aplique la jurisprudencia sobre el artículo 1.124 del Código civil relativa a la inviabilidad de la pretensión indemnizatoria de quien incumplió antes que la otra parte, ya se considere que lo sucedido entre las partes fue equivalente a una extinción del contrato por mutuo disenso, lo indiscutible es, de un lado, que quienes encargaron la obra venían obligados a pagar la parte ejecutada en su provecho por el contratista y, de otro, que si no medió incumplimiento imputable al contratista, éste no tenía por qué pagar el coste de finalización de la obra, siquiera sea por la elemental razón de que, ante el impago de cantidades pendientes por obras ya ejecutadas, no tenía obligación de continuar hasta la terminación de la obra ( Sentencia del Tribunal Supremo de 4-VII-88).

## **V. Tratamiento procesal otorgado por los Tribunales al principio de responsabilidad solidaria establecido por la LOE y otras cuestiones procesales.**

Con carácter previo conviene precisar que existen dos tipos de acciones a ejercitar por los posibles perjudicados en un proceso de edificación, las reguladas por la LOE, y las derivadas del contrato de obra.

Pues bien, unas y otras no son incompatibles entre si al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 LOE que establece que la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación regulada en dicha ley, se establece sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, extracontractuales y de las acciones que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos.

Desde el punto de vista del comprador-adquirente, es evidente que se pueden ejercitar las acciones previstas en la LOE en la forma y plazos en ella señalados para obtener de los distintos agentes de la edificación la reparación de los daños materiales ocasionados en el edificio por los defectos constructivos de los que adolezca, y siempre que dichos daños se hayan manifestado dentro de los respectivos plazos de garantía establecidos en la ley (uno, tres y diez años según el tipo de defecto constructivo de que se trate).

Además no sólo los daños han de manifestarse en los indicados plazos de garantía, sino que las acciones previstas en la LOE tienen un plazo de prescripción de dos años desde el momento en que se hubiesen manifestado los daños.

Por tanto, aún cuando el comprador no esté unido con los diversos agentes mediante una relación contractual, sí que podrá ejercitar acciones contra todos ellos de acuerdo con el principio de responsabilidad solidaria consagrado en la ley, reclamándoles su responsabilidad por los daños materiales producidos por los vicios y defectos constructivos que sean debidos tanto por hechos propios, como de las personas de las que deba responder, sin perjuicio de que también pueda dirigirse contra la compañía aseguradora con la que el promotor hubiera concertado el seguro decenal obligatorio.

Consecuentemente, quien resulte individualmente demandado por ejercitarse contra él las acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de edificación previstas en la LOE, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

En consonancia con lo anterior, en Cataluña la ley 24/1991 de 29 de noviembre de la Vivienda, en su artículo 15 establece la obligación del promotor, en su calidad de vendedor de la vivienda, de otorgar una garantía suficiente a favor de los adquirentes, y al objeto de cubrir la reparación de los defectos de la construcción y de los daños que se derivaran directamente sobre la vivienda.

### **a) Responsabilidad Solidaria**

En efecto, la finalización del proceso de edificación no implica la exención de responsabilidad de los diferentes agentes intervinientes en dicho proceso en el ámbito de la responsabilidad civil por vicios o defectos de construcción, criterio seguido también antes de la LOE a partir de una abundante jurisprudencia emanada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo a lo largo de los años, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.591 del Código civil que establecía y establece la llamada responsabilidad decenal por defectos o vicios de la edificación causantes de ruina.

Este plazo decenal, según el criterio generalizado de la doctrina científica y de la jurisprudencia, se contaba desde la recepción de la obra, no admitía interrupciones ni suspensión, y en el mismo se debía poner de manifiesto el vicio ruinógeno para poder reclamar, teniéndose que ejercitar la acción de reclamación en el plazo de diez años contados a partir de la aparición de la ruina.

Del mismo modo, la entrega de una obra con defectos constructivos era, al amparo del Código civil, y es, tras la promulgación de la LOE, un hecho que constituye el incumplimiento de la previa obligación de idoneidad de la cosa que se ha construido, y que permite al adquirente ejercitar las acciones derivadas del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida (arts. 1.484 y siguientes del Código civil).

Este criterio es el que sigue la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16-9-99**. La Sala en el caso debatido estima que la responsabilidad del promotor:

*“... deriva de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que al margen de la responsabilidad decenal del art. 1.591 del Código civil, corresponde a la promotora demandada aquella otra por el incumplimiento de sus obligaciones que como vendedora le corresponden”; al igual que en las de 7- X-99 y 4-II-97 (Sección 3ª); en la de 7-IV-04 ...”*

Respecto a la posible responsabilidad solidaria de los diferentes agentes intervinientes en el proceso edificador, la regla jurisprudencial elaborada durante estos últimos años admite la posible condena solidaria de todos los intervinientes en la construcción según la LOE, pero exige que:

- No se pueda individualizar la causa de los daños.

- Exista concurrencia de culpas, es decir, cuando no se pueda determinar a quién debe imputarse esta causa, o en qué medida participan los distintos implicados en la causación del estado de ruina real o funcional.

No obstante, el tratamiento procesal de dicha solidaridad es complejo, no ha estado exento de polémica, y se ve agravado por la circunstancia de que, como la propia LOE admite, y ya hemos adelantado, el propio sujeto individualmente demandado (normalmente el promotor de la obra) en lugar de ejercitar una acción de repetición contra los agentes que crea que no cumplieron con sus funciones, puede incluirlos en el pleito, dilatando el procedimiento en curso.

- **Inoponibilidad de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.**

En efecto, hasta la LOE (y con posterioridad a la misma con más razón, como veremos), ha sido perfectamente posible demandar sólo a alguno o algunos de los implicados en el proceso constructivo, sin que quepa oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, acogiendo los tribunales a la regla de la solidaridad impropia, que tiene dos funciones específicas como expresamente declara la esclarecedora **Sentencia de la Audiencia Provincial Baleares de fecha 19-IV-05:**

*“a) Una, material, por la que se determina la corresponsabilidad de varios sujetos en un vicio ruinógeno, y la posibilidad del demandante de dirigirse ejecutivamente contra cada uno de ellos.*

*b) Otra, procesal, en cuya aplicación el agente o agentes efectivamente demandados no pueden oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse traído a la litis al resto de los agentes intervinientes en el proceso constructivo”.*

Éste es el criterio seguido mayoritariamente por el Tribunal Supremo, incluso con anterioridad a la promulgación de la LOE, que venía señalando que la solidaridad de los responsables de los vicios ruinógenos en la edificación, caso de no ser posible determinar la causa de los vicios o defectos y consiguientemente no poder deslindar las distintas responsabilidades, determina que procesalmente no quepa estimar el litisconsorcio pasivo necesario, por impedirlo el artículo. 1.144 Cc.

De este modo la **Sentencia del Tribunal Supremo de 20-11-98** establece que:

*“el instituto de la solidaridad, cuando sea procedente por inconcreción de autorías de reprobabilidad, perfectamente **ampara la posibilidad de ejercitar la acción contra cualquiera de los agentes que hubieran intervenido en la ejecución de la obra”.***

En el mismo sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 29-5-97** y la **Sentencia del Tribunal Supremo de 21-2-98** en la que, habiéndose demandado sólo al constructor, y no al arquitecto y aparejador, se ha constituido correctamente la relación jurídico-procesal:

*“en el bien entendido sentido de que si luego, en el desarrollo del proceso, quedaba probado que los alegados defectos ruínógenos no eran debidos a los alegados vicios de construcción, ello conduciría a la ineludible desestimación de la demanda (...) sin que la sentencia correspondiente hubiera de afectar, en ningún caso, a quien no había sido parte en el proceso, que es lo que trata de evitar la institución del litisconsorcio pasivo necesario”.*

Asimismo la **Sentencia del Tribunal Supremo de 22-3-99**, en cuya argumentación se pone de manifiesto que la solidaridad ha pasado a ser la norma general, pues dice:

*“La institución del litisconsorcio pasivo necesario no opera en las responsabilidades derivadas de la construcción de edificios a que se refiere el art. 1.591 del Código civil, pues no es precisa la llamada al proceso de todos los intervinientes en el hacer constructivo, dado el principio de responsabilidad solidaria, por no poderse concretar y depurar las diversas conductas y actividades concurrentes”*

Con posterioridad a la LOE, la doctrina del Tribunal Supremo no ha variado ni parece que vaya a variar en el futuro, habida cuenta de que en su artículo 17.3 LOE se mantiene el principio de solidaridad cuando no se puedan individualizar las distintas responsabilidades, y de que la imposibilidad de tal singularización es un hecho en la mayoría de los casos, máxime cuando la exigencia de litisconsorcio pasivo necesario suele privar al damnificado de la posibilidad de litigar, dada la gran cantidad de agentes que intervienen en el proceso y el principio de imputación de costas conforme al vencimiento objetivo.

De lo contrario, tiene declarado el Tribunal Supremo, sería irrealizable el objetivo de la LOE, expuesto en su Exposición de Motivos, de dotar de garantías a los adquirentes.

Por tanto, la jurisprudencia post-LOE no ha modificado en modo alguno los rasgos de la doctrina clásica de la solidaridad impropia (basta citar las **Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 23-12-99 y 5-11-01**).

A estos efectos, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 14 deja abierta la posibilidad de que el demandado pueda llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, siempre que la Ley lo permita, y esta oportunidad ha sido aprovechada por la LOE en su Disposición Adicional Séptima.

- **Interpretación jurisprudencial de la Disposición Adicional Séptima de la LOE**

Por último haremos una breve alusión a la clara interpretación que la jurisprudencia ha efectuado de la referida Disposición.

Entiende que, en realidad, esta Disposición lo que permite es ganar tiempo, y dilucidar en un único proceso quién es el responsable de los daños y su importe; superándose así la problemática planteada en torno al instituto del litisconsorcio pasivo necesario en los temas atinentes al proceso constructivo que hemos analizado en el apartado anterior.

Según la jurisprudencia, se establece un mecanismo legal y específico que permite al promotor (u otro agente demandado) pedir que la demanda se notifique a aquel de los demás agentes intervinientes que considere verdadero responsable, y así, de este modo, averiguar en un único proceso quiénes son los responsables del daño y la parte de la que cada uno de ellos debe responder; dejando en manos del Juez competente la llamada al proceso solicitada por el promotor o agente primeramente demandado; esto es, no es preceptiva la llamada al proceso del agente cuya presencia fue solicitada por el primer demandado.

Así lo reconoce la ya referida sentencia de la Audiencia Provincial Baleares de fecha 19 -IV-05, al entender que:

*“Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente ley, **podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro y otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.***

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

Por tanto, con la delimitación de responsabilidades que establece la LOE en relación con la propia Disposición Adicional Séptima de la misma, lo que parece querer el legislador es que el perjudicado demande a quien considere responsable, y si el demandado considera que es otro el responsable, lo traiga a pleito por la vía permitida por la citada Disposición Adicional.

En definitiva, estamos ante la intervención provocada de un tercero, instituto tradicionalmente recogido por nuestra jurisprudencia y actualmente regulado de forma más precisa y completa en el artículo 14 de la nueva ley procesal, en el que el tercero, aunque disponga de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes, no ostenta la condición de demandado, y por consiguiente, no cabe que el fallo de la sentencia contenga ningún pronunciamiento, ni condenatorio ni absolutorio dirigido contra él, lo cual no significa que esta sentencia no pueda tener ninguna consecuencia frente a dicho tercero, pues es obvio que, en virtud de esa intervención procesal que le ha permitido defender sus propios intereses como parte, debe quedar vinculado por las declaraciones que en ella se hagan, y no podrán ser discutidas en un posterior y eventual proceso.

Y es precisamente en este sentido en el que -al margen de su vigencia actual- la jurisprudencia entiende e interpreta la expresión contenida en la Disposición Adicional Séptima de la LOE de que la sentencia que se dicte “será oponible y ejecutable” frente a aquellos otros agentes de la construcción, llamados al proceso, en el supuesto que no comparecieren.

#### **b) Legitimidad activa de las comunidades de propietarios.**

Son habituales las demandas interpuestas por las comunidades de propietarios ejercitando varias acciones, entre ellas, la de responsabilidad decenal por desperfectos que a priori se creen ruinógenos.

En estos supuestos se plantea la cuestión fundamental de si una comunidad de propietarios puede dirigirse contra los agentes intervinientes en el proceso de edificación a pesar de no tener una relación contractual con los mismos.

La jurisprudencia considera, en principio, que las acciones de resolución y responsabilidad contractual sólo pueden plantearse respecto de quienes fueron parte en el contrato de adquisición. Por ejemplo, en un contrato de compraventa de un inmueble, la comunidad podría dirigirse contra la promotora en su condición de vendedora al ser quien contrató con la constructora y con los distintos oficios la realización y el buen término de las viviendas ante sus compradores, y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera tener dicha promotora contra los intervinientes a los que considere responsables de los daños. Lo que no podría hacer, sería dirigir su acción contra la constructora, el arquitecto y el aparejador puesto que no suscribieron el referido contrato.

Éste es el criterio seguido por la **Audiencia Provincial Madrid en su Sentencia de fecha 8-7-05** que trata precisamente de un supuesto en el que una comunidad de propietarios ejercita una acción de resolución por incumplimiento de los contratos de compraventa firmados, de responsabilidad decenal, y la directa contra el asegurador.

La Sala, en lo que se refiere al fondo, resuelve que las acciones ejercitadas son las del artículo 1.101 Cc de incumplimiento contractual, la del artículo 1.591 Cc de vicios decenales, la del artículo 1.124 Cc de resolución por incumplimiento, la del artículo 1.902 Cc de responsabilidad extracontractual, y la del artículo 76 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro.

Pues bien, de conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta resuelve que, respecto a la acción del artículo 1.124 Cc:

*“... las peticiones que conllevaría esta acción no son las adecuadas, porque los demandantes en ningún momento han pretendido la resolución contractual del contrato de compraventa, ni han pretendido el cumplimiento del contrato, ya que lo que se pedía no era la reparación de los daños, sino la valoración económica de los mismos, siendo la indemnización en realidad una forma de cumplimiento sustitutivo en caso de no ser realizada la obligación de hacer. **En todo caso podría tan solo accionarse contra quienes fueron parte en el contrato de compraventa, y ésta no es otra que la Promotora demandada.**”*

En relación con la acción del artículo 1.101 Cc, del mismo modo establece que sólo se puede ejercitar contra los que fueron partes en el contrato:

*“Con esta acción se pueden reclamar esos incumplimientos contractuales, o los daños que se hayan podido producir por el cumplimiento contractual debido a una falta de diligencia en el cumplimiento del mismo, pero **como es obvio únicamente se puede accionar con quienes fueron parte en el contrato.** Los demandantes, Comunidad de Propietarios y comuneros, como compradores de las viviendas tan solo intervinieron en el contrato de compraventa con la Promotora demandada, pero no existe contrato con los arquitectos y arquitectos técnicos ni con la constructora”*

En definitiva, sólo cabe que el tercero adquirente de la obra de que se trate se dirija contra los agentes intervinientes en el proceso de edificación, tan solo cuando se ejercite la acción por vicios ruinógenos.

Por todo lo expresado, podemos concluir en relación con la valoración de los desperfectos, que no se consideran ruinógenos, por ejemplo, cuando se trate de meros defectos de acabados o incumplimiento de lo ofrecido por la vendedora, pues es ésta la que debe indemnizar a los demandantes en concepto de valoración de los incumplimientos contractuales habidos por defectos de acabados.

Lo que parece incuestionable es que, a pesar de la solidaridad consagrada en la LOE, actualmente, el promotor de la obra, si bien no es el único responsable, sí que puede considerarse el garante incondicional de la edificación en todo caso (vid. la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11-6-94**).

**c) Inaplicabilidad por el Tribunal Supremo del artículo 1.903 del Código civil a la relación existente entre comitente y contratista por no existir relación de dependencia entre ellos.**

El Tribunal Supremo se ha inclinado reiteradamente por la inaplicabilidad del referido precepto 1.903 Cc en la relación comitente-contratista respecto de la responsabilidad del comitente en el contrato de obra por los daños que ocasione el contratista, directamente o por medio de sus empleados.

Han sido numerosas las ocasiones en que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión para acabar negando la aplicabilidad del referido artículo, por cuanto la autonomía del contratista en su organización y medios, y la asunción de sus propios riesgos, no engendra relación de subordinación y dependencia alguna con el comitente (esencia y fundamento del art. 1.903 Cc).

Sin embargo, reconoce que dicha exoneración tiene una excepción que acostumbra a darse cuando quien contrata es un empresario o profesional que se dedica precisamente a ese tráfico, esto es, cuando el comitente se hubiese reservado la vigilancia o participación en los trabajos del contratista (**Sentencias del Tribunal Supremo de 18-6-79, 5-7-79, 31-10-84, 12-11-86, 8-2-89, etc**), lo que no ocurre cuando se trata de contratos celebrados con particulares que no tienen como dedicación la promoción inmobiliaria.

Por tanto, como reconoce expresamente la reciente **sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona de fecha 23-11-05** el promotor sólo responde al amparo del artículo 1.903 Cc si se hubiera reservado facultades de vigilancia e inspección de los trabajos del constructor.

## VI. Conclusión

---

### a) La autonomía de la voluntad de las partes

Tal como hemos expuesto a lo largo de estas páginas, la creciente demanda social de calidad en las edificaciones o la vertiente pública del contrato de obra, por ejemplo, en materia de seguridad de las construcciones, no son, en absoluto, circunstancias que desvirtúen la importancia y el desenvolvimiento del contrato de obra en el ámbito interno.

La autonomía de la voluntad de las partes juega un papel nada despreciable. En realidad, son las partes contratantes las que sin traspasar los límites que marca la ley, han de velar por sus respectivos intereses y prevenir la aparición de eventuales situaciones conflictivas por una imprecisa e insuficiente regulación de su relación.

De este modo, han de observar especial cuidado en el momento de convenir la forma de recepcionar la obra, por ser, no lo olvidemos, el momento determinante de la obligación del constructor de reparar los defectos de obra, y la del promotor de aceptarla con defectos.

Es evidente que, como hemos visto, los vicios de la obra pueden aparecer y ser puestos de manifiesto en cualquier momento, pero desde luego la recepción de la obra es el momento preciso en que se va a discutir si existen esos defectos o no, y en relación con el que las partes han de emplear especial cuidado a la hora de pactar sus respectivas obligaciones.

Por ejemplo, en la fase de recepción de obra no se contempla en ningún momento la participación del arquitecto director o cualquier otro técnico que haya intervenido en la dirección de la obra, lo que no obstante resulta aconsejable que pacten las partes, ya que estos agentes no sólo cumplen funciones de dirección de los trabajos, sino también de control del desarrollo de la obra con el proyecto que la define.

En definitiva, son múltiples los aspectos que las partes han de tener en cuenta en el momento de la negociación y suscripción de un contrato de ejecución de obra, si bien, han de tener especial cuidado en el momento de convenir una recepción provisional de la obra, puesto que, como reiteradamente hemos señalado, su existencia, alcance y contenido depende de su voluntad, no estando contemplada ni por el Código civil, ni por la LOE.

Por tanto, habrá que interpretar la voluntad de los contratantes sobre la base de sus actos y de los términos empleados en el contrato, al objeto de evitar posibles confusiones y de, en su caso, facilitar a los Tribunales la ardua tarea de delimitar la responsabilidad de cada uno de los agentes intervinientes a lo largo del proceso de construcción.

## **b) Últimos avances legislativos.**

Los avances legislativos que se vienen produciendo en nuestro país en el sector de la edificación derivan de la aplicación de la LOE y, como no, de su interpretación por los tribunales. Se trata de regularizar lo que en la práctica ya viene exigiendo, entendiendo, y considerando la jurisprudencia de nuestros tribunales en base a la LOE.

Buena prueba de ello, es el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo que aprueba el Código Técnico de la Edificación por el que se atribuyen algunas funciones concretas a las figuras del director de obra o de ejecución de obra, sin perjuicio de la referida responsabilidad solidaria en que pueden incurrir como agentes intervinientes en el proceso de edificación, y de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la LOE que regulan las obligaciones, supuestos, acciones u omisiones por los que podrían incurrir en responsabilidad estos agentes de la edificación.

En realidad, este Real Decreto no modifica sustancialmente el alcance de la responsabilidad de la dirección facultativa respecto a la calidad, seguridad y habitabilidad de los edificios, respecto a la que ya viene considerando la jurisprudencia en base a la LOE.

En lo que nos interesa, a efectos de responsabilidad de los agentes de la edificación, el cumplimiento del referido Código Técnico de Edificación en los proyectos, es responsabilidad del arquitecto autor del mismo; mientras que el cumplimiento en la ejecución, es responsabilidad del aparejador o arquitecto técnico director de la ejecución.

En definitiva, sin perjuicio de la debida diligencia y prevenciones que han de adoptar las partes contratantes en el momento de concertar el contrato de obra y del buen hacer de los diversos agentes intervinientes en todo proceso edificador, en la actualidad, se hace necesario un adecuado desarrollo normativo de la LOE, que junto a la actuación de nuestros tribunales, vaya delimitando riesgos y estableciendo los debidos controles de las obras en sus diversos estadios.

En efecto, el visado del proyecto por el Colegio correspondiente, y la posterior concesión de la licencia de edificación, no son suficientes como demuestra la praxis, ya que en múltiples ocasiones los tribunales son los que acaban decidiendo en los casos de conflicto si los agentes que han intervenido en un edificación concreta en la que se hayan manifestado patologías constructivas, han cumplido o no con las normativa vigente y cuales serán sus responsabilidades.

Por tanto, al objeto de evitar precisamente la derivación de los conflictos que se planteen a nuestros tribunales, es por lo que consideramos imprescindible un adecuado control en la recepción, en la ejecución, como en el final de la obra; y que, como hemos adelantado, no ha de circunscribirse a la actividad del legislador o de los tribunales, sino que ha de extenderse a las partes contratantes en el momento de la concertación de la obra en cuestión, dado el importante papel que su voluntad juega en ese momento.

## DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

Socio responsable: **Jose Miguel Cortés Fresco**

Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona (1990) y diplomado en Traducción e Interpretación por la Universidad Autónoma de Barcelona (1992). Miembro del Colegio de Abogados de Barcelona (1992). Ha trabajado en diversos despachos e instituciones jurídicas de la Unión Europea interviniendo en todo tipo de operaciones inmobiliarias. En 1996 abre su propio despacho en Barcelona, especializado en derecho procesal civil.



[jmcortes@leymar.com](mailto:jmcortes@leymar.com)

Abogado colaborador: **Noelia Merina Prieto**

Es Licenciada en Derecho (1996) por la Universidad de Córdoba. Ha opositado a la Carrera Judicial y fiscal, y actualmente es miembro del Colegio de Abogados de Barcelona.

Inicia su carrera profesional en Balaguer Morera y Asociados (BM&A), en las Áreas de de Mercantil y Procesal. Especializada en Derecho Procesal.



[nmerina@leymar.com](mailto:nmerina@leymar.com)

## OTRAS ESPECIALIDADES JURÍDICAS

### DEPARTAMENTO LEGAL

Socio responsable: **Jaume Cladellas**

### DEPARTAMENTO URBANISMO

Socia responsable: **Mercè Moreno**

### DEPARTAMENTO FISCAL

Socia responsable: **Lilian Mateu Ruano**

### BARCELONA

Roger de Llúria 86-88, 2º 1ª  
08009 Barcelona  
Telf: +34 93 208 22 50  
Fax: +34 93 459 45 60

[contacto@leymar.com](mailto:contacto@leymar.com)

### MÁLAGA

Angel 1, 3º D  
29008 Málaga  
Telf: +34 657 131 506  
Telf: +34 902 367 428

[www.leymar.com](http://www.leymar.com)