|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| |  |  | | --- | --- | |  | **Responsabilidades y Garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación**  **Fernando Pantaleón** Catedrático de Derecho Civil. Socio de Garrigues & Andersen    SUMARIO  I. Repaso esquemático de las responsabilidades y garantías.  1. Esquema de las responsabilidades civiles previstas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.  2. Esquema de las garantías previstas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.  II.    Los "vicios de construcción" del legislador.    **I. Repaso esquemático de las responsabilidades y garantías**  **1. Esquema de las responsabilidades civiles previstas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.**  a)         Ámbito objetivo de aplicación:  *(i)   Daños materiales ocasionados en un edificio o en parte de él* (art. 17.1.I); lo que no sólo excluye los daños morales indirectos (p. ej., molestias por tener que dejar la vivienda habitual), sino también los daños corporales y los perjuicios económicos; los daños a los inmuebles contiguos; y los daños causados a los bienes muebles situados en el edificio [cf. art. 19.9 a), b) y c)]. Pero*sin perjuicio de las responsabilidades contractuales*(arts. 17.1, al principio, 17.9 y 18.1) y, obviamente, de *las responsabilidades extracontractuales*: artículo 1.909 del Código Civil (con diferentes "tiempos legales") y artículos 25 y siguientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.  *(ii)   Como consecuencia de un "proceso de edificación"*, en el amplio sentido del artículo 2º; y también cuando se trate de "promociones públicas" (cf. art. 1º.3).  *(iii)   Que ha sido defectuoso*: con un "vicio o defecto de construcción", en el sentido también muy amplio en que tal expresión se emplea (cf. art. 17.3 *in fine*), que junto al tradicional vicio de construcción en sentido estricto, incluye los vicios del suelo y del proyecto.            Queda fuera todo otro incumplimiento contractual de los llamados agentes de la edificación: no realización de la obra o del proyecto; retraso en construcción o en la entrega del edificio; defectos en el proyecto que finalmente no se ejecuta, etc. Pero *sin perjuicio de las responsabilidades contractuales* (arts. 17.1, al principio, 17.9 y 18.1).            Los vicios o defectos de construcción se subdividen en:  *Estructurales*: art. 17.1.a).  *Funcionales*: art. 17.1.b), en relación con el art. 3.1.c).  *De terminación o acabado*: art. 17.1.c).  b)         Ámbito temporal de aplicación:  *Procesos de edificación para los que se haya solicitado la licencia a partir del 5 de mayo de 2000* (cf. disposición final cuarta).  c)         Legitimación activa:  *Propietarios o adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división* (art. 17.1.I).  d)         Legitimación pasiva:  (i)   En los defectos de terminación o acabado: *el constructor* (art. 17.1 *in fine*). ¿No el director de la ejecución de la obra?  (ii)   Y en los demás defectos de construcción: *el agente o los agentes de la edificación que hayan contribuido a causar el vicio o defecto. Cuando no se pudiera individualizar la causa, responderán todos los agentes solidariamente* (art. 17.3).            A lo que parece, *la carga de la prueba de la falta de contribución causal al defecto constructivo corresponde al agente o agentes de la edificación demandados*.            Y *solidariamente* con el anterior o los anteriores:  *(i)   El promotor responde por los hechos de cualquiera de los demás agentes de la edificación* (art. 17.3). Se equiparan al promotor los gestores de cooperativas y de comunidades de propietarios (art. 17.4).  *(ii)  El proyectista responde por los hechos de sus subcontratistas*¿Y también por los de sus coproyectistas? (art. 17.5).  *(iii) El constructor responde por los hechos de sus dependientes y sus subcontratistas; y por los de los suministradores de productos de construcción* (art. 17.6).  *(iv) El director de obra responde por los hechos de los proyectistas*¿Y también por los hechos de sus codirectores?(art. 17.7).  e)         ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?:  *Tiene que haber culpa o negligencia del agente causante o de la persona de la que tiene que responder* (art. 17.8). Luego, hay responsabilidad sin culpa propia, cuando se responde de la culpa de otro (contra el que cabrá repetir). Por ejemplo: el promotor responde objetivamente por la culpa de cualquier otro agente de la construcción; o el constructor por la culpa del suministrador de productos de construcción.            Pero *la carga de la prueba de la falta de culpa corresponde al agente de la edificación demandado*(art. 17.8). Luego, cabe responder sin culpa, ni propia ni de quien se tiene que responder, si no se consigue demostrar el caso fortuito.            Y recuérdese que, conforme al artículo 17.3, cabe responder incluso sin contribución a la causación del defecto constructivo, si no se logra probar la falta de dicha contribución causal.  f)       Plazos de garantía:  *Para los defectos estructurales: diez años.*  *Para los defectos funcionales: tres años*.  *Para los defectos de terminación o acabado: un año.*            A contar *desde la fecha de recepción de la obra sin reservas, o desde la subsanación de éstas* (art. 17.1). Parece que esto vale también para el promotor; lo que prueba que es responsable por hecho ajeno: no se trata de la responsabilidad del "fabricante de productos inmobiliarios", en cuyo caso los plazos deberían computarse desde la "puesta en circulación". Si bien, sin perjuicio de sus responsabilidades como vendedor (art. 17.9).            Parece que *transcurrido cada uno de dichos plazos, deja de funcionar la responsabilidad legal*: ¿Se presumen, tras su transcurso, los defectos de construcción fortuitos o imputables al perjudicado?  g)       Plazos de prescripción:  *Dos años desde la producción de los daños* (art. 18.1).  *El mismo plazo para las acciones de repetición, desde la firmeza de la resolución judicial que condene al que repite o desde el pago extrajudicial de la indemnización* (art. 18.2). ¿Se puede repetir antes de pagar? ¿Y la ejecución provisional?  h)       La disposición adicional séptima: ámbito de aplicación.  2. Esquema de las garantías previstas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación:  a)         Ámbito objetivo de aplicación:  *Todas las obras de edificación del artículo 2º de la Ley* (art. 19.1), *excluídas las de promoción pública* (art. 1º.3).  b)         Ámbito temporal de aplicación:  (i)   Licencia de edificación solicitada con posterioridad al 5 de mayo de 2000 (disposición final cuarta).  (ii)   Por ahora, sólo edificios cuyo destino principal sea el de vivienda (disposición adicional segunda, uno).  (iii)  Y por ahora, solo para daños causados por defectos estructurales [disposición adicional segunda, dos, en relación con art. 19.1.c)].            En lo que sigue, nos limitamos a la garantía hoy exigible. Dejamos, pues, de lado las previstas de futuro para los defectos funcionales [art. 19.1.a)] y de terminación o acabado [art. 19.1.b)]. ¿Entrarán algún día en vigor?  c)       Tipo de garantía:  *Seguro de daños materiales o seguro de caución* [art. 19.1.c)]. Nótese: no un seguro de responsabilidad civil.            En principio, es un *seguro de prima única*. Si se pacta lo contrario entre el tomador y el asegurador, *éste no podrá oponer al asegurado el impago de las primas* [arts. 19.2.b) y 19.3.a)]  *El seguro de caución debe ser a primer requerimiento; y el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que tuviera frente a tomador [art. 19.3.b) y c)].*  *d)         Tomador del seguro:*  *El promotor o el constructor por cuenta de aquél [arts. 19.2.a) y 19.3.a)]*  *Asegurados:*  *Los sucesivos adquirentes del edificio o parte de él y, en caso de seguro de daño, además el promotor [arts. 19.2.a) y 19.3.a)]*  *e)         Duración del seguro:*  *Necesariamente diez años, en beneficio del asegurado (art. 19.4)*  *f)         Capital asegurado:*  *El 100 por 100 del coste de la ejecución material de la obra, incluídos los honorarios profesionales [art. 19.5.c)].*  *Cabe una franquicia del 1 por 100 (art. 19.8.II).*  *Se puede sustituir la indemnización por la reparación in natura (art. 19.6).*  *g)         Exclusiones de cobertura:*  *Artículo 19.9. Especial importancia de la letra h): daños ocasionados por caso fortuito: ¿Seguro de daños o de caución?*  h)         Sanciones por incumplimiento de las garantías:  (i)   La misteriosa norma del artículo 19.7.  (ii)   Prohibición de acceso al Registro de la declaración de obra nueva (art. 20.1).  (iii)   Supervivencia registral forzosa de la sociedad promotora, hasta que hayan transcurrido doce años desde la recepción de la última de las obras promovidas sin contratación de garantías (art. 20.2).  **II.      Los "vicios de construcción" del legislador.**  1.       Una buena pista para tratar de comprender los muchos y graves defectos de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación la ofrece el preguntarse  No se trata de una Ley procedente del ámbito del Ministerio de Justicia, sino del seno de Ministerio de Fomento: funcionarios de este Ministerio, y muy en especial un entonces Abogado del Estado adscrito al mismo, redactaron el correspondiente Anteproyecto. El objetivo primordial de éste era resolver los conflictos de competencias entre arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros e ingenieros técnicos en la labores de proyección y dirección de obras. Pero, dada la escasa "popularidad" de una Ley puramente corporativa, se añadió la muy popular finalidad del proteger al "consumidor o usuario de vivienda". A esta protección se refiere con delectación la Exposición de Motivos de la Ley. No habla, sin embargo, de la otra clara, pero mucho menos popular, finalidad protectora de la Ley: la de proteger a los referidos profesionales técnicos de la construcción, que reiteradamente se habían quejado, y no sin alguna parte de razón, de que estaban soportando una cuota injustamente elevada de las responsabilidades por los vicios o defectos de construcción.  Luego veremos en qué medida se han logrado esas finalidades protectoras; aunque podemos avanzar ya que lo peor para dichos profesionales técnicos, la "presunción de causalidad de todos los agentes de la construcción, con la consecuencia de la responsabilidad solidaria", se ha mantenido en el artículo 17.3, pese a la engañosa declaración del artículo 17.2. Lo importante por el momento es señalar que la referidas finalidades se han tratado de conseguir mediante instrumentos típicos del Derecho Privado --responsabilidad civil y seguro--; pero los redactores de la Ley fueron unos funcionarios expertos, si en algo, en materias de Derecho Público. Y el resultado ha sido, como cabía esperar, bastante desastroso. Porque hacer buen Derecho Privado es difícil; mucho más difícil que hacer buen Derecho Público, pues prohibir es mucho más fácil que construir la estructura jurídica del mercado.  2.       Y es ésta la primera característica de la LOE que nos muestra su autoría: la naturaleza radicalmente imperativa de sus normas. Es cierto que ninguna de ellas lo declara así expresamente; pero la razón es muy simple: su autor, un funcionario del Ministerio de Fomento, no podía concebir otro tipo de normas que las imperativas.  Hagámonos algunas preguntas:  ¿Por qué razón se impide al dueño de una parcela pactar con el constructor que va a edificar sobre ella un chalet de veraneo que sólo responderá de los vicios de construcción en caso de dolo o culpa grave, o hasta un cierto límite cuantitativo (por ejemplo, el triple de su beneficio industrial)?            ¿Por qué razón se impide a un comitente como General Electric que, para la edificación de una planta industrial, pacte con las Ingenierías proyectistas y/o directoras de la obra análogas limitaciones de responsabilidad?            ¿Por qué razón se impide a los promotores ofrecer sus potenciales clientes la opción de comprar sus pisos con o sin el seguro previsto en el artículo 19 LOE, descontando en el segundo caso del precio de venta la prima de dicho seguro, y con las cautelas necesarias para asegurar que el comprador ejerce su opción consciente y libremente?            La unica explicación posible es que el legislador considera a los potenciales usuarios de edificios una suerte de incapaces mentales, inhábiles para captar lo que más conviene a sus intereses y, por tanto, necesitados de su tutela. Porque, sin duda, sería de una malevolencia incalificable sugerir siquiera que el legislador ha querido garantizar a los aseguradores un negocio obligatorio para los asegurados.  3.       Pero la autoría de la LOE no se revela sólo en su radical imperatividad. Por no hacer sangre, no nos regodearemos en el inequívoco "tufillo funcionarial" de algunos de sus preceptos. Véanse:  (i)   En la letra a) del artículo 9º.1 se dice que es obligación del promotor: "ostentar (sic) sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir sobre él".  (ii)   En la letra c) del artículo 10.2 se declara obligación del proyectista: "acordar en su caso con el promotor la contratación de colaboradores parciales".  (iii)   En la letra e) del artículo 11.2 se enumera entre las obligaciones del constructor "formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra".  (iv)  Y en el artículo 16.2 se dice que es obligación de los usuarios, incluso si son los propietarios, "la utilización adecuada de los edificios".            Textos todos que no puede proceder más que de quien sólo puede ver en los individuos y empresas sujetos pasivos de obligaciones frente al Estado.            Mucho más importante, sin embargo, que esos detalles terminológicos es la absoluta ignorancia del previo estado de la cuestión sobre la responsabilidad por ruina de edificos y vicios constructivos que la nueva regulación revela.            Comenzando por lo más espectacular: ¿Cómo es posible que los autores de la LOE no hayan tenido el detalle de informar a sus fieles súbditos sobre si la misma ha derogado, o no, el artículo 1.591 del Código Civil. Es muy probable que el silencio legal al respecto tenga una explicación bastante vergonzosa: la voluntad de los redactores de la LOE fue derogar aquel artículo; pero no se atrevieron a expresarlo, en parte, por el lógico temor a no saber bien qué se estaría derogando, y sobre todo, porque una expresa previsión de derogar un artículo del Código Civil hubiera exigido que el Anteproyecto de Ley fuese informado por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación. Y los funcionarios autores de aquél prefirieron evitar el dictamen de los molestos especialistas en Derecho Privado.            En cualquier caso, la pregunta sigue ahí. Y debo manifestar mi sorpresa ante el dato de que la práctica totalidad de los comentaristas de la LOE se hayan pronunciado por la derogación del citado artículo 1.591. ¿Se quiere sostener con ello que, por ejemplo, si "X" encarga a "Y" la construcción de su vivienda unifamiliar y ésta se demorona por un grave defecto estructural, causando la muerte del hijo de "X", éste no podrá pretender de "Y" la indemnización por el daño causado por dicha muerte?            ¿Acaso se responderá: sí, pero no con base en el artículo 1.591 del Código Civil, sino en las normas generales de la responsabilidad contractual?. Pues en tal caso, preguntaríamos: ¿también si han transcurrido más de diez años desde la recepción sin reservas de la obra, y con un plazo de prescripción de quince años?. Y continuaríamos preguntando: y eso valdrá también para los daños materiales al edificio, dado que el artículo 17.1 comienza diciendo "sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales"? Y si la respuesta a esta pregunta debiera ser afirmativa, ¿qué virtualidad práctica tendrían los plazos de garantía, si, cuando ya hubiesen transcurrido, cabría recurrir a las normas generales sobre la responsabilidad contractual durante quince años desde la producción de los daños materiales?            Y podemos continuar preguntando a quienes defienden la derogación tácita del repetido artículo 1.591: ¿Pretenden sostener que, con la flamante LOE, el promotor ha dejado de responder frente al subadquirente de un piso (con el que aquel no tiene relación contractual alguna) de los daños corporales o de los daños al mobiliario causados por la ruina del mismo?            La pregunta que acabamos de formular manifiesta que no es sólo el artículo 1.591 del Código Civil el que nos plantea muy graves dudas sobre el alcance derogatorio de la LOE. Pensemos ahora en la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. ¿Han quedado, o no, tácitamente derogadas, respecto del promotor-fabricante de productos inmobiliarios, las normas de los artículos 25 y siguientes de dicha Ley? Y si la respuesta fuese negativa --y no se ve cómo podría ser positiva, una vez claro que en la LOE el promotor no responde como fabricante de productos inmobiliarios, sino por los hechos ajenos de los demás agentes de la edificación--, ¿qué virtualidad práctica tendrán para él los repetidos plazos de garantía del artículo 17.1 que para nada aparecen en aquella Ley General?            Quien escribe estas líneas tiene la convicción de que lo que va a suceder en la práctica es que la LOE sólo se empleará cuando los plazos de garantía no hayan transcurrido (en cuya hipótesis, cuando se trate de daños corporales, se acudirá al art. 1.909 del Código Civil). Y cuando aquellos plazos ya hayan finalizado, se emplearán las normas generales sobre incumplimiento o las de responsabilidad civil de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y habré de confesar que no me parece mal, pues considero los repetidos plazos de garantía del todo absurdos. Con las técnicas y calidades de construcción actuales, no existe razón alguna para presumir que tras diez, o tres o un años los defectos estructurales, o funcionales o de acabado son fortuitos o debidos a culpa del perjudicado.  4.       La notable carencia de conocimientos de Derecho Civil de los redactores de la LOE encuentra una manifestación concreta y especialmente grave en la definición del promotor que contiene su artículo 9º.1:            "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".            Cualquiera mínimamente familiarizado con la práctica jurisprudencial sobre el artículo 1.591 del Código Civil habrá advertido de inmediato el pasmoso error que implican las palabras "para así". No, claro, un funcionario del Ministerio de Fomento, para el que promotor es igual a "todo el que debe pedir licencia de edificación". Pero para el Derecho Privado, y para la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el artículo 1.591 del Código Civil, nunca ha sido equiparable el que promueve "para sí" --que es el tradicional "dueño de la obra" del Código, ante el que el constructor y los profesionales técnicos responden contractualmente, y al que jamás se ha pretendido hacer responder de los defectos constructivos frente a cualquier subadquirente-- y aquel que promueve para comercializar sus productos inmobiliarios: que es el único "promotor" al que la jurisprudencia sobre el artículo 1.591 ha hecho responder frente a cualquier subadquirente de los defectos constructivos. Por eso, la jurisprudencia civil jamás consideró "promotores", por ejemplo, a las cooperativas de viviendas; jurisprudencia ésta, con la que es perfectamente congruente la norma del artículo 17.4, perfectamente contradictoria con la del citado artículo 9º.1.            Pero el error legislativo examinado no se limita, evidentemente, al campo de la responsabilidades: se extiende al de las garantías. ¿Por qué motivo puede obligarse a quien se hace construir en una parcela propia un chalet para vivir a asegurar durante diez años los daños materiales que el edificio pueda sufrir por vicios o defectos estructurales? Recuérdese que dicho obligatorio seguro sólo cubrirá los daños materiales al propio chalet (por tanto, ningún daño que pueda sufrir un tercero) ¿Será por si acaso el dueño lo vende? ¿Y por qué no se espera a ver si lo hace, o no, y si el comprador quiere, o no, el seguro?            En mi opinión, si la LOE impone tan pasmosa obligación, la LOE es en este punto derechamente inconstitucional, por violar, sin razón alguna que pueda justificarlo, el principio de autonomía de la voluntad, componente esencial de la dignidad de la persona humana que garantiza el artículo 10 de nuestra Ley Fundamental (exactamente tan inconstitucional como sería una hipotética ley que obligara a todos los ciudadanos con hijos a contratar seguros de vida de capital igual a un determinado múltiplo de sus ingresos anuales). Espero que así lo consideren también los Registradores de la Propiedad, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 20.1.  5.       Una pregunta final: las garantías contempladas en la LOE, ¿protegen de una manera efectiva a los sufridos compradores/usuarios de viviendas?            Sin duda lo hubieran hecho, si de verdad se hubiera tratado de un seguro de daños materiales o de caución a primer requerimiento, sin que el asegurador pudiera oponer excepción alguna al asegurado. Y muy probablemente así lo idearon los bienintencionados redactores del Anteproyecto: el usuario de una vivienda no tendrá nada de qué preocuparse; cuando aprecie cualquier daño material en aquélla procedente de un defecto de construcción, no tendrá más que llamar al asegurador, que lo reparará o pagará el coste de la reparación sin excepción alguna, y repetirá contra el que sea responsable del defecto de construcción. Así funciona, en efecto, un seguro de daños (y uno de caución a primer requerimiento, si bien éste permitiría también la repetición contra el asegurado en caso de que el defecto de construcción resultase caso fortuito), a diferencia de un seguro de responsabilidad civil.            Pero probablemente, luego llegaron los aseguradores y mostraron a nuestros bienintencionados funcionarios el tamaño del incremento en el precio de las viviendas que su tan paradisíaca propuesta comportaría. Y de ahí, no sólo la posposición sine die de las garantías contempladas para los daños causados por los defectos funcionales y de acabado, sino, sobre todo, la excepción de cobertura incluida en la letra h) del artículo 19.9: los daños ocasionados por caso fortuito. Esta crucial excepción desnaturaliza por completo un seguro de daños (o de caución a primer requerimiento), transformándolo en un seguro de responsabilidad civil con la normal acción directa del perjudicado frente al asegurador. Suponga cualquiera de ustedes que, teniendo el clásico seguro "multiriesgo del hogar", sufre determinados daños materiales en su vivienda a consecuencia de una explosión de gas. ¿Cabe concebir que, al notificar al asegurador el siniestro, éste advirtiera: no habrá sido un caso fortuito, porque en tal hipótesis no hay cobertura? | |