

ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia. Número 23. 2005. Págs.353-388

## LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN Y LAS GARANTIAS EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD

CONCHA RUIZ GARCÍA  
Secretaria de Juzgado de 1ª Instancia (*Cartagena*)

### SUMARIO:

I. LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN: 1. El promotor. 2. El proyectista. 3. El constructor 4. El director de obra. 5. El director de la ejecución de la obra. 6. Entidades y laboratorios de control de calidad. 7. Los suministradores de productos. 8. Los propietarios y los usuarios. II. LAS GARANTÍAS EN LA ACTIVIDAD DE LA EDIFICACIÓN. 1. Disposiciones comunes al sistema de garantías. 2. El seguro de daños materiales. 3. El seguro de caución. 4. Daños excluidos

**ABSTRACT:** The new Town Planning Ordination Law passed on 5th November, 1999, establishes in articles 8 to 16, the different kinds, functions and responsibilities of members involved in the building process: property developer, designer, building contractor, manager of the carrying out of the Project and organizations and quality control laboratories, so different from the legislation applied until nowadays, the so called theory of responsibility for ruin, that appeared in the laws of the Supreme Court and was based on the article 1591 of the Civil Code, that only mentioned the architect and the building contractor to whom Jurisprudence included or added the figure of property developer. Besides this, in article 19, the law provides enough guarantees to be achieved during the building process so that it can be real the quality and delimit responsibilities among the different members taking part in the building process, that is, to impose an insurance to cover possible damages or defects in the materials or during the building process period of time.

**KEYWORDS:** building agents, statement of responsibilities, guarantees, types of deadlines, dates.

## I. LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN

La Ley de Ordenación de la Edificación de 5 noviembre de 1999 (LOE) justifica en su Exposición de Motivos la necesidad de su promulgación al afirmar que el de la edificación “es uno de los principales sectores económicos con evidentes repercusiones en el conjunto de la sociedad y en los valores culturales que entrañan el patrimonio arquitectónico”.

El sector carecía, sin embargo, de una ordenación acorde con su importancia, ya que si bien la ordenación del suelo ha tenido tradicionalmente plasmación legal, no ha ocurrido así con el proceso de edificación, cuya parca regulación se establecía en el Código civil y en una variedad de normas plagadas de grandes lagunas tanto en el régimen de obligaciones y responsabilidades de los agentes de la edificación como en las garantías a establecer en beneficio de propietarios y demás usuarios.

Por otra parte, según la propia Exposición de Motivos, la sociedad demanda cada vez más la calidad de los edificios y ello incide tanto en la seguridad estructural y la protección contra incendios como en otros aspectos vinculados al bienestar de las personas, como la protección contra el ruido, el aislamiento térmico o la accesibilidad para personas con movilidad reducida. En todo caso, el proceso de la edificación, por su directa incidencia en la configuración de los espacios, implica siempre un compromiso de funcionalidad, economía, armonía y equilibrio medioambiental de evidente relevancia desde el punto de vista del interés general; así se contempla en la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea, cuando declara que “la creación arquitectónica, la calidad de las construcciones, su inserción armoniosa en el entorno, el respeto de los paisajes naturales y urbanos, así como del patrimonio colectivo y privado, revisten un interés público”.

Y es que el legislador alega como motivos que justifican “sobradamente” la necesidad de esta Ley, de un lado, dar continuidad a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y de otro, superar la discrepancia existente entre la legislación vigente y la realidad, por la insuficiente regulación actual del proceso de edificación, así como establecer el marco general en el que pueda fomentarse la calidad de los edificios; y, por último, el compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños, como una aportación más a la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En este marco, la LOE dedica los artículos 8 a 16 a regular las clases, funciones y responsabilidades de las personas que intervienen en el proceso de la edificación, o, en terminología de la misma, a los agentes de la edificación, a diferencia de la

legislación anterior que nos hablaba únicamente de contratista y arquitecto, a los que se asimilaba por la jurisprudencia. el llamado “promotor”.

De este modo el artículo 8 LOE da un concepto muy amplio de agentes de edificación al considerar como tales a “todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación”, añadiendo que “sus obligaciones vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención.” En particular la Ley regula las figuras de el promotor, el proyectista, el constructor, el director de obra, el director de la ejecución de la obra, las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación, los suministradores de productos y los propietarios y usuarios.

### 1. El promotor

La figura del promotor aparece regulada en el artículo 9 LOE, según el cual será considerado como tal “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”.

Con anterioridad a esta Ley, no existía un concepto de promotor que tuviera una aplicación general, sino diversos significados en normas sectoriales, distintos incluso del concepto de promotor elaborado por el Tribunal Supremo en los conflictos de responsabilidad por ruina del artículo 1591 del Código Civil. Así, la contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas -reformada en algunos de sus preceptos según la D. A. 1ª L.O.E.- según la cual promotor es la persona física o jurídica, incluidas las cooperativas de viviendas, que, con o sin ánimo de lucro, construye o encarga la construcción de viviendas para uso propio o de terceros, por cuenta propia o como mandataria, gestora o representante del dueño del suelo.

No obstante, el Tribunal Supremo, en el ámbito del art. 1591 del Código Civil, equiparaba promotor y constructor, salvo cuando se trataba de cooperativas de viviendas, sobre las que reiteradamente estimó que las mismas no estaban pasivamente legitimadas en la acción de responsabilidad por ruina. Sin embargo, el artículo 17.4 LOE extiende la responsabilidad del promotor por defectos constructivos a las personas físicas o jurídicas que a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas, por lo que la doctrina jurisprudencial anterior forzosamente se va a ver sustancialmente alteradas.

Esta definición legal ha planteado a la doctrina científica algunas cuestiones<sup>1</sup>, si bien, podemos concluir que, a nuestro juicio, el criterio decisivo para atribuir la

condición de promotor es la intervención decisoria en el proceso edificatorio como profesional del mercado inmobiliario, ya que el promotor tiene una responsabilidad incondicional frente a los adquirentes, basada en la confianza que generó en los mismos sobre la idoneidad del inmueble, resultado de su actividad de mercado.

Es decir, como recoge la sentencia de TS (1<sup>a</sup>) de 6 de mayo de 2004, los criterios determinantes de la inclusión del promotor en el círculo de las personas a que se extiende la responsabilidad del art. 1591, han sido, según reiterada y pacífica doctrina de esta Sala, los siguientes:

- a) que la obra se realice en su beneficio;
- b) que se encamine al tráfico de la venta a terceros;
- c) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial;
- d) que el promotor sea quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos;
- y e) que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción, criterio que aparece reflejado en numerosas sentencias (por todas, sentencia TS de 28 de enero de 1994)

En definitiva, intervención decisoria en el proceso edificatorio y promoción inmobiliaria como actividad de mercado.

En el sentido expuesto, la jurisprudencia ha venido asimilando a la figura del promotor, otras intervenciones en el proceso edificatorio como:

- 1) El promotor- constructor, es decir, quien promueve participando no sólo en la financiación sino también en la ejecución de la obra. No obstante, algunos autores<sup>2</sup> entienden que la LOE no contempla este supuesto en su definición legal, lo que deja de dar respuesta en tales casos a una cuestión práctica como es la adecuada articulación del trámite de documentación o formalización de la recepción de la obra ejecutada, ya que desde dicho acto formal comienza el cómputo de los plazos

---

1 Como se plantean CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y GONZALEZ CARRASCO, Carmen, en *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, 3<sup>o</sup> edición, Madrid 2000, pág. 314, tales como si la extensión del art. 17.4 de la LOE a los gestores de cooperativas y comunidades, ¿significa que las cooperativas y comuneros no son promotores conforme al art. 9.1 de la LOE? ¿Se puede, como dice el art. 17.4, actuar como promotor sin ser promotor conforme al art. 9.1 de LOE? Si la edificación tuviese defectos constructivos, ¿responden como promotores la cooperativa o los comuneros y también los gestores? O, por el contrario, si la cooperativa encomendó la promoción a un gestor profesionalizado - que, en la práctica, en muchos casos es incluso quien impulsa la constitución de la cooperativa- y, como sucede frecuentemente, lo apoderó irrevocablemente, ¿entonces quien responde como promotor es exclusivamente el gestor? En definitiva, ¿cuál es el criterio decisivo para ser considerado promotor?

2 Como XIMENEZ DE SANDOVAL, Enrique y SANTANA AROZENA, Fernando, en *El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE*, en *VVAA "Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, Estudios de Derecho Judicial 1"* n<sup>o</sup> 27, , CGPJ, Madrid 2000, pág 41.

de responsabilidad y garantía, y en este supuesto - en que coinciden en la misma persona promotor y constructor - puede ocurrir que se ignore dicho trámite, con el consiguiente perjuicio al resto de los agentes intervinientes en la edificación.

2) El promotor- vendedor, esto es, quien realiza la actividad decisoria sobre el proceso edificatorio sin intervenir en la ejecución de la obra.

3) El promotor- gestor de cooperativas de viviendas, como es el caso de los gestores de cooperativas de viviendas cuando el gestor no se limita a cumplir el encargo recibido por los cooperativistas, sino que interviene decisoriamente en el proceso edificatorio por cuenta de aquellos; sensu contrario, no son promotores cuando los cooperativistas se reservan la adopción de las decisiones fundamentales en el proceso edificatorio y ellos se limitan a cumplir el encargo recibido, por serle de plena aplicación la consolidada doctrina del Tribunal Supremo (Sala 1ª) representada por las Sentencias de 15 de octubre de 1996, de 26 de junio de 1997, 15 de marzo de 2001 y 25 de febrero de 2004 sobre las sociedades de gestión inmobiliaria, declarando la de 15 de marzo de 2001 la sujeción a la responsabilidad decenal “aunque se presenten como meros gestores”, y la de 25 de febrero de 2004, con cita de las de 3 y 15 de octubre de 1996, que “las actividades de gestión, administración y dirección del proceso edificativo son propias de los promotores y los que las llevan a cabo no quedan excluidos de la responsabilidad<sup>3</sup> .

---

3 Sentencia TS (sala civil) de 27-9-2004, EDJ 2004/143907, según la cual aunque el promotor-vendedor no hubiera asumido tareas de constructor, no por esto, en los supuestos del artículo 1591 del Código Civil está exento de toda responsabilidad, ya que la doctrina jurisprudencial, al haber incorporado la figura del promotor inmobiliario al ámbito de los responsables que por desfase histórico no contempla el referido artículo 1591 (Sentencia de 10-11-1999), no ha dicho que solo su responsabilidad proceda cuando se declara la del constructor, pues se puede apreciar como autónoma teniendo en cuenta el hecho de que al ser vendedor está ligado a los adquirentes por los correspondientes contratos y como tal asume el deber de entregar las cosas en condiciones de utilidad, es decir exenta de vicios constructivos que frustren su utilidad y uso (Sentencias de 2-12-1994, 30-12-1998, 12-3, 13-10-1999 y 11-12-2003) .

El promotor, añade, tiene una eficaz y decisiva intervención en el proceso edificativo, intervención que es continuada y parte desde la adquisición del solar y cumplimiento de trámites administrativos y urbanísticos para la edificación hasta llegar a presentar en el mercado un producto que debe ser correcto (STS de 21-3-1996), lo que le impone actividades de elección y contratación de los técnicos y constructores idóneos, actividades que permiten su inclusión en el artículo 1591 (Sentencias TS de 8-10-1990, 1-10-1991, 8-6-1992 y 28-1-1994 y 13 de mayo de 2002, pues los derechos de los adquirentes no decaen ni resultan desamparados por el hecho de no haber contratado con los constructores, o por no haber puesto reparos en el momento de la recepción de las viviendas o locales ya que sus relaciones son exclusivamente con el promotor que es quien lleva a cabo las obras con destino al tráfico y en su beneficio, lo que contribuye a que los compradores confían en su prestigio profesional. Está perfectamente admitido y declarado jurisprudencialmente la procedencia de la legitimación pasiva para soportar la acción de responsabilidad decenal, aunque no se trate de promotora-constructora (Sentencias TS de 21-2-2000 y 8-10-2001).

4) El cedente de solar por edificación futura: salvo que tenga una intervención decisoria en el proceso edificatorio y, por tanto, merezca la calificación de promotor, no tiene la consideración de tal, siendo indiferente que a cambio reciba una vivienda o un local, de la misma forma que es indiferente que sea o no constructor para atribuirle responsabilidad por los vicios de la construcción.

5) El promotor público: para algunos autores<sup>4</sup>, también entra dentro del concepto de art. 9.1 LOE, ya que entienden que actividad de mercado no es sinónimo de ánimo de lucro. Sin embargo, otros autores<sup>5</sup> entienden que por imperativo de lo dispuesto en el art. 1.3 de la LOE, las previsiones de esta Ley resultan virtualmente inaplicables a las Administraciones públicas y sus entes instrumentales sujetos a la legislación de contratos administrativos, incluso cuando unas u otros operen en el campo – que desde luego no tienen vedado por sus normas específicas- de la promoción de viviendas libres, y en tal caso, parece claro, alegan, que compiten en situación de evidente desventaja respecto de los promotores privados que operan en ese mismo segmento de mercado, sin que se aprecien razones cualificadas de interés público que justifiquen esta exención.

6) En las comunidades de propietarios también tiene la condición de promotor el gestor profesionalizado a quien, en su caso, los comuneros encomiendan las actividades propias de la promoción; si no existe tal gestor, todos los comuneros tienen la condición de promotores, incluso los que promueven para sí. En tal caso, la responsabilidad es mancomunada entre todos los comuneros, aunque de hecho sólo fuera alguno de ellos quien, sin dedicarse profesionalmente a la promoción, adoptase las decisiones fundamentales del proceso edificatorio.

7) El autopromotor: es la persona que, dueña del suelo, encarga a un contratista la realización de una obra destinada a uso propio. La LOE (art. 9.1) incluye en el concepto de promotor, al que lo hace para sí, de manera que las edificaciones que se realicen sin la intervención de un profesional especializado, tendrá la consideración de promotor quien adopte las decisiones fundamentales del proceso edificatorio, aunque la edificación se realice para satisfacer necesidades propias.

La consecuencia inmediata de esta inclusión es que el autopromotor está sometido al régimen legal de responsabilidades y garantías del Capítulo IV de la Ley y por tanto, obligado a concertar los seguros obligatorios (hoy sólo el

---

4 Como CARRASCO PERERA Angel, CORDERO LOBATO Encarna y GONZALEZ CARRASCO, Carmen, *Derecho de la construcción...*, cit., pág. 315.

5 Como XIMENEZ DE SANDOVAL, Enrique y SANTANA AROZENA, Fernando, en *El proceso constructivo...* cit. pág 41.

Decenal, como dispone la D.A.2º), ya que de otra forma, la obra nueva resultante no tendrá acceso al Registro de la Propiedad .<sup>6</sup>

Además de la definición legal, la LOE impone una serie de obligaciones al promotor en el mismo art. 9.2,<sup>7</sup> respecto de las cuales es preciso notar lo siguiente:

a) en cuanto a “ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él”, es preciso puntualizar que el promotor no dejará de serlo por el hecho de carecer de titularidad sobre el solar que le faculte para construir en él, como ocurre en el caso del promotor- gestor de comunidades o de cooperativas de viviendas, sino que lo relevante es que tenga facultades para construir sobre el solar, y para ello no es necesario que sea titular de derecho alguno sobre el mismo, basta con que el dueño del suelo le apodere para la construcción.

Por otro lado, aún cuando el promotor no ostentara sobre el solar un derecho cuyo contenido le facultase para construir en él en los términos antes expresados, la Ley tampoco prevé que el incumplimiento de esta obligación pueda ser objeto de sanción administrativa, ni tampoco las demás obligaciones del promotor o de los demás agentes, ya que la LOE carece de un catálogo de infracciones y sanciones.

b) En cuanto a la obligación de “facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, y autorizar al director de obra las

---

<sup>6</sup> Esta aplicación al autopromotor del régimen de garantías y seguros previsto en la Ley es criticado ampliamente por XIMENEZ DE SANDOVAL, Enrique y SANTANA AROZENA, Fernando, en op. cit. pág 39 y 40, quienes, resumidamente, alegan que el deber de aseguramiento que se impone al promotor se traduce en un sobrecoste para el mismo, que ante la falta de concurrencia de intereses generales, no justifica el desproporcionado intervencionismo del poder público en estos supuestos.

Sin embargo, considero hasta cierto punto justificada la aplicación del régimen legal de garantías del Capítulo IV, incluso para el autopromotor, en la medida en que no es infrecuente en la práctica que la edificación construida para uso propio puede ser transmitida más tarde a un tercero, estando todavía vigentes los plazos de garantía de la LOE; ahora bien, decimos que hasta cierto punto, en la medida en que el legislador podría haber arbitrado otras soluciones, como la exención de aseguramiento al autopromotor de plano, si bien con la excepción de que el mismo, vigentes los plazos de garantía establecidos en la Ley, pretenda la transmisión del inmueble edificado a un tercero, en cuyo caso, podía habersele impuesto la obligación ex lege de contratar un seguro de daños materiales o de caución por el tiempo que reste de los plazos de garantía y como requisito imprescindible para la inscripción de esta transmisión en el Registro de la Propiedad.

<sup>7</sup> Cuyo tenor literal es el siguiente: “Son obligaciones del promotor: a) Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él. b) Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción de un proyecto, así como autorizar al director de la obra las posteriores modificaciones del mismo. c) Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra. d) Suscribir los seguros previstos en el artículo 19. e) Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes”.

posteriores modificaciones del mismo”, entendemos que el legislador en este supuesto se refiere a las 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 (art. 12.2.d. LOE )

Y entendemos que ello es así porque cualquier modificación, incluida la debida a exigencias técnicas, requiere que el contratista sea autorizado por el comitente, o por el técnico director si el comitente delegó en él esta facultad, ya que toda modificación puede suponer aumento del precio<sup>8</sup>. Además, dicha autorización no está sujeta a forma alguna, y por tanto no es necesario que la misma conste por escrito, siendo suficiente y perfectamente válida la autorización meramente verbal, incluso la autorización tácita, esto es, derivada de actos concluyentes del comitente o promotor, como pueden considerarse las modificaciones realizadas a su vista, o la recepción de obra sin reparos sobre el aumento de obra o incluso hacer uso de lo edificado como resultado de la modificación.

c) “obligación de gestionar y obtener las licencias preceptivas y autorizaciones administrativas como la licencia de primera ocupación así como suscribir el acta de recepción de la obra”, junto con otros permisos de acometidas generales, etc. La obligación de suscribir el acta de recepción de la obra es un acto formal regulado en el art. 6 de la LOE que consiste en un acto por el que el contratista pone a disposición del promotor- comitente de la obra, la obra ya terminada, puede ser con o sin reservas, se documenta en un acta, y tiene una especial trascendencia por que el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en la Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda la misma tácitamente producida, esto es, cuando transcurridos treinta días desde la fecha de terminación acreditada en el certificado final de la obra, que se ha notificado por escrito al promotor, el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito.

d) En cuanto a la obligación impuesta al promotor de “suscribir los seguros previstos en el artículo 19”, tan solo poner de manifiesto que el único obligatorio en

---

<sup>8</sup> Y decimos que “puede” suponer aumento de precio por que no todas las obras adicionales consentidas por el comitente implican aumento del precio, y así, no cabrá aumentar el precio si las obras adicionales se deben a una inviabilidad técnica del proyecto previsible al tiempo de contratar, incluso cuando aquél fuera realizado por un tercero, o cuando las obras adicionales tienen como fin corregir defectos constructivos o rehacer lo que se destruyó por caso fortuito o fuerza mayor, ya que ello no implica aumento de obra sino prestación debida para el cumplimiento del contrato. Por el contrario, habrá derecho al cobro de las obras adicionales necesarias cuando la inviabilidad técnica se descubra durante la ejecución y se deba a circunstancias imprevisibles.



la actualidad es el seguro de daños materiales o de caución para garantizar durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio, cuyo destino principal sea el de vivienda, por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. La D.A.2ª prevé que mediante Real Decreto se establezca la obligatoriedad de suscribir los demás seguros que regula la Ley, si bien todavía no han sido regulados.

e) Respecto a la obligación de “entrega al adquirente de la documentación relativa a la obra ejecutada o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes”, el artículo 7 LOE establece que dicha documentación constituirá el Libro del Edificio, que estará formado por el proyecto y sus modificaciones debidamente aprobadas y entregadas por el director de obra, el acta de recepción, la relación identificativa de todos los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, y la documentación relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio junto a sus instalaciones, de acuerdo con la normativa que le sea de aplicación. Este Libro deberá ser entregado a los usuarios finales del edificio.

## 2. El proyectista

La figura del proyectista aparece regulada en el art. 10 que lo define como “el agente que redacta el proyecto por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, y para el que se exige distinta titulación según la clase de obras ex art. 2 LOE.

Además la ley prevé que otros técnicos, de forma coordinada con el autor del proyecto, puedan redactar proyectos parciales o partes que lo completen o desarrollen, en cuyo caso, cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto<sup>9</sup>,

---

<sup>9</sup> Llama la atención lo dispuesto en este art. 10 que atribuye a cada proyectista que lo es de un proyecto parcial o u otro documento técnico, que desarrolla o complementa el proyecto de forma coordinada con el autor de éste, la titularidad del proyecto parcial o parte que cada técnico realiza, y por tanto, la responsabilidad sobre el mismo, en la medida en que recordemos que el art. 17.5 establecía que cuando el proyecto hubiera sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responderán solidariamente. De ahí que nos preguntemos ¿entonces si cada proyectista asume la titularidad de su proyecto, tiene una responsabilidad personal e individualizada sobre el mismo, o por el contrario, asumen una responsabilidad solidaria respecto de la totalidad del proyecto?

En este sentido CARRASCO PERERA, Angel., CORDERO LOBATO, Encarna, y GONZALEZ CARRASCO, Carmen, en op. cit., pág. 116. entienden que la LOE se refiere a lo largo de su articulado a la posibilidad de que junto al que podemos llamar “proyecto principal” del edificio, existan proyectos parciales, de forma que cada proyecto es distinto, y cada proyectista asumirá la titularidad

sin perjuicio de lo dispuesto en los supuestos de contratación conjunta con varios proyectistas previsto en el artículo 17.5 de la LOE, según el cual cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responderán solidariamente de todo el proyecto.

La Ley establece como obligaciones del proyectista:

a) “Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante”, que será distinta según se trate de una clase de obras u otras, y así:

cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para alguno de los usos de art. 2.1.a), esto es, administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural, 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 de art. 2.1.b), esto es, aeronáutico, agropecuario, de la energía, de la hidráulica, minero, de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones), del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, forestal, industrial, naval, de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto, ingeniero o ingeniero técnico y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios comprendidos en art. 2.1.c) esto es, demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

Además, estos mismos criterios se seguirán respecto de los proyectos de obras a que se refiere el art. 2.2.b): obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, ya sea intervención total o parcial que produzca una variación esencial de la composición

---

y la responsabilidad de su proyecto, pero de lo único que responderá el proyectista principal que no redactó los proyectos parciales, es de la necesaria coordinación de todos ellos, entre los parciales entre sí y entre todos ellos con el principal, y dicha coordinación, debe extenderse a todos los proyectos que definan cualquier elemento de la edificación en el sentido amplio del art. 2 de LOE, incluidos también los elementos de urbanización, las instalaciones fijas y el equipamiento propio, aunque no formen materialmente parte del edificio en el sentido estricto del art. 2.1 LOE.

general exterior o volumetría o cambie los usos característicos del edificio. Y también respecto del proyecto de obra a que se refiere el art. 2.2.c): obras que supongan una intervención total en edificios catalogados o que dispongan de protección ambiental o histórico-artístico o que supongan una intervención parcial que afecte a los elementos o partes objeto de protección.

Cuando se trate de proyectar las instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio, podrán intervenir otros técnicos titulados del ámbito de la arquitectura o de la ingeniería, suscribiendo los trabajos por ellos realizados y coordinados por el proyectista; dichas intervenciones serán preceptivas si así lo establece la disposición legal reguladora del sector de la actividad de que se trate.<sup>10</sup>

b) Además, el proyectista debe “redactar el proyecto”, o conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras de edificación contempladas en el artículo 2, y entregar la edificación con los visados que fueran preceptivos.

Es doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que el objeto del visado es acreditar que el autor del proyecto cumple con los requisitos subjetivos que le habilitan para redactarlo, particularmente, la titulación. De forma que, si el proyecto ha sido redactado por técnico con titulación insuficiente, y fue visado por el Colegio, éste responderá frente al comitente que encargó el proyecto de los daños y perjuicios causados al comitente. Si, además, la incompetencia del técnico fue la causa que motivó la anulación de la licencia de obra por parte de la Administración concedente, entonces ésta responderá de los daños causados al titular de la licencia anulada.

Ahora bien, la LOE no ha fijado el contenido obligatorio mínimo que ha de contener el proyecto, sino que se limita simplemente a definirlo en los términos expuestos (art. 4.1)<sup>11</sup>, de forma que se seguirá aplicando la legislación anterior, y en particular el Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se dictan normas

---

10 En opinión de CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y GONZALEZ CARRASCO, Carmen, op. cit. pág 325, dicha norma no debe alterar la regla jurisprudencial en virtud de la cual el técnico competente para la edificación de que se trate lo es también para las obras accesorias y complementarias de la misma, pero nunca hay competencia sobre lo accesorio cuando no la hay sobre lo principal, sin embargo, entienden estos autores, esta regla, como expresa el último párrafo de art. 10.2ª) citado de LOE, solo decae cuando sobre el elemento accesorio exista una reserva competencial de otro titulado.

11 Según el cual: “El proyecto es el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras contempladas en el art. 2. El proyecto habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable”.

sobre la redacción de proyectos y la dirección de obras de edificación, según el cual el proyecto deberá contener, al menos, documentación gráfica y planos que contengan las referencias necesarias para la completa definición y conocimiento de la estructura y de las instalaciones del edificio (art.1.B), y también contendrá una Memoria y un pliego de prescripciones técnicas particulares, donde se hará constar la observancia de las normas técnicas que sean de aplicación, incluida la normativa autonómica correspondiente y las bases detalladas del cálculo de la estructura que se acompañarán como Anexo a la Memoria (art. 1.A )

A estos contenidos obligatorios, hay que añadir también lo que, en su caso, exijan los reglamentos de los Colegios profesionales.

c) Por último, el proyectista puede “acordar, en su caso, con el promotor la contratación de colaboraciones parciales”.

En este punto nos remitimos a las referencias ya efectuadas de los proyectos parciales, la coordinación de los mismos y el proyecto principal en el apartado a) de este epígrafe.

### 3. El constructor

En cuanto a la figura del constructor - o contratista, en terminología del Código Civil- se trata de la persona física o jurídica 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 Código Civil alude a este agente de la edificación con la denominación de contratista, y lo regula dentro del arrendamiento de obra en Capítulo III, de Título VI del Libro IV.

Son obligaciones del constructor según el art. 11 de la Ley:

a) “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”.

Para algunos autores<sup>12</sup>, el constructor durante la ejecución del proyecto y cumplimiento de las órdenes e instrucciones de la dirección facultativa no se limita a su cumplimiento ciego ya que el hacer constructivo del constructor no es de autómatas ni de subordinación total y absoluta a la dirección facultativa, sino que el constructor cuenta con margen suficiente para no ejecutar aquello que es inviable y ante una orden o instrucción que considere no es la más beneficiosa para la obra puede proponer a la dirección facultativa la solución que estime más adecuada y conveniente.

---

<sup>12</sup> En estos términos se expresa PORTO REY, Enrique, en “Aspectos técnicos de la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación”, Cuadernos de Urbanismo, ed. Montecorvo, 3ª edición, Madrid 2001, pág.127.

b) La LOE determina que el constructor ha de “tener la titulación o la capacitación profesional habilitante para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor”, lo que no deja de ser cuanto menos insólito ya que en la realidad normativa no existe una titulación específica cuyo objeto sea formar a constructores, ni se especifican las condiciones exigibles para ello, siendo una actividad a ejercitar por cualquier persona física o jurídica que acredite el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

De ahí que nos llame la atención esta previsión legal que no pasa de ser una declaración de buenas intenciones aunque lo deseable es que pudiera tener su plasmación efectiva en un futuro por vía reglamentaria<sup>13</sup>.

c) El constructor “designa al jefe de obra, quien asumirá la representación técnica del mismo en la obra y por su titulación o experiencia, deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra. De este modo se reconoce legalmente la figura del jefe de obra, y aunque la capacitación que se exige al mismo no esta regulada siquiera reglamentariamente, sí puede ser concretada por las partes contractualmente en el contrato de obra.

d) El constructor “asigna a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera”. El director de obra y el director de la ejecución de la obra concretarán los medios humanos y materiales que la importancia de la obra requiera, y el constructor los asignará.

e) “ Formaliza las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato”.

Con esta previsión legal el legislador admite las subcontratas de determinadas partes de la edificación, instalaciones, etc, pero a diferencia de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, no impone directamente

---

13 Además de esta crítica, XIMENEZ DE SANDOVAL, Enrique, y SANTANA AROZENA, Fernando, El proceso constructivo....., cit, pág. 44, añaden que constituyen una omisión que lamentar que la Ley no haya dispuesto la existencia preceptiva de un constructor principal, poniendo coto así a las situaciones –tan frecuentes hoy en el ámbito de las instalaciones de grandes superficies- de concurrencia en una misma obra de tantos constructores como prácticamente unidades de obra, con las considerables disfunciones que ello genera en el plano de las relaciones constructor-dirección facultativa, cuya interlocución se multiplica más allá de lo que tolera un razonable control y coordinación del proceso constructivo en su conjunto, conduciendo además, por su través, a una formalización hipertrofiada del trámite de recepción de la obra, a la firma de cuya acta habrán de ser llamados, con el consiguiente deslinde, una multiplicidad de constructores, enturbiando con ello, a fin de cuentas, la siempre deseable determinabilidad futura del origen de eventuales vicios y defectos constructivos, por mucho que en última instancia quepa el recurso a la declaración de responsabilidades solidarias, lo que no deja de ser una solución, quizás equitativa desde la perspectiva de propietarios y usuarios, pero intrínsecamente injusta desde la de los distintos agentes intervinientes.

al constructor limitación alguna para la subcontratación ni siquiera del cincuenta por ciento como máximo del presupuesto del contrato, de manera, que las condiciones que han de regir y limitar, en su caso, las subcontrataciones vendrán determinadas por lo dispuesto en el contrato suscrito entre el promotor y el constructor.

Además, la Ley no reconoce al subcontratista como agente directo de la edificación, sino que lo incluye dentro del concepto genérico del agente constructor, y en consecuencia, no le impone obligaciones y responsabilidades directas como sí hace con los demás agentes explícitos de la edificación, sino tan solo vendrá obligado de lo que se derive de las estipulaciones del contrato suscrito con el constructor, y sólo responde ante él, por los defectos o vicios de la parte de obra subcontratada. De manera que las relaciones del subcontratista con los demás agentes de la edificación no son directas sino indirectas, esto es, a través del constructor que contrata con él, y el contrato que el constructor a su vez ha suscrito con el promotor no se ve afectado por esta nueva relación contractual del constructor sino que ambos vínculos contractuales coexisten .

En definitiva, la LOE reconoce la posibilidad del constructor de subcontratar determinadas partes o instalaciones de la obra contratada, siempre que no medie una prohibición legal en el sector en que se desenvuelva la subcontrata, que esta posibilidad no haya sido prohibida o excluida en el contrato de obra entre el promotor y el constructor, o bien, que el contrato de obra haya sido suscrito por ambos agentes en atención a las cualidades personales del constructor.

f) “Firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra”.

g) El constructor ha de “facilitar al director de la obra los datos de la obra que sean necesarios para que éste pueda elaborar la documentación de la obra ejecutada”, y con ello integrará parte del contenido del Libro del Edificio.

h) Además, ha de “suscribir las garantías previstas en el art. 19”, según el cual debe establecer un seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicio o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un cinco por ciento del importe de la ejecución material de la obra. Ahora bien, por aplicación de lo dispuesto en D.A.2ª.Dos, este seguro no es obligatorio hasta que no se establezca su efectividad mediante Real Decreto y sobre ésta y otra garantías incidiremos más adelante.

En cualquier caso, además de las responsabilidades contractuales dimanantes del contrato de obra, y la responsabilidad general establecida en el art. 17.1 de la Ley para todos los agentes intervinientes en el proceso de la edificación, el constructor tiene unas responsabilidades específicas derivadas del ejercicio estricto de su actividad como es una responsabilidad directa 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 la obra como representante suyo en la obra, y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan, una responsabilidad directa de los daños materiales por vicios o defectos de la ejecución de obra por subcontratas efectuadas por él, y una responsabilidad directa por los daños materiales causados por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos directamente o aceptados por él.

#### 4. El director de obra

El director de obra forma parte de la dirección facultativa de la misma, que está constituida por el director de la obra y el director de la ejecución de la obra.

El art. 12 de la Ley lo define como 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”.

Esta dirección de obra puede ser general, es decir, una persona física o jurídica responde de la dirección de toda la obra - y a su vez esta dirección general puede ser individual, si la ejerce un solo técnico, o por equipos, en caso de que se ejerza por varios agentes profesionales habilitados con obligaciones compartidas y responsabilidad solidaria entre ellos- o parcial, posibilidad a que alude el art. 12.2 de la Ley cuando señala que podrán dirigir las obras de los proyectos parciales otros técnicos, bajo la coordinación del director de la obra, de manera que la dirección de obra se ejerce tan solo sobre una parte de la obra objeto del proyecto parcial, bajo la coordinación del director general de la obra.

Son obligaciones del director de obra:

a) Estar en posesión de “la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante”. De igual forma que distinguíamos dentro del concepto de proyectista diferente titulación exigida según la clase de obras de art. 2 de la Ley, tal distinción se hace dentro del concepto de director de obra, de manera que:

cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para alguno de los usos de art. 2.1.a), esto es, administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural, 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 de art. 2.1.b), esto es, aeronáutico, agropecuario, de la energía, de la hidráulica, minero, de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las

telecomunicaciones), del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, forestal, industrial, naval, de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación, la titulación académica y profesional habilitante con carácter general será la de arquitecto, ingeniero o ingeniero técnico y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios comprendidos en art. 2.1.c) esto es, demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

Además, estos mismos criterios también se seguirán respecto de las obras a que se refiere el art. 2.2.b): obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, ya sea intervención total o parcial que produzca una variación esencial de la composición general exterior o volumetría o cambie los usos característicos del edificio. Así como respecto de las obras a que se refiere el art. 2.2.c): obras que supongan una intervención total en edificios catalogados o que dispongan de protección ambiental o histórico-artístico o que supongan una intervención parcial que afecte a los elementos o partes objeto de protección.

Pero a diferencia de lo que sucede con la proyección, donde la LOE exige que existan proyectos parciales realizados por técnicos especializados cuando la legislación aplicable les reserve la competencia sobre instalaciones o elementos del edificio, en sede de dirección de obra, la LOE no prevé ninguna regla parecida en cuanto a la competencia para ser director de obra de las instalaciones fijas, el equipamiento propio y los elementos de urbanización adscritos al edificio, tan solo se prevé que podrá haber directores de proyectos parciales.

No obstante, algunos autores<sup>14</sup> entienden aplicables a la dirección de obra los mismos criterios que a la proyección, ya estudiados,

b) “Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno”. De ordinario, el mismo profesional autor del proyecto será el director de la obra, pues quien mejor puede llevar el proyecto a la práctica, será lógicamente su autor, pero, puede ocurrir que

---

14 CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y GONZALEZ CARRASCO, Carmen, en op. cit., pág. 328



el proyecto no haya sido redactado por él, en cuyo caso entendemos que responderá igualmente del mismo ya que este precepto le impone la obligación de verificar el proyecto y adecuarlo a la realidad, de manera que si no cumple dicha obligación, será responsable de su actuación.

c) “Resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Ordenes y Asistencias<sup>15</sup> las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto”.

d) “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”. Como vemos, el director de obra tiene la función específica de interpretar el proyecto y de hacerlo entender a los demás técnicos que intervienen en la obra; para ello debe proporcionar al director de la ejecución y al constructor las instrucciones, gráficos, planos y documentos de detalle necesarios para que éstos puedan conocer los datos técnicos del proyecto que les permitan adoptar las medidas oportunas para la correcta ejecución práctica de la obra, resolviendo las contingencias que se produzcan y dando las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto. En consecuencia, el enjuiciamiento de la responsabilidad del director de la obra ha de hacerse principalmente en contemplación al proyecto, de ahí, la dificultad en deslindar su responsabilidad de la del proyectista. Solamente cuando se hubieran introducido por el director modificaciones al proyecto o cuando las instrucciones dadas para su interpretación fueran incorrectas podrá diferenciarse la responsabilidad de ambos técnicos.

e) “ 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”.

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

---

15 El Decreto 462/1971, de 11 de marzo de 1971, de Normas sobre Redacción de Proyectos y Dirección de Obras de Edificación, establece en su art. 4 que en toda obra de edificación será obligatorio el Libro de Ordenes y Asistencias en el que la dirección facultativa deberá reseñar las incidencias, órdenes y asistencias que se produzcan en el desarrollo de la obra. El visado por el Colegio Profesional del certificado final de obra requiere la presentación simultánea del Libro de Ordenes y Asistencias debidamente cumplimentado. Modificado por RD 129/1985, de 23 de enero.

En este sentido y al detalle, la OM 9 de junio de 1971, por la que se dictan normas sobre el Libro de Ordenes y Asistencias en las obras de edificación.

g) “Las obligaciones relacionadas en el art. 13 (las del director de la ejecución de la obra) en aquellos casos en los que el director de la obra y el director de la ejecución de la obra sean el mismo profesional, si fuera ésta la opción elegida conforme al art. 13.2.a)”.

### 5. El director de la ejecución de la obra

Como complemento a la dirección de la obra, la Ley regula esta figura como 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.

Son obligaciones del director de la ejecución de la obra:

a) “Poseer la titulación académica y profesional habilitante y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante”.

Dentro de este art. 13.2 se distingue:

- cuando la obra tenga por objeto la construcción de edificios para usos de artículo.2.1.a), se exigirá titulación de arquitecto técnico.
- cuando la obra tenga por objeto la construcción de edificios para usos de art. 2.1.b) y fueran dirigidas por arquitecto, el director de la ejecución deberá tener la titulación de arquitecto técnico.
- en los demás casos, la dirección de la ejecución de la obra puede ser desempeñada indistintamente por profesionales con la titulación de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico.

“Verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas”. Esta obligación hemos de integrarla con lo dispuesto en el art. 14.3.a) en cuanto que atribuye a los Laboratorios de ensayos, como agentes de la edificación, en el ámbito del control de calidad, la obligación de notificar al director de la ejecución de la obra el resultado de los ensayos técnicos aunque no fuesen encargados por él, y 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.<sup>16</sup>

“Consignar en el Libro de Ordenes y Asistencias las instrucciones precisas”.

“Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de

<sup>16</sup> Reiterada jurisprudencia en este sentido, como sentencia de TS (Sala Civil) de 11-2-2005, al considerar que la responsabilidad de los arquitectos técnicos por su actuación profesional en la última fase de la obra -en su calidad de ejecutores materiales de lo proyectado por el arquitecto superior- lo son por lo que podría denominarse vicio de ejecución, dado que a los mismos les corresponde la ejecución material de la obra y la comprobación de su correcta ejecución.

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 la vista de estas obligaciones que se atribuyen al director de la ejecución, observamos que no siempre es fácil distinguir las funciones del mismo con las del constructor, ya que ambos ejercen sus funciones en el campo de la ejecución material de la obra, en la que a menudo se plantean cuestiones para las que el proyecto no da unas instrucciones precisas. Ambos profesionales responden de todo lo relacionado con la inspección de los materiales y mezclas a emplear en la obra, cuidando de que reúnan las proporciones, dosificaciones, dimensiones y condiciones de calidad previstas en el proyecto, si bien corresponde al director de la ejecución la realización de pruebas y ensayos precisos, por lo que pudiera pensarse que la obligación de éste es más cualificada en este punto. Entendemos que ha de ser así por que lo que caracteriza y define al director de la ejecución es dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones de acuerdo con el proyecto y las instrucciones del director de obra. Lo que sucede es que si la obra no se acomoda al proyecto siempre responderá el director de ejecución de la obra salvo que conste en el Libro de Ordenes haber dado las instrucciones precisas para su adecuación al mismo, pero cuando la obra no se adecúa a las reglas de la ejecución material, será más difícil probar que ha sido por culpa exclusiva del director de la ejecución -salvo el mismo supuesto de que haya registrado sus instrucciones en el Libro de Ordenes- ya que, de ordinario, responderá el constructor, de quien se presume que conoce su trabajo y la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones.

En definitiva, la única responsabilidad diferenciada que puede darse entre el director de la ejecución y el constructor es, por tanto, cuando el segundo no haya seguido las instrucciones dadas por el primero, y siempre que así conste en el Libro de Ordenes, que la mayoría de veces se convierte en una mera formalidad, pero cuya utilidad queda fuera de toda duda en estos supuestos.

## **6. Entidades y laboratorios de control de calidad**

La LOE incluye como agentes de la edificación las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación, que aunque regulados por la misma en un mismo precepto constituyen dos agentes autónomos.

En el art. 14 define las entidades de control de calidad de la edificación como aquellas entidades 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, mientras que los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación están 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.

Son obligaciones de las entidades y de los laboratorios de control de calidad:

Prestar asistencia técnica y entregar los resultados de su actividad al agente autor del encargo y, en todo caso, al director de la ejecución de las obras.

Justificar la capacidad suficiente de medios materiales y humanos necesarios para realizar adecuadamente los trabajos contratados, en su caso, a través de la correspondiente acreditación oficial otorgada por la Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

De manera que los laboratorios de control, o laboratorios de ensayos, se limitan a la asistencia técnica concretada en la realización de ensayos o pruebas, mientras que las entidades de control en general, tienen por objeto la realización de cualquier actividad de asistencia dirigida a verificar la calidad de la obra, de acuerdo con el proyecto de obra y con la normativa aplicable. Esta verificación se extiende, por un lado, a la calidad técnica del propio proyecto, ya que como hemos expuesto, el proyectista ha de redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo establecido en el contrato (art. 10.2.b), de forma que si el proyectista por propia iniciativa considera aconsejable someter a una de las entidades de control la verificación de la calidad del proyecto, asumirá el coste de dicho control, aunque también puede solicitar el control otro agente como el promotor, el constructor, el director de obra, director de ejecución de la obra o asegurador, en cuyo caso, el solicitante asumirá los gastos de dicho control.

Y de otro lado, la verificación de la calidad de la obra se extiende a la calidad de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones, de acuerdo, además de con la normativa, con el proyectista. El coste de la verificación será normalmente a cargo del constructor, si bien en caso de que se demuestre que no reúnen la calidad debida los materiales o las instalaciones, repercutirá el coste al suministrador.

En cualquier caso, no existe por parte de los demás agentes de la edificación obligación de acudir a estas asistencias técnicas, sólo acudirán en la medida en que lo estimen necesario para asegurar la calidad normalizada del proyecto, la Ley habla de “encargo” por parte de uno de los agentes de la edificación a una entidad de control o a un laboratorio de ensayos de asistencia técnica, lo que da lugar al nacimiento entre ambos de una relación contractual. Y también en este mismo precepto 14.3.b) de la Ley, ésta define dicha relación como “trabajos contratados”. Es claro que la naturaleza de este contrato será la del arrendamiento de obra.

Pero además, el art.14.3.a) introduce un especialidad respecto al régimen del contrato civil de arrendamiento de obra, cual es, que una vez realizado el trabajo de

control de calidad, su resultado se entregará no solo a la parte contratante, o en terminología de la Ley, “al agente autor del encargo” sino “en todo caso” establece dicha norma, al director de la ejecución de la obra, aunque no fuera éste quien hubiera contratado dicho control, lo que no deja de ser sorprendente, si bien, tiene su causa, con toda probabilidad, en la naturaleza de las obligaciones que tiene atribuidas el director de ejecución de la obra, ya estudiadas, en la medida en que al mismo corresponde verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas (art.13.2.b) así como dirigir la ejecución material de la obra (art. 13.2.c) de forma que si otro de los agentes de la edificación encarga y obtiene los resultados de un control de calidad, lo lógico es que se entreguen al agente que asume la responsabilidad por la ejecución material de lo que ha sido objeto de control, pues de otro modo, se estaría atentando a la buena fe contractual.

Además, el control de calidad podrá llevarse a cabo por laboratorios públicos autorizados para ello o por laboratorios acreditados conforme a lo dispuesto en el RD 1230/1989, de 13 de octubre, sobre disposiciones reguladoras generales de la acreditación de Laboratorios de Ensayos para el Control de calidad en la Edificación, modificado por RD 1512/1992, de 14 de diciembre. Por último y para concluir este apartado, tanto a las entidades de control de calidad como a los laboratorios de ensayos, en la medida en que el legislador los incluye bajo el epígrafe de “agentes de la edificación” de Capítulo III, les son de aplicación el régimen general de responsabilidad de art. 17 y siguientes de la LOE, lo que determina que en caso de que alguno de los agentes de la edificación haya acudido a una de estas entidades de control y haya actuado de conformidad a la asistencia técnica prestada por ella, si el daño material en el proceso de edificación ha ocasionado por un vicio o defecto debido a tal asistencia, el propietario o adquirente del edificio podrá dirigirse directamente frente a los demás agentes de la edificación como el promotor, pero éste podrá repetir contra la entidad de control con la que el mismo contrató. Luego, responden frente a quien los contrató, no frente a los propietarios, como ocurría en caso del proyectista que contrata vía art. 17.5, in fine, en virtud del cual responde el contratista del proyecto contratado o encargado a otro profesional, sin perjuicio de que el mismo pueda luego repetir contra él.

### **7. Los suministradores de productos**

La LOE utiliza esta denominación para referirse a los proveedores de materiales, a los que asimismo califica de agentes de la construcción en este mismo art. 15, estableciendo que se consideran suministradores de productos los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción. Se entiende por producto de construcción el 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.

Son obligaciones del suministrador:

a) “realizar las entregas de los productos de acuerdo con las especificaciones del pedido, respondiendo de su origen, identidad y calidad, así como del cumplimiento de las exigencias que en su caso establezca la normativa técnica aplicable”.<sup>17</sup>

En este sentido recordemos que la primera obligación del transmitente de productos de construcción, ya sea fabricante, importador o vendedor intermedio, es la de realizar las entregas de acuerdo con las especificaciones del pedido, es decir, en la calidad y cantidad pactada o, a falta de pacto sobre calidad, de una calidad media.

Además, la comercialización y utilización de productos de construcción sujetos a normas técnicas está condicionada al cumplimiento de aquellas. Y los productos sujetos a normas técnicas a nivel comunitario deberán sujetarse a éstas. Ahora bien, también es posible la comercialización e instalación de productos que no estén sujetos a normas técnicas en el mercado comunitario, de manera que podemos diferenciar varios supuestos a tenor de lo dispuesto en el RD 1630/1992, de 29 de diciembre sobre disposiciones para la libre circulación de productos de construcción, en aplicación de la Directiva 89/106/CEE, modificado a su vez por RD 1328/1995, de 28 de julio<sup>18</sup>, en función de la procedencia de la fabricación del producto: 1º) si los productos en cuestión han sido fabricados en España, podrán continuar siendo comercializados en territorio español siempre que cumplan las disposiciones nacionales; 2º) si fueron fabricados en otro Estado miembro, entonces,

---

17 La Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, ya establecía en su art. 13.1 que <Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz, y suficiente sobre sus características esenciales, y al menos, sobre las siguientes: a) origen, naturaleza, composición y finalidad. B) aditivos autorizados que, en su caso, lleven incorporados. c) calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen. d) precio completo, o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos en su caso, y de los coste adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares. e) fecha de producción o suministro, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad. f) instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.>

18 Como hace CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y GONZALEZ CARRASCO, Carmen, op. cit. pág 333 y siguiente.

previa petición expresa e individualizada, la Administración del Estado los considerará conformes con las disposiciones españolas vigentes- mediante la emisión del correspondiente certificado- si han superado los ensayos y las inspecciones efectuadas de acuerdo con los métodos en vigor en España, o por métodos reconocidos como equivalentes por España, por un organismo autorizado en el Estado miembro en el que se hayan fabricado, que haya sido comunicado por éste con arreglo a los procedimientos establecidos en la Directiva 89/106/CEE, y 3º) si proceden de países no comunitarios, podrán importarse, comercializarse y utilizarse en territorio español si satisfacen las disposiciones nacionales, hasta que las especificaciones técnicas europeas correspondientes dispongan otra cosa (art. 9.3 del RD 1630/1992).

b) “Facilitar, cuando proceda, las instrucciones de uso y mantenimiento de los productos suministrados, así como las garantías de calidad correspondientes para su inclusión en la documentación de la obra ejecutada”.

Es evidente que cuando sea necesario por exigirlo así el tipo de producto, el suministrador deberá facilitar al constructor las instrucciones sobre el uso y mantenimiento de los productos suministrados, y las garantías de calidad de los mismos, y esta documentación debe estar incluida entre aquella a que se refiere el art. 7 de la LOE, es decir, la documentación que el director de la obra debe facilitar al promotor, junto con el proyecto y sus modificaciones. Y éstas, junto con el acta de recepción de la obra del constructor, la relación identificativa de los agentes intervinientes, y las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, constituirán el denominado Libro del Edificio, que se entregará a los usuarios finales del mismo.<sup>19</sup>

Además, los productos de construcción deberán llevar los sellos de calidad que exija la normativa aplicable, y entre ellos, en la legislación española:

el marcado: el art. 2 del RD 1630/1992 dispone que los productos de construcción podrán importarse, comercializarse y utilizarse en todo el territorio español siempre que sean idóneos para el uso a que estén destinados, es decir, entre

---

<sup>19</sup> También este segundo apartado ha sido regulado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, que en su art. 13.2 dispone: <Las exigencias concretas en esta materia se determinarán en los Reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad de los productos o servicios, en las reglamentaciones o normativas especiales aplicables en cada caso, para garantizar siempre el derecho de los consumidores y usuarios a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva. En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley, se facilitará además al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo.>

otros requisitos, siempre que lleven el marcado “CE”.

la certificación de conformidad sobre seguridad industrial, que sustituye a la homologación obligatoria a la que las normas españolas sujetan a ciertos productos de construcción (DA 5<sup>a</sup>)

la comercialización de algunos productos de construcción esta sujeta a previa autorización de uso expedida por el Ministerio de Fomento, como por ejemplo, para la comercialización de forjados o estructuras de pisos y cubiertas que pretendan utilizarse para su empleo en obras de edificación, salvo que los elementos en cuestión fueran proyectados para la obra por el técnico autor del proyecto y ejecutados bajo su dirección.

Junto a ellos, existen otros sellos de calidad que no son obligatorios, como el sello INCE, y el Documento de Idoneidad Técnica<sup>20</sup>.

## 8. Los propietarios y los usuarios

De manera un tanto sorprendente, la LOE considera también a los propietarios y usuarios como agentes de la edificación aunque, en realidad, no intervienen en el proceso de la edificación sino posteriormente cuando el mismo ha concluido, y ha dado como resultado el edificio, sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, con la consecuencia inmediata de la posibilidad de reclamar la responsabilidad por daños prevista en el artículo 17 de la LOE.

Recordemos en este sentido que durante la única vigencia en sede de responsabilidad del artículo 1591 de Código Civil, ya la jurisprudencia atribuía legitimación activa al propietario o sucesivos adquirentes del edificio que sin intervenir en el contrato de obra, y por tanto sin ostentar la condición de contratista

---

20 El Sello INCE fue creado por una OM de 12.12.1977 como distintivo de calidad que se concedería a cualquier producto, equipo o sistema utilizable para la construcción o el equipamiento de edificios, en reconocimiento de su adecuación tecnológica. Su concesión significa el reconocimiento de que el producto se ha fabricado con la materia prima idónea, que el fabricante ha puesto los materiales adecuados de fabricación y control y que la calidad estadística de la producción es adecuada, pero no es obligatoria la utilización de productos con este Sello. Se concede por el Ministerio de Fomento, a propuesta de la hoy Dirección general de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo, que determina los requisitos exigibles para cada familia de productos, y tiene una validez anual.

El Documento de Idoneidad Técnica está regulado en OM 23.12.1998, y constituye una evaluación técnica favorable de la idoneidad para la utilización de un material, procedimiento o sistema constructivo no tradicional en la construcción, esto es, aquellos que no están regulados por normas europeas o nacionales que permitan satisfacer las exigencias esenciales; de hecho, si un material esta regulado de tal forma, no podrá ser objeto de concesión de este Documento.

En España lo concede el Instituto “Eduardo Torroja” de la Construcción y del Cemento del CSIC, que forma parte de la Agrupación europea de Institutos de la construcción y del cemento.



ni de comitente reclamaba responsabilidad por ruina al agente del daño en base a la teoría de la transmisibilidad de los derechos y acciones.<sup>21</sup>

No obstante, dicho precepto no define lo que se entiende por propietario y usuario, sino que se limita a señalar como obligaciones de los mismos:

conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, así como recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantía con que ésta cuenta.

la utilización adecuada de los edificios o de parte de los mismos de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento contenidas en la documentación de la obra ejecutada.

En primer lugar, la LOE no explica qué debe entenderse por “buen estado”, pero, a mi juicio, dicha noción debe relacionarse con los requisitos esenciales de la edificación que se especifican en el art. 3 de la Ley, y sobre los que ya hicimos referencia, y, consecuentemente, la edificación dejará de estar en buen estado cuando no pueda satisfacer o responder adecuadamente al cumplimiento de aquellos requisitos esenciales.

En cuanto a la obligación de utilización adecuada de la edificación, tan solo resaltar que en los edificios sobre los que exista un régimen de propiedad horizontal y en los complejos inmobiliarios, la obligación de utilización adecuada se refiere tanto a los elementos privativos como a lo que constituyan elementos comunes en el régimen de propiedad horizontal; de forma que en los edificios en régimen de propiedad horizontal, el art. 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, redactado por la Ley 8/99, de 6 de abril, permite al propietario del piso o local modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exterior o perjudique los derechos de otro propietario.

Respecto de la obligación de mantenimiento y conservación que tiene el propietario tengamos en cuenta que el art. 9.1 hace recaer sobre el mismo, y no sobre la comunidad de propietarios, en los edificios en régimen de propiedad horizontal, la obligación de mantener y conservar los pisos y locales privativos,

---

21 De manera que, aunque según el art. 1257 del Código Civil los contratos solo producen efectos entre las partes que los hubiesen celebrado y sus herederos, la jurisprudencia incluía entre los herederos tanto a los sucesores a título universal como a título particular, como sería el caso de los sucesivos adquirentes del edificio, que sucederían al transmitente no sólo en la propiedad sino también en el ejercicio de las acciones que le pudieran corresponder frente al contratista del edificio, de forma que, cuando se adquiere una edificación o parte de la misma, el adquirente se subroga en todas las acciones que el transmitente pueda tener frente al contratista y arquitecto, porque las acciones se transmiten con dicho bien y, por ende, también la posibilidad de su ejercicio.

aunque la comunidad está legitimada para exigir el cumplimiento de esta obligación al propietario si el mal estado de conservación del piso o local perjudica a la comunidad o a los otros propietarios.

## II. LAS GARANTÍAS EN LA ACTIVIDAD DE LA EDIFICACIÓN

Con la finalidad de que estos sujetos y entidades llamados “agentes de la edificación” puedan intervenir en el proceso edificatorio, la LOE impone a los mismos el establecimiento de determinadas garantías en el ejercicio de su actividad del modo que se anuncia la Exposición de Motivos en la que se establece que de entre los objetivos de la Ley destaca, junto al fomento de la calidad de la edificación estableciendo los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios (funcionalidad, seguridad y habitabilidad) y la delimitación de las responsabilidades de los distintos agentes que intervienen en el proceso edificatorio, el establecimiento de un sistema de garantías que aseguren a los usuarios la reparación de los daños materiales causados por defectos en la construcción mediante seguros obligatorios, distinto al régimen de responsabilidades de los agentes que intervienen en la construcción que se halla regulado en los artículos 17 y 18 de la LOE, mientras que el régimen de garantías está regulado en el art. 19 y la D.A. 2ª.

El art. 19 dispone que “el régimen de garantías exigibles para las obras de edificación comprendidas en el art. 2 de esta Ley se hará efectivo de acuerdo con la obligatoriedad que se establezca en aplicación de la Disposición Adicional Segunda” con base a la contratación de un seguro de daños materiales o de caución.

La Disposición Adicional Segunda dispone que la vigencia de este régimen de garantías obligatorio comenzará de un modo inmediato a la entrada en vigor de la Ley tan solo para edificios cuyo destino principal sea el de viviendas, y sólo respecto a los daños que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga y otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica. En relación a los edificios con destino diferente y los daños que no sean estructurales, la Ley se remite a un ulterior Decreto en el que se pueda establecer esta clase de garantías con carácter obligatorio.

Y decimos que este sistema de garantías es distinto e independiente del de responsabilidad de los agentes de la construcción por que el legislador no ha optado por un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil como ocurre con otras actividades de riesgo como la caza o la conducción de vehículos a motor, y que ha sido hasta la entrada en vigor de la Ley el mecanismo a través del cual los agentes de la edificación garantizaban su responsabilidad, sino por un seguro de daños o de caución, lo que supone una novedad en nuestro derecho de la edificación, de forma

que la diferencia principal entre responsabilidad y estas garantías estriba en que mientras que la responsabilidad se asienta en la idea de culpa, como parece desprenderse de la exclusión de la responsabilidad por caso fortuito que establece el artículo 17.8 de la LOE<sup>22</sup>, el régimen de garantías atiende a la producción del siniestro previsto en la póliza de seguro que haya sido suscrita, con independencia de la concurrencia o no de culpa, ya sea de daños materiales o de caución, de manera que la prestación derivada del contrato de seguro no está supeditada a la responsabilidad del agente de la construcción sino a la producción del daño<sup>23</sup>

Esto es así porque el sistema de garantías de la Ley, como ya he adelantado, se articula sobre la base del aseguramiento obligatorio que corresponde concertar a las personas indicadas en la Ley en atención a los daños a cubrir, lo que no impide que las partes puedan concertar otros seguros complementarios dentro de la libertad de contratación que proclama el art. 1255 del Código Civil. Pero además, el contenido de esta obligación de aseguramiento viene imperativamente establecido en la Ley, lo que permite hablar de un contrato de seguro normado, si bien los agentes obligados a su suscripción podrán elegir entre dos clases: el seguro de daños materiales y el seguro de caución<sup>24</sup>. A continuación vamos a hacer un esbozo general de los mismos, precedido del estudio sistemático y concreto de unas disposiciones comunes a ambos, para concluir con los daños excluidos de

---

22 Si bien no olvidemos que esta responsabilidad se encuentra objetivada y por tanto invertida la carga de la prueba, de modo, que producido el evento dañoso surge la obligación de indemnizar salvo caso fortuito o fuerza mayor.

23 Ahora bien, el adquirente o usuario puede elegir entre dirigirse directamente contra el agente de la edificación o contra la compañía aseguradora, y además, en caso de que ésta haya satisfecho la correspondiente indemnización al mismo, algunos autores como SEOANE PRADO, Javier, *Garantías y Responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, VVAA, edit. Sepin, 1ª edición, Madrid, 2000, pág 15, entienden que nada impide que ésta se dirija contra el agente responsable y ejercite la acción de repetición, lo cual nos resulta cuanto menos extraño, toda vez que entendemos que si el daño producido estaba cubierto por la póliza contratada, de contrato de seguro o de caución, según se trate, éste desplegará todos sus efectos, la obligación de indemnizar se desplaza a la compañía aseguradora y en ningún caso es posible la acción de repetición contra el asegurado, pues en tal caso el contrato quedaría desnaturalizado y vacío de contenido.

24 Aunque esta asimilación es criticada por CARRASCO PERERA, Angel, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, VVAA, editorial Aranzadi, 2000, pág. 381 y siguientes, quien afirma para a continuación hacer un estudio comparativo de ambas clases de seguros, que existe tanta distancia entre el seguro de daños y el seguro de caución como la que pueda existir entre aquél y el seguro de responsabilidad civil, al menos tal y como funciona éste en la práctica, en la que el riesgo asegurado viene a ser el daño sufrido por el tercero y no el nacimiento de la deuda de responsabilidad en cabeza del asegurado. No se entiende entonces, concluye, la continua asimilación hecha por el legislador entre estos dos tipos asegurativos (daños y caución).

aseguramiento y el refuerzo de estas garantías legales en el artículo 20 de la LOE.

### **1. Disposiciones comunes al sistema de garantías**

De forma clara y concisa, podemos incluir entre las mismas:

En primer lugar, que la prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en periodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima, no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, en caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía (artículo. 19.2).

En segundo lugar, la imposibilidad de resolución convencional del contrato una vez tomen efecto las coberturas del seguro, es decir, una vez producido el siniestro asegurado; ya que en tal caso el legislador establece que no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración previsto en el apartado 1 del artículo. 19, esto es, de los plazos de cobertura de cada clase de seguro (1, 3 y 10 años), según dispone el art. 19.4.

Sin embargo la LOE no prevé el supuesto de resolución unilateral del contrato en caso de transmisión del bien asegurado, que sí recoge el artículo. 35 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que la permite tanto al asegurador como al adquirente, y que a mi juicio, sería posible en materia de edificación siempre que no haya tomado efecto la cobertura del seguro concertado, pues en otro caso, estaríamos limitando sin fundamento alguno las facultades de disposición de los interesados sobre su relación aseguradora.

En tercer lugar, el asegurador, en caso de siniestro, podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos (art.19.6).

No obstante la práctica procesal y judicial nos muestra que es más rápido y eficaz la reducción a metálico de los daños causados por la infinidad de problemas y de incidencias a que da lugar la ejecución cuando el interesado, en este caso, la compañía aseguradora, opta por la reparación in natura de los mismos.

En cuarto y último lugar, a diferencia de establecido para las acciones dirigidas a reclamar la responsabilidad que establece el art. 17 LOE, que tienen un régimen de prescripción propio en el art. 18, conforme al cual dichas acciones prescribirán a los dos años a contar desde que se produzca el daño, y las de repetición que pudieran ejercitarse entre los agentes de la construcción a los dos años a contar desde la firmeza de la sentencia por la que uno de ellos fuere condenado, o desde que se lleve a cabo la indemnización en forma extrajudicial, nada dice la LOE respecto al régimen de prescripción de las acciones derivadas del sistema de

garantías que establece; de ahí que sea preciso acudir a las normas generales en materia de seguros, es decir, a lo previsto en el art. 23<sup>25</sup> de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, según el cual prescriben a los dos años.

Tampoco se dice nada acerca del día inicial del cómputo del plazo prescriptivo, por lo que hemos de acudir a la normativa general contenida en el art. 1969 del Código Civil<sup>26</sup>, de manera que en el caso del seguro de daños en cualquiera de las dos formas aseguratorias elegidas por el legislador, el tiempo para la prescripción de la acción empezará a contarse desde la fecha de producción de los daños.

## 2. El seguro de daños materiales

Es aquél por el que el asegurador se obliga a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño material sufrido por el asegurado a consecuencia de la producción del evento previsto en la póliza, y respecto del cual el art. 19 de la LOE distingue distintas clases de daños cubiertos por diferentes garantías:

- un seguro de daños que garantiza durante un año el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras (garantía anual de terminación).
- un seguro de daños materiales para garantizar durante tres años el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad (garantía trienal).
- un seguro de daños materiales para garantizar durante diez años el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan origen o afecten a la cimentación, a los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio (garantía decenal).

Podemos distinguir<sup>27</sup> varias fases en el proceso que conduce desde la actividad de edificación a la cobertura del seguro:

1º.- La actividad del agente, que consiste en la conducta profesional que incumpliendo la correspondiente “lex artis” es origen causal de un vicio o defecto en los elementos constructivos.

25 Dispone el artículo. 23 de dicha Ley : “Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años, si se trata de seguro de daños, y de cinco, si el seguro es de personas”.

26 Según el cual “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde que pudieron ejercitarse”.

27 También CARRASCO PERERA, Angel, en VVAA, Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, editorial Aranzadi, 2000, pág. 399 y siguientes.

2º.- Vicios o defectos en los elementos de construcción, que no son los daños materiales, sino los causantes de los mismos. Los vicios constituyen cualidades negativas de las obras de construcción que se califican como incumplimiento de los estándares de habitabilidad, funcionalidad o seguridad de la construcción, de forma que es indiferente el origen material de estos vicios, ya que lo relevante son los elementos de construcción a los que afectan. Así, los vicios “que afectan a la cimentación, a los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales” (garantía decenal), o los vicios “que ocasionan el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad” (garantía trienal), o los vicios que “afecten a elementos de terminación o acabado de las obras” (garantía anual de terminación).

3º.- La producción de un estado de inestabilidad o inhabitabilidad, que será distinto según la clase de vicio o defecto, y así, tratándose de la garantía anual de terminación, los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado no tienen que ocasionar ninguna consecuencia negativa determinada en las utilidades que el art. 3 de la LOE exige a los edificios. El vicio de ejecución es coetáneo a su resultado dañoso, el daño es la producción misma del vicio o defecto. Existe materialmente un defecto de acabado que se manifiesta en el plazo de un año, y no se exige nada más para que se active la responsabilidad del artíc. 17 y el seguro de art. 19.

En caso de garantía decenal, o daños materiales que afecten a los elementos estructurales, éstos tienen que “comprometer” la resistencia mecánica o la estabilidad del edificio, de manera que para que se de el supuesto de hecho de la responsabilidad decenal de art. 17.1 y del seguro decenal de art. 19.1, es necesario que el riesgo de comprometer a la estabilidad o la resistencia se produzca en el periodo de garantía o de cobertura, aunque el riesgo no se materialice como siniestro o ruina hasta después, o no se realice nunca.

Tratándose de vicios o defectos de habitabilidad (garantía trienal), el riesgo se define por el legislador como el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, pero no basta que dichos vicios comprometan la habitabilidad, sino que –a diferencia de lo que ocurría con los vicios o defectos estructurales- tiene que realizarse el siniestro, y además, en el plazo de tres años.

4ª.- El daño producido, que no es el vicio constructivo ni la actividad negligente del agente, sino la necesidad de reparar para recuperar el pleno uso de la edificación, la pérdida de beneficios como consecuencia del defecto constructivo, o el coste efectivo de un bien de reemplazo.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Me parece muy acertado el comentario del prof. CARRASCO PERERA, Angel, Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, cit., pág. 403, cuando afirma que daño material no es el daño que sufre el edificio; el edificio no “sufre” daños, si no padece defectos o vicios. El daño lo

De forma esquemática podríamos definir cada uno de los seguros materiales enunciados, siguiendo la configuración legal de los mismos en el art. 19 de la LOE:

Garantía anual del constructor: éste deberá suscribir un seguro de daños materiales (o de caución, al que más adelante aludiremos) para garantizar durante un año el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra.

Los asegurados son el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo.

El capital mínimo asegurado será el 5 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales.

Para estas garantías no son admisibles franquicias o limitación alguna en la responsabilidad del asegurador frente al asegurado.

No es obligatorio mientras no lo establezca un Real Decreto (D.A.2º), aunque la retención del 5 por 100 es una práctica muy consolidada en la construcción.

Seguro trienal del promotor: éste deberá suscribir un seguro de daños materiales (o de caución) para garantizar durante tres años el resarcimiento de aquellos daños con origen en defectos o vicios de ejecución de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad.

Los asegurados son el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo. El promotor podrá pactar expresamente con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél.

El capital mínimo asegurado es el 30 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales.

La franquicia no podrá exceder del 1 por 100 del capital asegurado por cada unidad registral.

No es obligatorio mientras no lo establezca un Real Decreto (D.A.2º)

Seguro decenal del promotor: deberá suscribirlo el promotor para garantizar durante diez años el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan origen o afecten a la cimentación, a los soportes,

---

sufre siempre el asegurado. Por tanto, concluye CARRASCO, daño material no es el daño del edificio, sino el daño que sufre el asegurado como consecuencia de que ha nacido en él la abstracta necesidad de invertir en costes de reparar los defectos que comprometen la estabilidad, la habitabilidad o que afectan a elementos de acabado. Los otros daños también los sufre el asegurado, pero no son los costes de reparación de la materialidad de la obra, únicos por los que se responde por el art. 17 y que se aseguran por el art. 19.

las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

Los asegurados son el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo. El promotor podrá pactar expresamente con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél.

El capital mínimo asegurado es el 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra incluidos los honorarios profesionales.

La franquicia no podrá exceder del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral.

Es obligatorio a partir de la entrada en vigor de la LOE, el 6 de mayo del año 2000, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda (D.A.2ª).

### 3. El seguro de caución

El seguro de caución es definido en el art. 68 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro<sup>29</sup> y habitualmente tanto doctrina como jurisprudencia tienen dificultades para distinguirlo del contrato de fianza, cuestión ésta que no es objeto de este estudio aunque es necesario ponerlo de manifiesto.<sup>30</sup>

Lo que resulta a todas luces evidente es que tanto los seguros de daños como, especialmente, los seguros de caución, a los que se refiere el art. 19 de la LOE, corresponden al tipo de garantía de mantenimiento o calidad, esto es, la respuesta ante defectos de fabricación provenientes de la calidad de los materiales o de las actuaciones de los fabricantes, cubriéndose el asegurado por este seguro del riesgo

---

29 Con el tenor literal siguiente: <Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro>.

30 El caballo de batalla se encuentra en la distinción entre el “cumplimiento subsidiario” propio del contrato de fianza, y la “garantía de indemnizar los daños que resulten del incumplimiento”, propia del seguro de caución. En este sentido el profesor CARRASCO PERERA, Angel, Comentarios..., cit, atribuye naturaleza contractual al seguro de caución, por entender que es un contrato de seguro cuyo riesgo típico es el incumplimiento de una obligación, normalmente contractual, y que hace nacer en la persona del asegurador una obligación fideusoria regulada en los artícs. 1822 y ss del Cc, en lo que sea compatible con la regulación prevalente de la Ley de Contrato de Seguro, de manera que en caso de producirse la cobertura, el asegurado insta frente al asegurador la acción de cumplimiento, no una acción indemnizatoria derivada de un daño asegurado, de ahí que la cuantía de la indemnización, normalmente, se fije en la póliza, como póliza tasada.



de los posibles perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de la falta de calidad o defectuoso funcionamiento de esos productos, como certeramente, afirma algún autor.<sup>31</sup>

La regulación legal de esta clase de seguro se contiene en el art. 19.3 LOE, cuyo apartado a) se remite en sus condiciones a la del seguro de daños de art. 19.2.a) y b), pero añade como especialidad propia de esta clase de aseguramiento que los asegurados serán siempre los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo, sin que en ningún caso sea el promotor, a diferencia de lo dispuesto en el seguro de daños. En lo demás, son aplicables las disposiciones estudiadas en el seguro de daños (art. 19.4 y 5). Sin embargo esta especialidad es interpretada de forma restrictiva por algunos autores<sup>32</sup> que entienden que lo que la norma establece es que será siempre asegurado, en cualquiera de los seguros, el propietario del inmueble siempre que no sea el tomador del seguro; esto es, que no caben seguros de caución por cuenta propia del tomador, pero ello no quiere decir que no quepan por cuenta del promotor cuando el tomador es un tercero. Además, según esta interpretación, lo que la norma deja claro es que en el seguro de caución será siempre asegurado el propietario del inmueble, y a diferencia de la posibilidad de retención que tiene el promotor, en caso de art. 19.1.a), en el seguro de caución el promotor no puede conservar la posición de asegurado cuando se ha transmitido el dominio a terceros, y, en consecuencia, el promotor será asegurado en esta clase de seguro mientras no haya enajenado el inmueble.

No obstante, la mayor especialidad de este peculiar seguro de caución en la construcción es la que se contiene en el art. 19.3.b): el asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento. Es la llamada cláusula a primer requerimiento, que constituye una modalización del pago, en virtud de la cual el asegurador no puede oponer excepciones a la reclamación del pago.

Ello no quiere decir que un pago indebido constituya un pago bien hecho, ya que el efecto de la causa es modalizar el pago, pero no servir de causa para que el beneficiario pueda retener un desplazamiento patrimonial a su favor que conforme a la relación subyacente no le corresponde con carácter definitivo.

En consecuencia, el garante, es decir, el asegurador, debe proceder al pago a primer requerimiento, sin que el mismo pueda oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro (art. 19.3.c).

31 En este sentido ALMAGRO NOSETE en VVAA, Derecho de la edificación, ed., Bosch, 2ª edición, Barcelona, 2001, pág. 312.

32 Como CARRASCO PERERA, Angel, op. cit, pág. 412.

En definitiva, a primer requerimiento comporta la consecuencia de que el “dies a quo” en que debe realizarse el pago se determina por una condición potestativa del acreedor, sin que el asegurador pueda entrar a considerar la procedencia de la petición, o la suma reclamada. Además, la inoponibilidad de excepciones alcanza a las derivadas de la relación de valuta (compraventa entre promotor y adquirente) y a las excepciones propias de la relación de cobertura (contrato de seguro entre promotor y asegurador), lo cual es importante por que el asegurador no podrá oponer la caducidad o prescripción de su obligación, ni la falta de vencimiento de la misma, ni tampoco las excepciones propias y personales que tenga contra el beneficiario.

En caso de que tome efecto la cobertura el asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos, derecho de opción que el art. 19.6 de LOE atribuye al asegurador.

Además, el art. 19.7 de LOE, prevé que el incumplimiento de las normas anteriores sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías. De manera que responderá “personalmente”, es decir, con su patrimonio personal, y además, presente y futuro (principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 de Cc), el constructor, en caso de la garantía anual por daños en elementos de terminación o acabado, y el promotor, en caso de garantía trienal por daños en elementos constructivos o instalaciones que incumplan los requisitos de habitabilidad, así como en caso de garantía decenal por daños en elementos estructurales y que comprometen directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

#### **4. Daños excluidos.**

La LOE determina en su artículo 9 como daños excluidos de las garantías salvo pacto en contrario, es decir, salvo que exista un pacto especial entre las partes, los siguientes:

- a) Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley. Y es que, efectivamente la Ley de Ordenación de la Edificación garantiza únicamente daños materiales causados en el edificio, como ya quedó expuesto al inicio de nuestro estudio y a ello nos remitimos, no los daños personales, pero además, recordemos que no todos los daños materiales sino tan solo los ocasionados por los defectos o vicios a que se refieren los apartados a), b) y c) del art. 17.1.
- b) Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio. Estos daños suponen la existencia de una clase de perjuicios causados por el

edificio pero no en el edificio, y por tanto excluidos de aseguramiento obligatorio, sin perjuicio de que puedan serlo en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes que los incorporan a estas formas de aseguramiento de recoge la Ley o a otras.

c) Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio. Esta exclusión resulta lógica a todas luces porque la inclusión de este tipo de daños en la cobertura del seguro podría alcanzar valor superior incluso al total del inmueble, como ocurriría, por ejemplo, tratándose de obras de arte, joyas u otros objetos preciosos.

d) Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma. A este respecto, recordemos la importancia del acta de recepción, y sus efectos ya estudiados y a los que nos remitimos.

e) Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio. Recordemos que constituye una de las obligaciones del propietario conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, según el art. 16.1.<sup>33</sup>

f) Los gastos necesarios para mantenimiento del edificio del que se haya hecho la recepción. Estos gastos incumben al propietario y están fuera de la obligación de los agentes intervinientes en el proceso de edificación; entre los mismos hay que incluir los derivados de la corrección de desperfectos debidos al tiempo y al uso.

g) Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.

h) Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño. Como vemos, se repite la redacción que tenía el art. 17.8 en sede de responsabilidad de los agentes de

---

33 Recuerda MARTINEZ PEREDA, en VVAA, Derecho de la Edificación, ed. Bosch, 2ª edición Barcelona, 2001, pág 324, que el Grupo Parlamentario Catalán, en su enmienda nº 157, pretendió suprimir este epígrafe i) justificándolo porque la ubicación de este apartado en este artículo podía crear serios problemas ya que el simple hecho de la existencia de reserva por parte de los intervinientes determinaría que no se otorgaran garantías, lo que no podía redundar, alegaban, en perjuicio del consumidor. Pero no encontró eco favorable en los ponentes y no fue aceptada su inclusión en la Ponencia final, y se justificaba la redacción actual, señalando que aquella redacción resultaba confusa y repetitiva, recogiendo en un texto más corto y más claro la idea de que las reservas no sólo deben reflejarse en el acta de recepción sino que deben subsanarse y reflejarse en un acta para garantía del consumidor.

la edificación.

i) Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción.

En definitiva, y a modo de conclusión, estos daños, salvo pacto en contrario, no están cubiertos por las garantías de suscripción obligatoria del art. 19 y por tanto no generan responsabilidad de los agentes de la edificación en los términos previstos en el art. 17 LOE, aunque, naturalmente, pueden dar lugar a otro tipo de responsabilidad, contractual o extracontractual, según se trate de un incumplimiento que recaiga en el ámbito de lo pactado o fuera del mismo, con los diferentes plazos de prescripción y garantía de cada uno de ellos.