

**JORNADAS MARCO LEGISLATIVO DEL PATRIMONIO
CULTURAL. Madrid, 14 y 15 de febrero de 2023**

**Conferencia Episcopal Española
Secretariado de la Subcomisión Episcopal para
el Patrimonio Cultural**

**La contratación en el ámbito
del patrimonio cultural religioso**

PONENCIA

**CONTRATOS DE OBRA SOBRE BIENES INMUEBLES:
SUJETOS Y GARANTÍAS; INCUMPLIMIENTO Y
CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO**

María Isabel Nevado del Campo

Abogado . C) Porvera 9, 1º Jerez de la Frontera Cádiz

Mail: marisanevado@icabjerez.es Telf 636343409

PREAMBULO

MARCO NORMATIVO

El sector de la edificación, entendido como la aportación de medios humanos y materiales para la creación de un inmueble destinado a servir de espacio para el desarrollo de actividades humanas, es uno de los principales sectores económicos con clara repercusión en la sociedad y en los valores culturales que entraña el patrimonio arquitectónico.

Sin embargo, al margen de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, (derogada por Ley 1 de Julio de 2007, nueva ley del suelo – también derogada por TR ley del suelo de 20 junio 2008 que se derogó por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre que es la actual Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana) carecía de una regulación acorde con su importancia, hasta la publicación de la LEY DE ORDENACION DE LA EDIFICACION DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1999, que entró en vigor el 5 de mayo de 2000 (Esta Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", salvo sus disposiciones adicional quinta, transitoria segunda, derogatoria primera por lo que se refiere a la legislación en materia de expropiación forzosa, derogatoria segunda, y final tercera que entrarán en vigor el día siguiente al de dicha publicación)

Y ello, sin perjuicio de la pervivencia de esta ley con los preceptos anteriores y posteriores, relativos al contrato de obra contenidos en el **Código Civil** y otras leyes complementarias: la **Ley hipotecaria de 1946**, El **RD 1000/2010, de 5 de agosto, sobre Visado Colegial Obligatorio**, el anexo II.3.3 del **RD 314/2006, de 17 de marzo**, por el que se aprueba el **Código Técnico de la Edificación**, el número 3 del art. 50 del **R.D. 1093/1997 de 4 de Julio que aprueba las normas complementarias del Reglamento Hipotecario en materia de actas de naturaleza Urbanística**) o la **Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.**

En este foro, debe hacerse expresa mención a otro tipo de normativa como la Ley 16/1985, de 25 de junio, del **Patrimonio Histórico español**, desarrollado posteriormente a través del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero y en este lugar, a la Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la **Comunidad de Madrid**.

También son de mencionar, los **Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede**, de 3 de enero de 1978 donde, en algunos de ellos, se hace referencia expresa a la protección, conservación, fomento y mantenimiento de los bienes de la Iglesia y el Código de Derecho Canónico de 1983. (Libro IV)

Citados quedan, pero no serán objeto de esta ponencia, por razones de tiempo y contenido de la que nos ocupa.

I.- AMBITO LEGAL EN DERECHO PRIVADO

A- CODIGO CIVIL ESPAÑOL

El Título VI del Código Civil se refiere a los contratos de arrendamientos que pueden tener como objeto, las cosas, obras o servicios. Dedicando concretamente el art. 1544 y los arts. 1588 a 1.600, a los contratos de obras.

Estos preceptos serán **de aplicación** no solo, a las obras de edificación (obras nuevas) que coexisten junto con la ley especial ya citada, sino aquellas obras excluidas de la regulación de la ley de Ordenación de la edificación de 1999, singularmente a las obras de reforma, mejoras, mantenimiento etc. que se concierten entre un particular y una empresa privada (ya sea con forma societaria o empresario personal o profesional) .

-En cuanto a las Administraciones públicas, y organismos o entidades públicas su régimen queda sujeto a la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público-

Y así, por exclusión establecida en el art. 2 de la LOE, no se someten a ella, regulándose por el Código Civil:

1.- En general las obras que **no** tengan por objeto crear una edificación nueva.

2.- Las nuevas edificaciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

3.- Las obras de reformas que no afecten a la su configuración arquitectónica: volumetría, cambio de uso, configuración exterior y estructura.

4.- En cuanto a las edificaciones catalogadas o protegidas (de carácter ambiental o histórico- artístico) se someten al Código civil sólo las acometidas parcialmente en elementos o partes de ellas no protegidas.

Por tanto, en nuestro caso, la mayoría de las reformas en bienes inmuebles catalogados como históricos artísticos de la iglesia quedarán sometidos a la LOE.

B - LEY DE ORDENACION DE LA EDIFICACION

El artículo 2 determina su ámbito de aplicación:

Es de aplicación al “proceso de la edificación”, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado.

La ley atiende a los **USOS** a que se destine el edificio por GRUPOS:

a) Administrativo, sanitario, **religioso**, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

b) Aeronáutico; agropecuario; de energía; hidráulico; minero; ingeniería de telecomunicaciones; del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c) **Todas las demás edificaciones** cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

Tendrán la **consideración de edificación** a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto, las siguientes obras:

a) Obras de edificación de **nueva construcción**, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

b) **Todas las intervenciones sobre los edificios existentes**, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición

general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención **total** en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter **parcial** que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

Se consideran **comprendidas en la edificación** sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio.

II.- CLASES DE OBRAS SOBRE BIENES INMUEBLES

REGIMEN JURIDICO

1.- CONTRATO DE EJECUCION DE OBRAS DE REFORMAS QUE NO AFECTEN A LA CONFIGURACION ARQUITECTONICA Y EDIFICACIONES DE ESCASA ENTIDAD NO DESTINADAS A RESIDENCIA.

Como acabamos de exponer, a este tipo de obra no le es de aplicación la Ley de Ordenación de la Edificación y se regulan sustancialmente por el Código Civil.

A) NATURALEZA DEL CONTRATO DE OBRA

En primer lugar, atendiendo al art. 1544 CC, 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”*

Así queda servida una primera cuestión:

¿Cuándo se considera la prestación como de *obras* y cuando se considera *servicio*?

La primera cuestión jurídica a precisar es, por tanto, si nos hayamos en presencia de un contrato que impone sólo obligaciones mediales o de una relación contractual que **OBLIGA A LA CONSECUCION DE UN RESULTADO** concreto.

El contrato de obra comprende la total terminación y entrega de ésta, y comprende, asimismo como dice el artículo 1258 CC todo aquello

(las consecuencias, dice el texto legal) que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Este resultado de la actividad previsto en el contrato es el elemento (objetivo) que caracteriza y constituye la esencia del contrato de obra.

La importancia de la distinción estriba, en que no limitándose la naturaleza de este contrato a la mera actividad entendida como prestación de servicios, obliga al contratista a conseguir el resultado final y no se considerará el contrato cumplido si no se obtiene el resultado.

B) MODALIDADES:

Existen dos **modalidades** de contrato:

- 1) Contrato por el que el contratista aporte sólo su trabajo
- 2) Contrato por el que el contratista suministre también el material.

C) SUJETOS: PARTES CONTRATANTES.

-El código Civil denomina CONTRATISTA al profesional del ramo de la actividad que se obliga a ejecutar la obra.

-COMITENTE O DUEÑO: A quien la encarga para sí.

Tendrá el carácter de consumidor con aplicación de toda la normativa protectora (salvo los casos en que actúen dos profesionales por ejemplo, edificación de escasa envergadura destinada a la venta)

En este tipo de contrato no concurren otros sujetos a diferencia de los intervinientes en el proceso de edificación.

-SUBCONTRATISTAS: Son aquellos profesionales o empresas que contratan con el contratista principal (y no con el dueño de la obra) la aportación de trabajo y material en una obra ajustada alzadamente por el contratista y el dueño.

Cabe destacar que, frente al dueño, el responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare la obra es el Contratista principal (art. 1.596 CC) e igualmente es importante destacar que el subcontratista no tiene acción para reclamar el pago (de lo que se le adeude por el contratista), contra el dueño de la obra sino por la

cantidad que el dueño adeude al contratista principal cuando hace la reclamación el subcontratista.(art. 1.597 CC).

Por tanto la acción del art. 1597 CC es una acción directa e independiente, del subcontratista frente al dueño y no un supuesto especial de la acción subrogatoria del art. 1111 C.C.. Es una legitimación especial, legalmente prevista en nuestro ordenamiento jurídico (STS nº 300/2008 de 8 de mayo) e impide al dueño pagar lo reclamado por el subcontratista a un tercero.

La acción directa del art. 1597 CC es de carácter solidario y autoriza al subcontratista a dirigirla contra el contratista y dueño, conjunta o aisladamente (SSTS, de 11 de octubre de 2002 y 31 de enero de 2005),

En caso de concurrencia de varios acreedores subcontratistas por razón de la obra realizada, que pudieran hallarse en la misma situación, todos ellos tendrían la misma naturaleza, "gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad", por aplicación analógica del art. 1927.3º CC .

Por último, el hecho de que en el contrato el dueño pactara con la contratista principal la prohibición de subcontratar total o parcialmente la obra, sin su expreso consentimiento, el Tribunal Supremo tiene establecido (STS de 26 de mayo de 1995) que según el artículo 1257 del Código Civil, los contratos sólo producen efectos entre quienes otorgan y sus herederos, lo que implica que, la circunstancia de que la subcontratación no estuviera autorizada por el dueño es inocua el subcontratista , al constituir una cuestión entre las partes que concertaron el contrato de obra, de la que el subcontratista es ajeno.

En todo caso, para que concurra esta acción directa, se requiere que exista un crédito del contratista contra el dueño de la obra, como indica la citada STS 1278/07, de 12 de diciembre precisando esta sentencia que es la cantidad que el dueño deba al contratista lo que forma el contenido de la acción.

Al respecto, resulta relevante la **STS de 31 enero 2002** que indica:

“La solución a este problema parte del fundamento de la acción directa del art. 1597 CC , que, puede ser: razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que "el deudor de mi deudor es también deudor mío"; la solución sigue con el

presupuesto básico que enuncia el propio artículo de que el dueño de la obra o comitente sea deudor del contratista; y la solución termina con la consecuencia de lo anterior: si el comitente no es deudor del contratista no cabe la acción directa y habiéndose extendido esta acción a sucesivos subcontratistas tampoco se da acción directa en el caso de que uno de los contratistas no sea deudor de su subcontratista.

En otras palabras, si hay una cadena de contratos de obra y subcontratos de la misma, desaparece la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena.

Cuando se ejercita la acción directa, no se excluye la reclamación al deudor directo, de modo que la responsabilidad del dueño y del comitente será una responsabilidad solidaria, tal y como ha reconocido la STS de 2 julio 1997

La jurisprudencia del TS ha considerado que en la acción directa se produce una inversión de la carga de la prueba, siendo el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado pues, como indica la STS 1278/07, de 12 de diciembre puede ocurrir que la prueba resulte imposible para el demandante, que no conoce las relaciones entre el comitente y el contratista, de manera que exigir esta prueba podría convertir en ilusoria la acción directa después de haberle sido reconocida al subcontratista.

D) OBJETO

Como indica la STS 726/2010, de 22 de noviembre, el contrato recae sobre una cosa futura toda vez que la parte que se obliga a entregar, previamente tiene que ejecutar una obra y como se trata de una obligación de hacer, es la obtención de un resultado (no una mera actividad) es el hecho determinante del pago.

Por eso, el contratista, antes de la entrega de la obra, asume los riesgos de la prestación comprometida, ya que el contrato se ejecuta a su riesgo y ventura y pierde por tanto el derecho al cobro del precio en caso de destrucción de la obra.

Así el Código civil distingue en los artículos 1589 y 1590 de CC las consecuencias de la pérdida según la modalidad del contrato.

a) – Si se ha obligado a poner su trabajo y el material: debe sufrir la pérdida en caso de destruirse la obra antes de su entrega, salvo si hubiere habido morosidad en recibirla (art. 1589, CC).

b) - Si se obligó a poner sólo su trabajo, no puede reclamar el pago si se destruye antes de la entrega, a no ser que hubiera habido morosidad en recibirla o que la destrucción provenga de la mala calidad de los materiales si advirtió esta circunstancia al dueño de la obra.

Ello es así, porque mientras no opere la entrega, el que encarga la obra, no es dueño de la misma hasta que la recibe, como indica la SAP de Alava nº 416/2000, de 23 de diciembre.

El concepto que expresa el Código de “**destrucción**” ha sido matizado por el Tribunal Supremo por ejemplo en sentencias de 4 de abril de 1.978 y 8 de junio de 1.987 se ha venido repitiendo una y otra vez:

La doctrina que reiteradamente ha venido manteniendo esta Sala para perfilar el “concepto de ruina, abunda en la idea de separarla de una interpretación literal, identificativa con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él a aquellos graves defectos que 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, configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio. Lo que significa que la ruina funcional configura una auténtica violación del contrato y superador del significado riguroso y estricto de arruinamiento total o parcial de la obra hecha”

Ahora bien, En el plano de la liberación del deudor la caracterización de la obligación de resultado no excluye la aplicación de la regla general de exoneración del deudor en el supuesto del **caso fortuito**, artículo 1105 del Código Civil ; En estos casos, siguiendo la pauta de la "pérdida sin culpa", de la imposibilidad fortuita en las obligaciones de entregar una cosa (artículos 1182 y 1184 del Código Civil), la imposibilidad sobrevenida que resulta liberatoria en el caso fortuito es aquella que precisamente no resulta imputable al deudor, conforme a los criterios de diligencias y previsión derivados del cumplimiento de la obligación.

Así , por ejemplo en **STS 308/2013, 26 de Abril de 2013**, se planteó la cuestión entre la posible exigencia de la responsabilidad

contractual por los vicios constructivos en la realización de un muro, que finalmente tuvo que rehacerse por las inestabilidades y deslizamientos producidos en su base, con un incremento significativo del coste inicialmente previsto; o por el contrario, la exoneración de responsabilidad derivada por la calificación de fortuito o de fuerza mayor del hecho generador de dichas inestabilidades y deslizamientos.

Se reclamaba a la constructora el incremento del coste de la obra por la reparación del muro ejecutado, más como se apreció, que tanto la obra de la construcción del muro se realizó, esto es, que el resultado fue obtenido, excluyéndose un cumplimiento defectuoso del mismo, ya que la causa fue el imprevisible deslizamiento de la ladera, el contratista no debe responder, asumiendo ese coste el dueño de la obra o comitente.

E) PRECIO

Se prevén dos modalidades, que son por ajuste o precio alzado o por unidad de medida.

1) Precio alzado/ forfait / llave en mano/ a precio cerrado. art. 1593 C.C.

Para el contrato de obra, el pacto específico de precio «alzado» o «cerrado» implica que cuando el precio ha sido acordado a la vista de un plano, el contratista no puede pedir aumento del precio, aunque se hayan aumentado el de los jornales o materiales, pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiera dado su autorización el propietario a través de los correspondientes “precios contradictorios”.

Es decir, se estipula la prohibición de «revisión de precios», salvo autorización de la propiedad cuando hubiere aumento de obra sobre la proyectada en plano y la presupuestada.

. Si se quiso determinar un precio fijo, entraríamos en el principio de riesgo y ventura del contratista, que ha de valorar la obra que ha de acometer con la prudencia necesaria, pues el precio va a ser fijo: S.T.S. 264/2009, de 20 de abril.

La S.T.S. 482/2013, de 22 de julio recoge los contornos de esta figura. Con carácter general, dice, el precio bajo la modalidad de alzado o a «forfait», queda determinado de manera invariable y global.

Las consecuencias de aceptar un precio alzado es que el contratista se responsabiliza «de los posibles errores de medición que contenga su oferta».

Como no se trata de derecho necesario, sino norma interpretativa de la voluntad de las partes, también es posible la revisión de precios de un contrato de ejecución de obra como pacto lícito resultante de lo establecido en el contrato, sin que sea impedimento para esa validez el contrato de obra a tanto alzado, que puede modificarse introduciendo alteraciones o aumento de precio.

En cuanto a la prueba del aumento del precio

.- En cuanto al contratista, por el hecho concluyente de la propia ejecución de obras no inicialmente proyectadas

.- En cuanto al dueño de la obra, por la plena constancia para él de esas obras sin objeción alguna, conducta reveladora de consentimiento tácito.

En este línea, la Sentencia nº 67/2014 de AP Barcelona, Sección 13ª, 19 de Febrero Sección 13ª, 19 de Febrero de 2014 señala que es doctrina comúnmente admitida que el ajuste alzado o presupuesto inicial no es un elemento esencial del contrato de obra, sino una de sus modalidades posibles, prevista en el artículo 1593 del Código Civil,

2.- Precio por unidades / por piezas/ por medidas./ por tiempo/ por administración. art. 1592 CC

El precio a determinar por unidades de obra y medida, que suele quedar abierto a los precios de referencia del mercado en el momento de su ejecución.

Esta modalidad de precio por unidades se caracteriza porque se asigna un precio a cada unidad de obra en función del número de metros cuadrados

Para que se entienda que se convino un precio por unidades, señala la SAP de Zaragoza nº 430/2012, de 13 de julio [j 13] que es necesario que exista a un pacto del que se infiera que la obra se pretende por capítulos o partidas en el interés propio, sin que sea suficiente el hecho que se realice una obra presupuestada por partidas o capítulos sino que estén también determinadas en el contrato el número de unidades a ejecutar.

En el supuesto de existir un precio por unidades, dispone el art.1592, CC que el contratista tendrá derecho a exigir al dueño que reciba la obra por partes y se pague ésta en proporción.

3.- Pago del precio en caso de inexistencia de pacto

En caso de que no exista pacto o costumbre alguna sobre la forma en que deba realizarse el pago del precio convenido, se entiende que el precio de la obra deberá abonarse al tiempo de la entrega (art.1599, CC).

F) MODIFICACIONES DEL CONTRATO: AUMENTOS DE OBRA. REDUCCION DE OBRA. DESISTIMIENTO

La vida del contrato durante su ejecución puede ser objeto de revisiones para aumentar la obra, la calidad o reducir su objeto. Ahora bien, siendo una modificación del consentimiento inicial, es conveniente que exista otro pacto novatorio del objeto o que concurra el consentimiento de las partes. Tanto puede ser escrito, como verbal y tácito, por lo que puede llegarse a ser presumido como concurrente, al haberse realizado las **obras** con exteriorización material suficiente, sin oposición a las mismas (Sentencia de 2-12-1985) y produciéndose su recepción, (Sentencias de 11-10-1994 y 14-10-1996).

Es cuestión de hecho, de la libre determinación por los juzgadores de instancia, el problema de las **obras** que justifican el aumento del **precio** han sido o no autorizadas.

A veces se da el caso de reclamaciones por parte del contratista del pago de precio de la obra ejecutada por la subjetiva consideración de que han existido aumentos de obra, en el sentido de autorizadas por el comitente. El TS tiene declarado que se precisa acreditar que la cantidad reclamada o bien es fruto de un contrato posterior o que medió el consentimiento expreso o tácito del dueño. La consecuencia de la falta de acreditación implica considerar que está incluido en la ejecución completa, el cumplimiento total, sin poder separar y exigir el precio de unos servicios o partidas, que se integran en el concepto de cumplimiento. (STS 1002/2002, 24 de Octubre).

Entendemos que si el comitente o dueño pretende reducir las dimensiones, partidas o encargos de la obra, ha de contar con el consentimiento del contratista pues pudiera ocurrir que estemos en presencia de un incumplimiento por parte del dueño que habiendo causado daños y perjuicios al contratista, pudieran tener que ser

indemnizados. Pensemos en los casos de acopio de materiales, contratación de trabajadores en previsión de lo inicialmente pactado etc, siempre que no medie, claro está incumplimiento alguno del contratista.

Y también es posible el desistimiento total del dueño de la obra.

El CC, le faculta para ello en el art. 1594 CC, y ello aun cuando ya se hubiere iniciado, indemnizando como en el caso anterior de todos sus gastos, trabajo y utilidad que el dueño pudiera obtener de la obra.

En resumen

Si el dueño desiste totalmente de la obra antes de que empiece o empezada, de algunas partidas de obra inejecutadas, debe indemnizar al contratista.

Si el desistimiento se produce después de iniciada la obra o partida desistida, además ha de pagar la parte de la obra realizada antes del desistimiento, en concepto de indemnización dado que podría incurrirse en un enriquecimiento injusto del dueño.

. Al respecto, la **STS 546/08, de 17 de junio** ha expuesto la doctrina jurisprudencia que se ha ocupado de la interpretación del precepto, cuyos aspectos más relevantes son:

- La facultad de desistimiento no está condicionada a la concurrencia de requisito alguno, sino que se determina como una facultad, dependiente de la sola voluntad del comitente (STS de 2 de noviembre de 1993).
- Esta facultad no requiere del previo incumplimiento del contratista (STS de 13 de mayo de 1993),
- El desistimiento es una declaración de voluntad unilateral, recepticia e irrevocable que no está sometida a forma alguna, si bien es conveniente que sea notificada al contratista de forma fehaciente ya que facilitará la prueba del tiempo en que se produjo el desistimiento y evitará discusiones sobre reembolsos de obras ejecutadas con posterioridad (STS de 28 de julio de 2000)
- La facultad de desistimiento no es ejercitada con corrección si simultáneamente no se ofrece indemnizar al contratista de todos los gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la obra (STS de 7 de octubre de 1982).

G) RETRASO EN TERMINACION DE LA OBRA.

Las cláusulas de penalización por retraso en la entrega de obra en el tiempo convenido, tienen su encaje en el art. 1.100 del Código civil, a cuyo tenor:

“Incurrén en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1.º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.

2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

Y el 1.101 C.C.

“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”.

- Cabe añadir que la jurisprudencia ha mantenido que las cláusulas penales moratorias (las impuestas por el retraso en el cumplimiento de su obligación) no pueden moderarse por incumplimiento parcial si efectivamente se ha producido el retraso.

-La jurisprudencia elimina la aplicación de la cláusula penal por retraso (la cláusula moratoria) cuando «se han alterado los supuestos base a los cuales se pactó, pues si dichos supuestos se alteran, la eficacia de tal cláusula penal desaparece»

Ante un retraso en el plazo de entrega, incluso sin cláusula penal, podríamos reclamar daños y perjuicios producidos por el mismo, pero en muchos casos la valoración de daños y perjuicios no

es trabajo sencillo y la cláusula de penalización por retraso nos permite de algún modo anticipar y fijar dicha valoración de antemano.

Podemos concluir que las penalizaciones por retraso pactadas en un contrato de obra puede ser un instrumento muy útil para instar a la contrata a respetar sus compromisos, pero en muchas ocasiones y dado que una obra no siempre ser un “camino recto y previsible” no será fácil probar que el retraso es solamente imputable a ella, por lo que la efectiva aplicación de penalización puede ser complicada.

Para evitar discrepancias, sobre todo cuando en la vida de la ejecución de la obra concurren nuevos encargos de la obra o modificaciones que supongan aumento de obra, conviene fijar nuevo calendario de entregas.

Otro motivo de retraso puede ser la falta de entrega de materiales, que en los casos de contratos donde solo se pacte la aportación de mano de obra, esos retrasos no serán imputables al contratista, por el contrario, si el contrato es con aportación de material, la entrega a tiempo sí sería imputable al mismo, sin perjuicio de las acciones que le incumban frente al vendedor de los materiales. Volver a insistir en la documentación de estos hechos, no está de más, porque a veces el contratista se escuda en la fecha de entrega de materiales (que lo tendrá documentado) pero suele ser una injustificada imputación de la culpa, si durante ese concreto retraso, no estaba terminada solo por falta de ese material.

Y es que son numerosas las sentencias de nuestro Alto Tribunal que admiten la inaplicación de la cláusula penal en caso de retraso cuando las partes han acordado la ampliación del plazo, el comitente no efectuó requerimiento previo y la pretensión de indemnización no se ampara en un “interés jurídicamente atendible”, entendiéndose por tal una pretensión no abusiva o contraria al principio de buena fe (STS 29-10-2012).

El Tribunal Supremo como criterio mayoritario estima que no cabe moderación de la cláusula penal por retraso en la entrega de la obra por ser el mero retraso inconciliable con el incumplimiento parcial o irregular, único supuesto en el que cabe moderación.

En otras palabras, se entiende que cuando se cumple el supuesto previsto en el contrato (retraso en la entrega) no cabe moderar la penalización establecida para tal infracción.

No obstante lo anterior, esto no impide que se pueda discutir el “quantum” indemnizatorio tomando en consideración las fechas de cómputo de los retrasos -días de inicio y terminación- como consecuencia de circunstancias sobrevenidas en la obra, que impliquen una menor indemnización.

2.- CONTRATO DE OBRAS DE EDIFICACION

Siendo aplicable a este tipo de construcción la normativa y jurisprudencia antes expuesta, resulta singularmente de aplicación la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999 que nació con la voluntad de superar no solo la insuficiencia normativa anterior sino también de establecer un marco general en el que se fomente la calidad de los edificios y las garantías de los consumidores y usuarios, como una aportación más a la protección de sus derechos.

A) AGENTES DE LA EDIFICACION

Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación:

El promotor. Art. 9 LOE

Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.

El proyectista. Art. 10 LOE

El proyectista es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto.

Podrán redactar proyectos parciales del proyecto, o partes que lo complementen, otros técnicos, de forma coordinada con el autor de éste.

Cuando el proyecto se desarrolle o complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos según lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley, cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto.

Debe estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico redactor del proyecto que tenga la titulación profesional habilitante.

-Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultura (indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2) la titulación académica y profesional habilitante será la **de arquitecto**.

-Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones; del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, (indicados en el grupo b) la titulación académica y profesional habilitante, con carácter general, **será la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto**

- Para todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anterior la titulación académica y profesional habilitante será la de y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes **arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico** .

El constructor. Art. 11 LOE

El constructor es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato.

El director de obra. Art. 12 LOE

El director de obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto.

Podrán dirigir las obras de los proyectos parciales otros técnicos, bajo la coordinación del director de obra.

Se le exige la misma titulación que al proyectista según los usos de la edificación.

El director de la ejecución de la obra. Art.13 LOE

El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.

Se le exige la misma titulación que al proyectista según los usos de la edificación.

Las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación. Art. 14 LOE

Son entidades de control de calidad de la edificación aquéllas capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable. Para el ejercicio de su actividad en todo el territorio español será suficiente con la presentación de una declaración responsable en la que se declare que cumple con los requisitos técnicos exigidos reglamentariamente ante el organismo competente de la Comunidad Autónoma en la que tenga su domicilio social o profesional.

Son laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación los capacitados para prestar asistencia técnica, mediante la realización de ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra de edificación. Para el ejercicio de su actividad en todo el territorio español será suficiente con la presentación de una declaración responsable por cada uno de sus establecimientos físicos desde los que presta sus servicios en la que se declare que estos cumplen con los requisitos técnicos exigidos reglamentariamente, ante los organismos competentes de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Los suministradores de productos. Art. 15 LOE

Se consideran suministradores de productos los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción.

Se entiende por producto de construcción aquel que se fabrica para su incorporación permanente en una obra incluyendo materiales, elementos semielaborados, componentes y obras o parte de las mismas, tanto terminadas como en proceso de ejecución.

B) REPARTO DE OBLIGACIONES DE LOS AGENTES

Para los distintos agentes que participan a lo largo del proceso de la edificación se enumeran las obligaciones que corresponden a cada uno de ellos, de las que se derivan sus responsabilidades.

Así al PROMOTOR, como dueño de la obra le corresponde aportar el terreno, sobre el que debe ostentar su titularidad o cualquier derecho que le faculte para construir en él; facilitar documentación previa para la redacción del proyecto y es quien como tal autoriza las modificaciones del proyecto. Es quien debe obtener las licencias y autorizaciones y firmar el acta de recepción de la obra una vez terminada. Es el promotor quien suscribe los seguros y entrega a los adquirentes los elementos construidos y su documentación.

Es el obligado al pago de la obra, de ordinario mediante financiación por entidad bancaria y por tanto será quien suscriba la hipoteca al promotor, la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, así como las escrituras de compraventa con los adquirentes y subrogación en el préstamo hipotecario, acto al que también debe concurrir el prestatario o un mandatario verbal, con tal de que después sea ratificada.

El PROYECTISTA redacta el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato y entregarlo, con los visados que en su caso fueran preceptivos. También es quien acuerda, en su caso, con el promotor la contratación de colaboraciones parciales.

Son obligaciones del CONSTRUCTOR:

Ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto.

Designar al jefe de obra que asumirá la representación técnica del constructor en la obra y que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra.

Asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera; Formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato; Firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra y suscribir las garantías previstas en el artículo 19.

EL DIRECTOR DE LA OBRA : Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno; Resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto; Elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto; Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

Elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

Las relacionadas en el artículo 13, en aquellos casos en los que el director de la obra y el director de la ejecución de la obra sea el mismo profesional, si fuera ésta la opción elegida, de conformidad con lo previsto en el apartado 2.a) del artículo 13.

AL DIRECTOR DE EJECUCION corresponde : Verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas; Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra; Consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas; Suscribir el acta de replanteo o de

comienzo de obra y el certificado final de obra, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas; Colaborar con los restantes agentes en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control realizado.

A las ENTIDADES Y LABORATORIOS DE CONTROL DE CALIDAD corresponde entregar los resultados sobre calidad al agente que lo haya encargado y también al director de ejecución de las obras o al director del proyecto (en definitiva a la Dirección facultativa).

SUMINISTRADORES DE PRODUCTOS: Responden del origen de los productos, identidad y calidad así como del cumplimiento de las exigencias de la normativa que corresponda. Deben dar las instrucciones de uso y mantenimiento así como certificado de garantía.

PROPIETARIOS Y USUARIOS:

Los propietarios tienen la obligación de conservar el buen estado del edificio mediante adecuado uso de la edificación y el deber de mantenimiento adecuado. Deben conservar y transmitir la documentación de la obra, los seguros y las garantías.

Los usuarios, sean o no propietarios, tienen la misma obligación de hacer un uso adecuado conforme a las instrucciones de uso y mantenimiento que conste en la documentación.

C) EXIGENCIAS TECNICAS Y ADMINISTRATIVAS

1) REQUISITOS BASICOS DE CALIDAD:

Por seguridad de las personas, bienestar y protección del medio ambiente la LOE impone ciertos requisitos que distingue en tres grupos: Funcionalidad, seguridad y habitabilidad.

En el primero (**funcionalidad**) las exigencias están relacionadas con la utilización del edificio: dimensiones e instalaciones; la accesibilidad: atendiendo a las necesidades de personas con movilidad y comunicación reducidas, se remite a la normativa vigente en esta área. Igualmente, por lo que se refiere al acceso a servicios de

telecomunicaciones se remite al cumplimiento de la normativa específica.

Las exigencias en materia de **seguridad**, comprenden la seguridad estructural, contra incendios, y de utilización, de tal forma que el uso normal del edificio no implique riesgos de accidentes.

En cuanto a la **habitabilidad**, viene referida a la higiene, salud, protección de medio ambiente y gestión de residuos. La protección contra el ruido, el ahorro energético, el aislamiento térmico son exigencias de este apartado.

Ese es el marco de exigencias básicas que se desarrollan en el CODIGO TECNICO DE LA EDIFICACION Y LAS NORMAS BASICAS DE EDIFICACION Y DESARROLLO NORMATIVO, que se actualiza periódicamente a medida que avanza la ciencia y la tecnología.

Desde 1957 las normas técnicas que regulaban el sector de la edificación, conocidas como normas MV, eran competencia del Ministerio de la Vivienda.

Estas reglas se transformaron en las Normas Básicas de la Edificación (NBE) en 1977, cuando el Gobierno decidió crear un marco unificado para toda la normativa relacionada con la edificación. Estas normas eran de obligado cumplimiento para los agentes del sector. Para completar el marco regulatorio a las NBE se añadieron las Normas Tecnológicas de la Edificación (NTE), que no tenían carácter obligatorio y constituían el desarrollo operativo de las NBE.

La Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (LOE), respondía así a la necesidad de actualizar el conjunto de normas preexistentes, pero también de completar una regulación que hasta 1999 había sido dispersa y poco clara. Su disposición final segunda, autorizaba al Gobierno para que aprobase mediante Real Decreto un Código Técnico de la Edificación (CTE) que estableciese las exigencias básicas de calidad que debían cumplir los edificios en relación con los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad.

El CTE, aprobado mediante el Real Decreto 314/2006 de 17 de marzo y modificado con posterioridad en varias ocasiones, vino así a plasmar en especificaciones las exigencias de la LOE. La última redacción es la del Decreto 450/**2022**, de 14 de junio.

La reglamentación es amplísima y pormenorizada y si alguien tiene interés en examinarla, se puede consultar en la página web del Ministerio de transportes, movilidad y agenda urbana.

<https://www.codigotecnico.org/QueEsCTE/ReglamentacionEdificacion/SI.html>

2) DOCUMENTACION.

Siquiera someramente, hemos de hacer referencia a documentos imprescindibles en la edificación.

1.- El proyecto.

Es la guía de la edificación, un paso necesario para poder obtener licencias municipales y el visado urbanístico. Su realización también implica estudiar por adelantado y sobre plano el cumplimiento de la normativa municipal en materia de edificación y vivienda, así como el Código Técnico de Edificación CTE. Se redacta por Arquitecto superior, técnico (si se trata de intervenciones parciales en edificios construidos que no alteren su configuración arquitectónica); o Ingeniero según la clase de obra.

Proyecto básico. Presentar este primer nivel es suficiente para solicitar las licencias pertinentes al ayuntamiento, pero no es suficiente para empezar a construir.

Tiene las siguientes partes:

Memoria expositiva: autor, definición, finalidad, datos del inmueble, necesidades y solución a adoptar según normativa.

Memoria justificativa: de la obra que se quiere realizar y del cumplimiento normativo.

Memoria descriptiva: superficie y volumen construido, características generales y materiales.

Planos: por plantas, secciones, alzados e incendios.

Presupuesto: desglosado por partes.

Proyecto de ejecución: Esta segunda fase contempla el desarrollo del proyecto básico. Permite obtener el visado urbanístico y comenzar las obras.

Se compone de:

Memoria y planos de cimentación y estructura

Planos de detalles Esquemas y dimensionamiento de instalaciones

Pliego de condiciones, mediciones y presupuesto.

Pueden concurrir proyectos parciales que desarrolle el proyecto básico o lo complementen como por ejemplo de tecnologías, instalaciones,

Debe evitarse la duplicidad tanto en la documentación como en honorarios.

2.- Licencias administrativas de obras.

Es necesaria la obtención de licencia de obra mayor. A la solicitud, que corresponde al Promotor, debe aportarse el proyecto básico acorde a lo estipulado el Código Técnico de la Edificación y los títulos o declaración responsable acreditativos de la titularidad del dominio o derecho suficiente para ejercer las actuaciones proyectadas sobre el suelo, subsuelo o vuelo afectados por la actuación.

Una vez concedida la licencia de obra con proyecto básico, el comienzo de las obras requerirá en todo caso, de notificación al ayuntamiento con al menos diez días de antelación a la fecha proyectada para dicho inicio, acompañada del proyecto de ejecución y aportando el resto de documentación requerida.

Una vez realizada la comunicación de inicio de obras, los servicios técnicos municipales deberán personarse en el terreno afectado a fin de señalar las alineaciones y rasantes. De no hacerlo, podrá levantarse el acta de replanteo, firmada por el promotor, los técnicos directores y, en su caso, la empresa constructora, e iniciarse las obras.

3.- El acta de replanteo o inicio de obras.

Es el documento oficial que marca el inicio de una obra. Un acuerdo entre las partes – arquitecto, promotor y constructor – que determina el punto de partida en la transformación urbanística de un lugar.

4.- El acta de recepción de obras.

La recepción de la obra 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.

La recepción deberá consignarse en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor, y en la misma se hará constar:

- Las partes que intervienen.
- La fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma.
- El coste final de la ejecución material de la obra.
- La declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.
- Las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades.
- Asimismo, se adjuntará el certificado final de obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra.

El promotor podrá rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales.

En todo caso, el rechazo deberá ser motivado por escrito en el acta, en la que se fijará el nuevo plazo para efectuar la recepción.

Salvo pacto expreso en contrario, la recepción de la obra tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su terminación, acreditada en el certificado final de obra, plazo que se contará a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor. La recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha indicada el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito.

El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior.

5.- La documentación de la obra ejecutada.

Una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitada al

promotor por el director de obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos.

A dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación.

Toda la documentación a que hacen referencia los apartados anteriores, que constituirá el **Libro del Edificio**, será entregada a los usuarios finales del edificio.

D) RESPONSABILIDADES Y GARANTIAS

.- Responsabilidad de los agentes de la edificación.

Sus respectivas responsabilidades van inexorablemente unidas a las obligaciones que contraen en el proceso constructivo según están definidas en los artículos 8 al 15 de la LOE, que se completa con las referencias del art. 17 y que la jurisprudencia ha desgranado con nitidez.

EL PROMOTOR

Responsabilidad solidaria y omnímoda del Promotor.

El seguro decenal está pensado como una protección para el comprador de edificaciones nuevas; pero no debe entenderse que con ello se exonere, sin más, al promotor y al constructor. En efecto:

La sentencia del TS número 1345/2007, de 20 de diciembre recuerda la doctrina tradicional sobre la responsabilidad solidaria del promotor y del contratista, diciendo:

“la doctrina de esta Sala ha sido desde un principio unánime y pacífica, al equiparar la figura del promotor con la del contratista, a efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal establecida en el artículo 1591 del Código Civil ; y las razones que motivaron este criterio fueron las siguientes:

a) que la obra se realiza 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 una regla contraria supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción.

Incluso, en algún supuesto esta Sala ha dicho que la responsabilidad de la entidad promotora viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicados en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que sanciona el artículo 1591 CC, corresponde a la demandada aquélla otra por el incumplimiento de sus obligaciones que como vendedora le corresponden.

Aunque en la LOE la responsabilidad no se presume solidaria, será muy difícil que el Promotor en quien concurre la doble condición de agente de la edificación y vendedor, escape la responsabilidad de responder frente a los vicios o defectos constructivos, pues si bien no los causa materialmente, los asume cuando acepta cuando firma el acta final de obra y los trasmite a terceros o a sabiendas de las deficiencias o con culpa in vigilando.

EL CONSTRUCTOR

Según la LOE, El constructor *responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan.*

El contratista, como profesional que es en el ramo para el que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se pueden seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de la obra, salvando su responsabilidad, siempre que por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos.

Lo que no puede escudarse es en la simple y socorrida excusa de que hace lo que le mandan, pues de lo contrario sobraría su mención entre los responsables de los daños que enumera el artículo 1591: siempre estaría de su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas de los técnicos.

Ya esta Sala en su sentencia de 22 de septiembre de 1986 dijo que el constructor, por su carácter técnico, debió o bien no realizar la obra,

sin un correcto terraplenado, o bien de las consecuencias que tendrá hacerla de la manera proyectada".

EL APAREJADOR DIRECTOR DE OBRA O EJECUCION

LOE: El director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento. Quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista.

Cuando la dirección de obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda.

Según la jurisprudencia, el arquitecto técnico o aparejador no es l un mero realizador de lo proyectado, dada su calidad profesional y nivel técnico, con la STS de 29.11.1999, "... porque le corresponde la ordenación y dirección de la ejecución material de la obra de acuerdo con el proyecto que las define, generándose su responsabilidad cuando se produce una mala ejecución material o defectuosa dirección, aparte de otros deberes en relación con la comprobación de materiales y mezclas, vigilancia inmediata de la marcha del proceso constructivo como ayudante técnico de la obra, que no del arquitecto, y cumplimiento de las instrucciones específicas."

EL ARQUITECTO

La LOE dice *que los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores.*

Sobre el Arquitecto el TS tiene establecido que, su responsabilidad deriva de la amplitud de sus obligaciones, "que son del siguiente tenor:

1) Que la construcción se ejecute en cuanto a su forma con arreglo a las normas constructivas especificadas en el proyecto, o, si alguna quedara sin especificar, a lo que se decidiera en obra;

2) Que se ejecute con arreglo a las normas legales y técnicas que rijan la realización del proyecto; y

3) Que la obra ejecute el proyecto aceptado y contratado con el mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad

Y como expresa la STS de 19 de noviembre de 1996, "corresponde al Arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, debiendo hacer constar en el libro de órdenes las que hubiere impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están obligados a su estricto cumplimiento. De suerte que no basta con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales". Alta Dirección de los Arquitectos en la que insiste la Sentencia de dicho Tribunal de 19 de mayo de 2006 y que nos aclara que "no es mediata, como pretende, y a través de los anteriores (Arquitectos Técnicos), pues la inspección superior de todo ello forma parte de la Dirección de la Obra.

.- Responsabilidad individualizada o solidaria

Como podréis observar de los pasajes de las Sentencia del Tribunal Supremo citadas, aunque la LOE diga en su art. 17.2 que la responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, tanto por actos y omisiones propios como por actos y omisiones de personas por las que con arreglo a esta ley se deba responder, en la mayoría de los casos, bien porque no se pueda individualizar la culpa exclusiva de uno solo de los agentes, o porque todos concurren en la culpa sin que pueda saberse el grado de intervención en el daño, responderán solidariamente.

En esta estructura piramidal de intervinientes, es difícil escapar no solo de los daños propios sino de los daños de los que estén al orden o bajo la vigilancia de la dirección facultativa.

Con dos salvedades legalmente establecidas:

.- Que el promotor responde en todo caso solidariamente con los agentes

.- Que el constructor responde directa e individualizadamente de los vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminado o acabado.

.- Que el constructor responde directamente de los daños de los subcontratistas con derecho de repetición (el subcontratista no es agente de la edificación) y de los productos de construcción adquiridos o aceptado por él, con la misma facultad de repetir.

Esta omisión no es involuntaria dado que fue objeto de debate parlamentario durante la tramitación del proyecto de ley. El subcontratista es referido en otros preceptos de la LOE, dado que la evidente realidad de su existencia en las obras no podía ignorarse, lo cual no significa que se le diese estatus de «agente de la edificación». A tal efecto se cita al subcontratista en los arts. 17.6.2 y 11.2, e), especialmente para determinar que el responsable de los subcontratistas es el constructor. La LOE tiene como objetivo principal preservar los derechos de los propietarios y terceros adquirentes, por lo que las relaciones internas entre ellos no incumben a los consumidores o adquirentes.

Como es natural, no responden, si los daños se produjeron por caso fortuito, fuerza mayor o acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

.- Duración de la garantía. (art. 17 LOE)

A diferencia del art. 1591 del CC, que establecía un plazo único de diez años (responsabilidad decenal), que la jurisprudencia consideró no de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, el actual art. 17 de la LOE establece **tres plazos** distintos según la tipología de los defectos constructivos. Y así,

-el plazo de garantía será de 10 años, para los daños materiales de naturaleza estructural;

-3 años, para los afectantes a la habitabilidad; y

- de 1 año, para los de mero acabado.

Establece expresamente que dichos plazos serán contados "desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas". (STS 13/2020, 15 de Enero de 2020).

Al otorgar las obras nuevas en construcción y de acuerdo con la Doctrina de la DGRN no será exigible acreditar la garantías, sin

perjuicio de que lo sea al autorizar el Acta final de Obra (lo que es lógico, ya que hasta que la Compañía formaliza el Acta de recepción de la Obra y da su conformidad no entra en vigor el seguro).

E) PLAZOS DE PRESCRIPCION

Una cosa es el plazo de garantía que hemos tratado y otra distinta el plazo de prescripción de las acciones.

El plazo para exigir judicialmente la responsabilidad a los agentes de la construcción por daños materiales dimanantes de los vicios o defecto prescriben en el plazo de **dos años** a contar desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de la acciones que puedan subsistir para exigir la responsabilidad por incumplimiento contractual .

También prescriben a los dos años las acciones de repetición entre los agentes de la edificación o a los aseguradores contra ellos, a contar desde la firmeza de la sentencia que condene al responsable a indemnizar o a partir de la fecha en que se hubiere procedido a la indemnización de forma extracontractual.

La reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes.

F) GARANTIAS POR DAÑOS MATERIALES (VICIOS Y DEFECTOS)

Se acostumbra a entender que la garantía que se exige inexorablemente es el seguro decenal, pero en realidad hay tres posibilidades, a partir de 1 de enero de 2016, (Seguro decenal, caución y financiera)

El régimen de garantías es exigible para todas las obras de edificación comprendidas en el artículo 2 de la LOE se hará efectivo de acuerdo con la obligatoriedad que se establezca en aplicación de la disposición adicional segunda. Esta disposición establece curiosamente que las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción del artículo 19 1. C) será exigible, para edificios cuyo destino principal sea el de **vivienda** (nueva construcción o rehabilitación con licencias a partir de la entrada en vigor de la ley)

Mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

Asimismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19, para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

Excepciones recogidas en la LOE en cuanto a viviendas

Autopromotor individual

De acuerdo con la Reforma de la disposición adicional segunda de la LOE por la (Ley 53/2002, de 30 de diciembre):

- No se exigen garantías en el supuesto de auto promotor individual de una única vivienda familiar para uso propio.
- Sin embargo en el caso de producirse la transmisión inter vivos dentro del plazo previsto en la Ley (10 años) el auto promotor individual, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía por el tiempo que reste para completar los diez años. Para ello se prohíbe autorizar la escritura e inscribir si no se acredite la constitución de la garantía salvo que el adquirente (como ocurrirá casi siempre), le exonere de esta obligación, debiendo acreditarse que se ha utilizado la vivienda (para evitar las trampas y trucos al uso).

Es decir, la posterior enajenación SIN SEGURO DECENAL exige, además de la exoneración por el adquirente, que se acredite el uso por el transmitente (acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, licencia de primera ocupación, etc.); el uso no tiene que ser permanente, sino que puede ser por temporada pero debe extenderse al período que protege, es decir al comprendido desde la obra nueva hasta la enajenación. (Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 2015).

1.- La Resolución de la DGRN de 3 de julio de 2012 indica los tres requisitos para que se entienda exonerado el autopromotor individual del seguro decenal:

- Que se trate de vivienda.
- Que se trate de una sola vivienda.
- Que se declare es para uso propio (no se admite que el mismo día se declaren por separado tres obras nuevas de una vivienda en cada escritura, y se declare en cada una de ellas que la vivienda es de uso propio).

Obsérvese que se trata de viviendas separadas; pero no puede pretenderse un seguro sobre todas las viviendas menos una que se alega se destina a uso propio, pues en este tipo de propiedad horizontal en sentido vertical los elementos privativos no son independientes unos de otros puesto que los elementos estructurales son comunes; por tanto, los daños estructurales que pueda sufrir el edificio afectan a la totalidad de los elementos privativos. (Resolución de la DGRN de 7 de julio de 2015).

Por tanto

Seguro decenal

Es el caso normal. Es el seguro de daños materiales, cuyas condiciones son art. 19.2 de la LOE:

- El tomador es el promotor, y el asegurado es el propio promotor hasta que transmita y los sucesivos adquirentes.
- La prima se paga en el momento de la recepción de la obra.
- Garantiza el pago de los daños materiales causados por el edificio por los vicios o defectos de construcción que menciona la Ley: por tanto, trata de reparar el daño o pérdida que pueda producir un siniestro.

Seguro de caución

Es un supuesto distinto; según el art. 19.3 de la LOE, sus condiciones son:

El tomador es el promotor, pero el asegurado siempre es el adquirente: mientras no hay transmisión, no empieza el seguro.

Lo que se asegura no es directamente el daño económico que provoque un siniestro, sino el daño causado por el incumplimiento de una obligación (no se concertó el seguro decenal); por ello han de ser siempre distintos el tomador del seguro (deudor) y el asegurado (adquirente) y no hay seguro de caución hasta que hay dueño distinto del tomador-promotor.

La prima no se paga hasta que haya la primera transmisión; la Compañía de seguros, en caso de siniestro, pagará la indemnización en metálico o reparará el daño, pero repercutirá contra el Promotor, y aquí está el quid de la cuestión: todo pago hecho por el asegurador (en este seguro de caución) deberá ser reembolsado por el tomador

del seguro (art. 68 de la Ley del Seguro); de ahí que, en este caso, a la Compañía lo que debe preocuparle más que la seguridad del edificio, ha de ser la solvencia del promotor; y el adquirente, a efectos prácticos, queda protegido, pues la garantía de resarcirse de cualquier problema de construcción se la da la Compañía, sin perjuicio del derecho de ésta a reclamar del tomador lo realmente satisfecho.

Garantía financiera

La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras - entró en vigor el 1 de enero de 2016 - introduce en la Ley de Ordenación de la Edificación, como alternativa a la suscripción obligatoria de un seguro, la obtención de una garantía financiera que permita cubrir el mismo riesgo.

La vigencia de estas garantías es:

. Durante 1 año por vicios de acabados pero en este caso puede ser sustituido por la retención por el promotor de un 5% de importe de la ejecución de la obra.

. Durante 3 años para responder de daños en los elementos constructivos o instalaciones que incumplan requisitos de habitabilidad.

. Durante 10 años para responder de defectos con origen en los cimientos, estructuras, soporte, vigas forjados etc, que comprometan la estabilidad.

Las garantías no cubren daños corporales o perjuicios económicos, daños en inmuebles contiguos; muebles, modificaciones de obra después de la recepción, los que provengan de mal uso o falta de mantenimiento adecuado, incendio, explosión, caso fortuito, fuerza mayor o por tercero, los que tengan origen en partes de la obra sobre las que haya reservas mientras no hubieren sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en nueva acta de recepción.

Por último ha de hacerse referencia a la ley 57/1968, sobre entregas a cuenta para el pago de viviendas en construcción que exige al promotor la apertura de una cuenta bancaria especial donde se depositen los pagos realizados por los compradores, intereses e impuestos hasta que se acredite la entrega de las viviendas. A ello se refiere ahora la LOE en la disposición adicional primera (también es posible un seguro de caución o aval solidario).

G) REQUISITOS DE ESCRITURA E INSCRIPCION

No se pueden escriturar ni inscribir escrituras de declaración de obra nueva sin que se acrediten las garantías. El registro mercantil, hasta que no transcurran los plazos de prescripción, no cerrará la hoja de la sociedad promotora sin que acredite la constitución de las garantías en todas las edificaciones que hubiera promovido

III.- INCUMPLIMIENTOS Y ACCIONES

Tanto del CC como de la LOE:

.- Acción por responsabilidad “decenal” del art. 17 LOE: Propietarios y terceros adquirentes son únicos legitimados para el ejercicio de las acciones basadas en la LOE.

.- Acciones derivadas del contrato de compraventa entre el promotor y adquirentes: artículo 1.101 del Código civil en cuanto establece la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el obligado contractualmente, cuando obrare con dolo, negligencia o morosidad o cuando contraviniese sus obligaciones.

.- Acciones que provengan de daños causados durante la obra a un tercero (colindantes, transeúntes etc) : Culpa extracontractual.

.- Acciones entre ellos (agentes edificación): acciones contractuales o extracontractuales

.- Acciones de repetición del condenado frente a la persona por la que se deba responder.

Son Compatibles las acciones contractuales y acciones al amparo del artículo 1591 del Código Civil.

La Sala primera del TS. tiene declarado que la responsabilidad que a quienes intervienen en el proceso constructivo impone el artículo 1591 del Código Civil es compatible con el ejercicio de acciones contractuales cuando, entre demandante y demandados, media contrato, de tal forma que la "garantía decenal" no impide al comitente dirigirse contra quienes con él contrataron, a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que pueden ser incluidos en el concepto de ruina, como si suponen deficiencias que

conlleven un cumplimiento defectuoso, siendo de destacar que, en este sentido, el artículo 17.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, al regular la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, dispone que *"sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes..."*, admitiendo de forma expresa, la coexistencia de la responsabilidad derivada del contrato o contratos que vinculan a las partes y la que impone la Ley especial

Se admite la compatibilidad de la acción por ruina funcional del art. 1591 CC con las de cumplimiento o resolución contractual del art. 1124, o incumplimiento o cumplimiento defectuoso del art. 1101, todos ellos del Código Civil.

De tal modo que el perjudicado legitimado (lo está el subadquirente) puede optar por la acción que considere más conveniente a sus intereses, pues en ningún precepto legal se exige plantear una con carácter preferente a otra. Por lo tanto, los actores podían ejercitar la acción del art. 1591 y no la resolutoria del contrato por incumplimiento contractual por inhabilidad del objeto «*aliud pro alio*», aunque el supuesto de hecho normativo sea coincidente".

En los supuestos en los que el comprador sea **consumidor** debe tenerse en cuenta el marco de protección que el adquirente tiene al amparo del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Dentro de esta normativa tiene especial trascendencia el **artículo 21.1**: *"El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor y usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del bien o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación ofrecidos, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso"*.

Cuestiones que tendrán relevancia en cuanto a la exigencia al promotor en virtud de los contratos de compraventa y garantías de entregas a cuenta.

.- La llamada al proceso

La llamada al tercero a instancia de la parte demandada tiene su fundamento legal en la Disposición Adicional 7ª LOE, que establece lo siguiente: "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 u 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"

Ahora bien, el Pleno del TS tiene establecido en Sentencia de 20 de diciembre de 2011, que:

“El sujeto llamado, solo adquiere la condición de parte demandada si frente a él se ejercita una pretensión. En consecuencia, el tercero cuya intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al tercero. Si el demandante no se dirige expresamente una pretensión frente al tercero, la intervención del tercero no supone la ampliación del elemento pasivo del proceso. El tercero no será parte demandada y la sentencia que se dicte no podrá contener un pronunciamiento condenatorio ni absolutorio del tercero”

O lo que es lo mismo, si un agente de la construcción es demandado y este llama al proceso a otro agente no demandado, para que se considere demandado debe aceptarlo el actor.

IV- EL DAÑO MORAL EN CONTRATOS DE OBRA

Según la **STS 530/2011, 15 de Julio de 2011** en un supuesto en que “en razón al malestar que genera la vida en una vivienda, en la que las condiciones de habitabilidad son deficientes, con problemas de olores y en el saneamiento, tanto en las propias viviendas como en las zonas comunes, con problemas de goteras y humedades, con

problemas adicionales en garajes, que se inundan cuando llueve, y zonas comunes"

Suman a su reclamación por daños materiales, los daños morales "a los que se han visto sometidos los 128 adquirentes", reclamación que, además de a la constructora, extiende a la dirección facultativa "que no ha dado solución a los problemas fundamentales de las viviendas" produciendo el consiguiente "desasosiego" entre ellos "impotentes e incapaces de solucionar los citados problemas".

La sentencia admite el daño moral que imputa tanto a la constructora como a los técnicos. A la primera, "dada la trascendencia de los hechos, la distancia que media entre la ejecución de la obra y el momento en que se subsanan los desperfectos (1997 a 2008 e incluso fechas posteriores), entidad de los desperfectos mismos, la inseparabilidad del vicio ruinógeno o daño material con la **zozobra** e intranquilidad que sembró en el edificio y en todos sus miembros" y, además, por el hecho de que si los desperfectos subsisten es porque no se adoptaron por la constructora las medidas necesarias de buena construcción (*in re ipsa loquitur*) la doctrina del «res ipsa loquitur» o «la cosa habla por sí misma» se aplica en aquellos casos en los que no se puede demostrar qué fue lo que provocó el daño pero, mediante el estudio de las circunstancias que lo rodearon, se puede llegar a deducir que ha sido por la negligencia o falta de acción de una persona-.

A los segundos, porque "existe relación de causalidad, aun cuando no lo crea la parte apelante, entre la conducta de la dirección facultativa y aquel verdadero y propio daño moral, que pudo cortarse de raíz ejercitando y ejerciendo la dirección facultativa las funciones que le son propias en el marco de la legislación aplicable al caso".

La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que el daño moral es apreciable en la responsabilidad contractual, si bien no todo daño moral debe ser indemnizado por el que lo causa en el ámbito contractual o extracontractual.

En la Ley de Ordenación de la Edificación cuyo artículo 17 se refiere exclusivamente a los daños materiales; razón por la que a la hora de reclamar indemnizaciones distintas deberá hacerse por medio de las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual, en su caso, dado que no existe precepto específico en la LOE que regule su resarcimiento.

Pero lo cierto es que la Jurisprudencia de esta Sala admite que el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas, como la del artículo 1591 del Código Civil, bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal (SSTS 16 de noviembre de 1986 : trastorno y angustia

La existencia de un vicio constructivo no lleva aparejada de forma inseparable la situación de "zozobra e intranquilidad", ni supone tampoco la frustración del deseo de obtener una vivienda en circunstancias óptimas para ser habitada. La responsabilidad deriva del daño y no del incumplimiento y este daño no resulta de los datos de carácter fáctico que refiere la sentencia pues de ninguno resulta una realidad especialmente grave que permita apreciar una situación de molestia, disgusto, aflicción o perturbación de alguna entidad determinante de una indemnización distinta del daño material causado por no haberse adoptado las necesarias medidas de buena construcción, susceptible de reparación a través del artículo 1591 del Código Civil pues *no se han visto privados del uso de sus viviendas, lo que posiblemente les hubiera generado un grave y evidente quebranto no solo patrimonial sino moral derivado de las molestias que resultan de la necesidad de buscar otra vivienda de forma temporal, como tampoco de ninguno de los elementos comunes afectados por la defectuosa construcción, que ya conocía la cooperativa antes incluso de recibir la obra, al margen del estado de ánimo que cualquier infracción puede producir a una persona, pero que no constituye en sí mismo un daño de entidad suficiente susceptible de indemnización independiente de los daños materiales.*

Es todo lo que hemos podido abarcar en estos minutos

Muchas gracias!